הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · ערך השולחן

ערך השולחן חושן משפט
חלק ב

רבי יצחק טייב

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ערך השולחן חושן משפט חלק ב

רבי יצחק טייב

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/ערך-השולחן-חושן-משפט-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן עג 5
סימן עד 66
סימן עה 77
סימן עו 162
סימן עז 163
סימן עח 177
סימן עט 220
סימן פ 247
סימן פא 254
סימן פב 273
סימן פג 459
סימן פד 459
סימן פה 488
סימן פו 496
סימן פז 509
סימן פח 561
סימן פט 573
סימן צ 577
סימן צא 578
סימן צב 584
סימן צג 628
סימן צד 638
סימן צה 641
סימן צו 649
סימן צז 651
סימן צח 657
סימן צט 657
סימן ק 665
סימן קא 665
סימן קב 669
סימן קג 669

סימן קד 675
סימן קה 719
סימן קו 726

סימן עג

א' בין במשכון וכו' כתב הב"ח אישמעי' דבמשכון א"ץ להמתין לו יותר מל' יום לאפוקי מר' קלונימוס במרדכי בפ' המקבל ע"ש וכ"כ ראב"ן סי' קי"א וז"ל ראובן טענו לשמעון פרע לי מנה שהלויתיך ושמעון משיבו לא הלויתני כלום אלא על המשכון תפוס המשכון עד שאפדנו דעתי נוטה שחייב שמעון לפרוע אם יש שלשים יום שהלוהו דתניא המלוה את חבירו סתם אינו רשאי לתובעו קודם ל' יום הא לאחר ל' יום יתבע ומסקנא אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ וה"ה למלוה על המשכון דמ"ש ותו דמלוה על המשכון במקום שטר וכו' וכי היכי במלוה בשטר מצי תבע אחר ל' יום ה"נ מלוה על המשכון וכו' עש"ב הרי דס"ד דבמשכון כיון דתפיס בידו אינו יכול לתובעו שיפדנו וכ' עוד ראב"ן וכ"כ רב צמח גאון וז"ל משכון ביד מלוה שוה עשרים דינרים מלוה אומר עשרים דינרים הלויתיך עליו ולוה אומר לא הלויתני אלא עשרה מלוה נשבע ונוטל עשרים דינרים דהו"ל כמלוה בשטר דהו"ל משכון בשטר ואם לחשך אדם לומ' מהא דתנן המלוה את חבי' על המשכון והמוסר שטרותיו לב"ד אין משמיטין אותו ואמרי' מלוה על המשכון טעמא מאי משום דתפיס ליה אלמא כיון דתפיס משכון אינו יכול לנוגשו ושביעי' בניגוש תליא רחמנא כדכתי' לא יגוש וכיון דלא ניגוש לא משמט ה"נ לא מצי ראובן לאנגושי לשמעון דהא תפיס משכון לאו מילתא היא דהא פרכינן התם אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו וכו' ומשני משום דקני משכון וכדר"י והשתא אוקמא במשכנו שלא בשעת הלואתו דהתם ודאי קני משכון כדר"י אבל בשעת הלואתו אע"ג דתפיס דלא קני משכון שביעית משמטת דהא מצי לנוגשו אלמא היכא דתפיס משכון מצי לנוגשו ולתבוע הלואתו עכ"ל א"כ נר' דדוקא משכון בשעת הלואתו דלא קנה משכון הוא דיכול לנוגשו ולתבוע הלואתו אחר ל' יום אבל משכון שלא בשעת הלואתו דקנה משכון אינו יכול לנוגשו ולתבוע הלואתו כיון דקנה משכון וכבר כתבתי בסי' ס"ז ס"ק ח"י דהוא אזיל לטעמיה דפסק כר"י דמשכנו שלא בשעת הלואה לא קנה משכון ועי' מ"ש שם.

ב' וקבע לו זמן וכו' כ' הסמ"ע נר' דוקא בקבע לזמן בשעת הלואה דאילו אחר הלוא' צריך קנין כמו נאמנות או אל תפרעני אלא בעדי' וכו' וכבר כ' הש"ך דליתא דבא"ל אל תפרעני אלא בעדים קי"ל דמהני אפי' לאחר הלואה בלא קנין וכו' וכן כתב בעה"ת שער כ"ה באומ' אל תפר' אלא בעדי' דאפי' שלא בשעת הלואה התראה גמורה היא וא"ץ קנין מיהו הוא ס"ל דה"נ בנאמנות אפי' לאחר הלואה א"ץ קנין כמ"ש ריש שער כ"ו ע"ש אבל בפרישה ודרישה סי' ע' הוכיח דגם הרמ"ה דס"ל דנאמנות לאחר הלואה צריך קנין ה"ט שקבל עליו שהמלוה עצמו יהא נאמן לומ' שלא נפרע והוי כקיבל עליו קרוב או פסול

אבל באומר אל תפרעני אלא בעדים לא קיבל אלא שלא יהא שום א' מהם נאמן בלא עדים ולכ"ע אין צריך קנין וכן נר' מהטור סי' כ"ב שכ' דברי הרא"ש על הרמ"ה ולא בעי קנין אפי' אחר ההלואה וכו' כאדם האומר אל תפרעני אל' בפני פ' ופ' דא"ק קנין אלא קבלה עכ"ל וא"א מה ראיה כאדם האומ' וכו' אימא אה"נ להרמ"ה אפי' התם לא מהני אלא ודאי פשוט לו דגם הרמ"ה מודה בה עי"ש וא"כ כ"ש בקבע לו זמן אחר הלואה דא"ק קנין והוי כמחילה וכן משמע מדברי הב"ח ע"ש וכן גבי נאמנות אם הרויח לו זמן וכתב לו נאמנו' משתעבד בלא קנין דהוי כמתן מעות כמו שהוכחתי בסי' ס"ט ס"ק י"ט מדכ' הטור בסי' ר"ד דאין קרקע נקנה במלוה אבל אם הרויח זמן קנה בההיא הנאה דהרוחת זמן דהוי כנתן לו מעות ופסקו מור"ם שם וכן אמרו בפ"ק דקידושי' המקדש בהנאת מלוה שהרויח לה זמן מקודשת וכ' הרי"ף והרא"ש כגון שהגיע זמנו לגבות והרויח לה הזמן וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן שם ע"ש וא"א דלאחר הלואה לא מהני במה נתקדשה ונקנה קרקע וגם הרמב"ם בפ"ה מה' אישות שכ' כגון שהלוה אותה וא"ל הרי את מקודשת לי בהנאת זמן שארוח לך במלוה זו וכו' א"ל דה"ד התם בשעת הקידושי' לא נתן לה דבר ע"ש במ"מ ובב"י סי' כ"ח וכה"ג כ' המש"ל בפ"ה מה' מלוה ולוה דין י"ד בד"ה כתב מרן וכו' ע"ש והר"ן שם תמה על הרמב"ם דאפי' קדמה מלוה לקידושי' מה בכך הרי הוא מהנה אותה עכשיו בהרוחת הזמן וכו' וא"א דהרוחת זמן אחר הלואה לא מהני ניחא אלא ודאי אין אי'. ושו"ר מהריק"ש בס' אהלי יעקב סי' ז' שכ' בתוך התשו' על דברי הרמב"ם ולא תימא דדוקא בקובע לו זמן בשעת הלואה קאמר דהא סתמא קתני לה וכן עמא דבר דאפי' קובע לו זמן אחר הלואה תדע דאפי' בקובע לו זמן אחר הלואה דמהני שהרי המקדש בהנאת שמרויח לה במלוה שבידו הרי זו מקו' ואי לא מהני קביעות זמן שלאחר הלואה במאי מיקדשה וכו' עש"ב. ג'

וקבע לו זמן וכו' כ' הסמ"ע לכאו' נר' דוקא בקבע לו זמן בשעת הלואה דאילו אחר הלואה צריך קנין כמו וכו' כ' הר' כנה"ג נר' מדבריו דוקא בקבע לו זמן אבל ה' ב"ח כ' דל"ד אלא אפי' בסתם הלואה תוך ל' יום ע"ש ולא דק דבפ"ק דמכות תניא המלוה את חבירו סתם אינו יכול לתובעו פחות מל' יום אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ ע"ש וכ"כ הרמב"ם שם.

ד' אינו יכול לתובעו קודם הזמן וכו' נר' דאפי' באו נכסיו לידו קודם אינו רשאי לעכבם כדמוכח גבי שנים שהוציאו שט"ח זע"ז וכו' דלקמן סי' פ"ה ה' כנה"ג וכן הוכיח ה' נתיבות משפט דף כ"א ע"א ע"ש וכן נראה בהדיא מדברי בעה"ת שער י"ד סי' ו' שכ' אם המלוה תפס בנכסי יתומים קטנים מי אמרי' אין נזקקין להגבות את חובם הא אם

תפס לא מפקינ' מיניה א"ד כיון דקטנים אינן בני פרעון עד שיגדלו כמאן דלא מטא זמן השטר דמי ולאו תפיסה היא ומפקי' מיניה וכו' הרי דקודם הזמן אין תפיסתו תפיסה ומוציאין אותה מידו וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' א' רנ"ז ונר' דכ"ש דלגבי ערב דקי"ל בסי' קכ"ט דאם אין הלוה בפנינו צריך ל' יום וכו' דבאותו זמן אפי' תפס המלוה בנכסי הערב מוציאין מידו דהא נכסויי דבר נש אינון ערבין ליה ואפ"ה אם תפס המלוה מוציאין מידו וכ"כ בהדיא הרשב"א בתשו' ח"ב סי' כ"ה ע"ש ועי' בתשו' הרשב"א בב"י סי' קכ"ט אבל המלוה את חבירו ע"מ שלא יתבענו לעולם ובאו נכסיו לידו נר' דלא הוי כתובע ואין מוציאין מידו וכבר כתבתי בסי' ס"ז ס"ק ט"ו דבירושלמי פ"י דשביעית אמר רב המלוה את חבירו ע"מ שלא יתבענו שביעית משמטת ופסקו הרמב"ם בפ"ט מה' שמיטה וכ' מהר"י קורקוס שם נ"ל הטעם אע"פ שאינו יכול לנגוש אותו כיון שהחוב מוטל עליו וחייב בכל עת לצאת ידי שמים וגם אם יתפוס המלוה משל הלוה אין מוציאין נגוש ועומד הוא ול"ד לקובע לו זמן שאין עליו חיוב בתוך הזמן ע"ש הרי אם המלוה התופס משל הלוה אין מוציאין מידו וכן מסתברא דגם בקובע לו זמן תפיסתו תפיסה בשיש לו הפסד ואין לך הפסד גדול מזה שאין יכול לתובעו לעולם ובפ' שני דייני גזירות ובר"פ אין בין המודר דמוקי רבא מתני' דהמודר הנאה מחבי' פורע לו את חובו אפי' כרבנן וכגון שהלוה ע"מ שלא לפרוע ופירש"י והר"ן שם דכשהלוהו התנה עמו שלא יהא לו כח לכופו אלא כשירצה הבעל יפרענו מדעתו ע"ש צ"ל דאע"ג דהלוה צריך לפורעו לצאת ידי שמים וגם אם תפס המלוה נכסיו אין מוציאין מידו מ"מ לגבי מודר הנאה הפורע בשבילו לא חשיב הנאה וכ' הר' כנה"ג סי' פ"ה אות י"ד בשם הר' פליטת בית יהודה סי' י"ז דהיינו דוקא שיכול להתפרע כשיבא הזמן אבל אם היה שבור ונר' לעין דבהגיע הזמן לא יהא לו לפרוע אפי' לא הגיע הזמן יכול לומר לו אלו הייתי חייב לך היה לך לעכב ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' ק"ט על דבר ירושה של שמעון שנפל ביד ראובן והיה חייב לו ורוצה לעכב הירושה בידו כדי לפרוע ממנה כשיגיע הזמן אינו יכול לעכב מיהו כשיש פסידא אין מוציאין מידו וכ"כ הרשב"א בתשו' שאם יראה לב"ד שהלוה מבזבז נכסיו וכשיגיע הזמן לא ימצא מקום לגבות אין מוציאין מיד המלוה בתוך הזמן ע"ש גם הרא"ש בפ"ק דגיטין סי' י"ט כתב בשם הר"פ דהכא מיירי כשקבע לו הזמן לפורעו ובתוך הזמן שלח לו מעותיו דל"ש לומר תופס לבעל חוב כיון דהמלוה עצמו לא היה יכול לתפוס בתוך הזמן והוא חילק דאפי' בתוך הזמן אם אין לו נכסים אחרים ויפסיד המלוה מהני תפיסה והביאו הטור סי' ק"ה ומרן סי' ק"ו דאפי' תפיסה ע"י שליח מהני אפי' בתוך הזמן אם אין ללוה נכסים אחרים ויפסיד המלוה ע"ש הרי המלוה שתפס תוך הזמן מוציאין מידו

אלא א"כ יש פסידא כשיגיע הזמן ועי' במהריב"ל ח"ד סי' ו' שכ' דאין אדם יכול לעכב ממון על דבר שלא בא לעולם ונר' דבדבר שלב"ל אפי' כשיש פסידא אינו יכול לעכב.
ואם א"א להחזירו נר' דחייב מן הדין המלוה לפרוע מה ששוה אותה המתנה דהיינו שמשערים כמה אדם רוצה שיותרו מחובו שחייב לזמן פ' כדי לפרוע מיד הר' בית דוד חי"ד סס"י פ' ע"ש.
ה' הקובע זמן לחבירו לפורעו בזמנים מחולפים אם עברו הזמני' ולא תבע המלוה אינו יכול לכופו ללוה לפורעו הכל אלא לזמנים מחולפים הר"ש יונה סי' ל"ד והביאו הר' כנה"ג והר' בני חיי ע"ש ובעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג כ' וז"ל ובתשו' הקובע זמן לחבירו שיפרענו בכל שנה ושנה כך וכך ועברו זמנים ולא פרע ותבע לו מכל הזמנים ואמ' לא אפרע אלא מזה הזמן אפי' ששניהם מצויים בעיר ולא תבע חובו חייב לשלם הכל וסתמא היא עכ"ל ונראה דאם תבעו אפי' לא תבעו בב"ד רק בפני עדים או בינו לבינו והלוה מודה בכך חייב לפרוע כמ"ש מור"ם בהג"ה לקמן דין י"ד ע"ש.
ו' והלוה נשבע היסת וכו' משמע דוקא כשאין חי' ביניהם בגוף ההלואה רק בזמן אבל אם יש אי' ביניהם גם בסך ההלואה כגון שהמלוה אומר מנה בידך לשלם עכשיו והלוה אומר אין לך בידי אלא חמשים לשלם לשנה הוי מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא אע"ג דכופר הכל לזמן הפירעון הר' ט"ז והסכים עמו הר' המגיה ע"ש.
ז' אם היה שם ע"א וכו' הרמ"בם נמשך אחר רבו מה"רי ן' מיגש בתשו' סי' ע"ד וז"ל מי שעליו חוב לחבירו וטען שכבר הגיע זמן הפירעון והלוה טוען שלא הגיע זמן הפירעון עד יום פ' ועד אחד מעיד שהגיע זמן הפירעון חייב לישבע שבועת התורה שלא הגיע זמן הפירעון החוב אלא לזמן פלוני לפי' שהכלל העולה מטענת המלוה הוא שא"ל יש לי אצלך עתה ממון והלוה אומר אין לך אצלי עתה כלום א"כ היתה כפירתו כפירת ממון בעת זה ומי לא עסיקי' שתזדמן לו בזה העת למלוה עיסקא שיקנה אותה באותו זמן אם הביאו לו הלוה שנעשה כשאינו מביא אותו לו מעכב אותו מקנייתה ונר' לכאורה משום דס"ל דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה כמו שכ' מה"רי ן' מיגש בחי' בר"פ כל הנשבעין והביאו הר"אש שם דהא שבועת שומרים דא"ל מגו וכן מודה מקצת ועד א' א"ל בהו מגו ואפ"ה משתבעי' וכו' וכ"כ הרמ"בם בפ"ב מה' שכירות ע"ש ואם כן ה"נ אם יש ע"א שהגיע זמן הפירעון צריך לישבע הלוה שבועת התורה להכחיש העד ואינו נאמן בלא שבועה במגו שהיה יכול לומר הגיע הזמן ופרעתיך אבל להר"אש דס"ל אמרי' מגו לפטור משבו' ה"נ יהיה נאמן הלוה שלא הגיע זמן במגו דפרעתי והתימה על הטור דכאן כתב דברי הרמ"בם דאם יש ע"א שהיום סוף זמנו נשבע שבו' התורה כשאר הטענות

וכו' ובסימן צ כ' על הר"י הלוי ול"נ לא"א הר"אש ז"ל שאין חי' בזה בין לשבו' וכו' וכן כ' בסי' צ"ו ע"ש ואם כן ה"נ הול"ל דנאמן הלוה שטען שלא הגיע הזמן בלא שבו' במגו דפרעתי והר"אש בפ' כל הנשבעין שכ' בע"א לא ידענא מאי מגו איכא עיי"ש י"ל כגון שטען לא לויתי וע"א מעיד שלוה נשבע שלא לוה להכחיש העד ולא יאמן בלא שבו' במגו דפרעתי דנראה ודאי דאם הודה לדברי העד שלוה וטען פרעתי נשבע היסת ונפטר כמ"ש מהרי ן' מיגש בתשו' סי' ע"ז כיון דהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפו' בעדים ה"נ בע"א אם הודה לו שלוה וטען פרעתי נשבע היסת ונפטר ואין כדין מחוייב שבו' ואינו יכול לישבע דמשלם ע"ש וגם הרמ"בם ומרן שכתבו בסי' נ"א דשט"ח בע"א וטען הלוה פרעתי ה"ז מחוייב שבו' ואינו יכול לישבע ומשלם וכו' והיינו משו' דבשטר בע"א א"ל שטרך בידי מאי בעי ע"ש בב"י אבל במלוה ע"פ בע"א והודה הלוה לדברי העד שלוה אלא שטען פרעתי ודאי דנשבע היסת ונפטר והתימה על הרש"בש בסי' תק"ד שכ' שהוא מדמה שטר בע"א ומודה שלוה וטוען שפרע למי שתבעו בע"א בע"פ ומודה שלוה וטען שפרע ודן בשניהם שמחוייב שבו' שאינו יכול לישבע ומשלם וכו' עיי"ש והרמ"בם בפ"ד מה' טוען כ' מנה לי בידך והרי ע"א מעיד עליו והנטען אומר כן הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה ה"ז מחוי' שבו' ואינו יכול לישבע ומשלם וכו' וכ' המ"מ דא"א לומר כגון ז"ה שאין זה העד יודע אם פרעו אם לאו דאם כן ודאי נאמן לומר יש לי כנגדם בידך דהא אפי' בב' שהעידו שהלוהו ואינם יודעים אם פרעו נאמן הוא לומר יש לי בידך כנגדם מגו דאי בעי אמר פרעתי אלא כשהעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה ידם מתוך ידו ושנים המעדין שעדיין המנה בידו ודאי אינו נאמן לו' יש לי בידך כנגדם דהא ליכא מגו דפרעתי ולכך בע"א כיון שאינו יכול לישבע משלם וכן פסק מרן ומור"ם בסי' ע"ה ס' י"ג ע"ש הרי אם יש ע"א שלוה אבל העד אינו יודע אם פרעו או לאו נאמן הלוה לו' פרעתי בשבו' היסת ולא שייך לו' מתוך שאי"למ דהא אפי' בב' עדים נאמן ומה"ט אם טען יש לי בידך כנגדו נאמן לו במגו דפרעתי וה"נ אם יש עד א' שהיום סוף זמנו והלוה הכחישו יהיה נאמן במגו דפרעתי דהא אפי' תבעו ביום שנשלם בו הזמן נאמן לו' פרעתי היום אלא א"כ מיירי בלא זזה ידו מתחת ידו אותו יום מיהו נר' דהכא לכ"ע ליכא מגו כדאמר רבא מפני מה אמרה תורה מודה מק' הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו והאי בכוליה בעי דנכפריה וכו' וכ' התוס' פי' יהיה נאמן במגו דאי בעי כופר הכל וכו' ומשני דא"ז מגו דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל וכו' וה"נ בטען לא הגיע זמנו צריך לישבע שבו' דאורייתא להכחי' העד אע"ג דאיכא מגו דפרעתי דלא הוי מגו דאין אדם מעיז וכו' אלא כפר לאשתמוטי מניה סבר עד דהו"ל זוזי ופרענא לי וכו'

ח' דין ד'
אבל אם היתה מלוה בשטר וכו' כת' מהראנ"ח ח"ב סי' מ"ו על שטר שנפל בלשון השטר ספק אם חיוב הלוה לסוף ששה חדשים או לסוף ג' שנים וכו' דכל שהלשון מסופק בעצמו או איכא תרי לישני ומספ"ל אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון דייני לזכות המלוה דומיא די"ב דינרים דינר לחדש נתעברה השנה נתעב' למשכיר דקרקע בחז' בעליה עומדת וה"נ ממון בחזקת בעליו עומד והלוה בא להחזיק מחמת תנאו שהאריך על הזמן ועליו הראיה וכן כ' הרמב"ם הדין מפורש היתה מלוה בשטר וכו' ע"ש וכבר דחה המש"ל פ' ט"ו מה' טו"ן בתשו' ד"ה בשטר סתם שכתוב סך ההלואה ולא הזכיר זמן אבל אם מתוך השטר איכא צדדי לסיוע הלוה אמרי' המע"ה עש"ב וכ"כ הט"ז ישבע המלוה וכו' וא"ל למה לא והיה יד בעה"ש על התחתונה דאם כן יהיה השטר בטל לגמרי שיכול לו' לק' שנים לויתי המעות ומבואר בסי' מ"ב דכל מקום שנתבטל השטר לא אמרי' יד בעה"ש על התח' כמו אחר פסח ע"ש וא"כ שיש בו זמן מספק אם חיובו הלוה לזמן זה או לזמן זה אמרי' יד בעה"ש על התחתו' ובזה ניחא הא דתנן בפ"ק דמכות מעדין אנו באיש פלו' וכו' והלוה או' מכאן ועד עשרה שנים אומדין וכו' ומוקמינן לה במלוה על המשכון או מוסר שטרותיו לב"ד וכו' ואמאי חייבים העדים שהוזמו הרי בלאו הכי המלוה נאמן בלא עדותם די"ל דה"ד בשטר סתם ומתני' מיירי בשטר שיש בו זמן מסופק דאמרי' הממע"ה וא"כ העדים שחייבו ללוה והוזמו חייבים וראיתי בתשו' בשמים ראש סי' מ"ה נשאל בזה ממתני' דמכות ותי' א"א היינו דעבדי ליה דפטרי משבו דא"ל אי לא דאייתי מי יימר דמשתבע וכו' א"נ דהיינו דוקא בטוען שאין זמן כלל אבל במודה שיש זמן אלא שנחלקו בין רב למעט לא וכו' עיין שם משמע אפילו לא הזכיר זמן בשטר כלל אלא שהמלוה מודה שיש זמן בע"פ ונחלקו בין זמן רב למעט הלוה נאמן אבל מלשון הרמ"בם והטור משמע דאפי' יש זמן ונחלקו בין רב למעט המלוה נאמן וכ"כ מרן בהדיא בש"ע אלא דהיינו דוקא בע"פ אבל אם יש זמן בשטר מסופק שיש צד לסייע הלוה הממע"ה ובו מיירי מתניתין גם מה שתי' דחייבים העדים לפי שפטרו משבועה דאמר לוה מי יאמר דמישתבע וכו' דזה ניחא למ"ד דדבר הגורם לממון כממון דמי ובפ' שבוע' העדות תניא המשביע ע"א פטור וראב"ש מחייב וכו' לימא וכו' מר ס' דבר הגורם לממון כממון דמי ומ"ם לאו כממון דמי וסתם מתני' כפרו שניהם בזה אחר זה הראשון חייב והשני פטור משום דדבר הגורם לממון לאו כמ"ד ופסקוהו הרי"ף והר"אש שם וכן פסק הרמב"ם בפ"י מה' שבו' דבמשביע ע"א פטור ע"ש ודוחק לאוקומי מתני' כמ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי הפך סתם מתני' דפ' שבו' העדות ובפ' הדיינים ובפ' מרובה וכ"כ מהר"ם

בתשו' הקצרות סי' קנ"ז וז"ל וששאלתם על ראובן שטען על אפוטרופוס שלו שטען בב"ד מה שלא צוהו לטעון וכו' אם טוען ראובן אם היה טוען כדברי הוה משתבענא ושקילנא או משתבענא ולא משתלמנא וכו' כל כה"ג לאו פשיעה היא ואפי' דינא דגרמי לא הוי אלא גורם לממון כדאיתא בפ' שבו' העדות מי יימר וכו' ולא קי"ל כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ולא מיקרי פשיעה אלא שכדברי ראובן היה פטו' בלא שבו' וכדברי אפוטרופוס שקיל האיך בלא שבו' עכ"ל והובא במרדכי בפ' המפקי' ופסקו מור"ם בסי' ר"ץ ע"ש ובעה"ת שער נ"א ח"ו סי' ח' גבי מוחל שט"ח לחבירו דחייב כ' וז"ל שהרי שורף שטרותיו ש"ח פסקנו שאע"פ שאין גוף השטר ממון כיון שהוא גורם לאבד ממון חבירו חייב וכדאסיקנא התם אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא דקי"ל כר"ש דדבר הגורם לממון כממ"ד וכו' גם הראב"ד כ' בתשו' הריני מוסר לך מה שנ"ל לענין פסק דין הלכה למע' פלוגתא דר"ש ורבנן הוי יודע שדעתי נוטה לקבוע מסמרות כר"ש דאמר דבר הגו' לממון כממ"ד ודין דדבר הגו' לממון שייך לדינא דגרמי ע"ש והר' דברי אמת בקו' ג' דף ל"ו ע"ג כ' שכ"נ דעת הגאונים שכ' הרא"ש בפ"ק דפסחים ע"ש וכ"כ מהרי"ן פלט הביאו בעה"ת שער כ"ט ח"ב סי' ח' דקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי ודבר הגו' ממון כממ"ד והר' גד"ת שם תמה דפשיטא דהלכה כרבנן וכ"ש דסתם מתני' כוותיה וע"ש ואפשר דס"ל דסתם מתני' דמכות אתיא כר"ש דאמר דבר הגו' לממון כממ"ד הילכך העדים חייבים לפי שפטרו המלוה משבועה ואע"ג דהוי הפך סתם מתני' דקמא ושבועות הרי אמרי' בפ"ק דשבועות וליטעמיך ר' גופיה היכי סתם לן הכא הכי והכא הכי אלא מעיקרא סבר הכי והדר וכו' ובפ' האיש מק' אמרי מה ליה חד סתמא מ"ל תרי סתמי וכו' ע"ש וא"כ אע"ג דסתם משנה דשבו' העדות ובפ' שבו' הדייני ובפ' מרובה כרבנן דדבר הגו' לממון לאו כממ"ד קי"ל כסתם משנה בתרא דמכות דאתיא כר"ש ובלא"ה הרי הראב"ד ובע"הת בשער נ"א ס"ל דדבר הגו' לממון שייך אדינא דגרמי וקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי כדאמרי' בפ' הגוזל עצים ובפ' הכותב השורף שטרותיו ש"ח דכפייה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורה לצלמא ואם כן אע"ג דרבנן ס"ל דדבר הגורם לממון לאו כממ"ד וסתם מתני' כוותייהו הא קי"ל כר"ש וכר"מ ואמוראי דדייני דינא דגרמי ודינא דדבר הגו' לממון שייך לדינא דגרמי וכה"ג כ' הרשב"א בתשובה ח"ג סי' ק"ח דמזיק שעבוד חבירו חייב כשורף שטרו ואע"ג דפלוגתא דרשב"ג ורבנן היא בפ' השולח גבי עשה עבדו אפותיקי ושחררו דרשב"ג מחייב ורבנן פוטרין כיון דקי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי ומזיק שעבוד כשורף שטר' וכו' ע"ש והר' כנה"ג בסי' שפ"ו כ' בשם הרשב"א בתשו' כ"י דמאן דדאין דינא דגרמי דאין נמי לחייב דבר הגו' לממון ע"ש

ומ"מ לדעת הרמב"ם והרי"ף והרא"ש דקי"ל כרבנן דדבר הגו' לממון לאו כממון ק' אמאי חייבים העדים שהוזמו הרי מלוה נאמן בשבו' בלא עדותם ומי יימר שלא היה נשבע ועוד דזה ניחא לגי' דהרמב"ם דהמלוה נשבע שבו' המשנה ככל הנשבעין ונוטלין לכן העדים שפטרו המלוה משבו' זו והוזמו חייבים אבל לדברי מרן דשבו' היסת היא הרי בזמן המשנה עדיין לא נתקנה שבו' היסת כי ר"נ תקנה כמ"ש בס"פ כל הנשבעין גבי הא דאמרי' הא שאר שבו' מגלגלין שבו' הלואה שאין בה הודאה אטו שבו' השותפין כי בימי התנאים לא תקינו שבו' היסת דר"נ תיקנה ע"ש וכן הוכיח ראב"ן בספרו דף קט"ו ע"ד וכתב עוד שם וחביבי הלוי אמר דהוא בימי התנאים מהא סברא דאמרי' א"ל בהא פליגי ר"י סבר כי עבדי רבנן תקנה לשכיר דאורייתא בדרבנן כגון שבו' היסת לא עבדו רבנן תקנה ורבנן סברי וכו' ומפ' הא דלוה הימנו ערב שביעית וכו' שמגלגול שבו' אריס ושות' אגב שבו' ההלואה שהיא שבו' היסת אלמא דנתקנה בימי התנאים וליתא דהא אמרי' ש"מ דמגלגל' בדרבנן וא"א דמגלגלין שבו' שותף אטו הלואה הו"ל למידחי דבשבו' הלואה דאורייי' מיירי כגון שהודה במקצת אלא ע"כ שבו' הלואה קאמר דמגלגלין אגב שבו' שותף ואריס שלא נתקנה שבו' היסת לכל דבר אלא לבעה"ב כנגד השכיר ומשום דטרוד בפועליו שדיוה אשכיר אבל לכל דבר לא נתקנה שבו' היסת עד ר"נ וכ"ו ע"ש א"כ המלוה נוטל בלא שבו' מיהו בפ' כל הנשבעין תנן ישבע בעה"ב שנתן לו דינר ופי' רש"י ישבע היסת וכ' הריטב"א בחי' שם דף מ"ח אע"ג דשבו' היס' לא נתקנה עד דורו של ר"נ וכו' נהי דלא נתקנה עדיין בימי חכמי המשנה בכל הכופר בכל בזו של החנוני ושל שולחני ניתקנה מפני תקון העולם וכו' ע"ש וכ"כ הרז"ה בס' המאור שם דהכא תיקנו רבנן דלא נפטר אלא בשבו' שהרי רגלים לדבר וכו' והביאו הר"ן שם ע"ש בתוס' והש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"א כ' דכל שבועה שלא נזכרה במשנה בהדיא קרי לה הרמב"ם היסת ותדע דהא רש"י כ' בפ' כל הנשבעין דגם קודם ר"נ היתה שבו' היס' בקצת ענייני וכן כת' המרדכי בפ' הא"מ ולרבותי' שפי' בשבו' דבימי התנאים תיקנו שבו' היסת וכו' גם הדרישה סו' סי' צ"א הוכיח דרש"י והראב"ד ס"ל דגם בימי חכמי המשנה יש שבו' היסת וכ"כ בסי' ע"ד ונר' דגם רבי' לאו שבו' היס' ממש קאמר דאותה ודאי לא היתה בימי התנאים אלא דס"ל לרבי' דשבו' משנה זו קילא היא משאר שבוע' המשנה וכו' כיון שאינו כופר בעיקר הממון אלא משביעין אותו בלא נק"ח כעין שבוע' היסת דר"ן ע"ש וא"כ ה"נ א"ל דנשבע המלוה היסת ונוטל כיון שאין הלוה כופר בעיקר הממון לא מיסתבר להשביע את המלוה שבועה חמורה בנק"ח ככל הנשבעין ונוטלין אלא שבו' היסת ושבועה זו היתה בזמן המשנה אבל מדברי מרן משמע דנתבע דכפר בכל דנשבע

היסת מדר"ן ועמ"ש בסי' ע"ה דין ז' לכן העיקר נראה לי כתי' השני דמתני' מיירי בשטר שכתוב לזמן ידוע ביניהם דהלוה היה נאמן בשבו' היסת שהוא מוחזק ולכך העדים שהעידו לזמן ל' יום חייבים ועוד אפש' דמתני' מיירי בשטר שיש בו נאמנות ללוה בכל טענה שיטעון על השטר ואע"ג דבתנאי צריך המלוה לישבע אפילו כתב בשטר נאמנות כמבואר בסי' פ"ב ע"ש כבר כ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תקכ"ב דאם כ' לו שפטר אותו מכל תביעה וערעור שיש לו על השטר זה פטור ואינו יכול להשביעו אפי' אחר הפירעון ע"ש וא"כ אם טען הלוה לזמן עשר שנים היה נאמן נגד המלוה אבל נגד העדים אינו נאמן דסתם נאמנות לא מהני נגד העדים ולמ"ד נאמנות סתם לא מהני נגד עד א' נוקי מתני' נגד שני עדים ועוד אפש' דמתני' מיירי דמלוה חשוד שהיה הלוה נאמן כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מה' טוען דין ה' וז"ל נתחייב החשוד שבו' מדברים אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול לישבע ויטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר עכ"ל וא"כ ה"נ שהמלוה חשוד נאמן הלוה לומר לזמן עשרה שנים והעדים שהעידו לזמן ל' יום מפסידין אותו ולכך כשהוזמו חייבים וגם למ"ד דחשוד נוטל בלא שבועה כיון שהשטר מקויים בידו וכן הסכי' הטור ומרן סימן פ"ב עיי"ש איכא לאוקומי מתני' במלוה אומר איני יודע כיון שהלוה טוען בריא לזמן יו"ד שנים ומלוה מסופק הלוה נאמן כמבואר בסי' ע"ו ע"ש ומ"ש עוד מיהו במלוה על המשכון בלא"ה לק"מ דלא אמר הרמב"ם אלא בדליכא עדים וראיה דנאמן במינו ואעפ"כ לא מפטר משבועה אבל מתני' בדאיכא סהדי שראוהו עתה בידו ע"ש כבר הוכיח השע"ה בה' גזילה דף ח"י ע"א מדברי המ"מ בפ"ב מה' שכירות דאינו נאמן על המשכון בשבועה אלא במגו וכ"ד הסמ"ע והמש"ל ע"ש וכ"כ מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קמ"ב דאם נר' המשכון בב"ד אינו נאמן וכו' ואם המשכון בידו ואין שם עדים שהעידו שהוא אצלו מגו דאי בעי אמר להד"ם כי אמר ממושכן הוא בידי או יש עליו כו"כ נאמן ע"ש א"כ נר' דהרמב"ם סובר כרבו וכ"כ הטור ומרן בסי' ע"ב ודלא כהש"ך סי' ע"ב ס"ק ק"ט ע"ש מיהו הרשב"א בתשובה סו' אלף מ' ובח"ב סי' שפ"א ובח"ג סי' מ"ח מסיק שהמלוה נאמן בשבועה בלא מגו וכ"כ בשו"ת בשמים ראש סימן שנ"א עש"ב.

ט' ישבע המלוה היסת והטור הביא הרמב"ם ישבע המלוה סתם וכ' מרן ז"ל בכ"מ ובב"ה וז"ל כך נ"ל שתיבת היסת ט"ס דלא שייך היסת אלא בנשבע לפטור עצמו והכא במלוה על המשכון הוא נשבע כעין דאורייתא ובמלוה בשטר אם נדמהו לאומר פרעתיך וכו' ואם יאמר וכו' ישבע לו ואפש' לקיים הגי' וכו' ע"ש ונר' דבשטר אי דמי לטענת פרעתיך אינו נשבע עד שיטעון השבע לי ומ"ש הרמב"ם נשבע המלוה כל א' כדינו קאמר דבשטר דוקא

אם טען השבע לי וכה"ג כ' הרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כשאין המפקיד נאמן לומ' החזרתיו וישבע בעה"ש בנק"ח שלא החזיר לו וישלם וכ' המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השבע לי כדין מלוה בשטר ורבינו קיצר והביאו מרן הב"י בסי' רצ"ו ע"ש וכה"ג כ' בעה"ת והטור ומרן סי' קכ"ו סעי' י"א נשבע ונוטל שפי' אם טען הלוה כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם אבל מרן בכ"מ כ' א"ל הגי' דלא דמי לאומר פרעתיך כיון שמודה שהוא חייב לו והוי כאלו תבע הלוה למלוה חייב אתה לי להמתין סך ימים ולכך חייב המלוה להשבע היסת ע"ש. י'

אבל אם היתה מלוה בשטר וכו' כ' מהראנ"ח ח"ב סי' מ"ו על ראובן שהוציא שטר על שמעון בסך ונפל ספק בל' השטר אם חיוב הלוה הוא לסו' ששה דשים או לסוף ג' שנים וז"ל כל שהלשון מסופק בעצמו או איכא תרי לישני ומספ"ל או תפוס לשון א' או לשון אחרון דייני' לזכות המלוה דומיא די"ב דינרים לשנה דינר לחדש נתעברה השנה נתעברה למשכיר דקרקע בחזקת בעליה עומדת וה"נ ממון בחזקת בעליו עומד והלוה בא להחזיק מחמת תנאו שהאריך לו הזמן ועליו הראיה וכ"כ הרמב"ם הדין מפורש וכו' והמש"ל בפט"ו מה' טוען בתשו' תמה עליו דנראה פשוט מדברי התוס' בפ' השואל שכ' וז"ל וכת' לא מיקרי שואל מוחזק כיון שסופו להחזיר כדאמרי' לעיל קרקע בחזקת בעליה עומדת ואפי' בסוף החדש ל"ד דדוקא קרקע שאין יכול לשומטו וכו' ומההיא דהאילן הסמוך לעיר דספק זה קדם או זה קוצץ ואינו נותן דמים אין ראיה דהתם בין שהאילן קדם בין שהעיר קדמה האילן לקציצה קאי אלא דאם האילן קדם קוצץ ונותן דמים הילכך מספ"ל כיון דכל טענת' על עסקי דמים אמרי' הביא ראיה וטול ויקוץ ואינו נותן דמים אבל הכא על זה אנו דנים אם חיוב הלוה הוא עכשיו או לאחר זמן ע"ש וכן הרשב"א במיוחסות סי' פ"ד שכ' במלוה על המשכון ותבע ראובן משמעון תן לי משכוני וקח לך יו"ד דינרים שאני חייב לך והלה אומר תן לי עשרים שאתה חייב לי דאי איכא עדים נראה דאין לשמעון מגו על המשכון דאינו נאמן לומר לקוח

הוא בידי או החזרתיו א"כ אינו טוען בגוף המשכון כלום וכיון דלעולם המשכון חוזר לבעליו דלחזרה עומד הרי הוא כמוחזר כההיא דיתו' אמרו אנו השבחנו וספק זה קדם וכו' וה"נ משכון כיון דלחזרה קאי כמאן דמוחזר דמי ומעות ניתי שמעון ראיה ונשקול ע"ש התם נמי משו' דהמשכון לעולם עומד לחזרה וכל טענות' על עסקי ממון ודמיא להההיא דאילן ספק קדם וכו' ונ"ד להההיא דהשואל שכ' התוס' שם דהשואל הוי מוחזק אע"ג דסופו להחזיר ע"ש דהתם על זה אנו דנים אם חייב השואל להחזירו מיד או יכולים להעשות בו כל פרליסי דאית ליה וא"כ השואל הוי מוחזק ועל המשאיל להביא ראיה

להוציא מידו דומיא לנדון מהראנ"ח משא"כ המשכון וכה"ג כ' הרמ"ה בפ' מי שמת סי' ע"ב גבי בעיא שהשבחו סבלונות שבחו למי וז"ל כיון דאפי' את"ל דשבח סבלונות לאשה דינא הוא דשיימי' לה שבחה ומסלקי' לה מינייהו והדרי סבלונות לבעל בעינייהו דדידיה נינהו כמאן דהדרי דמו וכי מספ"ל לגמר' לענין דמן הוא דמספ"ל ולענין דמי הו"ל איהי תובעת וארוס נתבע וכל תיקו דממונא חומרא לתוב' וקולא לנתבע והא דמיא להההיא דאמרי' בפ' המקבל גבי יתומי' אומרים אנו השבחנו וכו' עש"ב אלמא כיון דעומד לחזרה הוא לענין הדמים על התובע להביא ראיה ועיין במהריק"ו שורש צ"ד וגם התוס' בר"פ המוכר את הבית בד"ה ארעתא וכו' שכ' דאין לחלק בין מטלטלין לקרקע וכו' ותי' בענין אחר ע"ש נראה דה"ד במטלטלין דעומדים לחזרה בעינם אבל בהלואה דלהוצאה נתנה לכ"ע על המלוה להביא ראיה וראיתי למהרימ"ט ח"מ סי' י"ב גבי גנב דנחלקו אם עשו תקנת השוק שכ' דא"ל דמספק אין מוציאין מיד הלוקח בלא דמים וא"ל כיון דס"ס המטלטלין לחזרה עומדי' הוו בחזקת בעלי' ולגבי הדמים שנתן א"ל אייתי ראיה דעשו תקנת השוק וטול דומיא דההיא דפ' המקבל יתומים אמרו אנו השבחנו וכו' וכן גבי אילן הסמו' לעיר וכו' ואין לחלק דשאני מטלטלין דשייך בהו תפיסה עד כדי דמיהם ואין כופין להוציא בלא ראיה דאדרבה גבי אילן יש אצל בעליו קרקעות המחוברים בו וכופין אותו לקוץ בלא דמים והדבר צריך הכריע ע"ש והביאו כר' כנה"ג בסימן שנ"ו ע"ש ומדברי הרמ"ה והרשב"א שכתבתי מבו' דגם במטלטלין שבאו לידו ברשות כל שעומדים לחזרה ואין הספק אלא לענין הממון צריך הוא להביא ראיה ולהוציא הממון וכה"ג כ' מוהריק"ו שור' ל ביא תשו' הרשב"א עש"ב.

וכתב מהרימ"ט ח"א סימן ק"ה וז"ל ועוד מסתברא דכל שיכולים להוציא מידו כדין וכו' לא תפיסה להאמינה במגו שא"א מגו שלא להחזיק מה שבידו שהוא יכול לעכבו בידו לעולם מן הדין אבל מעות אלו שס"ס א"א לה לעכבם ולגובייא קיימי כמאן דגביא דמו דומיא דההיא דפ' המקב' גבי יתומי' אומרי' אנו השבתנו וב"ח אומר אדידי השבח ארעא כיון דלגובייא קיימי וכו' ודומיא דאילן כיון דלמיקצץ קאי וכו' ע"ש וא"נ כן דלא גרעי מההיא דפ' המקבל ופסקו הטור ומור"ם סי' ע"ב סי"ז דאפי' שהחזיק בו של אוכל נפש. או בגד אלמנה שחייב להחזיר נאמן עליו במגו ול"ד לאילן דהאילן לעולם עומד לקציצה וכל טענת' על עסקי ממון לכך אמרי' הביא ראיה וטול ויקוץ ואינו נותן דמים וכן יתומי' אומרי' אנו השבחנו וכו' אבל הכא אנו דנים על המעות של התפיסה דאם היתומי' חייבים לה תרי הם שלה וא"כ אע"ג דהשתא חייבת להחזיר למשלח מדינא לא אבדה מגו שלה. י"א

ישבע המלוה היסת וכו' כ' הסמ"ע אע"ג דקיי"ל בסי' ע"ב סי"ז דהמלוה נשבע על המשכון שבידו בנק"ח צ"ל שאני התם דהלוה כופר ואומר דלא נתחייב לו כ"כ אבל הכא דאינן מחולקין בסך ההלואה אלא בזמן הפירעון סגי בהיסת ע"ש ונראה דודאי במלוה על המשכון אפי' ברי' בחיוב דמודה בעיקר ההלואה ונחלקו בפירעון שהלוה אומר פרעתי כך והמלוה אומר לא פרעתני צריך המלוה לישבע כעין דאורייתא כמו שהוכחתי בסימן ע"ב ס"ק י"א ע"ש מ"מ הלוה כופר בממון אבל הכא כיון דמודה בממון דחייב ואינו כופר אלא בזמן הפירעון הוי המלוה מוחזק עוד כ' הסמ"ע והא דנתבאר בס"ב דכפירת הזמן וכפירת הממון שוים הם לענין שבועה ה"ד בשבועת היסת דרבנן ע"ש וא"נ שהרי כ' הרמב"ם ומרן שאם יש ע"א שהיום סוף הזמן נשבע שבועה דאורייי' מה"ט דהוי כפירת ממון וכ"כ מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ע"ד משו' דהמלוה טוען יש לי עתה בידך ממון והלוה אומ' אין לך עתה בידי כלום א"כ היתה כפירתו כפירת ממון דמי לא עסיקינן שתזדמן עתה למלוה עיסקא שיקנה אותה באותו ממון וכו' ע"ש אם כן גם לגבי שבועה דאורייי' חשבי' כפירת ממון וה"נ במלוה בשטר שהלוה טוען אין לך עתה כלום אע"ג דמודה בחוב כופר בזמן הוי ככופר בממון עתה וצריך המלוה לישבע בנק"ח דלא גרע מתנאי דאם הלוה טוען למלוה תנאי היו דברינו שיעשה המלוה כך והמלוה כופר בתנאי צריך המלוה לישבע ועי' בהש"ך סימן פ"ב ס"ק ג"ל וה"נ באומר תנאי היו דברינו שלא אפרע אלא בזמן פ' והמלוה כופר בתנאי כיון שהשטר כתוב סתם צריך המלוה לישבע והש"ך כתב דהוי כטוען אמנה וכו' ודוקא בטענת פרעתי יכול להשביעו משום דהשטר עומד לכך ע"ש וליתא דטענה זו עדיפא מטענת תנאי דאינו עיקר השטר וכן ראיתי בתשו' בשמים ראש סי' מ"ה שהעתיק לשון הרמב"ם היתה מלוה בשטר או על המשכון וטען הלוה זמן קבעת לי ישבע לו ב"ח שלא קבע לי זמן ויטול וכו' וכן הוא בטור וכ' שם המשנה היא דכל שבועה דעל נטילה כבר נתקנה בימי חכמי המשנה והטעם דהמלוה נאמן לפי שהשטר כתוב סתם בלא זמן וזה טוען תנאי היו דברינו וצ"ע למה מחייבו שבועה בסתם אפי' לא טען הלוה השבע לי ואפשר שהוא מחלק בין תנאי זה לפירעון ע"ש הרי דס"ל דהוי כתנאי היו דברינו ונשבע כעין דאורייתא אפי' לא טען הלוה השבע לי דתנאי ל"ד לפירעון.

ונראה דבטוען תנאי היה והשטר סתם דקיי"ל בסי' פ"ב דנשבע הלוה ונוטל וכו' ה"ד אם טען הלוה השבע לי כמ"שכ הטור שם דהרי היא כטענת פירעון וכו' ובטענת פירעון אין צריך המלוה לישבע אלא א"כ טען הלוה השבע לי וכן בעה"ת שער כ"א ח"ג שכ' סתם דישבע המלוה בתנאי וכו' ה"ד בטען הלוה השבע לי וכה"ג כ' בעה"ת והטור ומרן

סי' קכ"ו סי"ג נשבע ונוטל ופי' אם טען הלוה כן כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם וכ"כ מורם בסי' פ"ב סס"ב המלוה נשבע ונוטל וכתב הש"ך כשטען הלוה השבע לי וכו' ע"ש וכן כתב הרמ"בם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כשאין הנפקד נאמן לומר החזרתי ישבע בעל השטר בנ"קח שלא החזיר לג וישלם וכתב המ"מ דה"ה אם טען הנפקד השבע לי כדון מלוה בשטר ורבי' קיצר והביאו מרן הב"י בסי' רצ"ו ע"ש וה"נ א"ל שנשבע המלוה ונוטל וכו' ה"ד אם טען הלוה השבע לי כדין טוען פרעתי ואין צריך לפרש דאם בטוען פרעתי שכופר בממון לא ישבע המלוה בלא טענה וכל שכן הכא דמודה בחוב ולא נחלקו אלא בזמן הפירעון ומכ"מ גם שבועה זו דר"פ דצריכה טענה שבועת המשנה היא דתנן בפ' הכותב מנכסי יתומים ומנכסים משועבדים ושלא בפניו לא יפרעו אלא בשבועה וכ' רש"י משום דאם היה גובה מן הלוה גופיה והיה טוען השבע לי דלא פרעתי משבענ' ליה השתא נמי אנן טענינן להו וכו' וכ' הר"ן שם שלמד כן מדאמרי' עלה בפ' שבועת הדיי' ומה בין זה לפוגם שטרו וכו' דשבועת המשנה היא ולא מצינו לה רמז במשנה אם לא נאמר דשבועת נכסי משועבדים ויתומים ושלא בפניו מה"ט הוא כמ"ש רש"י וכ"כ בעה"ת שער כ"א ח"ד ס"ב ע"ש ומהר"י ן' מיגש בחיד' בפר' שבו' הדיינים הכריח דשבו' המשנה היא בנק"ח דהא נשבע ונוטל הוא ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם שבועת היסת בנשבע ונוטל וכו' וכ"כ הריטב"א בחיד' שם וזה סיוע לתשו' בשמים ראש דה"נ דהמלוה שבא ליטול צריך לישבע בנק"ח דכל שבו' דעל נטילה נתקנה בימי חכמי המשנה דלא משכח' לה לעולם שבועת היסת בנשבע ונוטל.

אבל מרן כ' אפשר לקיים הגיר' ישבע המלוה היסת וכו' דל"ד לאומר פרעתיך כיון שהוא מודה דחייב לו הרי הוא כאלו תובע הלוה למלוה חייב אתה להמתין לי כו"כ ולכך המלוה נשבע היסת ע"ש ונר' דס"ל דאפי' המלוה בא ליטול סגי בהיסת דהא בטוען פרעתי איכא מ"ד שבו' דרבנן היא והרי"ף והרא"ש כ' מסתברא כעין. שבועה דאורייתא דומיא דפוגם שטרו ולא דחו מהא דלא משכחת לה שבועת היסת בנשבע ונוטל ונראה משום דא"ל אע"ג דקי"ל כב"ה דשטר העומד להגבות לאו כגבוי דמי מ"מ הוי המלוה כמוחזק לענין זה דסגי בשבועת היסת וכמ"ש הרש"בא ח"ב סי' רנ"ד ובמיוחסו' סי' ק' הטעם בשטר אמרינן מגו להוציא משום דהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו ואוקומי ממונא הוא ע"ש וה"נ הוי כאלו מוחזק בממון לענין דסגי בשבועת היסת וא"כ אע"ג דקי"ל בטוען פרעתי דנשבע בנק"ח כעין דאורייי' משום דהלוה כפר בממון אבל הכא דמודה בחוב ולא כפר אלא בזמן הפירעון הוי כאלו המלוה מוחזק וסגי בשבועת היסת וכה"ג כ' בע"הת שער י"ז ח"ב סימן ה' בטוען פרעתי בתוך

הזמן דא"ל די לנו שפוטרים אותו משבו' המשנה מכח חזקה אבל צריך שבוע' היסת עש"ב. ונראה דמלוה על המשכון או מלוה בשטר ויש עד אחד שהיום סוף זמנו ודאי דהמלוה נוטל בלא שבו' כמ"ש מור"ם בסי' פ"ז סי"א דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד אחד המסייע נוטל בלא שבועה והם דברי מהר"מ בתשוב' המיי' לס' משפטים סי' ס"ה וכן הוא במרדכי בפ"ק דמציעא וכ' הש"ך שכן פסק בתשו' מהר"יו סי' קמ"ח וכו' וכן עיקר ע"ש ומבו' בתשו' מהר"מ שם דאפי' בנשבע ונוטל שמן הדין לא היו נוטלין אלא שחכמים היקלו עליהם ליטול בשבועה אם יש עד אחד מסייעו נוטל בלא שבועה וכ"ש הנך דתנן בפ' הכותב הפוגמת וכו' וע"א מעיד שהיא פרועה וכו' לא תפרע אלא בשבועה דמן הדין גובה בלא שבועה אלא שהחכמים החמירו עליהם שלא יטלו אלא בשבועה כמ"ש התוס' בכתובות דף פ' בד"ה ישבע וכו' והרמב"ן והר"ן בפ' כל הנשבעים ע"ש דודאי כשיש ע"א מסייעו לא החמירו עליו ואוקמוה אד"ת דנוטל בלא שבועה ע"ש וא"כ במלוה בשטר או על המשכון וטען הלוה שקבע לו זמן ולא הגיע והמלוה כופרו אפי' היה צריך לישבע שבועת המשנה כשיש ע"א מסייעו נוטל בלא שבועה דגם המלוה על המשכון נוטל בלא שבועה כדמוכח מדברי הר"ן בפ' כל הנשבעין וע"ש וכן מבו' בתשוב' בשמים ראש שכ' שם ואף דלא בעי למיפטר נפשיה משבועה אלא ע"א כדפסק ר"ת וכו' דס"ל דה"נ אפילו נשבע ונוטל ע"א פוטרו משבועה ואל תטעה בדברי הסמ"ע ס"ק י"א שכתב במה דברים אמורים במלוה על פה וכו' האי בד"א קאי גם אשבועת התורה הנז"ל בס"ב כשהמלוה טוען היום סוף הזמן ע"ש דנראה ודאי דקאי אנז' בס"ב דאם יש עד אחד שהיום סוף זמנו דנשבע הלוה שבועת התורה בד"א במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר או על המשכון ישבע המלוה היסת ויטול וליתא דמלוה בשטר או על המשכון ויש ע"א שהיום סוף זמנו מסייע למלוה נוטל בלא שבועה כלל דאפילו משבועת המשנה פוטרו וכ"ש משבועת היסת אבל אם יש ע"א מסייע ללוה שקבע לו זמן ולא הגיע זמנו נראה לכאו' המלוה בשטר או על המשכון נשבע היסת ונוטל ומיהו נראה דהא דמי לאומר תנאי היו דברינו כמה שכתב בתשובות בשמים ראש שם ובסי' פ"ב קיי"ל אם טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי נש' המלו' ונוטל וכו' אפי' עדי הש' עצמם נאמ' לו' שנע' על תנאי אפילו כת"י יוציא ממקום אחר וכו' אם ע"א אומר על תנאי היה וע"א אומר לא היה על תנאי נשבע הלוה היסת ונפטר הרי דאפילו עדי השטר עצמם נאמנים ואם ע"א אומר על תנאי וע"א אומר לא היה תנאי נשבע הלוה היסת ונפטר וה"נ אפילו עדי השטר וכת"י יוציא ממ"א נאמנים לומר שקבע לו זמן ולא הגיע הזמן ואם עד אחד מסייע ללוה שלא הגיע זמן וע"א מכחישו נשבע הלוה היס' ונפטר דאפילו למ"ד התם דאין העדים

נאמנים אלא דוקא כשאין כת"י יוציא ממ"א הכא מודה דנאמנים לעולם שהרי כתב הרשב"א בתשו' סי' אלף י"ב על משכונה שלא כתבו זמן נאמנים העדים לומר כך היה התנאי אפילו כת"י יוציא ממ"א וכו' ואע"ג דהוא ס"ל דאין נאמנים העדים לומר תנאי היו דברינו אם כת"י יוציא ממ"א כבר כתב מהרימ"ט ח"א סי' קמ"א שאני התם שבאים לעקור החיוב לגמרי כביטולו של תנאי אבל הכא יכולים העדים לברר דבריהם וכי היכי דב' עדים שומעים להם אף בע"א כן וכו' וכ"כ מוהרא"דב בס' לחם רב סי' פ"א ע"ש א"כ ה"נ אם יש עדי השטר מעדים שקבע לו זמן ועדיין לא הגיע אפילו כת"י יוצא ממ"א נאמני' ונפטר הלוה בלא שבועה ואם ע"א אומר כן וע"א מכחישו נשבע היסת ונפטר ועיין בס' בתי כהונה ק"ב סי' כ"ט מיהו איכא למימר דדוקא בטענת תנאי דכשאין עדים כלל המלוה צריך לישבע בנק"ח אבל הכא דא"ץ רק היסת משום דלא נחלקו בחיוב אלא בזמן הפירעון א"כ אפילו ע"א מסייע ללוה נשבע המלוה היסת ונוטל:

י"ב אחד שתבע לחבירו מנה בשטר והשטר ביד שליש ונאבד ממנו וטען שכבר עבר זמן הפירעון והלוה טוען אמת שאני חייב לך אבל בשט' נזכר זמן פירעונו עדי' שנים ועדיין לא הגיע הז' והשליש אינו זכור יש' הלוה היסת ויפטר דהוי כתביעה ע"פ ואין הלוה י"ל יבטל המלוה השטר דשמא ימצא השטר אח"כ ויפסל לעדות ולשבועה וכבר כתבו התוס' בפ' המפקיד בד"ה שמא וכו' פי' רש"י ויפסלנהו לעדות ולשב' וקשה לר"ת וכ"ש שישבע הלוה שהוא ידקדק יותר לישבע באמת כדי שלא יפסלנו המלוה וכי עבדי תקנתה לרמאי והסכ' ר"ת לפירוש ר"ח דנראה כמו שבועה לבט' וגנאי הוא וכו' הר' פנים מאירות סי' צ"א ח"ב ע"ש הטור בסי' צ"ה כת' שטר מסרתי לך ויו"ד דינרים היה לי בוראיה וזה אומר להד"ם ישבע היסת הפכה עליו ה"ז נשבע היסת שהי"ל בו ראיה ויטול וכתב הפרישה הפכה עליו וכו' א"ל ואיך ישבע התובע דילמא אחר השבועה יוציא הלה שטרו ויראה דאין בו ראיה כ"כ כמו שנשבע ונמצא ש"ש מתחלל כמ"ש בסימן ע"ב לענין שאינו ברשותו די"ל דכאן אין לחוש להכי דהתובע יודע בודאי ובבירור כמה יש לו בו משא"כ התם במשכון דתלוי בשומא וכ"כ בכ"מ בפ"ה מה' טוען ע"ש. י"ג אם מפורש בשטר נתחייב לפרוע לזמן פ' וכו' וטען הלוה שהיה תנאי ביניהם שיפרע לזמן אחר אינו כלום וא"ץ המלוה לישבע ואפילו חרם סתם א"ץ הר' בתי כהונה ח"ב סי' כ"ט ע"ש.

י"ד דין ה'

לא חלה השבועה וכו' לשון הטור דהו"ל נשבע לבטל את המצוה דמוש' ועומד מהר סיני לפרוע חוב שלו וכו' ונראה דמשום פריע' ב"ח מצוה דאוריי' היא והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תר"י כ' דמ"ע היא מדכ' והשיב את הגזילה אשר גזל וכו' וכ' הרמב"ם בפ"ה מה'

גזילה ואבידה אחד הגוזל ואחד העושק או הגונב או שהלוהו וכו' הרי שהשוה הלואה לשאר דברים הנז' בכתוב ובתחיל' ההלכות כ' דאם גזל חייב להחזיר שנאמ' והשיב את הגזילה וכו' זו מצות עשה וא"כ מ"ע להשיב את הגזילה וה"ה לכל הנז' בכתוב והלואה בכלל וכו' והביאו הר' קהלת יעקב סי' רמ"ח ע"ש ולא ראו מ"ש הרמב"ם בפ"א וז"ל איזהו עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו וכיון שתבעו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזיר לו כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות וע"ז נאמר לא תעשוק את רעך וכן כ' הסמ"ג לאוין ק"ן ע"ש הרי דעובר בלא תעשוק וה"נ איכא עשה דכתיב והשיב את הגזילה או את העושק וכו' ובפ' הכותב אמר לי ר"כ לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אמ' לא ניחא לי דליעביד מצוה מאי א"ל תנינא בד"א במצות ל"ת אבל במ"ע כגון שא"ל עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו נוטל מכין אותו עד שתצא נפשו משמע בהדיא דמ"ע דאורייי' כסוכה וכלולב ולכך אם לא רצה לקיים מכין אותו עד שתצא נפשו וכ' רש"י שם מדכתיב הין צדק שיהא הן שלך צדק וכו' והר' יונה והריטב"א והרא"ה שם דחו פי' רש"י וכ' בשם הר"י מקורביל דעשה דידיה מדכתיב והאיש אשר אתה נושא בו יוציא אליך את העבוט החוצה וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דף י"ג בשם רבו ע"ש וכ"כ הרשב"ץ בס' זהר הרקיע והביאו המבי"ט ח"א סי' נ"א ע"ש ובפ' מי שהיה נשוי אמרי' מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וכ' רש"י משו' כבוד אביהם אלא שאין לבית דין לכופן על כך דלאו מ"ע מפורשת היא כסוכה וכלולב אלא מצוה בעלמא דרבנן וכ"כ בעה"ת שער ס"א סי"ו וז"ל והא דאמרי' מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם פי' מצוה דרבנן קאמר משו' כבוד ול"ד לפריעת ב"ח מצוה וכו' ופי' רש"י דהא נמי מצות ע' היא מדכתיב הין צדק ובזה כיון שהיא מ"ע אם הלוה עובר ואינו רוצה לפרוע מכריחין אותו ומכין אותו עד שיפרע אבל מצוה דיתומים דליתא אלא מדרבנן לא כייפינן שלא כדברי ר"ח וכו' ומשמע מדבריו שאם סרב שמכין אותו עד שתצא נפשו שהרי דימה אותם למלוה וכו' ע"ש א"כ אם נשבע שלא יפרע חוב עצמו אין שבועה חלה על מצוה דאורייי' אבל אם נשבע שלא יפרע חוב אביו דהוי מצוה דרבנן שבועה חלה וגם לר"ח דכופין אותו לפרוע חוב אביו נראה דס"ל דכופין במצוה דרבנן כמו שדחו התוס' בפ' הכותב פי' רש"י דאשכחן דכופין במצוה דרבנן כגון מצוה לקיים דברי המת ע"ש ואם כן ה"נ דכופין אותו לפרוע חוב אביו דהוי מצוה דרבנן אבל שבועה חלה עליו כדקי"ל ביו"ד סי' רל"ט דשבועה חלה על מצוה דרבנן

מיהו הראב"ד הביאו בע"הת שער ס"א חלק שני סימן ב' כ' מצוה לפרוע חוב אביו מדאורייתא והובא בב"י סימן ק"ד עיין שם ואפשר שזה דעת ר"ח דכופין אותו מה"ט

דמצוה לפרוע חוב אביו מדאורייי ולדידהו אין שבועה חלה עליו ועיין בהר"ן בפ' הכ' ס' ובב"י סי' ק"ז אבל לרוב הפוסקים דמצוה דרבנן היא שבועה עליו חלה ואפשר דגם לדעת הראב"ד דמצוה דאורי' היא שבועה חלה שאינו מפו' בתורה אבל לפרוע חובו לכ"ע אין שבועה חלה דעשה מפורש בתורה וכ"ש לדעת הרמב"ם והסמ"ג דעובר בלא תעשוק וכו' ועיין בספר דברי אמת בקונטריס ט' דף פ"ב והרשב"א בתשו' סימן תשל"ד כתב בשם ר' האיי גאון בתשו' דאם נשבע שיוציא לאשתו אינה שבועה כאלו נשבע שלא יפרע את בעל חובו שאין בדבריו כלום וכתב כנה"ג חי"ד סי' רל"ט ולא ידעתי מה דמות יש לנשבע להוציא את אשתו לנשבע שלא יפרע את חובו דפריעת ב"ח מצוה מן התורה כדאמרינן בפרק הכותב וכו' והנשבע לבטל דאורייתא אין שבועה חלה אבל שלא לגרש את אשתו לא מדאורייתא ולא מדרבנן דאפילו לבית שמאי דאמרו לא יגר' אדם את אשתו אלא אם כן מצא בה ערות דבר עצה טובה קא משמע לן ולא שהוא מוזהר וכו' ואפשר דמיירי במי שנשבע לגרש את אשתו ואין לו לפרוע כתובתה דהשתא הוי כנשבע שלא לפר' לב"ח דאין שבועה חלה עליו וכ' עיין שם באורך וכן כתב הרדב"ז בתשובות חלק ב' סימן תש"לד עיין שם וכבר הוכיח הר' מש"ל בפ"י מה' גירושין דאיסור דאורייתא לגרש את אשתו על לא חמם עיון שם באורך. ושוב מצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' ז' שכ' דהנשבע שלא לפרוע אפשר דשבו' חלה כדאמרי' בפ' א"נ דכי אמרי' עשה דוחה ל"ת מילה בצר' אבל הכא אי אמרה לא בעינא מי איתיה לעשה כלל ול"ד איסור תורה אלא אפי' שניה וכל איסורי דרבנן אין נדחין מכח מ"ע זו וא"כ אפשר דעשה כזה קיל ושבועה חלה ולא אמרי' ליה קום עבור לשבו' ופרע לב"ח אלא שמדברי הרמב"ם בה' גזיל' ואבידה נר' דכל שאינו פורע עובר בלא תעשוק וכו' ע"ש ומ"ש דאפי' איסו' דרב' אין נדחין וכו' כ"כ הרמב"ם בפ"א מה' נערה והטור באה"ע סי' קע"ז ע"ש בב"י ובשא' אחרונים והמש"ל שם האריך ע"ש ומ"מ איסו' דאוריית' אין עשה כזה דוחה אותו וה"נ עשה דפריעת ב"ח קיל ואינו דוחה ל"ת דשבועה ומוהרימ"ט ח"ב סי' מ"ז הוכיח דגם עשה כזה נשבע לבטל את המצוה הוא דהא צדקה לעני אין המעשה תלוי בו דאם אמר העני לא בעינא ליתיה לעשה ומה"ט אין מברכין עליו כמבו' בתשו' הרשב"א ובהדיא אמרי' בפ"ג דשבו' מאי שאתן לאיש פלוני אי צדקה לעני מושבע ועומד מהר סיני הוא אלמא בכל עשה אמרינן אין שבועה חלה על המצוה עיי"ש ונר' דלדעת הרשב"א בשם גדולי הצרפתים דדוקא כשהעני שואל ממנו צדקה מושבע ועומד ליתן לו הא לעני דעלמא שבועה חלה וכולי ניחא שהרי כתבו התוספות שם וז"ל הקשה ה"ר עזרא אמאי אצטריך קרא בפרק קמא דיבמות דאין עשה דכבוד דוחה שבת הא ליכא עשה דאי אמר לא בעינא מי איתיה לעשה

כלל ויש לומר דהתם מכל מקום כשצוה האב הוי עשה לעשות מצוה עיין שם והכא נמי מיד כששאל העני ממנו צדקה הוי עשה ולדברי בשמים ראש דלא אמרינן הכי בנשבע שלא יפרע מהאי טעמא דכל שאינו פורע עובר בלא תעשוק וכו' וכו' הכי נמי בצדקה איכא עשה ולא תעשה לא תאמץ וכולי אבל התוספות ישנים שם כתבו עוד דהתם גבי דידה ליכא עשה דהא אי בעיא אמרה לא בעינא ליה לכן אין לו לעבור בלאו משום עשה דידיה דהיא מוזהרת כמותו דהשוה הכתוב אשה לאיש כדאמרי' ביש מותרות עיין שם אם כן במצות עשה דצדקה ופריע' ב"ח וכיוצא מיקרי נשבע לבטל את המצוה דדוקא גבי אנוסה לא מיקרי עשה וכו' לגבי דידה דאין לא לעבור בלאו משום עשה דידיה אבל לדידיה מיקרי עשה אף על גב דאי בעיא אמרה לא בעינא וכו'.

ומ"מ לכולי עלמא מצות עשה דאורייתא לפרוע חובו ולהרמב"ם והסמ"ג עשה ולא תעשה איכא בכלל העושק ואפילו על עשה לבד אם לא רצה לקיימו כופין אותו וכל שכן עשה ולא תעשה ואם כן אם נשבע שלא יפרע חובו אין שבועה חלה עליו אבל אם נשבע שלא יפרע חוב אביו דהוי מצוה דרבנן שבועה חלה עליו וכן נ"מ אם יש עליו חוב עצמו וחוב אביו ואין לו נכסים אלא מה שהניח לו אביו פורע חוב עצמו שהיא מצות עשה דאורייתא ולא חוב אביו דהוא דרבנן כנראה מדברי בעה"ת שער ס"א חלק שני סימן ב' עיין שם באורך וכי האי גוונא כתב בעה"ת שער א' בשם תשו' הרי"ף והביאו מרן ב"י בח"מ סימן צ"ז שאין לאשה מזונות לא מקרקעי ולא מטלטלי עד שיפרע המלוה ואף שהיא קודמת מפני ששעבודו של מלוה הוא מן התורה וכדעולא דאמר שעבודא דאוריית' ומזונות האשה ובניה מדרבנן לכך אתי שעבודא דאורייתא ומבטל דרבנן וכו' עיין שם אלמא שעבודא דאורייתא מבטל שעבודא דרבנן והטור באה"ע סימן קי"א כתב במי שהיו לו שתי נשים וגרש אחת ומתה אחת בחייו ואח"כ מת והניח בנים משניהם וכו' בני הגרושה נוטלים תחילה ואחר כך בני המתה וכ' הפרישה ר"ל כיון שבני הגרושה נוטלים בתורת חוב ופריעת ב"ח מצוה דאורייתא משום הכי נוטלים בני הראשונה שאם אין שם סך כדי שתי כתובות וגם נ"מ לענין אם יש לפנינו כסף ושוה כסף בני הגרושה שהם ב"ח משתלמים ראשונה מהמיטב וכתובת בנין דכרין נגבית מהגרוע עיין שם ועיין בתשובות מהר"ם אלשיך סימן י"ד ובתשובות הר' פני משה ח"א סימן ע"ז.

ט"ו ואם השבועה קדמה לחוב ש"מ וכו' לשון הרא"ש והטור כגון שנשבע סתם שלא למכור משלו בשביל שום חוב שיתחייב וכו' וכ' הפרישה משמע דוקא סתם הא אם נשבע שלא לפרוע מה שהלוה משמ' הו"ל כאלו כבר לוה ולא חלה השבועה ע"ש אבל מהר"י הלוי סי' י"א כתב בנשבע בחיי אחיו שלא ליבם אשת אחיו אפי' אין שום מצוה

בחליצה שבועה חלה עליו כיון שנשבע בזמן שאין המצוה מוטלת עליו לא מיקרי נשבע לבטל את המצוה ולמד כן מתשו' הרא"ש שכ' אם קדמה שבועה א' לחוב שמעון כגון שנשבע בסתם שלא למכור שום חוב וכו' משמע בהדיא אם ה עדיין לא לוה משמעון דאין המצוה מוטלת עליו באותה שעה אפי' אופן שבועתו היתה כשיבא עליו חיוב מצוה זו לא יעשנה לא מיקרי נשבע לבטל את המצוה ול"ד לשבועה שלא אוכל מצה דהוי נשבע לבטל את המצוה דהתם אע"ג דבזמן שנשבע אין המצוה מוטלת עליו כיון דלא סגי בלאו הכי לעבור אותה מצוה בזמנה הו"ל כמוטלת עליו מעתה משא"כ הכא דאפשר שלא ילוה מעולם ולא יבא לידי חיוב מצוה וה"נ בנשבע בחיי אחיו שלא ליבם וכו' עש"ב א"כ אם נשבע שלא יפרע מה שילוה משמ' כיון דעדיין לא לוה ואפשר שלא ילוה ולא יבא לידי מצוה זו לא הוי נשבע לבטל את המצוה ושבועה חלה וכן הס' הכנ"הג חי"ד סי' רל"ט אות כ"ו וכ"ז וכתב שם אבל נ"ל דהקו' ליתא דהירוש' יש לפרש כשהמצוה היתה מוטלת עליו באותה שעה כגון שנשבע בליל פסח שלא לאכול מצה שאם נשבע סתם שבועה חלה עליו מטעם כולל ואם אמר שבועה שלא אכול מצה בליל פסח אין שבועה חלה וכו' אלא מהר"י הלוי רצה לפרש הירושלמי אפילו בנשבע בשעה שאין קיום המצוה מוטלת עליו וכן יש לדקדק מל' הירוש' שבו' שלא אכול מצה בליל פסח דמשמע דהשבועה אינה בליל פסח ע"ש וכבר כתב הרא"בד בס' תמ"ד סי' רמ"א דאם נשבע בפסח לא מיקרי כולל אלא מתחיל באיסור ע"ש וז"ל הרי"בש סי' שצ"ה וזה טעם הירוש' שאם כלל ואמר שלא אכול מצה אסור לאכול מצה בליל פסח שהרי יש חלוק לשבו' זו בשאר ימות השנה ומגו דחיילא אהנהו חיילא נמי אליל פסח ואפילו עומד בליל פסח אם כלל בשבועתו שאר ימים אסור וכו' ע"ש משמע דודאי הירוש' מיירי בנשבע בשאר ימים שלא לאכול מצה דכיון דחלה שבועה קודם על זמן ההתיר חלה גם אליל פסח אלא שהוסיף דאפילו עומד בליל פסח וכו' דאע"ג דחל האיסור קודם זמן ההתיר חלה שבועתו בכולל וכ"כ מהר"א ששון סי' קצ"ז עש"ב וא"כ לכ"ע הירו' מיירי בנשבע בשאר ימים דעדיין אין מצוה מוטלת עליו ואפ"ה בלא כולל לא חלה שבועה על ליל פסח דהו"ל נשבע לבטל את המצוה והש"ך בס"ק י"א כתב דבהגיע זמן הפירעון לא שייך כולל והירוש' מיירי דוקא בשאר ימים עיי"ש וליתא דהרי הריב"ש סבירא ליה דאפילו בנשבע בליל פסח חלה שבועה בכולל וכן כתב מהרי"א וגם הראב"ד דס"ל דאם נשבע בפסח לא מיקרי כולל משו' דהתחיל באיסור נר' דמודה הכא דאפי' הגיע זמן הפירעון חיילא שבועתו בכולל דהא אפשר שיחול בשעה ראשונה שילוה מיד קודם שיפרע לשמעון דמגו דחלה השבועה על זה חלה נמי על שמעון בזמן ראשון והראב"ד

בהשגות בפרק רביעי מהלכות שבועות סבירא לי דאם נשבע שלא יאכל ככר היום ואחר כך נשבע שלא יאכלנו לעולם חלה שבועה על שבועה בכולל אבל הרמב"ם סבירא ליה דלא חלה עיין שם בכסף משנה והרדב"ז שם פי' הטעם דלא שייך כולל אלא אם האיסור נוסף על החתיכה עצמה בזמן שעדיין איסור הראשון עליה אבל הכא בזמן המגו דהיינו בשאר ימים מותר לאכול עיין שם ואם כן הכ"נ בנשבע לבטל את המצוה לא שייך כולל אלא כשחלה על הקניה בזמן שעדיין המצוה עליו דמגו דחלה על ההתיר חלה על המצוה באותו זמן:

ט"ז יתירו לו וימכור ויקיים שבועה שניה משמע דכיון שנשאל על שבועה ראשונה חזרה שבועה שניה משבועת שוא לשבועת ביטוי וצריך למכור לקיים שבועה וביו"ד סימן רל"ח דין י"ז כתב מי שנשבע על ככר וחזר ונשבע לבטל שבועה ראשונה ונשאל על שבועה ראשונה יש להסתפק אם תחזור שבועה שניה משבועת שוא לשבועת ביטוי כיון שמצאה מקום לחול ז"ל ובתשובות הרשב"א סימן תס"ב מדמה דין זה לשבועה שלא אוכלנה שבועה שלא אכלינה ונשאל על הראשונה אלא שנסתפק בזה גופה אי השבועה הב' חלה אחר כך או לא כיון דנראה מדברי הרי"ף שדחה הך דרבא וכו' ותמה על מרן שפ' שם ובסימן רכ"ט לדרבא דאם נשאל על הראשונה חלה השניה וכאן כת' שיש להסתפק ואיפשר דיש לחלק כיון דהשבועה השניה היא נגד שבועה הראשונה וצריך עיון עיון שם וכן חי' הרדב"ז בסימן קמ"ח דהא דאמרינן הנשבע שבוע' על שבועה דאם נשאל על הראשונה חלה השניה ה"ד אם שתיהן לקיום ענין ראשון אבל הכא דהשבועה השנית היא הפך הראשונה לא חלה דכיון דבשעה שיצאה מפיו לשוא אין לו תקנה וכן כתב העט"ז שם שכן, מסתבר דנשאר בשבועת שוא ושם כתב לקיים שנית דאם נשבע על הראשונה חלה שנית במקומה עיי"ש וכבר כתב בס' עה"ש חי"ד סימן רל"ח סק"ד דלא ראה תשו' הרשב"א דנראה דסבירא ליה דלא חלה שבועה ראשונה וכן דעת הריטב"א בחיד' לשבו' ד' כ"ב דאפי' נשבע לבטל שבועתו אם נשאל על הראשונה חזרה שניה משבועת שוא לשבו' ביטוי ובחי' נדרים דף י"ז כתב מסתברא דאפילו נשאל על הראשונה לוקה על השנייה משום שבו' שוא דהשתא בשעת שבועתו יצתה שבועה מפיו לשוא ואף ע"ג דאפשר דמתשיל אקמייתא והוה ליה התראת ספק קיימא לן התראת ספק שמה התראה ועוד כיון, שמעוכב מעשה שהוא ביד אחרים לעשות לא חשיב התראת ספק דמי יימר דמזדקקי ליה בית דין וכן כתב רבינו בפירו' כתובות בפרק קמא וכו' עיין שם ונר' דסבירא ליה דאחר שנשבע על שבוע' ראשונה חזרה שבועה שניה שבועת ביטוי וחייב לקיים שבועתו אבל כיון דבשעת שבועתו יצתה מפיו לשוא לוקה אף על

גב דהתראת ספק היא וכן כתב הריב"ש סוף סי' תנ"ג וז"ל והכי הוא בנשבע על הדבר שלא לאכלו ואחר כך נשבע לאכלו וכו' ואין שבועה חלה על שבועה שבשעה שיצתה שבועה זו מפיו חייב עליה משום שבוע' שוא כדין כל הנשבע לבטל את המצוה אבל אחר שנשאל על שבוע' הראשונה שבועה שניה משכחת רווחא וחיילה עיי"ש הרי דסבי' לי דאפי' נש' לבטל שבועתו אם נשאל על הרא' חזרה שבו' ביטוי וחיילה אבל לוקה עליה משום שבו' שוא כיון שיצ' מפיו לשוא.

טו"ב דין

הנשבע לחבירו לפורעו קודם שיעבור זמן פלו' וכו' אם קודם שעב' הזמן התיר השבועה מותר אף על פי שהוא לתועלת חבירו אבל אם עבר הזמן ולא פרעו אינו מותר אפי' בדיעבד הרשב"ץ בתשו' חלק שלישי סימן ר"י עיין שם וכבר כתבתי בספר עה"ש חי"ד סימן רכ"ח ס"ק ל"ב דבתשו' הרשב"א חלק שלישי סימן שכ"ד מבואר דאפילו התיר קודם שעבר הזמן כיון שהוא לתועלת חבירו אינו מותר וכן דעת הראב"ד וגם ר"ת מודה וכו' כ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' שכ"ז ובח"ג סי' תקי"ט וסי' תקל"ה דאפי' עברו והתירו אינו מותר דע"כ לא פליגי אלא כעין יתרו ונבוכדנצר דהשבועה היתה לדעתם לתועלת כבוד וקלין אבל הנשבע לדעת חבירו ואיכא דרא דממונא לחבירו אפילו התירו אינו מותר וסברא הוא דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה וכן כתב הרשב"א אפילו התירו אינו מותר וכו' עש"ב אבל בס' תמ"ד סי' ר"ב מבו' דאפי' לתועלת חבירו מותר בדיעבד וכ"כ הריב"ש סי' קפ"ו וסי' ר"פ והכריע שם בשם רבו כר"ת ע"ש וכ"כ מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סי' ח"י דמות' בדיעבד וכ"כ מרן הב"י שם על תשו' הרשב"א דא"נ כן מדברי המפרשים וכן סתם מרן בש"ע שם בס"ב בנדר דאם התירו לו בלא דעת חבירו מותר ע"ש וכ"כ בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קפ"ב ועיין בס' בית שלמה סי' ט' שפסק להחמיר וכ"כ מהרש"ך ח"א סי' ס' ע"ש וכן ראיתי להר' שבות יעקב ח"ב סי' קע"ב שכ' דקי"ל כמ"ד דאפי' בדיעבד אינו מותר וכן הסברא נותנת דא"כ גם נשבע לפרוע לחבירו יתירו שלא מדעתו מיהו י"ל כיון דפריעת ב"ח מצוה אפי' בדיעבד אינו מותר מ"מ הסכימו הרבה תשובו' אחרונים דכל שהוא לתועלת חבירו אפילו בדיעבד אינו מותר ולא יהיה אלא ספק שבועה אזלינן לחומרא עש"ב הרי דס"ל דנשבע לחבירו לכ"ע אין התרתו התרה שלא מדעת חבירו משו' דהוי מצוה אבל אין נר' כן מדברי התוס' בפ' השולח בד"ה ליחוש וכו' שכ' וא"ת איך יכולים להתיר שלא בפני היתומים וכו' וי"ל דבדיעבד אם התיר מותר וכו' וכן כ' הרא"ש והר"ן שם ע"ש אלמא אפי' באיסור גזל אם עבר והתיר מותר ועיין בתשובות מהרח"ש ח"ב סי' ל"ז.

ח"י כתב הסמ"ע דאם כתב בכ"י שנשבע בפועל לא י"ל שלא נש' וה"ה אם עדים כתבו כן בשטר וכ' הר' חוות יאיר סי' קצ"ד דגם במגו דלה"דם או פרעתי אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים ע"ש וכ"כ הרד"בז בתשו' ח"ג סימן תר"ה דאם כ' בכת"י אני מודה שנשבעתי ב"ד כופין אותו לקיים שבועתו דהודאתו כמאה עדים וגדולה מזו אני אומר שאפילו אין כת"י יוציא ממ"א אינו נאמן לומר לא נשבעתי דלא אמרינן מגו לסתור הודאתו ע"ש והכ"הג הג"בי אות י"ב כ' דבתש' הרשב"א הובאה בתש' הרא"ם סי' ע"ב כ' בכת"י שאומר שנשבע אם כת"י יוציא ממ"א אי' נאמן לומר לא נשבעתי וכתב הרא"ם דה"מ כשחבירו מכחישו וה"מ כשאין לו מגו ואמתלא אבל כשיש לו מגו אפילו הרש"בא מודה שנאמן וכו' ע"ש ונר' מדכ' הרש"בא דאם כת"י יוציא ממ"א אינו נאמן וכו' שמענ' דאם אין כ"י יוציא ממ"א נאמן לומר לא נש' במגו דמזוייף אבל אם נתקיים אפשר דאינו נאמן במגו דטע' אחרת לסתור הודאתו כמ"ש התוס' בקמא דף ע"ב בד"ה אין לך וכו' דהא דאמרי בפ"ב דכתובות שנים התותמים על השט' ואמרי קטנים או אנוסים היינו וכו' אם אין כת"י יוציא ממ"א הרי אלו נאמנים האי לאו מנו הוא שאין השטר מתקיי' אלא ע"פ והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' וכ"כ בתו' בכתובות במתני' דהעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכו' ושם בד"ה אין נאמנים כתב הכא ל"ל ליהמנו מגו דאי בעו אמרי פרוע כיון דמקויים במגו במקום עדים ע"ש הרי דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר ונאמני' במגו דמזוייף ולא הוי מגו במקום עדים אבל אם נתקים אין נאמנים במגו דטענה אחרת דהוי כמגו במקום עדים וה"נ אין נאמן לסתור הודאתו אלא דוקא במגו דמזוייף דאפילו נגד השטר דא"צ קיום אלא מדרבנן לא הוי במגו במקום עדים וכ"ש נגד הודאתו בכ"י שכ' הש"ך סי' מ"ו סק"י דצריך קיום מדאורייתא ע"ש וגם שהוכחתי שם דחתימת יד הלוה נמי ל"צ קיום רק מדרבנן מ"מ לא עדיף כת"י מהשטר אבל ראיתי למהרש"דם יך סימן פ' שהביא תשובת הרש"בא דאין נאמן לסתור הודאתו אפ' במגו דמזוייף וכבר כתבתי בסי' ס"ט ס"ק כ"ב שכ"ד הראב"ד ובעל העיטור והרש"בא והנ"י והריב"ש וכ"הג כתב הרש"בא ורבינו ירוחם בשטר שכתוב בו בלא תנאי וכו' דאפילו העדים עצמם אין נאמני' לומר תנאי אפילו במגו דמזוייף וכ"ש נגד הודאתו בכ' כמ"ש בסי' פ"ב דין י"ב עש"ב וא"כ ה"נ בשטר או בכ"י שכתוב בו שנשבע אפי' אינו מקויים אינו נאמן לסתור הודאתו במגו דמזוייף.

י"ט אבל אם אמר הריני נשבע וכו' כתב הרדב"ז בתשו' שם דאם טען בריא לי דבשעה שכתבתי כן לא הוצאתי שבועה מפי נ"ל דלא נפסל לשבועה ולעדו' אם לא קיים שבועתו וגם אין ב"ד כופין אותו לקיים אותה שבועה אבל לצאת יד"ש צריך לקיים ואם הוא מסו'

אם הוציא בשפתיו או לא ב"ד כופין אותו לקיים שבועתו דס' דאורייתא לחומרא אבל לא נפסל לעדות ולשבועה מספק תדע דכת"י לאו כדבור דמי דקי"ל מי שנדר או נשבע שלא לדבר עם חבירו יכול לכתוב לו ע"ש וכבר כתבתי בס' עה"ש יו"ד סי' רכ"א ס"ק כ"ג דהתם בנדרי הלך אחר לשון בני אדם ואין כתיבה בכלל דבור אבל אם נשבע על ידי כתב אימא כדבור דמי ע"ש והכ"הג סי' ר"י בחי"ד אות ו' כ' כמה אחרו' דס"ל דשבועה בכתב כלום אבל הר' משפטי שמוא' סי' ס"ג כ' בשם חכם אחד להחמי' וכדעת הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' רפ"ב בסופו ומהר"שדם חי"ד סי' פ' הביא תשוב' למהר"י הלוי שחייב לקיים מה שנשבע ע"ש וז"ל מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קכ"ו אם כתב בכ"י ונתן לו כת"י עליו לקיים מה שנשבע אע"פ שלא הוציא שום שבועה מפיו ואם לא קיים דינו מסור לשמים אבל אין לחייבו דבר בדיני אדם הואיל ולא הוציא שום שבו' מפיו ע"ש הרי דס"ל דאין כופין אותו לקיים אלא חייב לקיים לצאת ידי שמים כדברי הרדב"ז מיהו נר' דכיון דצריך לצאת י"ש אם עבר נפסל לעדות ולשבועה כמ"ש הרש"בש בתשו' סי' קט"ז דאפילו בדבור שהעושה אותו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים כ"ה בעל ההשלמה בפ' הכונס שהן פסולים לעדות עד שישלמו וכ"כ ה' המאי' בר"פ הכונס ע"ש מיהו אפשר דלא משמע איסור לאינשי אלא שבועה מפיו ולא מפי כתבם אבל אם התרו בו ועבר נפסל כמ"ש בסי' ל"ד אות ט"ו בגונב ממון גוים ע"ש וכ"כ הרד"בז בתשו' סי' תקפ"א דחייב לקיים מה שחתם דהוי כאלו השביעוהו אחרים וענה אמן וכן פסק ה' שבות יעקב סי' קנ"ז דנשבע בכתב שכתב הרי נשבע וכו' הוי שבועה ע"ש ובתשו' נודע ביהודה חי"ד סי' ס"ו ובח"מ סי' ל' כתב דשבועה בכתב תלוי במחלוקת שכתב הטור בסי' כ"ח דר"שי והרמ"בם ס"ל דאין העדים יכולין להעיד עדותם בכתב דמפיהם ולא מפי כתבם אבל ר"ת התיר שישלחו העדים עדותם לב"ד בכתב ולא קרי' מפיהם ולא מפי כתבם כיון שראוי להעיד וא"כ לרש"י והרמ"בם כתב לא הוי כדבור ולר"ת הוי כדבור ואפשר דגם הרמ"בם ס"ל כתב הוי כדבור ודוקא גבי עדות לא מהני משום דבעינן הגדה בפני ב"ד אבל שהעיד שלא בפני ב"ד אפילו בפני עדים אחרים הוי עד מפי עד וא"כ מעשה הכתיבה הוי כדבור אבל אחר שכ' ובא הכתב לפני ב"ד זה לא מקרי מפיהם שאין ב"ד שומעין מפיהם ולא רואים שעת כתיבה אבל אם העדים כתבו עדותם בפני ב"ד מקרי דבור עש"ב וא"נ דבגיטין דף ע"א מק' מדתניא אם לא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד ואמאי הא יכול להגיד מתוך כתב אמר אביי עדות קאמרת שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא כתבם ע"ש והא אין העדים חייבים בשבועת העדות עד שיכפרו בעדותם

בב"ד כמ"ש הרמ"בם בפ"ט מה' שבועות ע"ש והרי יוכל להגיד מתוך כתב בפני ב"ד א"כ משמע אפילו אם העדים כתבו עדותם בפני ב"ד לא מהני ועיין להש"ך בס' ע"ו סקנ"ו.
כ עדיין השבועה במקומה וכו' בי"ד סי' רכ"ח סעי' כ' אם נשבע לפרוע לחבירו לזמן פלוני עובר בכל יום על שבועתו אבל אם נשבע לעשות הדבר ביום פל' ועבר היום שוב אין וכו' ומורם הגיה החי' בין מחויב בדבר בלא שבועה בין לא היה מחויב בדבר בלא שבועה עיין שם וכן חי' מהרשד"ם חי"ד סי' ע"ט ומהראנ"ח ח"ב סימן ס"ז וה' מ"א בה' שבועות סימן י"ד ע"ש והכנה"ג בח"יד סימן רכ"ח הגב"י אות שכ"ט הק' מתשובת הריב"ש סימן תמ"ד שכ' על מי שנשבע לפרו' לזמן פלוני ועבר הזמן דלדעת הרשב"א שוב אינו עובר וכו' דהא פריעת ב"ח מצוה וחייב הוא בלא שבועה ונדחק דמיירי בנודר ולא בפורע וכו' עיין שם ועדיין ק' מתשובת הריב"ש סו' תנ"ח שכתב וז"ל וכן כתב הרשב"א בתשוב' במי שנשבע לחבירו לפרוע לו לזמן פלוני וכו' ואף על פי שהרא"ש כ' בתשו' הפך זה דשבועה זו כוללת שני דברים הראשון לפרוע החוב והשני לפורעו תוך הזמן ההוא ואם עבר הזמן ולא פרע עדיין נשאר מחויב לפרוע מכח השבועה אין דבריו נראים וכו' הרי שכ' דהרשב"א הפך הרא"ש דסבירא ליה דאפילו בחוב אם עבר הזמן ולא פרעו שוב אינו עובר וכן בתשו' הרשב"א חלק שני סי' ע"ד סבירא ליה הכי דאפילו בחוב ונשבע לפרוע לזמן פל' ועבר הזמן שוב אינו עובר עובר והריב"ש דעתו נוטה כהרשב"א אבל בסימן מ"א כ' שראוי לחוש לדברי הרא"ש וגם הריב"ש לא סמיך על הרשב"א לחוד אלא דגם להרא"ש יש להקל וכו' ע"ש.
כ"א מדברי הרא"ש והטור מוכח בהדיא דאפי' נשבע לפרוע לחבירו סתם לזמן פלוני אינו חייב לפרוע מעצמו עד שיתבענו המלוה הסמ"ע סקי"ט ס"ק כ"ג וכן כתב הב"ח והש"ך ומבואר שם דאין חי' בין ישנו למלוה בעיר לאינו בעיר עיי"ש באורך והכנה"ג בתשו' בספר בעי חיי ח"א סימן נ"ז ד' מ"ב ע"ד כתב דצ"ל דה"ד כשעומד המלוה בעיר אבל כשהלך למ"ה על הלוה רמי אבל אין לנו ראיה מכרעת לחלק כן ולא מפני שאנו מדמי' נעשה מעשה להוציא מיד המוחזק מיהו מידי ספק שבועה לא נפיק עיין שם וכן ראיתי לה' בני אהרן סימן כ"ד עיין שם ובדברי הב"ח והסמ"ע מוכח דאדרבא מסתבר לחייבו אם המלוה בעיר טפי משאינו בעיר אלא דלעול' הוא פטור אפילו המלוה בעיר עש"ב והט"ז חלק על הסמ"ע והביא מ"ש מהרלנ"ח בשם הרשב"א דהנשב' לפרוע לחבירו חוב שעליו ליום פ' אם חבירו בעיר ביום פלוני ולא פרע לי עבר על שבועתו אפילו אם לא יתבענו חבירו ע"ש א"כ מהרלנ"ח והט"ז סבירא להו דאם המלוה בעיר ולא פרע לו עבר ואם אינו בעיר לא עבר אבל הב"ח והש"ך והסמ"ע ס"ל דאפילו הוא בעיר כל שלא תבעו

פטור וכ"ש אם כשאינו בעיר וכן דעת מהרשד"ם בחי"ד סימן ע"ט וכן הסכים הר' פני משה ח"א סי' ע"ז וה' עבודת הגרוני סי' ז' ע"ש.
כ"ב נראה דכל שלא תבעו ביום קביעות הזמן אפי' תבעו תוך הזמן אינו כלום ופטור משבועתו הר' ראש יוסף ע"ש.
כ"ג א' שקבע זמן לפרוע לחבירו ואם לא יפרע באותו זמן מחוייב ליתן להקדש ת"ת איזה סך והיה זה בק"ס וכו' ועבר הזמן ולא פרע ואח"כ תבעו המלוה ופייסו ב"ד לפרוע לו לזמן אחר נר' דאם לא פייסו עד שעבר הזמן ודאי דחייב בקנס לת"ת כמ"ש הרא"ש בתשו' ורי"ו בשם הרד"ך ופסקו מרן בי"ד סימן רנ"ח המכה את חבירו או תרפו בענין שחייב לפי תקנת העור מאה זהובים ואמר שיהיו לצדקה וא"כ פייסו עד שמחל לו אין מחילתו כלום וזכו העניים בקנס ע"ש וה"נ מיד שעבר הזמן זכו ואין מחילתו כלום ואפי' פייסו קודם והאריך לו זמן אחר הרי פסק מרן בי"ד סימן רכ"ח הנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' יכול להתירו שלא ע"פ חכם שיאמר הריני כאלו התקבלתי אבל להאריכו ושיעמוד בחיובו לאו כ"כ אא"כ התנה בשעת השבועה והיא דעת הרשב"א ובתשו' ע"ש בב"י וכ"פ הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן רפ"ט וסימן תכ"ט עיין שם וה"נ שחייב עצמו להקדש אם לא יפרע בזמן פ' אינו יכול להאריכו אלא אם כן התנה בפירוש בשעת הנדר מיהו מרן בב"ה כ' בא"ח כ' נדר שהותר מקצתו הותר כולו וה"ה בשבועה לפיכך אם ראובן חייב לשמעון מנה בשבועה תוך זמן ידוע ובאותו זמן בא ראובן לשמעון שיאריך לו הפירעון עד זמן אחר לא היה ראובן חייב עוד באותה שבועה וכן הורו חכמי ההר ע"כ וכ"נ מתשובו' הרא"ש ומתשו' הרמב"ן דלקמן ומ"מ ראוי לחוש לדברי הרשב"א עיין שם א"כ דעת חכמי ההר וא"ח אם האריך לו זמן אינו חייב עוד באותו הנדר או השבועה נכסיו או חלקן לעניים ועמד בעיא היא בגמ' אם יכול לחזור בו וכ' הרמב"ם שהנכסים בחזקתן הרי דאפי' בהקדש דאיכא איסו' וגם דאמירתו לגביה כמסירתו להדיוט כשהדבר ס' נאמ' שהנכסים בחזקתן וכ"ש בהקדש עניים ואפילו תפסו ע"ש וכן קי"ל בח"מ סי' ר"ן בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו וכו' אם עמד נתבטל הכל כדין נותן מתנה וכתב מהרש"ח סי' ל"ג דמהר"ם שפסק הכא לחומרא יחידאה הוא ומהרימ"ט סי' קכ"ג כ' דמהרש"ח כ' דראב"ן ומהר"ם שפסקו לחומרא יחידאה הם ותמהני שידוע דמהר"ם באחרונים אין ערוך אליו וראב"ן בראשונים גדול שמו ואיך לא נחוש לדבריהם ע"ש וכ"כ הר' פני משה ח"ב סי' נ"ז דראב"ן ומהר"ם פסקו לחומרא וחשש לדבריהם ע"ש וכבר כתב בתשובת מהרש"ח שם דראב"ן אפשר בהקדש דוקא פסק כן אבל בעניים מודה דתיקו דממונא לקולא ומהר"ם שפסק לחומרא יחידאה ע"ש וכ"מ לראב"ן בספרו ד' ק"ט וז"ל ונ"ל דהקדש איסור הוא

ולחומרא ואינו חוזר בהפקר אם הם בידו והוא קדם וזכה וסילק לעניים ממונא הוא וחולקים כ"ל הרי דדוקא בהקדש דאיסור הוא פסק ראב"ן לחומרא אבל חילוק לעניים ממונא הוא וא"כ מהר"ם שפסק לחומרא גם בחילוק לעניים יחידאה הוא.

גם הרשב"א בתשובה סי' תרנ"ו כ' וז"ל ואפי' למי שפוסק שם לחומרא מסתברא דהכא לקולא דהתם הוא שהקדיש הקדש בודאי אלא שאנו מסופקים לכשיעמוד אם חוזר בו אם לאו אבל כאן שמסופ' אם חל ההקדש כלל מספק אין מוציאין ממון מיד בעלים עכ"ל וז"ל מהר"י ן' מיגש בבתרא ד' קע"ב נקטי' השתא לענין שכ"מ שהקדיש נכסיו ובשעה שהקדיש אמר מנה לפ' בידי שאם אמר ודאי נותנים וכו' ודוקא היכא דאמ' בשעה שהקדישם אבל אם לא אמר בשעה שהקדישם אע"ג דאמר תנו אין נותני' דהא אמרי' לעיל בפ' מ"ש איבעיא להו הקדש כל נכסיו ועלתה בתיקו וקי"ל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתב' והאי מכי אקדישנהו לשמים הא קנינהו הקדש וכי בעי למיהדר השתא הוא דקא בעי למיהדר ולא מצי למיהדר ביה אלא בראיה ברורה כיון דאפי' למיהדר ל"מ למיהדר ביה כי אמר תנו מנה לפ' שיש לו אצלי אין נותנים דאמרי' האי מיהדר קא הדר ביה וכו' עכ"ל הרי שכ' דמס' אינו יכול לחזור בו מה"ט דכיון דכבר חל ההקדש הא קיי"ל דבס' ממונא חומרא לתובע וקולא לנתב' ומספק אין מוציאין מיד ההקדש עי' בס' מגדל עוז מהלכות ערכין א"כ נר' דגם מהר"ם לא פ' לחומרא אלא התם דודאי חל ההקדש והס' הוא אם עמד חוזר בו אם לא אבל בכל ס' אם חל ההקדש או לא אין מוציאין ממון מיד בעלים וה"נ שההקדש תלוי בקיום התנאי דאם קיים תנאו לא חל ההקדש אם כן בפלוגתא דרבוותא אם אריכות הזמן מי הוי כקיום התנאי דלא חל ההקדש אמרינן קולא לנתבע והממע"ה.

ומ"מ נראה אם עבר הזמן ולא פרעו ופייסו המלוה לפרוע לו לזמן אחר חייב אע"ג דל' אסמכתא הוא כבר כתב המרדכי בפר' שור שנגח בשם ר"מ דאסמכתא קניא בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דהיינו כמסירה המועלת בהדיוט וכו' והביאו מר"ן הב"י סי' ר"ז מקודש מ"א ע"ש וז"ל מהר"ם בתשו' הארוכות סי' קצ"ג דאמי' לגבוה כמסירתו להדיוט דהיינו בקנין או בב"ד חשוב וכו' ע"ש וכ"כ, הרד"בז בתשובותיו ח"ד סי' ש"א שי"ב כשם שאין דין אסמכתא בהקדש כך דין הצדקה וכי היכי דאמי' לעניים כאמירתו לגבוה ה"ה שאין דין אסמכתא וכן דעת הגאונים והרמב"ם וכן נהגו לגבות הקנסות שקונסי לענייי' אע"פ שהם אסמכתא ע"ש ומרן הב"י בי"ד סי' רנ"ח כ' בשם רבי' ירוח' דאסמכתא שייכא נמי בדבר מצוה אם התנה לדבר רשות כגון שאמר אם לא אלך למקום פ' אתן כו"כ לצדקה הוי אסמכתא כיון שההליכה הוי לדבר רשות אבל אם התנה

לדבר מצוה כגון לזרז עצמו אם לא אעשה מצוה פ' אתן כ"וכ לצדקה מועיל ולא הוי אסמכתא והא שכתב דהוי אסמכתא אם חייב עצמו בקנין בש"ח אין בו משום אסמכ' אמירתו לגבוה הוא בכל יפוי כח שיכול לעשות להדיוט כ"כ הר"מה וכן להקדש עכ"ל וא"כ ה"נ שאמר אם לא אפרע החוב לזמן פלוני אתן לצדקה כ"וכ והיה זה בק"שם וכתוב בשטר אפילו הוי התנאי לדבר רשות כ"ע ליכא אסמכתא ועוד דנראה דתנאי לדבר מצוה הוא דפריעת ב"ח מ"מ כמו שהוכיח הרד"בז בתשו' ח"ב סי' תר"י ע"ש וה"נ לפרוע בזמן פ' הוי מצוה וכ"הג כ' מהרי"מט ז"ב סימן כ"ז דנשבע שלא לישא אשה לזמן מיקרי נשבע לבטל את המצוה דמושבע ועומד הוא לקיימה עכשיו ע"ש וכ"כ מהר"ם מפדווא סי' מ"ה ע"ש ועי' בספר דבר משה ח"א חי"ד סי' נ"א וה"נ מושבע ועומד לקיים פרעון חובו בזמן שקבע מיהו מצאתי להרש"בא בתשו' ח"ד סו' צ"א שכ' וז"ל מי שנשבע שלא לישא אשה וכו' שבועה חלה שאין זה נשבע לבטל את המצוה דאפשר לקיים זה וזה ולא זו בלבד שאין זמנה בהול אלא אפילו מצוה שזמנה בהול כמילה ביום ח' אם נשבע שלא ימול בבקר וכו' ע"ש הרי על מצוה שלא יעשנה עד זמן פלוני לא חשיב נשבע לבטל את המ' הפך מהרי"מט ומ"מ לענין זה דלא הוי אסמכתא אפשר דגמר ומשעביד נפשיה לפרוע החוב בזמנו ועיין בתשו' מהר"ם סי' תצ"ג.

וראיתי להב"ח בתשו' סי' ל"ז שכתב ועוד נראה בעיני ברור דדוקא בנדר לצדקה סתם כאסמכתא אם אעשה הוא דכתב מוהר"ם דמהני אפילו באסמכתא בנדר דעיקר הכוונה בנדר לא היה אלא להבטיח בן ודאי סברא ישרה לומר דבהא כ"ע מודו דלא מהני אסמכתא כיון דגזים בן' אדומים קנס לצדקה ודאי לא היתה כוונתו אלא להבטחה בעלמא וכו' עש"ב וליתא שהרי כתב מה"רם דאמירתו לגבוה כמסירתו המועלת להדיוט דהיינו בקנין ובב"ד חשוב וא"כ אפילו דגזים להבטיח חבירו ליכא אסמכתא וכן מצאתי בתשו' מהר"ם הקצרות סי' קמ"ג שכ' וז"ל על א' שנדר בפני הגבאי ובפני אחרים שאם לא יתן מה שחייב למס עד זמן פלוני שיתן כך וכך לצדקה ועבר הזמן ולא פרע המס אם נאמר כיון דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט שיתחייב לצדקה אי נימא כיון דאסמכתא היא וכו' נראה הואיל והאלפסי ור"ח בפרק ארבע' וחמשה פסקו דצדקה כהקדש דאמירתו לגבוה שחיי' ליתן מה שנדר וכו' עיי"ש הרי בהדיא אפילו אין הנדר רק להבטיח חבירו ליכא אסמכתא ומכל מקום בנ"ד דאיכא קנין ושטר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בכל יפוי כח ובבית דין חשוב וליכא אסמכתא כמ"ש.

אבל יש להסתפק אם לא תבעו בזמנו דקיי"ל דאין השבועה מחייבתו לפרוע מעצמו בזמנו עד שיתבענו המלוה כמבוא' לעיל ס' ו' ע"ש אלמא מסתמא לא חייב עצמו בשבו'

אלא אם יתבענו אבל בשלא תבעו לאו בר חיובא הוא וה"נ א"ל דלא חייב עצמו בקנס אם לא יפרע לזמן פל' אלא אם יתבענו המלוה דזרז עצמו וכן מסתבר ועיין בתשו' ה' פ"מ ח"א סימן ע"ז ושוב ראיתי לה' חות יאיר סימן קנ"ג שכתב כן דכל שלא תבעו לא עבר כמו בבל תלין עיין שם.

כ"ד דין ז' הנשבע לפרוע לחבירו ביום פ' וכו' ויכול לשלם תוך זמן שו"ת בשמים ראש סי' ו' ע"ש

כ"ה כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן רפ"ט אם טען הלוה שמחל לו השבועה שא"ל הריני כאלו התקבלתי אינו נאמן אם חבירו מכחישו דכיון שהשביעו בפני עדים הוה ליה להעיד עליו שאמר לו כאלו התקבלתי דאלת"ה מה יועיל בשבועתו וכמו שאינו נאמן לגבי החוב אינו נאמן לגבי השבועה ע"ש ונראה דהיינו דוקא במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ נאמן דהא קיימא לן המלוה את חבירו בעדים נאמן לומר פרעתי שלא בעדים וכ"ש דנאמן לומר שמחל לו וכן בכתי' שיש בו שבועה למאי דקיימ"ל דנאמן לומר פרעתי ודאי דנאמן לומר שמחל לו השבועה ומהריב"ל ח"א סי' ל"ב בראובן שהיה ש"צ בקהל א' ונתחייב עמהם בשבו' לכמה שנים והם נתחייבו לו לתת לו סך ידוע בכל שבוע ועברו ולא פרעו לו וש"צ רצה לפטור עצמו ובני הקהל טענו שבעת השבועה היה תנאי ביניהם שאפילו עברו ג' חדשים שלא פרעו לו לא יהא פטור משבועה והוא הישב שלא היה תנאי אלא על חדש א' וכו' יראה לע"ד שזה האיש פטור משבועה משום דבני הקהל נוגעים בעדותם אבל אם היו עדים שלא היו נוגעים בעדותם כגון שהיו חוץ מהקהל ומעידים מ"ש דבני הקהל אפי' הוא מכחיש לגמרי אינו נאמן ואין לומר שיהא נאמן במגו שאם היה רוצה לומר פטרתוני מן השבועה מאחר שלא יש אלא כת"י אפילו לדעת הפוסקים שהוא נאמן בכתי' לומ' פרעתיך משום דהוי מגו במקום עדים ואין אומרים מגו במקום עדים וכו' הרי דס"ל דכי' למ"ד דנאמן לומר פרעתיך נאמן לומר פטרתוני מן השבועה אפי' היתה השבועה בפני עדים וגם בטענה אחרת היה נאמן במגו שהיה יכול לומ' פטרתוני מן השבועה אלא משום דלא אמרינן מגו במקום עדים ומ"ש מהרי"בל שם ואם לחשך אדם מסוגיא דכריתות וכו' אר"נ הלכה כר"י ומשמע לכאו' דר"י ס"ל דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש אפילו בטומאה חדשה דלא יוכל לתרץ דיבוריה וכו' לאו מילתא היא שהרי כתבו התוס' דרבינא דחה זאת הסברא וכו' ובלא"ה ל"ד ההיא דקרבן דהוי דברים שבינו לבין קונו ולא שייך מידי לשום אדם אבל בשבועה דהוי דשייך לאחרים לא עלה על דעת לו' שיהא נאמן על עצמו יותר ממאה איש שהרי הלכ' ריוחת שאנו פוסלים אותו לעדות וכו' ע"ש ולא זכר שכן פ' הרמ"בם פ' י"א מה' שגגות

דאינו נאמן אם אינו יכול לתרץ דיבוריה אבל הרא"בד כתב דקי"ל כר"י דאפילו אמר לא נטמאתי מעולם דמכחיש העדים נאמן על עצמו כדפ' ר"נ הלכה כר"י ואמר רב יוסף אפי' ר"י לא אמר אלא בינו ובין עצמו פי' שלא אכל קדש בפני העדים שמעידים עליו ולא יגע בטהרות של אחרים ע"ש בכ"מ ונר' דלמ"ד דנאמן על עצמו א"ל דה"ה לפטור את עצמו בדבר השייך לאחרים והא דנפסל לעדות ולשבועה עפ"י עדים משום דאינו נאמן בשל אחרים וכבר כתבתי בס' עה"ש חי"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ב דבתשו' הרשא"בץ ח"א סימן ל"ג מבואר דאפילו נשבע לחבירו על דעתו נאמן לומר בתנאי היה וכ"כ בתשו' ח"ג סי' ט' וכן דעת הרשב"ש סו' קע"ו ומהרלנ"ח סי' כ"ז ע"ש ושם ס"ק כ"ג תמהתי על הרשב"ץ בתשו' ח"ב סימן קע"א שכ' באמר שהתנה כן והעדי' מכחישין אותו וכו' משנה שלימ' בכריתות וכו' ולפי מה שהעלו בגמ' אפי' בטומאה חדשה דל "ל דנטמא וטבל נאמן לומר לא נטמאתי לפי שאדם נאמן על עצמו כק' איש דהרי הרמב"ם פ' י"א מה' שגגות פ' כרבנן דאין נאמן להכחישם ע""ש בכ"מ וכן מצאתי להריטב"א בחידו' לקידושין דף ס"ה ע"ב שכתב דאנן קי"ל כהך לישנא דטעמא דרבנן בא"ל שני' אכלת חלב והוא אמ' לא אכלתי משו' דמסרסינ' הכוונ' לא אכל' שוגג אלא מזיד הא במכחיש ממש שלא אכל כלל הם נאמני' עמ"ש וא"כ ודאי קי"ל כהרמב"ם והתוס' והריטב"א נגד הראב"ד ואין אדם נאמן על עצמו נגד ב' עדי' ואם אמרו על דבר א' שאסו' אפי' הוא יודע בודאי שהוא מותר אסור לאכול אותו

ומ"מ במלוה בשט' שיש בו שבו' הרדב"ז סובר דאינו נאמן לומר שמחל לו השבועה ובית דין כופין אותו לקיים שבועתו ומהריב"ל בתשו' שם בסו"ד נסתפק בזה בתשו' הרא"ש וכתב הכנה"ג בסי' ל"ד הגב"י אות ק"א ואני אומר דמדברי הר"י ן' הרא"ש שהביא מרן הב"י סי' כ"ב ובי"ד סימן רכ"ח נראה ברור דנאמן עיין שם ותשו' מהר"י ן' הרא"ש הביאה גם כן מרן בב"י סי' ל"ד וז"ל אם היתה השבועה כתובה בשטר ולא היה כתוב בו שלא יוכל לטעון שפרע והוא אומר שקיים שבועתו ופרע אף על פי שלא היינו יכולים לפוסלו מחמת השבועה דשמא פרע מכל מקום צריך לפרוע השטר ע"ש וכבר הוכיח כן מהרשד"ם בח"מ סי' ס' מתשו' הרא"ש ומדברי מהר"י ן' הרא"ש דנאמן הוא לגבי השבועה עיין שם וכן כתב הרשב"ש סי' קע"ו עיין שם באורך ומרן בב"י בי"ד סימן רכ"ח הביא תשו' הרא"ש במי שנשבע לאשתו שלא יצא בלא רשותה והוא אומ' שפייסה והתירה לו שלא בפני עדים נאמן אם לא האמינה כב' עדים וכה"ג כתב מהר"י ן' הרא"ש על מי שחייב לחבירו מנה בשטר וכתוב בו שנשבע לפורעו ביום פ' ועבר הזמן וזה טוען שעבר על שבועתו ולא פרעו והלה טוען שקיים שבועתו ופרעו והשיב שאם

אין כתוב בשטר שלא יוכל לטעון שפרעו אין אנו יכולים לפוסלו מחמת השבועה אף על פי שחייב לפורעו והרשב"א כתב בתשו' וכו' אין אלו נוגעין בעדות דמה הנאה יש להם והרי השטר ביום וכו' ואפילו יטעון הלה שהם האריכו לו הזמן אינו נאמן לגבי פריעת הממון וכו' ואם לפוסלו לעדות מה הנאה יש להם בפיסולו ודבר פשוט הוא דאין זה סותר לתשו' הרא"ש ולא לתשו' בנו שאני הכא ששני עדים מעידים שעב' אשבועתו וכו' והכנה"ג שם בהגב"י אות רס"ט דחה דבריו וכתב דהרשב"א והר"י ן' הרא"ש כולם סברי דמי שחייב בשטר לפרוע לזמן קצוב בשבועה דאינו נאמן שהאריך לו הזמן ובית דין מחייבים אותו לקיים שבועתו אבל מכל מקום אינם פסולים לעדות דשמא פרע או האריך לו הזמן כמו שטען וכולי עיין שם הרי דלכולי עלמא דשטר שיש בו שבועה כופין אותו לקיים שבועה דנאמן לענין שלא יפסל לעדות ולשבועה ותשו' הרדב"ז שכתבתי סייעתי שכ' דאינו נאמן על השבועה וכופין אותו לקיים שבועתו ומכל מקום אינו נפסל עיין שם ואפשר דגם מרן הב"י הבין כן ומה שכת' שהרשב"א אינו סותר היינו משום שהו כתב שנפסל לשבועה ושוב מצאתי למהר"י ן' הרא"ש סימן י"ט על שטר חוב שכתב בו ראובן היה חייב לשמעון מנה בנאמנו' ועוד נשבע לו לפרוע לו מנה וכתוב בשטר השבועה וכו' ועוד כתוב בו והממון הנז' נתחייב ראובן לשמעון בשט' שסכומו מנה ועדיו פל' ופל' וכו' ועתה בא שמעון לתבוע לראובן המנה בכח השטר שמראה וראובן אומר כבר פרעתי והנה שט' השבו' קרוע בידי ושמעון אומר לא פרעת אלא בקשת ממני למחול לך השבועה מפני מכשול השבועה שלא היה לך לפרוע ונתתי לך שטר השבועה ונשאר השטר האחר בידי בחזקת' הודיעני הדין עם מי וכו' תשו' דבר פשוט הוא דאף על פי שנקרע שטר השבועה השטר לא נתבטל בכך והוא כמו שטר חוב דעלמא בלא שבועה הגע עצמך שהיתה השבועה כתובה בתוך השטר ולא היה כתוב בה שנשבע שלא יוכל לטעון שפרע וכולי והיה אומר שקיים שבועתו ופרע אף על פי שלא היינו יכולים לפוסלו משום שעבר על השבועה דשמא אמת הוא שפרע מכל מקום

והטור בסימן פ"ב כתב דאם טען הלוה מחלת לי א השטר כתב בעל העיטור שהוא כטענת אמנה ורבית ואינו נאמן אבל הרמב"ן כתב דלא חשיב כמו אמנה ורבית דהנך באים לעקור את השטר לפיכך אין שומעין לו אפילו אין בו נאמנות אבל מחילה אינו עוקר השטר כמו פירעו' לפיכך אם טען שמחל לו שומעי' לו אפילו יש נאמנות שהנאמנות אינו מועיל אלא כנגד הפירעון וכו' עיין שם א"כ למ"ד דטענת מהי' חשיב כמו פירעו' ואינו עוקר השטר נראה פשוט כשם שנאמן לומ' פרעתי לגבי השבועה ה"נ אם טען מחלת לי נאמן לגבי השבועה אפי' יש נאמנות בשטר אבל למ"ד דטענת מתי'

כטענת אמנה ורבית דעוקר השטר א"ל דגם לגבי השבועה אינו נאמן וכה"ג כ' מהראד"ב בס' לחם רב סי' פ"א שאם טען שהיה תנאי נאמן לגבי השבועה משום דהתנאי הוי כפירעון כמבו' בסי' פ"ב וכשם דבטענת פרעתי נאמן לגבי השבועה ה"נ נאמן בטענת תנאי לגבי השבועה ע"ש וכבר כתבתי תשו' הרדב"ז דס"ל דאינו נאמן לגבי השבועה וכופין אותו לקיי' ה אבל לא לפסול אותו וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ש"ך דכל שאינו נאמ' לגבי פירעון החוב ואין מקבלין ממנו טענתו אף הוא חייב בשבועתו ע"ש ואפ' לפרש כן בכונת מהר"י ן' הרא"ש ועי' להכנה"ג שם בסי' ל"ד הגב"י אות ק"ג שהביא דברי מהרשד"ם ושאר אחרונים דנאמן לגבי השבועה ולא לגבי הממון ובאות ק"ד כ' אפילו לדעת מהרשד"ם בדבר שאינו חייב מן הדין אלא שמצד השבועה חייב לקיים שבועתו כגון אסמכתא וכדומה אפשר שהוא נאמן ה' משפט צדק ח"א סי' א' ע"ש וכבר כתבתי תשו' הרשב"א דס"ל דנאמן לגבי השבועה ושם כ' הטעם שהרי בטענה זו לא פטר עצמו מהממון אלא מהשבועה וס"ס חייב לפרוע אבל אם קבלת הממון אין מתקיימת אלא בשבועה כגון שיש דברים שצריכין קנין ולא קנו ממנו אבל נשבע לו או דברים שאין קנין מועיל בהם ונשבע לו שאותו ממון אינו נקנה לחברו מדין קנין אלא מחמת שבועה שקיבל עליו בפני עדים והוא רוצה לפטור עצמו מהשבועה וע"י כן נפטר מהממון בזה אינו נאמן אלא בעדים כשרים וכו' ע"ש ונר' דאם קבל עליו בעדים בע"פ ושבועה וטען שפטרו נאמן בשבועה במגו דאי בעי אמר פרעתי ואם יש ע"א מסייעו פטור כמ"ש הרב עצמו בסי' תקס"ז ע"ש. כ"ו הנשבע לפרוע לחבירו ביום פלוני וכו' כתב הרשב"א סימן קע"ו דאם נשבע לחבירו שילך עמו למקום פ' או שיעשה לו דבר פ' וטען שחבירו פטרו מהימני' לעד א' או לקרוב ואפי' הוא עצמו נאמן וכן כשנשבע לחבירו לפרוע ביום פ' וטען שפטרו נאמן שהרי בטענה זו לא פטר עצמו מהממון אלא מהשבועה וס"ס הוא חייב לפורעו אבל אם קבלת הממון אינה מתקיימת אלא בשבועה כגון שיש דברים שצריכים קנין ולא קנו ממנו אבל נשבע לו או דברים שאין קנין מועיל בהם ונשבע לו שאין אותו ממון נקנה לחבירו מדין קנין אלא מדין שבועה שקבל עליו בפני עדים והוא רוצה לפטור עצמו מן השבו' ועי"כ הוא נפטר מהממון כזה אינו נאמן אלא בעדים כשרים וכו' עיין שם שהרי הדבר חזר לענין ממון לאו לענין איסור וכו' וכ"ש שאם הוא בשטר שאפילו בלא קנין חייב הוא לפרוע וכו' נאמן לפטור עצמו מן השבו' ואפי' קרוב נאמן שפטרו שהרי סו"ס חייב הוא לשלם הממון וכו' עצמו של העד אינו בא לענין איסור ונאמן הוא וכו' ע"ש ומהריב"ל ח"א סו' ל"ב כלל ה' נסתפק בזה בשטר שיש בו שבו' לפרוע לזמן פלוני תם נאמן לומר שפטרו מהשבו' ונר' דמשום דבמלוה

בשטר דאין הלוה נאמן לגב ממון מטעמא שטרך בידי מאי בעי א"ל כה"ג אינו נאמן לגבי השבו' כמ"ש מהרא"ש סימן ע"ד עיין שם וכן ראית להרדב"ז ח"ב סימן רפ"ט שכ' דאם טען הלוה שמחל לו השבו' אינו נאמן אם חבירו מכחישו כיון שהשביעו בפני עדים הי"ל להעיד עליו שמחל לו דאל"כ מה יועיל בשבו' וכמו שאינו נאמן לגבי החוב אינו נאמן לגבי השבו' אבל אינו נפסל לעדות ולשבו' בכך דדילמא קושטא קאמר ע"ש אם כן אם היא מלוה ע"פ ונשבע לכרוע לזמן פל' כיון שהלוה נאמן לגבי החוב אם מודה בחוב וטען שמחל לו השבו' ודאי דנאמן לכ"ע גם במלוה בשטר סובר הרדב"ז דאינו נאמן לגבי השבו' וכופין אותו בית דין לקיים שבו' אבל לא נפסל לעדות ולשבועה אבל הרשב"ש ס"ל דגם במלוה בשטר נאמן לגבי השבו' ואין כופין אותו לקיים שבו' וה' כנה"ג סימן ל"ד בהגב"י אות ק"א כ' דבתשו' מהר"י ן' הרא"ש שהביא מרן בסימן פ"ב מבואר דנאמן עיי"ש וכן כ' מהרשד"ם סי' ח' עיי"ש ובתשו' מהר"י ן' הרא"ש הביאם מרן ג"כ שם סי' ל"ד ס' ו' וז"ל אם היתה השבו' כתיבה בשטר ולא היה כתוב בו שלא יוכל לטעון שפרע והוא אומר שקיים שבו' ופרע אף על פי שלא היינו יכולין לפסול מחמת השבו' דשמא פרע מכל מקום צריך לפרוע השטר עכ"ל והטור בסי' פ"ב דכ' דאם טען הלוה מחלת לי השטר כ' בהעי"ט שהוא כטענת אמנה ורבית ואינו נאמן אבל הרמב"ן כ' דלא חשיב כמו באמנה ורבית דהנך באין לעקור השטר לפיכך אין שומעין לו אפי' יש נאמנות שהנאמנות אינו מועיל אלא כנגד הפירעון וכו' ע"ש ואם כן למ"ד דטענת מחילה חשוב כמו פירעון ואינו עוקר השטר נראה פשוט כשם שנאמן לומר פרעתי גבי שבועה ה"נ אם טען מחלת לי נאמן לגבי שבועה אפי' יש נאמנות בשטר אבל למ"ד דטענת מחילה כטענת רבית דעוקר השטר א"ל דגם לגבי שבו' אינו נאמן וכה"ג כתב מהראד"ב בס' לחם רב סי' פ"א שאם טען שהיה תנאי נאמן לגבי השבו' משום דהתנאי הוי כפירעון כמבואר בסי' פ"ב וכשם דבטענת פרעתי נאמן לגבי השבו' ה"נ נאמן בטענת התנאי לגבי שבו' ע"ש וכבר כתבתי תשו' הרדב"ז דס"ל דאינו נאמן לגבי השבו' דכופין אותו לקיים שבועתי אבל לא לפסול אותו ואפשר לפ' כן כוונת מהר"י ן' הרא"ש ומרן הב"י בי"ד סי' רכ"ח הביא תשובת מהר"י ן' הרא"ש וז"ל הרשב"א כ' בתשו' אם אותם עדים מעידים שהוא חשוד מפני שהוא חייב להם ממון בשט' ובשבו' לזמן קצוב והוציאו השטר בב"ד והלוה טען שהם האריכו לו הזמן וכו' אין אלו נוגעים בעדות' דמה הנאה להם בעדות זה שהרי שטר שבו' בידם והזמן עבר ואפי' יטעון הלה שהם האריכו לו הזמן אינו נאמן לגבי פריעת הממון אלא יפרע או יביא ראיה שהם האריכו לו ואם לפוסלו לעדות מה הנאה יש להם לפוסלו עכ"ל וכתב מרן ואין זה סותר לתשו' הרא"ש ובנו דהא שאני הכא ששני

עדים מעידים שעבר על שבו' עין שם והכנה"ג שם הנב"י אות רס"ט הכריח דהרשב"א ס"ל דכיון דעדים מעידים בשטר שנשב' לפרוע לזמן קצוב אינו נאמן שהאריכו לו הזמן ופסול לעדו' דאי ס"ל דאע"פ שחייב לפרוע אינו חייב מחמת השבו' הכי קאמר דמה הנאה יש להם דמחמת עידי השט' אינו חייב לפרוע מחמת השבו' ובעבר חייב לפרוע מכח השבו' וא"כ היכי קאמר ה' דשאני הכא שיש עדים שעבר על השבו' גם בתשו' מהר"י ן' הרא"ש איכא שני עדים ונ"ל דהרשב"א ומהר"י ן' הרא"ש ס"ל דמי שחייב לכרוע לזמן פ' בשבו' אינו נאמן לומ' שהאריך לו וב"ד מחייבין אותו לקיים שבו' אבל לא נפסל לעדות דשמא פרע או האריך לו הזמן ע"ש ותשו' הרדב"ז סייעתיה אבל לא זכר תשו' מהרא"ש סי' ע"ד שנסתפק בכוונת הרשב"ץ והכריע דדוקא לגבי הממון אינו נאמן דחייב לפרוע מכח הזמן שבשטר אבל אין כופין אותו מכח השבועה דהוא אזיל לטעמיה דס"ל דמי שעבר על שבועתו שוב אינו חייב מכח השבו' עש"ב ואיברא שהרשב"א בתשו' המיוחסות סימן רע"ח הביאה מרן הב"י בסי' רכ"ח כ' הנשב' לפרוע לחבירו לזמן פלו' או לזמן בתו להנישואין לזמן פ' ולא עשה עובר בכל יום ויום על שבועתו אבל אם נשבע לעשות הדבר ביום פל' ועבר היום שוב אין חיוב שבו' עליו וכו' ומורם בהג"ה שם סי"ד כתב החי' דאם היה חייב בדבר לעשותו בלא שבו' אפילו עבר הזמן עובר על שבועתו בכל יום אבל במלוה היה חייב הדבר לעשותו אם לא בשבו' אם עבר הזמן שוב אינו עובר ואף שאפשר לו' שהרשב"א בתשוב' זו לא מירי בפירעון חוב אלא שחייב עצמו להם בשבו' וכה"ג כ' ה' כנה"ג בי"ד שם הגב"י אות שכ"ט דהריב"ש בתשו' סי' תע"ד שכ' על מי שנשבע לפרוע לזמן פלוני ועבר הזמן לדעת הרשב"א שוב אינו עובר וכו' מיירי בנוד' ולא בפורע ע"ש אלא דא"כ איך כ' מרן ואין זה סותר תשו' מהר"י ן' הרא"ש דשאני הכא ששני עדים מעידים שעבר על שבו' והא נדון מהר"י ן' הרא"ש בפירעון חוב ואפי' שניהם מעידים שעבר על שבו' אין נאמנים משום דנוגעין בעדותם דבלא עדותם לא היו כופין אותו בית דין מחמת השבו' מיהו בתשו' הריב"ש בסימן תנ"ח מבואר דגם בפירעון החוב שחייב בלא שבועה אם עבר הזמן לדעת הרשב"א אינו עובר ע"ש.

כ"ז כתב בתשו' הרשב"ש סי' רצ"ג בהגה באיש שנשבע לפרוע לחב' לזמן פ' ואין לאל ידו והביא משכון והמלוה לא רצה לקבל את המשכון אלא מעות ודנתי שהמשכון פירעון הוא וראיה מהא דמנה לי בידך והלה מודה במקצת והביא משכון אמרו שהמשכון הילך מיקרי וכו' ע"ש ובסי' פ"ז פ' מרן דאפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה בו לא חשיב הילך ע"ש א"כ לא חשיב פירעון לגבי שבו' מיהו הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ע"ו כ' דהמשכון לא חשיב הילך כיון שצריך שומא לענין שבו' צריך שישומו אותו וכ' הריב"ש

סי' שצ"ו מיהו אפשר דאם נתן לו רשות למכור וליפרע ממנו (עכ"מ). כ"ח הנשבע לפר' לחבי' ביום פ' וכו' שטר שכתוב בו שחייב לפורעו בזמן פ' בקנין ושבועה והאמין הלוה למלוה אין הלוה נאמן לומר שהמלוה היתר לו השבועה בינו לבינו כיון שיש נאמנות וכו' מהרא"דב סי' פ' ועי' בתשו' הרש"בש סי':

כ"ט כ' הרש"בש סימן קע"ו דאם נשבע אדם לחבירו שילך עמו למקום פ' או שיעשה לו דבר פ' וטען שחבירו פטרו מהמני' ליה לעד א' או לקרוב ואפילו הוא עצמו נאמן וכן בנשבע לפרוע ביום פ' וטען שפטרו נאמן שהרי בטענה לא פטר עצמו מהממון אלא מהשבועה סו"ס חייב הוא לפרוע אבל אם קבלת הממון אינה מתקיימת אלא בשבו' כגון שיש דברים שצריכין קנין ולא קנו ממנו אבל נשבע לו או שיש דברים שאין קנין מועיל בהם ונשבע לו שאותו ממון אינו נקנה לחבירו מדין קנין אלא מחמת השבועה שקבל עליו בפני עדים והוא הוציא עצמו מן השבועה וע"כ נפטר מהממון בזה אינו נאמן אלא בעדים כשרים וכו' עיין שם ונראה דאם קבל עדים בע"פ השבו' וטען שפטרו נאמן בשבועה במגו דאי בעי אמר פרעתי ואם יש עד א' מסייעו פטור כמ"ש ה' עצמו בסי' תקס"ז ע"ש

ל' הנשבע לפרוע לחבירו ביום פלוני ואירע שאותו יום שבת היה וכו' דיכול לומר לו הריני כאלו התקבלתי אפילו בשבת הרדב"ז ח"א סי' רפ"א עי"ש.

ל"א כ' הרש"בש סי' קע"ו הנשבע לפרו' לחבירו ביום פ' והלה טוען שפטרו משבו' נאמן שהרי בטענה זו לא פטר עצמו מהממון אלא מהשבועה ס"ס חייב הוא ליפרע ואם יש עד א' ואפי' קרוב נאמן באסור והדבר מוכרע מעצמו דאל"כ לא מצינו מי שמתארח אצלו והרי אשתו שהיא כגופו ופסולה לו לעדות ונאמנת על ספירת ימי נדה וטהרה ועל הניקור ויש איסור כרת וכ"ש שאר אסורים וה"ה לשבועה וחרם ע"ש ונראה דעד א' קרוב או אפילו פסול בעבירה דאוריתא נאמן באיסור שהרי פ' הרמ"בם פ' י"א מהלכות עדות עד א' נאמן באיסור אע"פ שהוא פסול לשאר עדות שהרי רשע בעבירה ששחט שחיטתו כשירה ונאמן לו' כהלכה שחטתי וכו' והיינו אפי' רשע דאורייתא כמ"ש בפ"ד מה' שחיטה ע"ש ובפ' ה' מה' עדות שכ' בשני מקומות שהאמינה תורה עד א' בסוטה שלא תשתה ובעגלה ערופה שלא תערף וכן בעדות אשה מדבריהם וכל מקום שעד אחד מועיל אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מעד אחד של שבו' וכו' וכ"כ בכ"מ בה' רוצח ע"ש ונראה דהיינו דוקא פסול בעבירה דרבנן כמ"ש בפ"א מה' סוטה דין ט"ו אפילו אשה ועבד ושפחה ופסול לעדות בעבירה מד"ס ואפילו קרוב נאמן וכו' משמע בהדיא דפסול בעבירה דאורייתא פסול לעדות סוטה וה"ה בכ"מ שעד א' כשר אשה ועבד ושפחה

וקרוב ופסול מעידין אבל לענין איסור משמע דאפילו פסול בעבירה דאורייתא נאמן וא"כ ה"נ אשה ועבד ושפחה וקרוב ופסול בעבירה דאורייתא נאמן לפוטרו מהשבועה וחרם אבל האיסור אפילו אין חזקת איסור דהא בהמה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה ורשע ששחט שחיטתו כשירה ונאמן לומר כהלכה שחטתי וכן האשה נאמנת על ספירת ימי הנדה וטהרה ועל הניקור:

ל"ב וישומו אותו ב"ד וכו' הרא"ש בתשו' סיים ושוב אמרו מי שנשבע לפרוע בז' בניסן מעות ולא משכון ר"ל כיון שנשבע שיפרע מעות לא סגי במשכון אפי' בתורת שומא ה' פרישה.

ל"ג וישומו אותו ב"ד וכו' כ' הסמ"ע נר' דמותר אפי' לאחרים שיעסקו בשומא זו כדי שיקיים זה מצותו והט"ז הק' מדאמרינן בפ"ק דשבת וכי אומרים לאדם חטוא בשביל שיזכה חבירך וכ"כ הש"ך ע"ש וכבר כ' ה' בית הלוי סי' דמצוה רבה שאני כמ"ש התוס' בבתרא ד' י"ג בד"ה כופין וכו' וא"ת והיכי כופין אותו לשחררו והא אמרינן בפ' השולח דכל המשחרר עבדו עובר בעשה וכ"ת מצוה שאני וכי אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך וכולי ואו"ר דמשום מצוה רבה שרי לעבור בעשה וכולי וה"נ מצוה רבה לקיים שבועתו ע"ש אבל התו' בפ"ק דשבת תיר' עוד דדוקא היכא דפשע אמרי' וכו' ע"ש וה"נ לא פשע דאפ' היה בידו לפורעו קודם שבת ל"א פושע הוא בשעת השבו' ודוקא גבי הדביק פת בתנור דפשע בקום עשה אמרי' הכי עוד כ' הסמ"ע נר' דאם נתן לו דבר שצריך מדידה מותר למודדו בשבת וכו' והש"ך כ' דל"ד למקוה דצרכי רבים ושמא יצטרך טבילה זה המודד את המקוה ע"ש וליתא דבסוף שבת תנן ומודדין את המטלית וכו' ופירש"י והרע"ב כגון אם היתה טמאה ונגעה בטהרות מודדין אותה אם יש בה ג' אצבעות על ג' אצבעות וכו' ומדידה של מצוה או להתלמד על דבר הוראה וכו' אמרו רבנן מדידה מצוה וכו' אלמא מותר למדוד לכל דבר מצוה וכתב ה' בית הלוי סימן ל"ד דכל שאינו הדבר ממה שהיה קודם במדידת הגיתית לבר הס' מותר בהוראה ושאני ראיית בכור שהוא יוציא מכלל קדשי מזבח לפיסולי המוקדשין כמ"ש הרמב"ן בפ' א"צ עש"ב וא"כ ה"נ אם נתן דבר שצריך מדידה מותר למודדו בשבת לדבר מצוה כדי שיפרע לו.

ל"ד צריך ליתן באותו יום משכון וישומו וכולי זה דעת הרשב"א וכ' מרן בב"י דגם הרא"ש לא אמר שיוציא ידי שבועתו בנתינת משכון אלא בששמו אותו ונתנו לו בתורת שומא וכו' ע"ש והרשב"ש בתשו' סי' שצ"ז ובס' תיקון סופרים שער כ"ז כ' דהרשב"א והרא"ש חולקים ולענין נידוי ושבו' דהוו דאורייתא נר' להחמיר דלא הוי פירעון אבל בחרם יש להקל דהרי"ף כ' בתשו' שהוא מדרבנן וכ"כ הרשב"א ע"ש ונר' דאי נדוי הוי דאורייתא

ה"ה בחרם דחרם חמור מנדוי כמבואר בי"ד סי' של"ד ע"ש בב"י אלא צ"ל ולענין נדר ושבו' וכו' אבל בחרם יש להקל דהרי"ף כ' בתשו' שהוא מדרבנן וכו' וכ"כ בפ' ואלו מגלחין דכל תיקו דאמרי' התם לקול' וכ' הר"ן בהא הלכה כדברי המיקל באבל וכו' וכ' מהריק"ו סי' כ"ה דהרי"ף ס"ל דעיקר הנדוי דרבנן הוא ומשום כך פ' לקולא בהנך בעיות ע"ש וכ"כ מהר"ם מפדואה ע"ש והרי"ף והרא"ש ס"ל הכי דנדוי הוי דרבנן וה"ה חרם עש"ב מיהו כבר כ' הריב"ש בסי' שכ"ה דאפי' עיקר הנדוי דאורייתא מיהו הדבר שצריך לנהוג בהם מלי דאבילות ודכוותא אינו אלא מדרבנן ע"ש וא"כ א"ל דהרי"ף והרא"ש והרמב"ם שפ' לקולא בהנך בעי' היינו משו' דהדבר שצריך לנהוג בהם הוי דרבנן אבל עיקר הנידוי וחרם אפשר דס"ל דהוי דאורייתא ובס' אזלי' לחומרא וכ"כ הריב"ש בסי' תצ"ה וז"ל אפי' אם בלשון היה ס' ראוי להחמיר מפני חומר הנדוי והחרם שקבלו על הסכמה ההיא שהולכים בה להחמיר כמו בשאר נדרים וכו' ואפ' דלא זכר הרשב"ש דברי הרי"ף והרא"ש דפ' אלו מגלחין מה"ט דדבר שצריך לנהוג בו פסקו לקולא דהוי דרבנן אבל בעיק' הנדוי והחרם אפשר לומר דהוי דאורייתא אבל הרי"ף בתשו' ס"ל דעיקר הנדוי דרבנן וז"ל בתשו' סימן רצ"ה ע"מ שישאלו במנודה וכולי תשו' כל מאי דלא איפשיט כדין תיקו בדרבנן לקולא ובדאורי' לחומרא ומנודה דרבנן הוא ע"ש משמע דעיקר הנידוי דרבנן ושוב ראיתי בתשו' הרשב"ש סי' תרי"ב שכ' מדאורייתא ליכא לא חרם ולא נידוי דדיני החרם והנידוי דרבנן נינהו והכי איפסק' הילכתא להרי"ף בפ' ואלו מגלחין וכ"כ הרשב"א בתשו' ע"ש הרי שכ' דחרם ונדוי דרבנן נינהו כמ"ש הרי"ף בפ' אלו מגלחין כדברי מהר"ם מפדואה מיהו מ"ש הרשב"ש שכן כ' הרשב"א בתשו' וכו' בס' עה"ש חי"ד סי' רכ"ח ס"ק כ"ט תמהתי עליו דבתשו' הרשב"א סי' ש' וסי' תקצ"ה מבואר דחרם דאורייתא הוא וספיקו להחמיר וכ"כ בתשו' המיוחסות סי' רפ"ח ע"ש ראייתו וכבר הריב"ש סי' רס"ו הביא דברי הרמב"ן והרשב"א וכ' שם דהעובר על החרם פסול לעדות מה"ת כחשוד על השבו' ע"ש וכן מבואר לעיל סי' ל"ד ע"ש בב"י וכ"כ מרן בס' אבקת רוכל סי' קע"ט עש"ב ועי' בתשו' בשמים ראש סימן קנ"ח ואפש' דט"ס נפל בדברי הרשב"ש וכצ"ל ולענין שבועה וחרם ראוי להחמיר דלא הוי פירעון אבל בנדוי יש להקל וכולי דס"ל כדעת האחרונים שכ' הכנה"ג חי"ד סי' של"ד הגב"י אות י"ד דנידוי הוי דרבנן ע"ש אבל בתשו' הרשב"ש סי' ש"ז משמע דנידוי היינו חרם דהוי דאורייתא ע"ש.

ל"ה כ' מהראנ"ח ח"ב סי' מ' על שמעון שטען על ראובן שנשבע לקיים המכר והעדים מעידים כן וראובן כפר שלא נשבע ויש עדים מעידים כן דהוו תרי ותרי דומיא לב' אומרים נתקדשה וב' אומרים לא נתקדשה דאפי' נשאת לא' שאומר בריא לי שלא

נתקדשה לא תצא דה"נ אם נכוף אותו לקיים שבועתו הו"ל כאלו אנחנו מוציאין ודוקא באשה שבאה לינשא אמרינן שלא תנשא לכתחלה אבל בשלא באה לעשות מעשה מחדש אינו בכלל לכתחילה ע"ש וכן חי' מהרש"דם בתשו' ח"מ סי' ח' ע"ש ועוד כ' מהראנ"ח שם שנראה שזה ראובן נאמן לומר ששמעון מחל לו השבועה שנשבע לו כמ"ש הרא"ש בתשו' וכו' וכיון שהוא נאמן לטעון כן עכשיו שאומר שלא נשבע נאמן במגו דאי בעי אמר נשבעתי או מחל לי השבועה ואע"פ שעדים מכחישין אותו לא הוי מגו במקום עדים שכיון שעדים אחרי' מכחי' אותם הו"ל כאלו ליכא עדים כלל וכעין זה כ' המרדכי בסוף קידושין בענין עדים המכחישין זה את זה בקידושין והבעל אומר שלא קדשה דנאמן במגו דאי בעי אמר קידשתי וגירשתי ע"ש ונר' דס"ל דאפי' יש עדים שמכחישין אותו בטענה שטוען עכשיו כיון שיש עדים אחרים מסייעין אותו נאמן במגו שהיה טוען מחלת לי השבו' כיון דבטענת המגו אין עדים מכחישין אותו כלל וכן הוכחתי בסי' פ"ב בדיני מגו מדברי הרשב"א דבשני כתי עדים מכחישין זא"ז לא הוי מגו במקום עדים עש"ב וא"כ נאמן לומר לא נשבעתי במגו דמחלת לי השבועה וכ"הג כ' מהרא"דב בתשו' סי' פ"א דאם טען תנאי היה בשבועה נאמן במגו דמחלת לי השבועה מיהו אם יש נאמנות בשטר דאינו יכול לטעון שפטרו מהשבועה וליכא מגו אינו נאמן אלא משום דתנאי דמי לפירעון וכמו שנאמן הלוה בטענת תנאי לחייב המלוה שבועה ה"נ נאמן לפטור עצמו מהשבועה ע"ש ובפ' האשה שנתארמלה תניא ב' החותמים על השטר באו ב' מן השוק ואמרו אנוסים וכו' אם כת"י יוציא ממקום אחר אין נאמנין ואר"נ אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכו' וכ' הריט"בא שם וז"ל והא דאמרי' דאי תפס לא מפקי' מיניה יש שפי' דוקא תפס בלא עדים דאית ליה מגו דיכול לומר תפסתי ובדין תפסתי ועדים אחרונים שקר מעידים וכו' וכ"ת אם כשתפס בלא עדים דאית ליה מגו אפילו רישא נמי אמאי מפקי' מניה וי"ל דברישא כיון דהאי שטרא תפיס והאי שטרא חספא בעלמא הוא אין כאן מגו וכו' מיהו אי טען ואמר מלוה תפיס ולא משום האי שטרא השתא ודאי איכא מגו וכו' ע"ש הרי דס"ל דב' כתי עדים אמרינן אוקי תרי להדי תרי ונאמן המלוה לומר דעדים אלו שקר הם מעידים במגו ולא חשיב מגו במקום עדים כיון שיש עדים מסייעין אותו אבל כשאין כת"י יוציא ממ"א אפילו תפס בלא עדים אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים אחרונים כיון שנאמנים הם לקרוע השטר אבל למאי דקיי"ל דכת"י יוציא ממ"א אפילו תפס בעדים אין מוציאין מידו נראה דאם אין כת"י יוציא ממ"א (ע"כ מצאתי) מיהו נראה דאם טען לא נשבעתי אינו נאמן במגו דמחלת לי דטענת מחילה גרועה ולא מהני לגבי מגו ועוד כיון שיש עדים מסייעין אותו א"ל

דהוי מגו דהעזה וכה"ג כתב מהרי"מט ח"א סימן ק"א על אשה שנתן לה בעלה נכסים לפני עדים קרובים וז"ל דאפילו תימא דאשה זו אם אמרה במתנה נתנם נכסים הללו היתה נאמנת היכא דאין לה עדים כלל השתא דאיכא עדים פסו' בהדה גרוע וטעמא משום דאין אומרים מגו אלא בטענות שוות אבל כשאין בטענה זו שהיא טוענת כ"כ העזה כמו אותה שהיה לה לומר לא חשיב מגו וכו' דטפי ניחא לה לומר בעלי נתנם לי במתנה כיון דאיכא קרובי הבעל דמסייעי לה ולא שתאמר נאנסו דהוי מלתא דלא שכיחא כדאמרי' בפרק המוכר את הבית דלהכי לא טענינן ליתמי נאנסו משום דאונס לא שכיח והוי העזה טפי בהאי טענה שכל העולם יכירו בשקרא ומנא תימרא דהיכא דעדים מסייעין לה אפילו פסולי' לא חשיב העזה מדאמרינן בפרק התקבל דאע"ג דקיי"ל האשה שאמרה לבעלה גירשתני ה"מ היכא דליכא עדים דמסייעי לה וכו' ע"ש וא"כ ב' כתי עדים המכחישין זה את זה כיון דלא הוי העזה לגבי האשה משום דיש עדים דמסייעי לה ה"נ הוי מגו דהעזה דטפי ניחא ליה לומר לא נשבעתי שיש עדים מסייעי ליה ולא לומר מחלת לי דמחילה מלתא דלא שכיחא היא והוי העזה טפי מיהו קיי"ל דאמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז להחזיק ממון שבידו ודוקא לגבי שבועה לא אמרינן לפטור משבועה מגו דהעזה כמו שהאריך הש"ך בסי' פ"ב בדיני מגו וה' משנה למלך פ' כ"א מה' מלוה ולוה בתשו' ע"ש וא"כ אפי' איכא העזה טפי בטענת נאנסו או במחילה ובטענת עכשיו ליכא העזה כיון שעדים מסייעין אותו נאמן בשבו'

ל"ו כתב מהראנ"ח סי' פ"א ונראה דאפילו לא נתן ליה דרשות מוחלט אלא אמר ליה אם לא אביא לך מעות עד יום פ' יהא המשכון שלך או תמכרנו ותפרע מעותיך ולא הביא לו מעות ונחלט המשכון בידו נראה דלא עבר על שבו' שלא פרעו ביום השבו' דקי"ל כרבא בפ' כל שעה דאמר ב"ח למפרע הוא גובה המשכון וכיון שהחליט המשכון לבסוף ביד המלוה הו"ל פרוע למפרע משעת התנאי במשכון שעדיין לא עבר זמן השבו' וכולי וזה כדברי בעל המאור בפרק כל שעה שכ' דאפי' בשעת הלואה אפילו לא אמר מעכשיו מהני תפיסתו וגבייתו שגבה אותו בחובו שיהא קנוי לו מזמן הלואה אבל הרמב"ן במלחמות כ' שהוא סבור שהמשעבד מעכשיו חמץ לגוי לגבות ממנו מעותיו למפרע הוא גובה ואין הדבר כן דאין כאן קנין אלא שעבוד ועדיין טעמו של רבא בזה במקומו עומד דכיון דאילו הו"ל זוזי הוה מסליק ליה בזוזי אשתכח דהשת' הוא דקני ליה קנין גמור ועד השתא שעבוד בעלמא הוא דרמי עילויה וכו' אלא דאוקי מתני' דא"ל מעכשיו היינו דא"ל אם לא הבאתי לך מעות מכאן עד יום פל' הרי הוא שלך מעכשיו וכו' אבל ברישא דלא אמר ליה מעכשיו אלא שהכהן חמצו אצלו ואמר אם לא נתתי לך

מכאן עד יום פל' זה גובה בחובך מכאן ולהבא הוא גובה שהדין נותן שיהא מוריד ג' לשום ויגבה אותו בשום הדיינין וכו' עכ"ל אם כן לרבא דקיי"ל כוותיה אם א"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני יהא המשכון שלך לא קנה למפרע אלא משעת גבייה בשום הדיינים אם עבר הזמן עבר על שבו' אבל אם א"ל אם לא הבאתי לך מכאן ועד יום פ' ה"ה שלך מעכשיו אפי' עבר זמן השבו' כיון דקנה למפרע המשכון משעת התנאי שעדיין לא עבר זמן השבו' לא עבר על שבו' ואע"ג דכתב הרמב"ם בפ"א מה' חמץ דאם נתנו לגוי ע"מ להחזיר עובר והכנה"ג בא"ח סימן תמ"ח בשם הרדב"ז הטעם דכל שהתנאי תלוי הוי כפקדון אצל הגוי ואפי' קיים התנאי והוי מתנה למפרע כבר עבר בבל יראה כבר כ' הפר"ח שם דהיינו דוקא דאין ביד ישראל לקיים התנאי דשמא לא יחזירנו והוי למפרע של ישראל דהא בגוי שהלוה לישראל על חמצו והגיע הזמן ולא פרעו מותר ולא אמרי' דכל זמן שהתנאי תלוי הוי כפקדון משו' דהוי תנאי שבידו לקיימו ויגמור בדעתו שלא לפדותו ע"ש ועוד יש לחלק בין תנאי שצריך מעשה לקיימו לתנאי דקיומו בשב ואל תעשה דהתם התנאי שלא לפדותו אבל מתנה ע"מ להחזיר צריך מעשה לקיים התנאי וכה"ג קיימא לן בסימן רמ"א דבתנאי ע"מ שתעשה צריך להביא ראיה שקיים תנאו אבל בע"מ שלא תעשה אין צריך ראיה עיין שם וא"כ ה"נ דבידו הוא בשב ואל תעשה נחלט המשכון למפרע אפילו בזמן השבו' היה התנאי תלוי ועומד לא עבר על שבועתו דומיא דמי שהלוה לישראל על חמצו והגיע הזמן ולא פרעו אבל תשו' הרדב"ז היא כל' הרמב"ם סימן מ"ג ומבואר שם דכל תנאי אפילו שבידו לקיימו דומיא דלולב שבידו להחזירו לא מהני קיום התנאי שכבר עבר בב"י ודוקא בלולב ובקידושי' מהני קיום התנאי שלא יהא גזל עיין שם באורך והרמב"ן בחי' בפרק קמא דקידושין ד' ח' כת' וז"ל ובמשכון דאחרים דמקו' מדר"י משמע לי מסוגיא דפ' כ"ש דמשכון דתפיס ליה מלוה ברשותו אם לא פרעו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע הוא גובה ואי זבין מלוה או הקדיש משעת הרהנה שפיר זבין ושפיר הקדיש ואי לוה הקדיש וזבין לאו כלום הוא וכולה מדר"י כדאמר התם בכה"ג הוא דאמרי' הכא דמקו' כגון שהוחלט המשכון אחר כך אבל פדאו לוה וכו' והובא בתשו' הריב"ש סי' שצ"ו ע"ש וכ"כ הריטב"א בחי' שם וז"ל שאני הכא דמשכון דאית ליה קנין בנויה מדר"י ולדידיה אי זבין מלוה או הקדיש דבריו קיימי' למפרע כשהחליטוהו לו ב"ד הילכך באשה מקודשת לו מעתה דשאני קידושין מזביני והקדיש וכו' ע"ש א"כ נר' דלכ"ע ישראל מישראל כיון שיש לו קנין במשכון מדר"י באותה שעה ושוב הוחלט לו הוי שלו למפרע לגמרי ולא עבר על השבו' אבל משכון

ישראל ביד גוי דלכולי עלמ' גוי מישראל לא קני משכון אפילו הוחלט המשכון אחר הזמן לא הוי שלו למפרע ואם נשבע ישראל לפורעו עבר על שבועתו.
ל"ז אם נשבע לפרוע בתוך ב' ימים אם צריך ב' ימים חוץ מהשבת או ב' ימים עם השבת ירא' דעל דעת חבירו הוא נשבע ואם הוא גוי השבת בכלל ואם הוא ישראל אין השבת בכלל ואיני סומך על סברתי ושומר נפשו יזהר מחומר השבועה והחרם הרש"בש בתשו' סי' שצ"ז ע"ש.
ל"ח הגה או שמחל לו וכו' וכן אם המחהו אצל א' במע"ג למאי דקיי"ל דנסתלק הלוה מעל המלוה הו"ל כאלו נתקבל ופטור משבוע' מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ב ע"ש.
ט"ל דין ה'
הגה וי"א דאפילו וכו' מהרי"קו סימן קי"ב כתב וז"ל וא"ת ואיך תחול השבועה על אשר לא הוציא בשפתיו והא לגבי השבועה בעי לבטא בשפתים ולא סגי במחשבה ונלע"ד דה"ד בשבועת איסר ונדר שאדם אוסר ונודר ע"ע דאין לנו אלא מה שהוציא בפיו ולא נלמוד ממנו לאסור עליו דבר אחר הדומה לו ואפילו יוכיחו הדברים שלזה כיון לפי הנראה והיינו משום דגלי קרא לבטא בשפתים אבל שבועה שאדם עושה לחבירו לקיים לו תנאי וכו' והש"ך כתב דלא מסתבר לחלוקי בכך ועוד דהא פשיטא דכשנשבע מעצמו לשלם לחבירו נמי לא מחייב אלא מקרא דלבטא בשפתים וכו' וכן משמע בי"ד ר' סי' רי"ח גבי מי שהיה לבוש וכו' ואע"פ שכ' דבאומדנא דמוכח הולכין ג"כ אחר הכוונה ה"ד דומיא דהתם לפטור את הנשבע מהשבועה ולומר כיון דאיכא אומדנא דמוכח ודאי דלא נתכוון לזה אבל לחייבו בשבועה מה שלא הוציא בשפתיו משום אומדנא לא שמענו וכו' ע"ש ובב"י י"ד סי' רי"ח כתב הרשב"ץ על מי שנשבע שלא יעשה יין למכור ויש לו עשוי קודם שנשבע נראה שאסור למוכרו אע"פ שלא נשבע אלא שלא יעשה יין למכור וזה היה עשוי משום דאזלינן בתר דעת הנודר וכו' הרי דס"ל דגם לחייבו בשבו' מה שלא הוציא בפיו משום אומדנא ופסקו מרן שם בס"ב אבל הטו"ז שם תמה דהא קיי"ל דבעינן פיו ולבו שוין ואין ראיה מהך דנודר צמר וכו' וגם סותר את עצמו שכ' הב"י ס"סי ר"ח דברי הרשב"ץ באומר שלא ישא אשה תוך שלש שנים וכו' עש"ב דההיא דשלא יעשה יין למכור וכו' היא תשו' הרשב"ץ ח"א סי' ק"ע ע"ש וההיא דשלא ישא אשה תוך ג' שנים וכו' היא תשובת הרשב"ץ ח"א סי' קנ"ה ע"ש מיהו התם ליכא הוכחה כמ"ש האחרונים אבל הרש"בץ בתשו' אחרת בח"ב סו' ס"א כ' דלא אמרינן הכל לפי הנודר אלא לגרע מדבריו ולהקל עליו אבל להוסיף על דבריו ולומר הכל לפי הנודר לא מצינו דהא קיי"ל דבעינן פיו ולבו שוין וכו' ע"ש ובי"ד סי' רי"ו ס"ט גבי אמר קונם בשר ויין

עלי מותר בתבשיל וכו' כ' הש"ך נראה דהיינו מסתמא אבל אם היה טעם בשר ויין קשה לו וכה"ג אזלינן בתר כוונתו כדלקמן סי' רי"ח ואסור בטעמו ע"ש א"כ הכל לפי הנודר להוסיף ולהחמיר על דבריו ועמ"ש בס' עה"ש חי"ד שם וגם לדעת הרשב"ץ ורוב האחרונים דלא אמרינן הכל לפי הנודר להוסיף על דבריו וכן דעת מהרי"קו שכ' דאין לנו אלא מה שמוציא בפיו ולא נלמוד להוציא ממנו לאסור עליו דבר אחר כדומה לו ואפילו יוכיחו הדברים שגם לזה כיון לפי הנלע"ד משום דגלי קרא לבטא בשפתים משמע דכל דאיכא אומדנא והוכחה לא אמרינן הכל לפי הנודר מיהו שבו' שאדם עושה לחבירו לקיים לו תנאי שהתנה עמו השבו' תלויה בתנאי ובכל מה שיחול התנאי תחול השבו' ונראה דס"ל דכל שנתחייב לחבירו תנאי א' ונשבע עליו חלה גם השבועה וכבר כתב הרשב"ץ בתשו' ח"א סי' צ"ה הכא דהולכים אחר אומדנא ולא אמרינן דברים שבלב אינם דברים ע"ש.

מ' מי שנשבע לשלם לחבירו וכו' כתב הסמ"ע דה"ד אם בתחלת החייוב נשתעבד בשבועה אבל אם שעבודו היה בתחלה ואח"ך נשבע לשלם כיון דהחוב ליתיה ג"כ השבועה שנשבע בעבורו ליתא והש"ך כתב דלא מסתבר דמה בכך ששעבודו היה בתחלה סו"ס נשבע אח"כ לשלם לו וצריך לקיים שבועתו וכן הכנ"הג בסי' זה הגב"י אות י"א ובסי' ס' אות כ"א חלק על הס"מע וכתב ה' כרם שלמה בחא"ה סי' כ"ו דאפילו הוי ס' צריך לקיים שבועתו דס' שבועה להחמיר ע"ש עוד בסי' כ"ז מיהו הכנ"הג בתשו' בס' בעי חיי ח"ב סי' פ"ו כתב דמ"מ המחוייב יש לו עמוד גדול וחזק להשען עליו ועוד ה"ד דנשבע בעצם הדבר אבל בנ"ד שנשבע אח"כ אם לא נשבע על עצם הדבר מודים אנחנו דאמרינן קנין אין כאן שבועה אין כאן ע"ש.

מ"א דין ט'

הנשבע לפרוע בר"ח אדר, וכו' אבל אם נשבע לפרוע בחדש שבט כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן רמ"ב דחייב לפרוע קודם שיכנס ר"ח דבנדרים ושבו' הלך אחר לשון בני אדם וכו' ע"ש וכן תנן בר"פ קונם יין חדש זה אסור בכל החדש ור"ח להבא וכו' ובגמ' כי אצטריך לחדש חסר מ"ד ר"ח לשעבר הוי וכו' וכתב הר"ן כי אצטריך בחדש חסר שהחדש שבא אחר חדש של נדרו הוי חסר וכו' ועושה שני ימים ר"ח ויום ראשון למלאת חדש שעבר וכו' סד"א ליתסר ביה קמ"ל הא קרו ליה אינשי ריש ירחא ומש"ה אע"פ שהוא מכלל חדש א' כיון דריש ירחא קרו ליה מותר בו דבנדרים הלך אחר לשון בני אדם עיין שם ורש"י שם פי' חדש זה אמר קונם יין שאין שותה בזה החדש והיה עומד באותו יום של ר"ח אסור בכל החדש בכל שלשים יום הבאים ור"ח להבא כלומר ר"ח

זה שהוא עומד בו הוא נמנה עם ימים הבאים שהוא ראשון שלהם וכי אצטריך מתני' לחדש חסר בחדש שהוא שני ימים ר"ח והוא נדר ביום א' של ר"ח סד"א לחדש שעבר הוי ולא ליתסר ביה קמ"ל אפ"ה כיון דקרו ליה ריש ירחא אסור בו ע"ש וה' המאירי שם כתב די"מ כן כלומר אפי' היה יום שעומד בו יום א' לשני ימי ר"ח ואין אומרין אינו אלא סוף ראשון ולא יאסר אלא יומו ולענין פסק ודאי כך הוא אבל וכו' ע"ש א"כ נראה אם נשבע לפרוע בחדש זה והוא עומד ביום ר"ח א' אינו חייב לפרוע באותו יום אלא כל החדש בידו לפרוע ואם עומד באמצע הקדש ונשבע לפרוע בחדש זה חייב לפרוע קודם שיכנס ר"ח א' הבא ועוד כ' הרדב"ז שם דאם נשבע לפרוע קודם שיכנס ר"ח כסלו אם פרע ביום ר"ח א' אינו עובר שעדיין לא נכנס כסלו דנהי דקרו ליה ר"ח מ"מ לא קרו ליה מכלל כסלו וכן מסתבר לי אבל לשון הר"ן לא משמע הכי והחושש לחומר השבו' תע"ב ע"ש ועיין מהר"ש הלוי הביאו הכנה"ג סי' מ"ג ע"ש.

מ"ג אם נשבע לפרוע באדר סתם פשיטא דבידו לפרוע בסוף אדר כדקי"ל בסימן מ"ג סכ"ג ראובן ושמעון שיש לכל אחד מהם שטר על לוי בשל ראובן כתוב בר"ח בניסן וכשל שמעון כתוב בניסן סתם ואין ללוי אלא שדה א' וכו' נותנים אותה לראובן דשמא שטרו של שמעון היה בסוף ניסן וכו' ע"ש אלא אפי' אמר חדש אדר כבר הוכיחו האחרונים דלאו ר"ח קאמר אלא כל החדש דאמרי' בפ' שני דגיטין גבי תקנת זמן בגיטין כתוב בו שבוע שנה חדש שבת מאי א"ל כשר ומה הועילו חכמים בתקנתם אהנו לשבוע וכו' וא"א דחדש היינו ר"ח הוי זמן מפורש ע"ש ובר"פ קונם יין תנן חדש זה אסור בכל החדש ור"ח להבא וכו' ופירש"י חדש זה אמר קונם יין שאין שותה בזה החדש והיה עומד באותו יום של ר"ח אסור בכל החדש דכל שלשים יום הבאים ור"ח להבא כלומר ר"ח זה שהוא עומד בו הוא נמנה עם ימים הבאים שהוא ראשון שלהם וכי אצטריך מתני לחדש חסר בחדש שהוא שני ימים ר"ח והוא נדר ביום ראשון של ר"ח סד"א לר"ח שעבר הוי ולא ליתסר ביה קמ"ל אפ"ה כיון דקרו ליה ריש ירחא אסור בו ע"ש וכ"כ ה' המאירי שם די"מ כן כלומר זפילו היה יום שעומד בו יום א' לב' ימים ר"ח ואין אומרים אלא סוף א' ולא יאסר אלא יומו ולענין פסק ודאי כך הוא אבל וכו' ע"ש א"כ נראה דה"נ אם נשבע לפרוע בחדש זה אפי' הוא עומד ביום ר"ח אינו חייב לפרוע באותו יום אלא כל החדש בידו לפרוע וכ"ש אם נשבע לפרוע בחדש אדר דכל החדש בידו וכ"כ הט"ז בנשבע לפרוע בחנוכה דיכול לפרוע בסוף חנוכה עש"ב וכ"כ ה' שבות יעקב ח"ב סי' קע"ב ע"ש וש"מ דאם קבע זמן הפירעון בחדש אדר וטען הלוה פרעתי ביום א' דר"ח דאינו לחדש שעבר דהוי כתוך זמנו אלא יום א' דר"ח להבא ונאמן לומר פרעתי

מ"ד מי שנשבע לפרוע בחדש העיבור אדר א' הוא חדש העיבור וצריך לפרוע בו הרדב"ז בלתשו' ח"ב סי' ק"ן ע"ש.

מ"ה חייב לפרוע ביום הח' הא' עיין בהש"ך ובס' עה"ש חי"ד סימן רכ"ח ס"ק ל"ה כתבתי דמבואר בתשו' הרשב"א ח"ג סימן ש"ז החי' בדברי השואל דההיא דפ' קונם יין שאני דנדר שלא לשתות יין בחדש שבט ור"ח א' של אדר בלשון בני אדם מקרי שבט אבל הכא שנשבע לפרוע בר"ח אע"ג היום א' של ר"ח מקרי ר"ח מ"מ כיון דיום ב' נמי מקרי ר"ח והוא עיקר דיכול לפורעו בכל הב' הימים ולזה כתב הרשב"א מסתברא דחייב לפרוע ביום א' דאנו תופסים היום הא' בר"ח בפ"ע ויש להחמיר דס' דאורייתא לחומרא ע"ש וא"כ אם חייב עצמו לפרוע בר"ח אדר בלא שבו' אינו חייב לפרוע אלא ביום ב' דהממע"ה ומצאתי בתשו' בשמים ראש סימן י"ב שכתב שהוא פטור עד הב' אע"ג דספק שבו' הוא דסתם שלשים ר"ח הב' קאי דמיניה מונין ותו כי לא נשבע מי לא מושבע ועומד אפ"ה אי אתה מחייבו כ"א ביום ל"א והשבו' היתה לקיים דבר שנתחייב עליו באמירה דהיינו ביום הח' הב' וכן דנין בכל ספק שבו' דנופלת על מעשה ותנאי שבממון ע"ש והנשבע עד אדר לכ"ע ר"ח להבא וכ"כ הריטב"א בחי' לנדרים בפרק קונם יין ע"ש ועיין בתשו' שבות יעקב ח"ב סימן קע"ב ואם כתב לסוף חדש שבט כתב מהר"ש הלוי בח"מ סימן ז' דאין הלוה יכול לדחותו עד יום א' של ר"ח אדר דר"ח להבא אלא יפרענו ביום כ"ט עד הלילה והביאו הכנה"ג בסימן מ"ג ע"ש.

מ"ו הנשבע לפרוע בר"ח אדר וכו' הרשב"א בתשו' ח"ד סימן רצ"ד הוכיח דכל הקובע לחבירו זמן סתם זמן הראשון במשמע וכ"ש כשאומר זמן פ' הבא לקראתו עש"ב

מ"ז מי שנשבע שפרע בר"ח אדר שעבר והוברר שלא פרע ביום ר"ח הא' לא הוי חשוד על השבו' לפסול לאותו שיכול לומר על יום ר"ח ב' שבות יעקב ח"ב סי' קע"ב ע"ש.

מ"ה דין

יו"ד מי שיש לו שטר וכו'. כתב הסמ"ע דוקא נקט שיש בידו שטר וכו' מש"אכ כשאין בידו שטר דהא הלוה יכול לישבע היסת וליפטר ממנו אפי' הלוהו בעדים ע"ש וכתב הכנה"ג הגב"י אות ל"ח דאם אינו יכול לומר פרעתי כגון שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וכו' מעקלי' מיהו דוקא כשידוע שא"ל כן וכו' ע"ש והוא בשיטת הסמ"ע שכתב בסי' ע' סקי"א דמיירי דא"ל כן בפני עדים דאל"כ נאמן במגו דלא התנה עמו כן והכנה"ג שם אות י"ב חלק עליו דאפי' לא התנה כן בפני עדים כל שהודה הלוה כן שא"ל כן אינו נאמן במגו דהוי כמגו במקום עדים דודאי מאחר שהתנה כן אינו פורע אלא בפני עדים וכבר כתבתי שם שכן דעת הראב"ד אבל הרשב"א והרא"ש והמ"מ ס"ל דאם אין עדים על

התנאי נאמן במגו ע"ש ונר' דאם מודה הלוה שהתנה כן אפילו למ"ד דאם אין עדים בדבר וטען הלוה פרעתי נאמן במגו הכא לגבי עיקול לכ"ע שומעין לו שהרי כתב מהריק"ו שרש ק"ט דכל שיש אמתלא אפי' בתביעה, ע"פ יכול לעכב הנכסים ע"ש וה"נ שהתנה אל תפרעני אלא בעדים אין לך אמתלא גדולה מזו דהא איכא מ"ד דהלוה אינו נאמן לומר פרעתי דהוי כמגו במקום עדים וא"כ אפילו למ"ד דנאמן ודאי דלא שכיחא שיפרענו בלא עדים אלא דאם טען כן נאמן במגו דלא עדיף מחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו דקי"ל דאם אין עדים על הזמן נאמן לומר פרעתי במגו ומדברי הסמ"ע נר' לכאורה דבמלוה על פה אפילו עדים על הזמן ובא המלוה לב"ד בתוך הזמן אין יכולין לעכב דדוקא בשטר ובא בתוך הזמן יכולין לעכב אבל ראיתי בהפרישה שכתב תשו' הרא"ש אם רואה הדיין אמתלא בדבר החוב או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן וכולי ענין הא' שאין ביד התובע שטר אלא תביעה ע"פ ומיירי שכבר הגיע זמן הפירעון ולזה השיב אם רואה שיש אמתלא פי' אף שאין בידו שטר מ"מ רואה שדבריו קרובים לשמוע שיש לו טענה עליו ועל הב' כתב או שלא יוכל וכו' אבל בש"ע ליתא תיבת או ע"ש הרי דס"ל דמלוה ע"פ נמי אם רואה הדיין אמתלא שיש לו טענה עליו המגיע כבר זמן הפירעון יכול לעכב אבל מרן שכתב אם רואה הדיין אמתלא שלא יוכל לגבות וכו' משמע דדוקא בשטר יכול לעכב אם רואה אמתלא על הגבייה אבל במלוה ע"פ בתוך הזמן אינו יכול לעכב באמתלא זו אבל אם יש אמתלא על החוב והגיע זמן הפירעון יכול לעכב וכ"כ מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קס"ז והר' פני משה ח"א סי' ל"ח ע"ש וכ"כ מהרש"ג בתשו' בס' משפטים ישרים סי' מ"ח דאפי' בתביעה ע"פ מחייבין אם יש אמתלא שהוא חייב וגם איכא חששא שמא יבריח הנכסים ע"ש וכ"כ מהר"ם גאלנטי סי' מ"ה וכבר הכנה"ג הגב"י אות ל"ח תמה על הסמ"ע דמדברי מרן שכתב וכן הדין בלוה לזמן וכו' מבואר דאפי' על מלוה ע"פ מעקלי' והסכים דס"ל דבשטר אפילו אין הלוה בפנינו ובמלוה ע"פ דוקא כשהמלוה לפנינו ומודה שהוא חייב וכ"כ הב"ח ע"ש אבל בדברי מהריק"ו ומרן בתשו' שם מבואר דאפילו אין הלוה בפנינו מעקלי' ומהרש"ג בתשו' חי' בע"א דאם הלוה בפנינו יכול לעקל לפי שעה כדי שיעמוד לדין אפילו ליכא אמתלא אבל לעכב הנכסים זמן רב בעי אמתלא ע"ש וכ"כ מהריק"ש בתשו' בספר אהלי יעקב סימן ד' ע"ש ועיין במהריט"ץ בסימן קי"ט ושו"ר בשו"ת באר מים חיים סימן ד' האריך בפרט זה והסכי' עם רב א' דמעקלי' אפי' במלו' ע"פ כשיש אמתלא עש"ב

מ"ט דוקא במלוה כדי שלא תנעול דלת אבל בכתובת אשה אין שומעין לה גו"ר חא"ה סימן י"ו ע"ש הטעם.

נ כתב הכנה"ג בתשו' בספר בעי חיי סימן נ"ד דכמו דקי"ל בפירעון דמוציאין מזה ונותנים לזה מדר"ן דאם יש ללוה נכסים אחרים להשתלם ממנו אין כופין ללוה שלו לפרוע למלוה ה"ה לענין עיכוב שאם יש ללוה נכסים אחרי' לעכבם אין מעכבי' נכסים שהן ביד אחר מיהו אפשר שיש חי' בין עיכוב לפירעון ע"ש ובתשו' מרן סי' קס"ב כתב דה"ד כשאין לו ממון כמבואר בהרא"ש וכ"כ הרי"ף בתשו' שכתב בעה"ת וז"ל וז"ש אחוי טרפך ואשלם לך כשיש לו ממון לשלם אבל אין לו לא וק"ו הוא ומה התם דבלא נתן מעות אייריי כמ"ש התוס' מהני טענת אחוי טרפך ואשלם לך להוציא מעות מיד הקונה כל שיש לו ממון לשלם לאוקומי ממונא עאכ"ו ע"ש ובאמת דהרי"ף בתשו' סימן קי"ב כתב על שמעון מכר חצר ליהודה ונטל הממון ולאחר שהחזיק יהודה באותה חצר נתברר לו שהחצר אינה לשמעון וכו' תשו' זו שאמר יהודה חושש אני שמא תאבד ממוני וכשמוציאין חצר זה מידי לא אמצא לך מקום כלום טענה יפה היא וז"ש רז"ל וכו' משהחזיק בו אינו יכול לחזור דאמר אחוי טרפך ואשלם לך לכשיש לו ממון שישלם אבל אם אין לו ממון שישלם לו מצינו לרז"ל שמקפידים יחסי' על בני אדם שלא יאבדו ממונם וכו' ע"ש מבואר דמיירי בנתן מעות ובזה הוא דקאמר דאם יש לו ממון יכול לומר אחוי טרפך ואשלם לך אבל אם לא נתן המעות אפשר דלא אמרינן אחוי טרפך ואשלם לך להוציא ממון מידו אבל הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ס"ד נשאל בשמעון שמכר ללוי שדה באחריות וזקפם עליו במלוה לזמן וכשהגיע הזמן בא שמעון לגבות חובו מלוי וטען לוי שהוא מכר לו שדה שאינה שלו והשיב שמעון הרי החזקת בו ולא תבעוך בדין ואם יוציאוהו אחוי טרפך ואשלם לך טען לוי אינך אמיד שתשלם לי והשיב הרשב"א טענה יפה היא והא דאמר אבייי וכו' היינו כשהמוכר אמיד ואי מפקי ליה מניה לא יפסיד אבל כשאינו אמיד לא מפקי' מהאי טעמא דאי טרפי לה מניה נמצא זה מפסיד ממונו וראיה יש מתופס לב"ח במקום שאינו חב לאחרים שאין ב"ח יכול לומר לאו בע"ד דידי את משום דמיירי באיניש דלית ליה א"נ גברא דמאבד ממונו וכו' ע"ש מבואר דס"ל דאפילו להוציא ממון אמרי' אחוי טרפך ואשלם לך אם הוא אמיד ומשמע דאם אינו אמיד דוקא אם לא נתן מעות לא אמרינן אחוי טרפך ואשלם לך להוציא מידו מדכ' לא מפקינן וכו' דומיא דתופס לב"ח אבל אם כבר נתן לו מעות אפילו אינו אמיד יכול לו' אחוי טרפך ואשלם לך וז"ל רבינו ירוחם נתיב ט' ח"ב אבל אין לו אחריות נכסים אין מוציאין ממנו המעות דילמא כי מחוי טרפיה לא ימצא מקום לגבות כ"כ רב אלפס בתשו' ע"ש ועיין להרדב"ז בתשו' ח"ב סימן ן' ובתשובות הרשב"א סימן אלף קי"א.

נ"א וכן הדין בלוה לזמן וכו', ואם היה לו ערב אפי' הלוה מבזבז אין המלוה יכול לכופו לפרוע בתוך הזמן לו' דלא הלוהו אלא על דעת שניהם הר' שבות יעקב ח"ג סימן קנ"ח ע"ש.

נ"ב ובתוך הזמן רואה המלוה וכו'. נראה דה"ד אם היה בחזקת בטוח בשעת החיוב ואח"ך ראה המלוה אותו הולך ומתמוטט וכו' אבל אם לא נתחדש שום דבר משעה א' לא ואפילו היה בטוח מקודם ועכשיו מבזבז נכסי' דוקא לעקל הנכסי' במקום שהם שם ולא ליתנם למלוה או לערב שלו מהרש"ך ח"ד סימן ל' ע"ש.

נ"ג אם הנתבע מסרב ולא ציית לדינא בודאי מעכבינן ממונו עד שיקבל עליו עול הדין וכ"כ מהר"י וויל סי'. קנ"ה דהא יש לנכסים דין ערב ואם כן כשהנתבע אינו רוצה לציית לדינא תובעין מן הערב דהיינו הנכסים וכתב הרמב"ם היה הב"ח אלם ואין ב"ד יכולין להוציא מידו או שלא בא לב"ד ה"ז יפרע מן הערב וה"נ כיון דלא יכול לכוף לנתבע לכל הפחות יעכב נכסיו עד שיעשה לו דין עיין שם.

נ"ד ראובן שמכר לשמעון סחורה לזמן בקנין ועדיין לא משך שמעון הסחורה ונודע לראובן כי שמעון מבזבז נכסיו וכו' אם נתברר בעדים שמאבד הנכסי' ומבזבז יותר מדאי קנין טעות הוא ובטל המקח ואם לא נתברר בעדי' אלא קול בעלמא הדבר תלוי בראות ב"ד אם רואי' שיש ממש בטענת ראובן אין מוציאין מידו ואם רצה שמעון לקיים המכר עכ"פ מוכרי' הסחורה ע"י ב"ד והריוח או ההפס' יהיה על שמעון ואם יביא ערבים טובים כפי ראות ב"ד נותנים סחורתו וכשיגיע הזמן יפרע הוא או הערב ואם נראה לב"ד שאין ממש בטענת ראובן כופין אותו לתת הסחורה ביד שמעון וכו' הרדב"ז ח"ב סימן ן' ע"ש.

נ"ה או שהלוה רוצה לילך למ"ה וכו'. מסתברא לי אם רואים ב"ד שכוונת ראובן להפקיע עצמו מב"ח והולך למ"ה למקום שאין אדם שולט עליו מצוה מן המובחר לעכב עליו ואם רואים ב"ד שכוונתו טובה לפי שפה לא יוכל להרויח ובמ"ה ירויח לב"ח וב"ח אינו רוצה להניחו אין ב"ד מעכבין עליו ומשביעין אותו שאם ירויח ישלח להם מה שעליו הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן ס' עש"ב.

נ"ו אע"ג דאין כופין אותו לעשות מלאכה מסתברא לי שאם רגיל לעשות או להשכיר עצמו ועתה כדי שלא יקח ב"ח אינו רוצה לעשות כופין אותו הרדב"ז שם.

נ"ז הגה אבל אם נראה לבי"ד שהנתבע ציית וכו'. מסתמא בחזקת כשרות הוא דלא מחזקי' אינשי ברשיעי ודוקא אם נתברר דלא ציית מעקלי' מהריק"ש בתשו' סימן ד' ע"ש ועיין בתשו' הרשב"ש סימן ס"ד.

נ"ח דין וי"ב או שלשים יום במלוה וכו' שלשים יום דסתם הלואה וכן למ"ד שצריך להמתין מלמכור המשכון שלשים יום אחר התביעה א"ק אלא שלשים יום עם יום התביעה הר' בית יעקב סימן מ"ה ע"ש.

נ"ט אם הלוהו על המשכון הש"ך הוכיח דה"ד במשכון דמטלטלין הוא דכופהו מיד אחר שלשים יום אבל במשכון דקרקע לא כדאמרינן במציעא דף ס"ח סתם משכנתא שתא וכ"כ הראב"ד בתשו' שכתב הרב בעה"ת עש"ב ותשו' הראב"ד היא בס' תמ"ד סימן ן' וז"ל ראובן משכן לשמעון ביתו סתם ולא קבע לו זמן אם יכול שמעון לכוף את ראובן לפדותו ולמשכנו עוד כל הלואתו במלאת שנתו וכן אם הלוהו על המשכון סתם יתבענו לאחר שלשים יום ויכוף אותו לפורעו או לא תשו' וכו' עש"ב ובס' א"ז למציעא דף ס"ח כתב בשם הרמ"ך וז"ל ובאתרא דליכא מנהג קבוע סתם משכנתא שתא דלא מצי לוה לסלוקי מקמי הכי וכ"ש דלא מצי מלוה למתבעיה מקמי הכי וצ"ע אי מצי מלוה למתבעיה משתא חד ואילך במשכנתא סתם באתרא דליכא מנהג ונ"ל דכי אמור רבנן סתם משכנתא שתא תקנתא דמלוה היא דלא ליסלקוה מקמי הכי אבל תקנתא אחרינא דליכפיה איהו ללוה דליפרעיה כיון דלא אתני ומנהגא נמי ליכא לא מחזי למימר דמצי כייף ליה מדינא א"נ מצינו למימר דמצי אמר מלוה אי אפשי בתקנת חכמים כגון זאת ופירות משכונתו איני רוצה לאכול או יפרעני או ימכרנה לי מעכשיו וצ"ע עכ"ל הרי שכתב דסתם משכנתא שתא ופשיטא דאין המלוה יכול לכופו בתוך השנה ודוקא אחר השנה מספק"ל אך לא"נ שכת' דמצי אמר מלוה אי אפשי בתקנת חכמים וכו' נראה דגם בתוך השנה יכול לומר כן דכי אמור רבנן סתם משכנתא שתא תקנתא דמלוה היא וא"כ יכול הוא לומר אי אפשי בתקנת חכמים וכו' מיהו כבר כתב המרדכי בפרק שני דייני גזירות בשם מהר"ם דלא אמרו כן אלא בדליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק כמו שהקשה ריב"א בפרק קמא דבב"ק גבי אי שקלת בדינך שקול וכו' אמאי לא שקיל בינונית כדהשתא ולימא אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לי בבינונית ותירץ דלא אמרו כן אלא היכא דליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק וההיא דאיני נזונת ואיני עושה שאני שהיא מוחזקת במעשה ידיה ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"ם הארוכות סי' רל"ז ובתשו' דשייכי לספר קנין סימן י"ד ע"ש וא"כ ה"נ אף על גב דהא דאמור רבנן סתם משכנתא שתא תקנתא דמלוה היא דל"מ ליסלקי' מקמי הכי אין המלוה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים לכוף את הלוה לפורעו או למוכרה לו ואפשר דהרמ"ך ס"ל כתירוץ אחר שכתב מהר"ם שם דלא שייך לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא היכא דהתקנה לטובתו אבל בינונית לא לטובתו של מלוה נתקנה אלא לטובתו של לוה כדי שלא תנעול דלת בפני

לווין ע"ש וא"כ בתקנה זו דסתם משכנתא שתא שהיא לטובת המלוה כדי שלא יסלקו הלוה יכול הוא לומר אי אפשי בתקנת חכמים וכו' אבל בתשו' מהר"ם מבואר שהסכים לחי' ריב"א דלא שייך לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא להחזיק ולא להוציא וא"כ ה"נ אין המלוה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים לכוף את הלוה והש"ך כתב דדעת הראב"ד היכא דליכא מנהג בין הגוים ואון מנהג ביניינו אינו יכול לכופו לפדותו עיין שם. דין י"ד יש מי שאומר שאע"פ שעבר זמן ההלואה וכו' כתב הסמ"ע לכאורה משמע דוקא בסתם הלואה אבל בקבע לו זמן א"צ שימתין במכירת המשכון עוד שלשים יום אבל לפי מאי דמסיק הטור בסי' ק' דגם בקובע זמן נותנים לו שלשים יום בתובע בסוף הזמן נראה דה"ה הכא וכו' עיון שם והכנה"ג הגה"ט אות כ"ו וה' בית דוד סימן ך' הביאו דברי תומת ישרים סימן קצ"ב שחולק על הסמ"ע וס"ל דהלואה לזמן קצוב אין צריך זמן אחר וכתב הרב בית דוד מדבריו הכא דייקי דברי הטור שכתב יראה מדבריו שאף ע"פ שעבר מזמן ההלואה שלשים יום צריך להמתין וכו' לא הל"ל אלא אף על פי שעבר זמן ההלואה צריך להמתין וכו' ומדטרח לכתוב שלשים יום משמע דוקא בהלואה סתם שזמנה בא מכח הסתם אמרינן הכי אבל בהלואה לזמן קצוב דפי' לא עיי"ש גם הב"ח בסימן ק' כתב דביש לו מטלטלין לכ"ע כיון שהיה לו זמן קבוע אין נותנים לו זמן ב' וכדכתב הב"י בסימן ע"ג וכו' ואף על פי דבמלוה על המשכון סתם סבירא ליה להרא"ש אף על פי שעברו שלשים יום צריך להמתין עוד שלשים יום אחר התביעה וא"כ ש"מ במכ"ש בהלואה בלא משכון ה"ד בשלא קבע לו זמן בתחלת המלוה אבל בקובע לו זמן בתחילת המלוה ועבר הזמן דלא מצי לאשתמוטי כדכתב התה"ד סימן שכ"ה הכל מודים דאין קובעין לו זמן אחר כיון שיש לו מעות או מטלטלין עכ"ל הרי דסבי"ל דדוקא בסתם הלואה סובר הרא"ש במשכון דנותנים לו זמן אחר וכ"ש בהלואה בלא משכון אבל בקבע לו זמן אין נותנים לו זמן אחר והרב גד"ת דקדק מתשו' הרא"ש כלל פ"א דגם במטלטלין סבי"ל דנותנים לו זמן שלשים יום וכבר תמה הכנה"ג בסי' ק' מהטור שם דנר' דס"ל כהרמב"ם ואיך סתם שלא כדעת אביו הרא"ש ע"ש והרב בית דוד שם תמה עליהם מתשו' הרא"ש דמשכון נותנים לו זמן אחר דהוי מטלטלין עש"ב וכב' כ' הדרישה בסי' ק' נ"ל הטעם דאין נותנים לו זמן שלשים יום כמו במשכון משום דהכא היו מטלטלין ביד הלוה וא"כ למה לא מכרם כדי שיהיו לו מעות מוכנים לפרוע לב"ח משא"כ במשכון דהיה ביד המלוה ולא היה ביד הלוה למוכרו עיין שם ואם כן דוקא במשכון סובר הרא"ש דנותנים לו זמן אחר אבל אם כשיש המטלטלין ביד הלוה כיון שהיה בידו למוכרם לפרוע לב"ח בזמן הא' אין נותנים לו זמן אחר והרדב"ז ק"ב סימן כ"א כתב דר"ח ס"ל דמלוה הקבוע לה זמן אין נותנים זמן

אחר והרי"ף והרמב"ם ס"ל דבכל מלוה נותנים זמן וה"ד כשאין לו מעות או מטלטלין אבל כשיש לו מעות או מטלטלין מגבין מהן מיד וי"א שנותנים זמן אפילו לגבות מן המטלטלין ונמצאו הרי"ף והרמב"ם מכריעין והלכה כדברי המכריע ואני רגיל לעשות פשרה בין אלו הסברות אם ידוע שיש לו מעות אין נותן לו זמן אבל אם יש לו מטלטלין והוא צריך למכור נותנים לו זמן שלשה ימים כדי שלא ימכור מטלטליו בפחות אפילו המלוה רוצה ליקח המטלטלין כשומתם אין אדם חפץ למכור המטלטלין וכולי עיי"ש ונראה דאם יש לו מעות לכ"ע אין נותנום לו זמן כלל.

ס"א מי שמכר סחורה לחבירו ע"מ ליטול דמיה באותו עת והלוקח מודה וכו' ובקש זמן מב"ד אין לו זמן בית דין כל עיקר אלא פורע כמו שהתנה על עצמו וכו' הרי"ף בתשו' סימן קמ"ח עיין שם.

ס"ב מי שנתן לחבירו משכון על חוב והגיע הזמן ואמר שאין לו מעות לשלם והב"ד ירויחו לו זמן אם הקנהו את המשכון באופן המועיל וכגון שאינו יתר מכדי חובו הרי חבירו נפרע דתנאי שבממון קיים וראיה מישראל שהלוה מגוי על חמצו אלא שבישראל ראוי שלפנים משורת הדין ימתין לו עד זמן מה שו"ת בשמים ראש סימן רצ"ד עיין שם.

ס"ג דין

ט"ו לא ימכרנו אלא בב"ד וכו'. הרשב"ץ בתשו' ח"ג סימן שי"א כ' מה שהצריכו ב"ד לאלמנה שמכרה למזונות לא שצריך רשות ב"ד ואם לא נטלה רשות ב"ד תפסד אלא כדי שישומו לה מה שתמכור ולא תמכור בזול ומשו"ה סגי בב"ד הדיוטות וכו' אבל זה שמשכונו בידו ימכור בלא רשות ב"ד ואם מכר כראוי מה שעשה עשוי דהמלוה על המשכון שהוא תפוס בידו א"צ לב"ד כמ"ש הרמב"ם בפרק י"ג מה' מלוה ולוה עיין שם וכן כתב הרשב"ש בתשו' סימן קי"א עיין שם ודבריהם תמוהים דהרמב"ם בפרק שלישי מה' מלוה ולוה דין ו' כ' דמשלשים ואילך מוכר המשכון בבית דין וכולי ובפרק שלישי שכתב דמוכרו בפני עדים כדי שידע הלוה בכמה נמכר וכו' כתב הריב"ש סימן שצ"ז היינו אחר שישומו ב"ד הדיוטות ומרן בכ"מ פירש שימכרנו ברשות ב"ד אבל אין צריך שישומו אותו בית דין עיין שם באורך א בספר תמ"ד סי' ן'.

ס"ד דין ט"ז אינו רשאי ללקחו לעצמו וכו' אפוטרופו' של יתומים שיש בידו משכון של אחרים שלוו מנכסי היתומים רשאי ליקח המשכון להיתומים הר' בית דוד סימן ך' עיין שם.

ס"ה דין טו"ב והמותר יהיה מתנה מעכשיו הוי אסמכ' וכו' כתב הסמ"ע דל"ד למ"ש לקמן ואם א"ל קני מעכשיו וכו' דשם כיון דקנוי לו כל המשכון מעכשיו ליכא אסמכתא אבל

כשהגבה חובו מהמשכון ולא אמר שיקנה הוא מעכשיו אלא על המותר אמר מעכשיו כיון דמה שיגבה מעצמו בחובו הוי אסמכתא גם במותר הוי אסמכתא וכן כתב הכנ"הג אות ל"ב ע"ש וכעין זה כתב בתשו' רמ"א סימן מ"ז והביא ראיה מתשו' הריב"ש גבי אסמכתא כיון דהדיוט לא קנה הקדש נמי לא קנה וכן כתב מה"רם מפדווא סי' ן' על מי שהקנה בלשון אסמכתא להקדש ולהדיוט יחד דהוי כקנה את וחמור וכיון דלהדיוט לא קנה גם להקדש לא קנה אלא דהא דקיי"ל קנה את וחמור קנה מחצה ע"ש ומ"ש הרש"בא בתשו' ח"ג סימן ס"ג והביאו מרן הב"י בסי' נ"ד וסימן ר"ן באחר שנתן משכון ביד האומנים והתנה שלא יעבור מה שיגזרו האומ' ואם לא יקיים יתן כ"וך לבנין העיר וכ"כ לחבירו וכו' כיון שנתן משכון והתנה כן ויודע באמת שיפרע חלק בנין העיר ולא יתנצל מצד אסמכתא א"כ בדוקא התנה וא"ל שבחצי התנה בדוקא בחצי באסמכתא שבדבור א' נאמרו ואין דיבור א' מתחלק לב' וכו' כבר כתב ה' בני יעקב דף פ"ז ע"א דשאני התם דליכא אסמכ' כלל שהרי נתן משכון והוא יודע שכיון שנתן מש' שוב לא יפטר א"כ ודאי בלב שלם גמר והתנה דאל"כ לא היה נותן משכון וכו' עש"ב אך ק' דבסי' רי"ב כתב רמ"א דאם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר אמרי' כמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כן שייר לחבירו דודאי על ענין א' נתכוון והיא תשו' הרש"בא במיוחסות סי' ח"י וז"ל נ"ל דאח' שכלל אחר עמו לכלם שייר בענין א' דומה ועדיף מאותה ששנינו כ' בין בתחלה בין באמצע בין בסוף משום מתנה דבריו קיימי' וקיי"ל דאפילו בשתי שדות בב' בני אדם לפי שמן הסתם אדם רוצה לקיים מתנותיו וכל שאפשר לדון כן נדון וכו' ע"ש וה"נ נימא כיון שהקנה להקדש בעין יפה גם להדיוט כן ובסימן ר"ג במי שהקנה לחבירו בק"ס קרקעות או מטלטלין ומעות ביחד הואיל וחליפין אינם קוני' במעות נתבטל כל הקנין וי"א דכל הקנין קיים וי"א דקיי' אצל הקרקע והמטלטלין ובטל אצל המעות וכתב הסמ"ע סקי"ט דמ"ד לא קנה כלל משום דמדמה להו לקני את וחמור וס"ל דבקני את וחמור לא קנה כלל אבל למ"ד דכל הקנין קיים ס"ל כיון דמעות שייך בו קנין בהגבהה ומשיכה משו"ה נמי אמרינן דחל נמי עליו הקנין דק"ס במגו דחל על המטלטלין משא"כ בדבר שלב"ל דלא שייך בו שום קנין וכו' ע"ש וא"כ לדידן דקיי"ל דבקני את וחמור קנה מחצה וכן המקנה דשל"בל עם דבר שבא לעולם דקנה דבר שבא לעולם ה"נ אמרינן דהקדש קנה ולא הדיוט או שניהם במגו דחל על ההקדש כיון דשייך בהדיוט קנין במעכשיו ויש לחלק

ס"ו ואם התנה עמו וכו' הוי נמי אסמכתא וכו. המ"מ מה' מכירה כ' בשם הרמב"ן דבמלו' על המשכון מטלטלין וא"ל אם לא נתתי לך מכאן עד ל' יום הרי הוא שלך קנה וכן

מפורש בתוס' והש"ך בס"ק ן' הביא כמה פוסקים דס"ל כן והסכים כן עש"ב והראב"ד בתשו' הביאו הכנה"ג בסימן ר"ז הגה"ט אות פ"ח שכתב אית בעי למימר אם אמר אדם לחבירו אם לא אתן לך עד זמן פ' כו"ך הילך משכון שהיא שלך ולא אמר מעכשיו דלא הוי אסמכתא כיון שנתן לו המשכון וליתא כדמוכח מערבוני מחול לך וכו' א"ל דלא מיירי אלא כשמחייב עצמו לחבירו אם לא אתן לך עד זמן פלוני כך וכך הילך משכון שיהא שלך אבל היה חייב לו וא"ל אם לא אפרע לך לזמן פ' הילך משכון שיהא שלך אפשר כיון דקנה משכון הוי כמ"ד מעכשיו והרמב"ם בפרק רביעי מה' חמץ ומצה כתב וז"ל ישראל שהרהן חמצו אצל הגוי אם א"ל אם לא הבאתי לך מעתה מכאן עד יום פ' קנה חמץ זה מעכשיו הרי זה ברשות הגוי ואותו חמץ מותר לאחר הפסח והוא שיהיה אותו זמן שקבע לו קודם הפסח ואם לא א"ל מעכשיו וכו' וכתב הראב"ד דאם הגיע זמנו קודם הפסח אפי' לא א"ל מעכשיו קנאו ואין בו דין אסמכתא לגוי עיין שם במ"מ ואפשר דהראב"ד מודה בישראל דאפילו לא אמר מעכשיו לא הוי אסמכתא משום דקני משכון כמ"ש הרמב"ן אבל גוי דלא קני משכון אם יש בו דין אסמכתא בגוי אפילו במשכון מטלטלין אם לא אמר מעכשיו לא קנה אלא דאין בו דין אסמכתא וכ"כ ה' בעל המאור בפרק כל שעה וז"ל וש"מ דישראל המלוה על המשכון בעלמא אף ע"ג דא"ל מעכשיו קנה ליה כדר"י דאי וכו' דאף על גב דבמשכנו בשעת הלואתו לא קנה שאני הכא כיון שסופו לקנותו קנהו למפרע וכו' עיין שם כרי דס"ל דאפילו כי משכנו בשעת הלואה דלא קנה אם א"ל אם לא נתתי לך עד יום פלוני הרי הוא שלך אפילו בלא מעכשיו קנה למפרע.

ס"ז יש מי שאומר דלא הוי אסמכתא וכו'. כ"כ מהר"ם בתשו' הארוכות סימן צ"א והביאו רי"ו סוף נתיב שלשים וז"ל אע"ג דבעלמא הוי אסמכתא ולא קניא הכא קני כיון שהוא תופס וגם עשה עמו טובה שהלוהו וישבע שמעון שראובן א"ל קני מעכשיו ויהא המשכון שלו וראיה מפ' אז"נ דלוהו על שדהו וכו' ומסיק דאמר קני מעכשיו ע"ש והגמי"י כתב דרש"י בתשו' חולק והש"ך כתב דרש"י בתשו' ל"ד קנו בב"ד חשוב נקט אלא ה"ה מעכשיו לחוד מהני וקנו מידו בב"ד ר"ל קנין בלא מעכשיו עש"ב ואני מצאתי בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תתקצ"ו שכתב וז"ל אשיב בקצרה לאלופי ומיודעי דאותם משכונות שנתן ראובן ביד שמעון מכור ליטרא שאם לא יקיים תנאו ללוי שיתן שמעון ללוי ליטרא במאי ליקני לוי הא אסמכתא הוי ואסמכתא לא קניא אלא בק"ס בב"ד חשוב ומתוך דבריהם רואה אני שאפילו קנין כל דהו לא היה שם הילכך לא קנה לוי המשכונות וכו' ע"ש הרי דמהר"ם עצמו כתב כדברי רש"י בתשו' דאפילו במשכון אסמכתא לא קניא

אלא בקנין בב"ד חשוב ומשמע דדוקא נקט ב"ד חשוב מדסיים והכא אפי' בקנין כל דהו לא היה שם וכ"כ עוד ואלו תקע כף וכו' דכל דבר המועיל בהדיוט באיזה ענין שיועיל מהני לגבוה באמירה ואסמכתא מהניא בהדיוט בקנין בב"ד חשוב ע"ש מיהו כבר כתב הרשב"א בתשו' ק"ב סימן צ"ט דאין דין השליש כדין בעל דבר גבי אסמכתא דלדעת ר"ת אפילו השלישו ביד אחר וקנו מידו בב"ד שאינו חשוב אפי' אמר מעכשיו אסמכתא היא ולא קנה ע"ש וא"כ נראה דמהר"ם מיירי שנתן המשכון ביד שליש ולכך בעי קנין בב"ד חשוב אבל אם נתנו למלוה לא הוי אסמכתא וכן תשו' רש"י הובאה בתשו' מהר"ם הקצרות סי' צ' בנתן העירבון ביד שליש וכתב וז"ל ואם נעשה דבר זה לפני חשובי העיר קי"ל בזה אסמכתא קניא כדמסקי' והילכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מניה בב"ד חשוב וכו' ע"ש עוד בסי' צ"ב.

ס"ח ואם הלוה טוען לא יצא מפי קנה מעכשיו נאמן המלוה בשבועה. נר' לכאו' דוקא אם הלוה מודה שהתנה עמו שאם לא יפדנו לזמן פ' יהא מוחלט לו אלא שלא יצא מפיו קנה מעכשיו דאז המלוה נאמן שהתנה בדין דלא הוי אסמכתא אבל אם הלוה כופר בעיקר התנאי אין המלוה נאמן לומר שהיה תנאי ובמעכשיו אלא כי איכא מגו כדכתב הרמב"ם ומרן סס"י רצ"ו הודה השומר שפשע וטען תנאי היה בינינו שלא אצטריך לשומרו כדרך השומרים והמפקיד אומר שלא היה שם תנאי השומר נאמן מתוך שהיה יכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסתי נאמן לומר שהיה ביניהם תנאי וכו' ואם יש עדים שפשע חייב השומר ואינו נאמן במה שטען תנאי היה בינינו שהרי אין כאן מגו ע"ש וה"נ אם יש עדים וראה דליכא מגו אין המלוה נאמן לומר שהתנה עמו שאם לא יפדנו יהא מוחלט מעכשיו וכן בסי' ס"ז דאמר המלוה תנאי היה בינינו שלא תשמטנו בשביעית נאמן במגו דאי בעי אמר פרוזבול הי"ל ואבד ע"ש הרי אף דאיכא חזקה דלא שביק התירא וכו' ואינו נאמן בטענת תנאי אלא במגו מיהו נר' דהוי תנאי שלא כדרך השומרים בטענה גרועה היא אין נאמן אלא במגו אבל הכא לעולם נאמן וכן הא דכתב הרמב"ם ומרן בסימן ר"ז הנותן ערבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך וכו' אם חזר בו הלוקח קנה זה העירבון שהרי הוא תחת ידו כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקע"ד באם טען הלוקח שלא א"ל תנאי זה ישבע הלה שא"ל כן בפי' ונפטר, כשאר טענות ע"ש א"כ אפי' הלוקח כופר שלא היה תנאי נאמן הלה שכן התנה עמו ומשמע אפילו איכא עדים וראה דליכא מגו

נאמן המלוה בשבועה וכו'. נראה דאין צריך המלוה לישבע שבועה חמורה בנק"ח אלא שבועת היסת כיון שהוא טוען על גוף המשכון שא"ל קנה מעכשיו וכמ"ש הסמ"ע בסימן

ץ' סקי"ג והרמב"ם והסמ"ג כתב נשבע בנק"ח והטור כ' נשבע היסת ונפטר וה"ט כיון שטען את שלי נטלתי ואתה מכרת והחלטת לי הכלים בחובך אינו בכלל נשבע ונוטל שצריך לישבע בנק"ח ודוקא בטוען על המשכון בכדי דמיו שמודה שהחפץ הוא של שכנגדו הצריכוהו לישבע בנק"ח וכו' ע"ש וכ"פ הרמב"ם בפרק י"ג מה' מלוה ולוה המלוה על המשכון נשבע בנק"ח ונוטל ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח שאלו אמר על עצמו של חפץ אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר וכולי ואם כן הכא שהמלוה טוען על גוף המשכון שא"ל קנה מעכשיו נשבע היסת ונפטר וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ר"ה וכן הא דקיימא לן הנותן עירבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך וכו' אם חזר בו הלוקח קנה זה העירבון שהרי הוא תחת ידו כמבואר בסימן ר"ז עיין שם כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקע"ד דאם טען הלוקח שלא א"ל תנאי זה ישבע הלה שא"ל כן בהדיא ונפטר כשאר טענות עיין שם ועוד דהסמ"ע בסימן ע"ב סקמ"ט כתב בשם הר"ן דלא מחייבי' למלוה לישבע בנק"ח אלא כשבא הוא לתבוע ללוה שיפדה משכונו אבל אם המלוה שותק והלוה בא להוציא מיד המלוה אז אמרינן דהמלוה נאמן בכדי דמיו בשבועת היסת עיין שם וא"כ בסי' ץ' שבא בע"ה להוציא מיד הגזלן נשבע היסת שנטלו בחובו ונפטר

ס"ט

אם מת המלוה. נראה ודאי דטעני' ליורשים שמא אמר הלוה מעכשיו שהרי כתב הש"ך בסימן ע"ב ס"ק קמ"ח דאם לא ראוהו בידו טוענים להו לקוח או מתנה אפילו לא טענו היתומים בבריא א כ' הסמ"ע בסימן קל"ד סקי"ב דכי ליכא עד וראיה גבי הלוקח אין מוציאין מידו והיינו ע"כ מטעמא דטענין ליה כל מה שהיה המוכר יכול לטעון וא"כ כ"ש ביתמי עיין שם ומ"ש וכ"ש ביתמי נראה משום דקי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח דירושה ממילא וכרשות מורישו הוא ואם כן כיון דטענין ללוקח כ"ש דטעני' ליורש מיהו בפ' חזקת הבתים ד' מ"ה אמרינן ואיב"א שאני לוקח דלא שדי זוזי בכדי ומ"מ ודאי כיון דטוענים ללוקח ה"ה ליורש דלא גרע יורש מלוקח וז"ל בעל העיטור דף פ"ד ע"ב וכי היכי דיורש נאמן במגו לוקח נמי נאמן במגו דחד דינא אית להו כדאמרי' זאת אומרת טוענין ליורש וטוענין ללוקח וכולי ומסקנא דילמא שאני לוקח וכו' אלמא איכא מ"ד טפי עדיף אבל לכ"ע לא גרע א"כ כ"ש הכא שהלוה מודה שהתנה עמו שאם לא יפדנו לזמן פל' יהא מוחלט דטענין להו שהיה במעכשיו דסתמא התנו בדין דלא הוי אסמכתא אבל מצאתי למהר"י וויל סימן ק"ט שכתב וז"ל ומ"ש שמורישם הניח ספרים הממושכנים לו

וראי' הבן טוען שאין לבנות חלק בספרים משום דב"ח קונה משכון נראה דטענת ראובן לאו טענה ויטלו הבנות גם חלקם באותם הספרים דהא אמרינן דב"ח קונה משכון לאו לכל מילי אלא דוקא לקדש בו אשה כדאיתא בפרק קמא דקידושין וגם המלוה לא הוי אלא שומר שכר וכו' וכן לענין חמץ בפסח בנכרי שהלוה לישראל על חמצו היכא דלא א"ל מעכשיו לאחר הפסח אסור משום דלא קנה משכון וישראל שהלוה לנכרי על חמצו לאחר הפסח מותר וכו' אבל אם אמר לו אם לא אפדם לזמן פ' יהיו שלך מעכשיו ועבר הזמן ולא פדאם אז קנה מורישם מההוא יומא שהלוה המעות ואין להבנות חלק בהם וכו' וה"מ אי טעין ראובן טענת ודאי שיודיע לו שא"ל מעכשיו אבל אי לא טעין ודאי אז יש לבנות חלק בספרים ולא אמרינן מספק דאמר מעכשיו דמספיקא לא מפקינן ממונא דספרים בחזקת הלוה אבל אם טען ראובן הבן טענת ודאי דאמר הלוה מעכשיו אז הוא נאמן בשבו' להחזיק בכל הספרים ושלא ליתן להבנות בהם כיון שהוא היורש נכסים בחזקתי' קיימו והבנות לא באו אלא מכח שטר ולא מכח ירושה עכ"ל ודבריו תמוהים שהרי כתב מהר"ם דאם המלוה טען שהלוה א"ל קנה מעכשיו נאמן בשבו' ויהא המשכון שלו אלמא דמשכון בחזקת מי שהוא בידו וה"נ טעני' ליורשים כן שהרי כ' בתשו' המיי' לס' משפטים סימן ל"ב גבי פיקדון כיון דאם היה הנפקד קיים וטען לקוח נאמן במגו דלהד"ם או החזרתיו ה"נ טוענין ליורשים וללוקח וכן דעת ראב"ן בתשו' סימן ק"ב עיין שם גם הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן ק"ז שהסכים דאין טוענין ליורש בפקדון שאביהם לקחו ע"ש וכן כ' מהרימ"ט ח"א סימן ט"ל דאין טוענין ליורש אלא להעמיד בידם דבר שהוא בחזקת מורישם אבל כל שמורישם לא היה מוחזק בדבר אף על פי שהיה נאמן בטענתו מטעם מגו לא טענינן ליורש והביאו הכנה"ג סימן ק"ח אות מ"ו עיין שם נראה דמודו הכא שאביהם היה נאמן בלא מגו דטעני' ליורש ומה שהביא ראיה דב"ח אינו קונה משכון מישראל שהלוה מגוי על חמצו וכו' תמהני דהתם משום דגוי מישראל אינו קונה משכון וכן ישראל מגוי לא קנה משכון כרבנן וה"נ אם קדש בו אשה אינה מקודשת כמ"ש המרדכי בפ' קמא דקידושין דהא המקדש אשה במשכון דאחרים מקודשת משום דקני מולך תהיה צדקה וה"מ במשכון של ישראל אבל במשכון של גוי לא כדאיתא בפרק כל שעה והלכה כרבנן ולא כר"מ והביאו הב"י בא"ה סימן כ"ח עיין שם והרמב"ם בפ"ה מה' חמץ ומצה לא כתב המשנה ישראל שהלוה את הגוי על חמצו וכו' וכתב המ"מ דנראה שהוא פוסק כסתם משנה דישראל מגוי קונה משכון וכר"מ א"כ חייב באחריותו וכו' וכ"כ ראב"ן בספרו דף ע"ב וז"ל וגוי שהרהין חמצו קנאו ישראל כי ישראל קונה משכון של חבירו וכ"ש של גוי וחייב ישראל לבער וכו' עיין שם א"כ למ"ד דישראל קונה

משכון מגוי חייב ישראל לבערו ולדעת רוב הפוסקים מותר לאחר הפסח משום דישראל מגוי לא קנה משכון אבל ישראל מישראל דקני משכון לקדש בו אשה אימא דה"נ חשיב שלו ומדאמר טעמא דגוי שהלוה לישראל על חמצו דעובר משום דגוי מישראל אינו קונה משכון משמע דאם גוי מישראל נמי קונה משכון לא עבר ישראל משום דחשיב של גוי וא"כ ישראל מישראל דקונה משכון חשיב שלו וכן כתב בעה"ת שער נ"א ח"ד סימן ו' דחוב על משכון מטלטלין מכי מסר המטלטלין קנה החוב ע"ד האשה שאם קדשה במשכון דאחרים שהיא מקודשת מפני שב"ח יש לו קצת קנין בגופו של משכון ואף על פי שאינו קונה גופו של משכון מכל מקום קני כנגד חובו וזה הבא אחריו זכי ליה במשיכתו מכח הא' וכן כתב הטור סימן ס"ו עיי"ש בב"י מיהו כבר הוכחתי בסימן ע"ב מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' אישות דאין לו קנין גמור במשכון והאשה מתקדשת בקצת קנין שיש לו בה וכן לגבי חמץ עובר בב"י אפילו בדבר שאין לו קנין אם חייב באחריותו דכתיב לא ימצא עיין שם והרמב"ן בחי' בפ' קמא דקידושין כ' וז"ל ובמשכון דאחרים דמקודשת כדר"י משמע לי מסוגיא דפסחים בפרק כל שעה דמשכון דתפיס ליה מלוה ברשותו אם לא פרעו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע הוא גובה ואי זבין מלוה או הקדש משעת הרהנה שפיר זבין ושפיר הקדש ואי לוה הקדש וזבין לאו כלום הוא וכולה מדר"י כדאיתא התם ובכה"ג הוא דאמרינן הכא דמקודשת כגון שהוחלט המשכון אחר כך אבל פדאו לוה וכו' והובא בתשו' הריב"ש סימן שצ"ז ע"ש הרי דס"ל דלא נתקדשה אשה במשכון אלא המוחלט אחר כך בב"ד דלמפרע קנה והוי שלו אבל הריטב"א בחי' שם כת' וז"ל שאני הכא במשכו' דאית ליה קנין בגויה מדר"י אי זבין מלוה או הקדש דבריו קיימי' למפרע כשהחליט לו בית דין והילכך באשה מקודשת לו מעתה דשאני קידושין מדזביני והקדש וכולי עיין שם וזה דעת הרמב"ם שכתב דהאשה מתקדשת בקצת קנין שיש לו בו אבל כ"ע אחר שהחליטו לו קנה למפרע וכן כתב בעל המאור בפרק כל שעה דאפי' במשכון בשעת הלואה אפילו לא אמר מעכשיו מהניא תפיסתו וגבייתו שגבה אותו בחובו שיהא קנוי לו מזמן הלואתו עיין שם.

ע' כתב הר' שבות יעקב ח"ב סימן קנ"ד אם כשהגיע הזמן לא היה המלוה בעיר לא הוחלט המשכון דכל שלא היה בעיר לא חל הזמן כדקי"ל בנשבע לפרוע לחבירו ביום פ' ואין המלוה בעיר כשיגיע הזמן דפטור וכתב הרשב"א בתשו' דא"צ למסור מעותיו בב"ד לצאת ידי שבועתו ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ב סימן רכ"ט במוכר על תנאי שאם לא יתן לו שלשה מאות דינרים לזמן פ' תתבטל המכירה ואם לאו תהיה קיימת מעכשיו וטען המוכר שבא בתוך הזמן לתת לו שלשה מאות דינרים ושיחזיר לו כרמו ולא רצה וכו'

כתב וז"ל אפי' לפי טענתו לא קיים תנאו שהרי לא נתן וכו' ואת"ל שהוא אנוס כשלא רצה בע"ד לקבל ויש טענת אונס בממון זה אינו טענה שאין אני רואה שום אונס כי מי אנסו כשעמד שם עמו שלא זרקם לו לתוך חיקו או לתוך חצרו או שיזרקם לו תוך ד"א כדינו וכל שהיה בפניו אין כאן אונס וכו' ועוד שלכאורה זה שטוען שאם לא יתן תוך הזמן שתתבטל המכירה ואם לאו שתהיה קיימת מעכשיו ה"ז כענין מוכר בית בבתי ערי חומה שגואל תוך י"ב חדש דודאי כל המוכר בית בבתי ערי חומה הרי הוא כמתנה בפי' שע"מ כן הוא מוכר וכו' וכבר שנינו שם שהיה נטמן יום יב"ח שיהא חולט לו וכשתקן הלל בבתי ערי חומה הוא דתקן הא בעלמא לא תקן כדאיתא בפ' מי שאחזו ועד שיתן לו ממונו לא נתבטלה מכירתו וכ"ש למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה וכו' ולא עוד אלא אפי' נתן ליד ב"ד לא יצא ידי תנאו עד שיתן לידו ממש או ליד שלוחו וכו' ע"ש הרי דכל שלא נתן לידו לא קיים תנאו והמכר קיים ואפי' נתנם לב"ד עדיין הם באחריותו עד שיבא הלה ויטול את שלו וא"כ ה"נ כיון דסוף סוף לא קיים תנאו המכר קיים וקנה המשכון אבל מצאתי לראב"ן בספרו דף קל"ט שכתב וז"ל מי שלוה מחבירו מעות והקנה לו ביתו מעכשיו אם לא אפרע לך עד יום פ' והגיע היום והמלוה אינו שם שיפרע לו או שהטעון עצמו כדי שיהא הבית חלוט לו יתן מעותיו ביד ב"ד או ביד שליש נאמן לצורך המלוה ולא יחלוט כדתנן בראשונה היה נטען יב"ח הקונה בית בבתי ערי חומה כדי שלא יחזיר לו דמיה ויהיה הבית חלוט לו התקין הלל וכו' ע"ש הרי דיכול ליתן מעותיו ביד ב"ד או ביד שליש נאמן ולא יחליט הבית ואם לא עשה כן נראה דנחלט הבית וכ"כ הרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סימן שפ"א על ראובן שמשכן חצירו לשמעון ואח"ז הלך שמעון למ"ה ונתעכב שם וכו' וז"ל ואם נפשך עוד לומר ומה יעשה ראובן שמשכן חצירו לשמעון והגיע זמנו והלך לו וכו' לא היא שהרי הי"ל לראובן למסור מעותיו של שמעון ביד ב"ד ואח"ך יכנס לביתו ואע"פ שאין פירעון ביד ב"ד בעלמא כדמוכח וכו' הכא שחצירו מעוכבת לו הוי פירעון מתקנת הלל וכולי הילכך ראובן הפסיד עצמו כשלא נתן מעותיו ביד ב"ד והילכך עוד פירות משכונה זו לשמעון וכו' עש"ב הרי דיכול לפרוע ביד ב"ד אפי' אם היה במ"ה וה"נ אף שהמלוה אינו בעיר היה יכול לפרוע ביד ב"ד וכשלא פרע ביד ב"ד הפסיד עצמו והוחלט המשכון אל המלוה ונראה דס"ל דנתינה בע"כ הוי נתינה כזה כמ"ש הרשב"א בחי' בפרק מי שאחזו וז"ל ומסתברא דלא אמרו נתינה בע"כ לא שמה נתינה אלא שמפסיד בכך המקבל מה שהוא שלו כי הא דא"ל לאשה ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז דאשה זו קנויה היא אצל הבעל וכו' הילכך כשאתה בא לסלקו משלו בע"כ אל תסלקהו ודכוות' בית בבתי ערי חומה דממכר קרייה

רחמנא ולא משכונה אלא וכו' אלמא מכר גמור הוא ומה שזיכה לו רחמנא לגאול תוך שנה אלא כמי שהקנה לחבירו שדה זו שלקחתי ממך אם יהיו לך מעות מכאן ועד יב"ח תחזירם לי והילכך נתינה בע"כ בכי הא לא הוי נתינה אבל גבי גט אשה שאין בעלה קרוי לה וכו' אלא שיש לאשה שעבוד על בעלה בעודה תחתיו כשהוא בא לסלק שעבודו מעליו אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה נמצא שאתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבוהו וכיון שכן בפריעת ב"ח נתינה בע"כ של מלוה הויא נתינה עד כאן לשונו א"כ במשכונה (ע"כ מצאתי).

והרשב"א בתשו' ח"ב סימן שכ"ח כתב וז"ל ועוד תדע שאינו דומה לאם לא באתי ואפסקי' נהרא או מת דהתם עיקר המעשה על תנאי הוא עומד ובהתקיים התנאי בטל המעשה וכיון שזה נאנס בקיום התנאי רואין את התנאי כאלו נתקיים ותולין באונס שמא אם לא נאנס היה מקיים תנאו ומתוך כך ממון בחזקת בעליו הראשונים וכן אשה בחזקת בעלה לולי שאמרו שאין טענת אונס בגיטין וכן כולן על הדרך הזה תמצאם לעולם וכו' ע"ש הרי דמעשה שהוא על תנאי אם נאנס הוי כאלו קיים התנאי והעמיד הדבר על חזקתו וא"כ ה"נ ה"ל כאלו נתן ונתקיים התנאי ויחזור הקרקע לבעליו מיהו בתשו' הרשב"א כתב שכיון שלדברי כל העדים לוקח זה כדין ירד והמוכר החזיקו אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי וזה מביא עדים שהמכירה לחלוטין הרי הקרקע בחזקת לוקח זה שהיא עכשיו בידו ולא אמרינן נוקי ממונא בחזקת מריה קמא וכו' והש"ך בס' תקפו כהן סי' נ"ח הביא תשו' הרשב"א בח"א סימן תתקע"ב והוכיח דלא שייך תפיסה בקרקע והכא שאני כיון שלדברי כלם ירד ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן ג"ש א"כ הרי הוא בעליו עד אותו זמן ובפרט שהיה זמן ג"ש כדין שני חזקה ומ"ש הרשב"א שהיה תנאי שאם יחזיר לו מכאן עד ג"ש וכו' לא שיכול לסלקו תוך הג' שנים באיזה זמן שירצה דא"כ אין בעליו לזמן אלא פי' שמכאן ואחר ג"ש יסלקו ע"ש והר"ן בפ"ג דשבועות בד"ה אלא מתנה לעשיר וכו' כתב בשם הרמב"ן וז"ל וכן אתה אומר בד"מ שדה נתונה לך אם איני נותן לך מאה מנה מכאן ועד יום פ' והוא רצה ליתן והלה לא רצה לקבל לא קנה שדה שלא נתכוון אלא מה שהיה בידו לעשות וכו' והביאו הר' תומת ישרים סי' קי"ב ולמד מינה לענין שבועה ע"ש הרי כל שלא רצה לקבל הוי אנוס ובטלה המתנה וכ"כ ה' בני חיי בס' צ"ט דהרמב"ן חולק על הרשב"א ונר' דל"פ דהרמב"ן לא קאמר אלא במתנה אבל במכר מודה דכל שלא קיים תנאו אפי' נאנס המכר קיים וכה"ג כתב ר' ישעיה בפ' האיש מקדש ופסקו מור"ם בסי' ר"ז דבמכר דברים שבלב אינם דברים ובמתנה דברים שבלב הוו דברים וכ"כ הג"א בפ' מ"ש בשם ריב"ם דגבי מתנה דברים שבלב הוו דברים הואיל

ובחנם יהיב ליה אבל במכר אגב זוזי גמר ומקני ע"ש ה"נ במתנה אמרינן לא נתכוון אלא במה שהיה בידו לעשות מ ר וכ"כ הר"ן בפ' האומר בקידושין וז"ל ובענין המקדש ע"ת ונאנס ולא קיים התנאי מצאתי שנחלקו בירוש' בפ"ק ר' אבהו בשם ר"י וכו' אונס כמאן דלא עבד ורשב"ל מדמה לה למגרש ומתני אם לא באתי וכו' וה"נ דאונס למאן דעבד ור"י סבר דל"ד דהתם אין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא אבל הכא שאין האשה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקידושין אא"כ קיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אין מתרצת בקידושין ומשמע דקי"ל כר"י וכו' עכ"ל הרי דר"י ס"ל דלא מהני טענת אונס אלא בדבר שאינו תלוי אלא במתנה בו אבל במקדש על תנאי כיון דאין האשה מתקדשת אלא מדעתו אם לא נתקיים התנאי אפי' נאנס לא חלו הקידושין וקי"ל כוותיה וכ"כ הרשב"ש הביאו מרן ב"י בא"ה ריש סי' ל"ח וכ"כ מהרלנ"ח ומהר"ם אלשקר הביאם הכנה"ג שם ע"ש וא"כ ה"נ בנותן על תנאי כיון שתלוי בדעת הנותן לא נתכוון אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא אבל מכר דמי לקידושין וכל שלא קיים תנאו המכר קיים משום דתלו בדעת הלוקח והמוכר שניהם כמ"ש התוס' בס"פ הגוזל קמא ובפ' נערה שנתפתתה ע"ש אבל מצאתי למהר"ם בתשו' הקצרות סימן שט"ו שכתב וז"ל ועוד אטו אם ראובן מכר לשמעון חפץ ונתקלקל מי נימא אדעתא דהכי לא קנאו שמעון אלא כמו שפי' ר"י בס"פ הגוזל קמא דהתם לאו אדעתא דלוקח לחודי' תליא מילתא אלא בדעתא דמוכר נמי ומוכר לא מקני ליה אדעתא דהכי ולכך לא שייכא שום אומד ומדעתא בכה"ג במכר וכן במתנה נמי תליא בדעתא דתרוייהו אי לאו דעבד ליה נייח לנפשי' לא יהיב ליה הילכך לא תליא בדעת הנותן לחודי' אלא אף בדעת המקבל וכו' ע"ש הרי דמדמי' מתנה למכר ומ"מ אפשר דהרמב"ן והרשב"א מחלקי בין מכר למתנה כדעת ר' ישעיה וריב"ם וא"כ לפ' דהרמב"ן מיירי כמתנה דדמיא לגט שתלוי בדעת הנותן ולא גמר ליתן אלא אם יעבור על תנאו ברצון והרשב"א מיירי במכר דהמוכר לא גמר למכור אלא א"כ קיים הלוקח תנאו וגם הר"ן סיים בשם הרמב"ן והא דאמרינן בפ' מי שאחזו ע"מ שתתן לי מאתים זוז נתנה בע"כ אינה מגורשת וכו' דהתם מקבל הוא דאתני ועד שיהיו נתונים לי ממש משמע ע"ש אלמא כיון דהמקבל התנה. (ע"כ מצאתי).

ע"ב כתב מהר"ם בתשו' סימן א' ראובן תבע שמעון לדין וטען העמדתי לך משכוני ורצוני לפדותו והשיבו נחלט בידי כי הלויתך עד יום פ' לפדותו או לחלוט ובקשתני לזמן א' ואמרת בקני מעכשיו אם לא אפדהו עד זמן הקצוב בינינו וכו' וה' עדות ביעקב סימן קכ"ה הק' כיון ולא א"ל כן בזמן נתינת המשכון אלא אח"ך לא קנה כדאיתא בהדיא

בפרק א"נ דאפי' אשכחיה בגו זימניה וא"ל קני לא קנה וכמ"ש מהר"ם שם סימן ק"ע ע"ש וא"ל דאם הרויח לו זמן אחר וא"ל קני מעכשיו קני דבההיא הנאה דמרויח לו הזמן גמר ומשתעבד נפשיה וכה"ג קי"ל בסימן ר"ד אם מרויח זמן הפירעון וא"ל קנה חפץ בההיא הנאה הוי כנותן לו מעות ע"ש ולשון מהר"ם בתשו' הארוכות סימן צ"א ובקשתני עד זמן אחר ואמרת וכו' נראה פשוט דכוונת מהר"ם שבקש ממנו זמן א' בתחלה.

ע"ג אם התנה עמו בענין שקונה המשכון במעכשיו אם לא יפרענו לזמן פלוני ונתאנה המלוה במשכון שאינו שוה כדי דמיו יש להסתפק אם צריך שיעור עד שיראה לתגר דאפשר דה"ד במכר מוחלט אבל זה שביד הלוה לפרוע תוך הזמן לא חש ובשו"ת בשמים ראש סימן קמ"ח נשאל במלוה על המשכון לזמן ונתאנה המלוה אם צריך במשכון כדי שיראה לתגר או נאמר דלא חש ליה כ"כ שסופו להביא לו מעותיו ויקח המשכון והשיב הרב דבלאו הכי אין בו הונאה כלל מהאי טעמא ונראה דה"ד במשכון שיכול לכופו לפרוע לו מעותיו כמבואר בסס"י ע"ב אבל הכא דאינו יכול לכופו דקונה המשכון ודאי דיש בו דין הונאה אבל יש להסתפק אם צריך ראיית התגר בתוך הזמן דא"ל כיון שלא נחלט המכר תוך הזמן לא חש וכן מסתבר.

ע"ד אין בדבריו כלום והמכר קיים אפי' לא היה קנין וכ"כ הטור והרשב"א בתשו' ח"ג סימן כ"ג כתב וז"ל שאלת ראובן לוה מנה משמעון ומשכן אצלו חנות וכתב לו בשטר המשכונה שאם לא יפרע הממון לזמן פ' תהיה בידו רשות שלימה וכח יפה בק"ג מעכשיו למכור החנות הנז' וכו' ואני אומר שהתנאי שבשטר קיים דכל תנאי שבממון קיים ואע"פ דבל' אם א"ל אם לא אפרע מכאן ועד זמן פ' תהיה רשות בידך למכור וקי"ל כל דאי לא קני וכו' ואפ"ה אין בנ"ד אסמכתא כיון שיש בו מעכשיו וכדתנן וכו' ולפיכך אם לא פרעו ראובן וקדם שמעון ומכר את החנות הרי הוא מכור וכו' משמע דאם לא יש מעכשיו הוי אסמכתא אפי' כבר מכרו המכר בטל

ע"ה

כתב הרשב"ש בתשו' שמ"ג בא' שקנה סדור ונתן לו מקצת מעות והניח בידו הסדור משכון על השאר לזמן וכשהגיע הזמן א"ל החזיר לי מעותי ומכור הסדור ואחז"ר הביא הקונה מעותיו וא"ל הרי מעותיך ותן לי הסדור וא"ל כבר מכרתיו ברשותך דכיון שלא החזיר לו מעותיו קודם לא היה לו רשות למוכרו מדאמרינן ההוא גברא דא"ל הבו ארבע מאה זוזי לפ' ולייניסב ברתאי אמר ר"פ ארבע מאה זוזי שקיל ברתי' אי בעי לא נסיב וכו' אבל אמר לינסב ברתאי והבו ליה אי נסיב אין לא נסיב לא ופי' הרי"ף הטעם דליש' קמ' למתנה אבל לישנ' בתר' ברתיה תנאה וזוזי מתנה אי מקיים לתנאה שקיל ואי לא לא וכן

בנדון זה אלו א"ל החזיר לי מעותי הרי נתן לו רשות שימכור בלא שום תנאי אבל כשא"ל החזיר לי מעותי ומכור החזרת המעות הוא תנאי ואי מקיים תנאו והחזיר המעות המכר קיים ואם לא החזיר תחלה לא קיים התנאי עכ"ל ונראה דלמה דקי"ל בסי' רמ"א דבממון נמי בעי' משפטי התנאים ה"נ שלא כפל תנאו המעשה קיים והתנאי בטל ע"ו הגה אבל שלא מכרו יכול לחזור בו וכו' כן כ' הרשב"א בתשו' ח"א סימן אלף יו"ד ובתשו' ח"ג סימן כ"ג עיין שם.

ע"ז

וכן אם דחקו המלוה וכו'. עיין מה שכ' בספרי עה"ש בח"א סימן ע"ב אות ל"ב ואות ל"ג.

ע"ז

דין י"ט

אבל כשיש לו ביד חבירו חפץ וכו' כ"כ הרא"ש בתשו' ומהרי"קו שרש צ"ד דקדק כן מדכתב הרמ"בם בפ"ג מה' זכיה ומתנה הנותן מתנה לחבירו וכו' מחל לחבירו חוב שיש לו עלי' או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו ה"ז מתנה הנקנ' בדברי' בלבד וכו' מדכ' מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון וכו' ולא כ' מחל או נתן חוב או פקדון וכו' משמע בהדיא דדוקא בחוב דאין לו אלא שעבוד בעלמא מהני מחילה אבל פקדון דמעות דאיתיה בעינה הוא צריך לשון מתנה ולא מחילה אע"פ שהפקדון ביד הנפקד המקבל מתנה ע"ש וכ"כ הריב"ש סו' תמ"ט על הרמב"ם שכ' בפכ"ב מה' אישות האשה שמכרה או נתנה לבעלה מנכסי צ"ב בין קרקע בין מטלטלי' וכו' לא קנה בעלה אע"פ שקנו מיד האשה ברצונה וכו' דלא כתב מוחלת אלא מוכרת או נותנת לפי שדבריו הם בנכסי צ"ב שהם בעין ואין ל' מחילה נופל בהם אלא מתנה ומכירה אבל מעות הנדונייה הכתובים לה בכתובה של' מחילה נופל בהם הרי הם ככתוב' ומחילת' בהם קיימת וכו' ע"ש משמע דאפי' בקנין לא מהני ל' מחילה דהא בקנו מידה מיירי הרמב"ם ולא נקט מוחלת משום דמיירי בנכסי צ"ב שהם בעין ולא מהני בהו ל' מחילה אפי' בקנין וכ"כ הפרישה בסי' זה על תשו' הרא"ש נר' דאפי' קנו מידו ע"ז לא מהני וכבר דקדק כן מהרשד"ם סי' רע"ח מל' הרא"ש דאפי' בקנין לא מהני ל' מחילה וחולק על תשו' הרשב"א ע"ש וכן ראיתי בתשו' הרשב"ש כו' ן' שכ' שאפי' מטלטלי' אין נקנין אלא במחילה וכ"ש קרקע אם לא כתב לו ידי מסולקת ואין לי עסק בה דאז הוי סילוק אם קנו מידו דל' מחילה לא מהני אפי' בקנין ע"ש עוד בסי' רע"ח וכן הסכי' ה' בני אהרן בסי' רמ"א דל' מחילה גרע מדין ודברים וכו' ולא מהני בקנין לדע' הרא"ש עש"ב ועיין בתשו' מהרח"ש ח"ב סי' ך'

ונראה לכאורה דהכי נמי לשון מתנה בחוב לא מהני מדכתב הרמב"ם מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לי הפקדון וכולי דוקא נקט לשון מחילה בחוב ולשון מתנה בפקדון אבל לשון מתנה בחוב אפילו עדיין לא הוציא הלוה לא קנה כמו ל' מחילה דלא מהני בפקדון אבל בלבוש סי' רמ"א ס"ב ב' וז"ל ובלבד שיאמר בפקדון בל' נתון לך אבל אם אמר על פקדון מחול לך אינו כלום וכו' אבל ל' מתנה נ"ל שנופל על כל דבר ואם אמר על חוב נתון לך קנאו כמו במחול לך וכולי ע"ש וכן מצאתי למהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' ז' וז"ל ועוד יש ראיה דמתנה מהניא מדין מחילה במלוה שעמו אפי' לא כתב ולא מסר כדאמרי' בפ' י"ן הכותב נכסיו לאשתו ארוסה או גרושה אבדה כתובתה מה"ט אמדי' דעתא דניחא לה וכו' הרי דבאומד הדעת לחוד אמרי' דהוי מחילה וכן אמרו כשעשאה שותף עם הבנים וכן פסק המרדכי וכו' וק"ו בנ"ד שנתן החוב בפי' מהיום ולאח"מ דהוי אומדן דעתא דמחל החוב וכולי ע"ש הרי דמתנה מהניא מדין מחילה וכ"כ בתשו' מהר"י ן' מיגש סי' ק"ו וז"ל מי שאמר לחבירו הרי בקנין שנתתי לך החוב שיש לי אצלך הואיל והדבר הנתון לא מחסר משיכה נתקיימה המתנה ונפטר הב"ח מהחוב שאצלו במה שא"ל נתתי לך מה שיש לי אצלך ואין צריך בזה קנין כדי שנבטל המתנה מצד ביטול הקנין ואין זה דומה למ"ש כיון דנפל גלי אדעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקניה בד"א לא ניחא לי' לפי שהטעם שם שלא קנו לו ד"א לפי שמכיון שגילה בדעתו דלא ניחא ליה דליקנו ליה ד"א דידיה איגלאי מילתא דהאי ד"א לאו חצירו היא כלל כדי שתקנה לו לפי שלא תקנו ד"א של אדם קונות לו בכ"מ אא"כ היתה כוונת אותו אדם שיהיו לו אותם ד"א בחצירו אבל אם אינו מתכוין לזה ואינו מתרצה בו חזרו ד"א הללו שאין לו זכות בהם כלום וכו' תדע הגע עצמך אם היתה המציאה בחצירו ונפל עליה האם היינו אומרים שמכיון שנפל גלי אדעתיה דלא ניחא ליה דתקנה לו חצירו וכו' ע"ש ועיין בס' פרי צדיק סי' חי'.

ע"ח

אבל כשיש לו ביד חבירו חפץ וכו' נר' דה"ה מעות בעין שהם פקדון הב"ח והסמ"ע וכ"כ המבי"ט ח"א סי' כ"א בא' שמת והחזיקו בנכסיו אחיו ואח"ך בא היורש לזכות בנכסי' ונתפשר עמהם ועשה להם שטר מחילה דמחילה שמחלי במעות אינה מחילה כיון שהמעו' הם בעין ע"ש והש"ך כ' דנראי' דבריה' דוקא במעות פקדון צרורין דאל"כ כיון שיכול להשתמש בהם הוו כמו הלואה דשייך ל' מחילה וכ"כ הט"ז ע"ש ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם בפ"א מה' מכירה או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו וכו' דמיירי בפקדון מעות שאינם צרורים שיכול להשתמש בהם דהוי כמו חוב ומהרשד"ם

סי' שצ"ו דחק דמיירי בפקדון שנשרף ונאבד ע"ש ועיין בס' מקור ברוך סימן פ"ח וז"ל הר' חקות הדיינים סימן ג' כ' מורי הר' בתשו' שאלה דמי שהוציאו עליו כת"י שהפקידו לו מאה דינרים וטען ואמר שמעולם כתב זה לא חתמתי והלך התובע והביא עדים וקיימו חתימתו וחזר הנתבע וטען ואמ' מחלת לי זה התביע' ביני לבינך ה"ז לא הוחזק כפרן שזה לא כפר בק' דינרים אלא בכת"י שטען שאינו זכור שעשאו מעולם ושאינו מכיר חתימתו ואין זה כאומ' לא לויתי ואפי' טען ואמ' מעולם לא כתבתי שטר זה לא הוחזק כפרן שהרי לא כפר בעיקר הפקדון ועל התביעה שתובע ממנו כיון שהם מעות מתוך שיכול לומר החזרתי לך נאמן הוא לומ' אתה מחלת לי אותם ובדברי' בעלמא הוו מחילה וא"צ קנין כיון שהמעות הם ברשות הנתבע עכ"ל הרי דבטענת פקדון מהני מחילה בדברים בעלמא בלא קנין וע"כ במעות פקדון שאינם צרורים דיכול להשתמש בהם דהוו כמו חוב.

ע"ט דין ך' אין במשמעות ל' לה שימשכנו ברבי' וכו' אבל אם א"ל בפי' למשכנו ברבית פשיטא דצריך הלוה ליתן הרבי' וכן פסק מרן בי"ד סי' קס"ט ע"ש וז"ל ראב"ן בס' דף צ"ז סוף ע"ג וישראל שהיה חייב לחבירו ונתן לו משכון וא"ל אם לא אפרע לך עד יום פ' תקח ברבי' על משכוני וכשהגיע הזמן לוה עליו ברבי' דינא עבד ושליחותי' עבד וילך ויפדה משכונו מן הגוי ואין יכול לומ' אסמכתא הוא שאמרתי אלא שליחותי' עבד עכ"ל ונר' דכל זמן שלא משכנו יכול לחזור בו כמו במכר וכמ"ש מור"ם לעיל סי"ז ועיין למהר"י באסן סי' ד' שהק' ממ"ש הנ"י ופסקו מור"ם בסי' ע"ב סכ"ז מי שיש בידו משכון של חבירו ודוחקו לפדותו וא"ל הלה יהיה המשכון שלך לא קנה דדחויי מדחי ליה ותי' דהתם נתן לו מתנה ואין דרך לתת מתנת חנם ולכך כל מה שיכולים לדחות המתנה דוחי' ע"ש ובזה ניחא נמי מ"ש הרא"ש ופסקו מרן לעיל סי"ז מי שיש בידו משכון וכשהגיע הזמן א"ל בא ומכרו והלך ומכרו ואח"ך בא הלוה לבטל המכר אין בדבריו כלום והמכר קיים ולא אמרי' לדחויי נתכון דדוקא במתנה אמרי' הכי ולא במכר:

סימן עד

א' דין א' המלוה ניתן לתבוע וכולי כתב רי"ו דה"ה גזילה וכ' הש"ך ונ"ל דמיירי באופן שקנה הגזילה ומשלם הדמים כגון ביאוש ושינוי רשות וכו' וז"ל ה' המאירי הובא בס' א"ז לקמא גזל או פקדון לא ניתן ליתבע אלא במקומם שאין דברים הללו עמו מן הסתם ומ"מ אם הוו עמו אין ס' שניתנו ליתבע ואבידה לענין זה כגזילה ופקדון ויראה דגזילה הנקנית בשינוי מעשה שדינה כדין הלואה עכ"ל נר' דגריס בגמ' גזל ופקדון לא ניתנו ליתבע וכ' דאבידה לענין זה כגזילה ופקדון וגזילה שקנה בשינוי מעשה דינא כהלואה

וכ"כ הרמ"ך הובא בס' א"ז שם וז"ל בגזילה דהוי בעין מ"ל אי קנסי' ליה לאהדוריה אפי' בדיברא כיון דאיכא גביה זוזי או פירי אחריני כאינהו פירי או זוזי דגזל ונ"ל דכיון שהוא חוזר בתשובה ליכא למיקנסיה וכמשיב אבידה איכא למדייני' ואי ליתנהו בעין ואית ליה מעות בדיברא ודאי כמלוה דמי וחיי' עכ"ל.

ב'

כ' הר' כנה"ג דנר' מדברי בעה"ת בשם הרי"ף דגם בפקדון אם ישנו ביד הנפקד יכול לתובעו א"כ ק' מה חי' יש בין פקדון למלוה ול"ל דנ"מ לענין שבועה דמלוה אם המלוה טוען שיש אצלו במדבר והלוה טוען שאין לו צריך לישבע ובפקדון א"צ לישבע דמסתמא לא הביאו בידו דהא שבועה דמלוה היא היסת ושבועת היסת נתקנה בימי ר"ן אחר המשנה ע"ש והפרישה תי' דלאו שבוע' היסת ממש קאמ' דהא ודאי לא היתה בימי תנאי' אלא דס"ל דשבוע' משנה זו קילא היא משאר שבועת המשנה וכו' מ"מ לא מסתבר להשביעו שבוע' חמורה כיון שאינו כופר בעיקר הממון אלא משביעין אותו כעין שבועת היסת דר"ן וכן בר"פ כל הנשבעין דתנן שם ישבע ב"ה שנתן לו פירש"י ישבע היסת וכו' ע"ש באורך ועיין בהש"ך סימן פ"ז ס"ק ל"א אבל בס' א"ז לקמא כ' בשם הרמ"ך וז"ל אבידה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומם מיהו אי איתנהו בהדיה בדברא מצי האיך למיתבעי' מני' ע"כ דנפקד ולא מפלגי' בין מלוה לפקדון אלא דאי אפקיד בהדיה זוזי ושבקיה בבית אע"ג דאפיק איהו זוזי אחריני בהדיה לדברא לא מצי למפקיד למיתבעיה וכן באבידה וכו' ע"ש.

ב' הדין עמו וכו' כתב הכנה"ג הגה"ט אות יו"ד ה"ד לפורע למלוה עצמו אבל אם הלך למ"ה ונתנם ליד בית דין לא נפטר מירידת המטבעות דנתינה שלא בפניו לא הוי נתינה מהראד"ב בתשו' ושם כ' דרב גדול בדורו חלק עליו והוא חזר לקיים דבריו וה' החולק עליו הוא מהרש"ך ח"ב סימן נ"ט שכתב דאע"ג דנתינה שלא בפניו לא הוי נתינה היינו לאחריות גניבה ואבידה אבל לענין ירידת המטבע נתינה שלא בפניו הוי נתינה ונפטר הלוה והביאו הש"ך ע"ש ונראה קצת ראיה מדב' הרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סי' שפ"א על ראובן שמשכן חצירו לשמעון ואחר זה הלך שמעון למסעיו וכו' וז"ל ואם נפשך לומר ומה יעשה ראובן שמשכן חצירו לשמעון זה במנה והגיע זמנו והלך לו למדינה אחרת ואלו יתעכב שם לעולם שורת הדין היא זו שהפסיד ראובן חצרו על מנה זה של שמעון שהלך לו אין זה אלא שלקתה מה"ד בכך לא היא שהרי הי"ל לראובן למסור מעותיו של שמעון ביד בית דין ואחר כך יכנס לביתו ואף על פי שאין פירעון ליד בית דין פירעון בעלמא וכו' הכא שחצרו מעוכבת לו הוי פירעון מתקנת הלל וכו' עיין שם

הרי משום תקנת חבירו שלא יפסיד הוי פירעון ביד ב"ד אבל מדברי הרמב"ן בחי' לגיטין ד' פ"ג שכתב וז"ל והא דאמרי' ע"מ שתתן לי ר' זוז ה"ט שלא תנשא עד שתתן שמא לא ירצה הבעל שהוא חשוד לקלקל בב"ד או ילך לו למ"ה ונתינה בע"כ שלא בפניו אינה נתינה וכ"כ הרשב"ץ בתשו' סימן קי"ט ע"ש משמע דלא מהני נתינה ליד ב"ד דאל"כ הרי בידה לקיים אפילו ילך שתתן ליד בית דין וכן מצאתי להרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סימן רכ"ט על מי שלוה מחבירו על כרמו שאם לא יתן לו מעות עד זמן פ' הכרם מכור לו ואם יתן המכר בטל וכשבא לפרוע לו לא רצה הלה לקבל המעות שכתב דאפילו נתן ביד בית דין לא יצא ידי תנאו עד שיתן לו ממש או ליד שלוחו והלל לא תקן אלא בבתי ע"ח וכו' ע"ש הרי דאפילו כרמו מעוכב ס"ל דלא הוי פירעון וזה הפך תשו' אחרת שכתב דס"ל דמשום תקנת חבירו שלא יפסיד הוי פירעון ביד ב"ד ומ"מ במלוה בלא משכונה ודאי דלא הוי פרעון ליד ב"ד וכ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תשל"ג דמשמע דס"ל שעדיין הם באחריותו עד שיבא הלה ויטול את שלו מיהו מסתברא דה"ד כשהלוה עומד בעיר דלמחר יבא המלוה ויטול את שלו אבל אם הלוה רוצה ללכת למקום אחר דינא הוא שיניח המעות ביד ב"ד ויסתלק ושוב אין אחריותם עליו ע"ש ומדברי הרמב"ן שכתבתי משמע קצת דלעולם לא מהני נתינה ליד בית דין דאם כן התם כדי שלא תתקלקל בידה לתת ליד בית דין וה' פרוז מטה אהרן בח"ב סימן כ"ז הכריח כן מתשו' אחרת סימן שפ"א על ראובן שמשכן חצירו לשמעון ואח"ז הלך שמעון למסעיו וכולי שכתב וז"ל ואף על פי שאין פרעון ליד בית דין פרעון בעלמא וכו' הכא שחצירו מעוכבת לו הוי פרעון מתקנת הלל וכו' הרי דמשום תקנת חבירו שלא יפסיד הוי פרעון עיין שם. ד' וצ"ע כתב הרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סימן רכ"ט על מי שלוה מחבירו על כרמו שאם לא יתן לו המעות עד זמן פ' הכרם מכור לו ואם יתן המכר בטל וכשבא לפרוע לו לא רצה הלה לקבל המעות וז"ל ועוד שלכאורה זה שטוען שאם יתן תוך הזמן שתתבטל המכירה ואם לאו שתהא קיימת מעכשיו ה"ז כענין בית בבתי ע"ח וכו' וכבר שנינו יום י"ב חדש כדי שיהא חלוט לו עד שתקן הלל שיהא חולש מעותיו ללשכה ויהא שובר הדלת ונכנס הא קודם תקנת הלל היה המכר חלוט לו בע"כ של מוכר וכשתקן הלל בבית בבתי ע"ח תקן הא בעלמא לא תקן כדאיתא בפרק מי שאחזו ועד שיתן לו ממש לא נבטלה מכירתו וכ"ש למ"ד נתינה בע"כ לא שמה נתינה דכי אצטריך לתקוני הלל אפילו בפניו וכי תקן בבתי ערי חומה תקן הא בעלמא לא תקן ולא עוד אלא אפי' נתן ליד ב"ד לא יצא ידי תנאו עד שיתן לתוך ידו ממש או ליד שלוחו וכו' ע"ש וה' מח"א בה' זכיה ומתנה סימן כ"ד הק' דלפ' או נתינה בע"כ הוי נתינה או לא אלא כשהתנה

המקבל לסלק את עצמו כההיא דמוכר בית בבתי ע"ח דמכר גמור הוא אלא שזיכה לו רחמנא לגאול תוך שנה והוי כמי שלקח שדה מחבירו וא"ל שדה זו שלקחתי ממך אם יהיו לי מעות החזיר לי אבל זה שהתנה מעיקרא שלא מכר לו אלא אם לא יתן לו מעותיו לזמן פלו' ואם יתן המכר בטל ה"ז לא גמר להקנות אלא כשלא יהיה לו יכולת להחזיר המעות וכו' ע"ש וה' מכתם לדוד סימן ל"ד ד' רל"ז כ' דלק"מ דהרשב"א לא מיירי בהכי דז"ל השאלה טען ר' יוסף ואמר אני הייתי דחוק בשביל מעות ובא לי מה"ר חיים ואמר אם תרצה אני אלוה לך שלש מאות דינרים עד ר"ח אייר ושתעשה לי שטר מכירה וכו' ע"מ שאם תפרע השלש מאות דינרים לזמן הנזכר שאחזיר לך השטר ותתבטל המכירה וכו' הרי בהדיא דהתנה המקבל דהיינו מי שהקנין שלו וא"כ זה דומה ממש להההיא דגט דהבעל הוא המתנה אם תתן וכו' עיין שם ולא דק דכל שהתנה בשעת מכירה אפילו התחיל הלוקח בתנאי כיון שלא נגמר המכר אלא בתנאי לא גמר והקנה אלא כשלא יוכל להחזיר המעות וכן מבואר בפסק דין שם דגם לדעת הראב"ד אם הלוקח התחיל בתנאי והמוכר חזק דבריו ומכר על אותו תנאי כמו שהתנה הוא מתחלה וע"ס דמי עיין שם וכן סיים בשאלה ואני הודיתי לדבריו ומכרתי לו הכרם הנז' ע"ז התנאי שאם אתן לו השלש מאות דינרים למר חיים לזמן הנז' שתתבטל המכירה והחזיר לי וכו' עיי"ש א"כ כאלו הוא התנה מתחילה ולא גמר להקנות אלא כשלא יוכל להחזיר המעות.

ה'

דין

ג'

הגה לוה שאומר למלוה טול מעותיך והוא בזמן וכו' נראה דר"ל והוא בתוך הזמן הסמ"ע וכן כתב הלבוש עיין שם אבל מדברי הנ"י בפרק הזהב גבי ההוא גברא דיהיב זוזי אשמשמי וכו' מוכח בהדיא דאפילו הגיע זמן הפרעון אינו נפטר אלא אם כן נתנו לידו אפילו בע"כ עש"ב ומהריק"ש בספר אהלי יעקב סימן קל"ב תמה על הטור מנ"ל דסגי באמירה וכ' שהוא יחיד נגד רבים עיין שם וליתא שהרי התוספות בגיטין ד' מ"ד בד"ה מכלל וכו' כ' וז"ל וא"ת בבתי ע"ח דהוי כפירעון החוב דעליו לקבל' פשיטא דהוי פירעון וכו' וכן בהזהב כי אמר ליה שקול זוזך לא הוי אפילו כש"ח וכו' וי"ל דוקא בעלמא פשיטא דהוי נתינה שאין המלוה מפסיד בקבלת הפירעון אבל הכא דעי' הפירעון צריך להחזיר הבית וכו' עיין שם מבואר דס"ל בהלוה שאמר למלוה טול מעותיך אפי' לא קבל בפועל הוי נתינה וכן כתב מרן הב"י בא"ה סימן קמ"ג בשם מהר"י בי רב והביא ראיה מדברי התוס' ע"ש אם כן הטור אזיל בשיטת התוס' אבל הנ"י בפרק הזהב כ' דאינו

נפטר עד יום שיבואו לרשותו ודוקא בפקדון סגי בא"ל טול מעותיך וכן כתב ה' בא"נ שם בשם שיטה וז"ל משמע מדברי הרי"ף דאי קבל עליו מי שפרע וא"ל תא ושקול זוזך ואתניסו פטור וכו' אא"כ א"ל טול את שלך דהשתא לא מחייב אלא בפקדון שיש לו לזמן שנתחייב בו עד תשלום הזמן שקבל עליו וה"מ בפקדון אבל בחוב אינו נפטר עד שיזרקנו ברשותו בפניו ואם עשה כן מיפטר אפילו בתוה"ז ואפילו בע"כ וכו' עיין שם הרי דס"ל דבחוב אפילו לא"ז לא נפטר עד שיזרקנו ברשותו בפניו ואם עשה כן אפילו בתוך זמן נפטר מה שאין כן בפקדון דבתוך זמן אינו יכול להחזירו ולאחר זמן אם אמר טול את שלך סגי והרשב"א בחי' לדף י"ג נסתפק במפקיד לזמן אם יכול לחזור בתוך זמן כפועל דיכול לחזור בחצי היום ע"ש אבל הראב"ד והריטב"א ס"ל דאינו יכול לחזור וכ"כ המ"מ בפרק ז' מה' שאלה דלא שבקי' פשיטותייהו מפני ספיקו של הרשב"א וכן פסק מרן סי' רצ"ג עיי"ש ועי' לה' מח"א ה' שומרים סימן ח' וה', בני אהרן סימן פ"ח והש"ך בסימן ק"ך סק"ג כתב דהכא לא א"ל הלוה שהם צרורים רק שמור"ם כתב שהם צרורים וכו' עיי"ש וליתא דז"ל ראב"ן בס' ד' צ"ז ע"ד וכדין זה דינו של מלוה מעות לחבירו ואמר לו הלוה הילך מעותיך איני חפץ בהם יותר צרורים ומונחים הם ולא רצה מלוה לקבלם ונגנבו או אבדו חייב הלוה עד שיקבלם המלוה דסברא הוא דאלו מתרמי ליה ללוה עיסקא וכו' ע"ש הרי דאפילו א"ל הלוה צרורים ומונחים הם חייב ומשמע שם אפי' אח"ז. ו אבל בפקדון בכה"ג פטור מהריט"ץ בסימן קל"ד הק' מדין האומנים דא"נ ח"ל טול את שלך הוי ש"ח ותי' דהתם שהיה ש"ש מהניא אמירתו להסתלק מש"ש ועדיין הוא ש"ח אבל בש"ח שא"ל טול את שלך נסתלק לגמרי ע"ש וכן חי' מהרשד"ם סימן ע"ו ודקדק כן מדברי רש"י בפרק האומני' ע"ש ולא ראה דברי התוספו' בפרק הזהב דף מ"ט בד"ה אלא וכולי שכתב וז"ל והא דאמרי' בפרק האומנים טול את שלך והביא מעות ש"ח היינו משום דמיעקרא היה ש"ש וכשא"ל טול את שלך ולא סלק עצמו לגמרי וכו' ע"ש וכן נראה דעת הגאונים בתשו' הביאה מרן הב"י סס"י קצ"ח וז"ל ואי פקדון שקליה ואמר פקדון אינהו לגבאי עד דיהיבנא לך פירי דמי להאומנים וש"ש הוי וכי אמר ללוקח בא וטול את שלך הוי ש"ח והם דברי רבי האיי בתשו' הגאונים ח"ב שער ב' סימן ט"ל ע"ש משמע דס"ל דבפקדון נמי ש"ש דינו כאומנים דאם א"ל טול את שלך הוי ש"ח מיהו ה' בש"מ שם כתב וז"ל ובפקדון ודאי כיון דא"ל טול את שלך פטור דשומר מצי לאפוקי נפשיה משמירה בדבור וכ"כ הרמב"ן והביא ראיה מהא דגרסי' בפרק האומנים טול את שלך איצטריך ליה סד"א אפילו ש"ח לא הוי קמ"ל כלו' סד"א דאני שומר מכאן ואילך קא"ל דלא מפיק נפשיה משומר אלא איני תופסו על שכרו קא"ל קמ"ל וכך פי' וש"מ

שאם א"ל בפי' איני שומר מעתה טול את שלך אף על גב דהלה לא רצה ולא קבל דבריו פטור ואפי' ש"ח לא הוי מכאן ואילך וכו' וכ"כ הנ"י שם בשם הר"ן ע"ש מבואר דס"ל דבפקדון אפילו ש"ש אם א"ל טול את שלך נסתלק לגמרי ולא הוי אפילו ש"ח וכן נראה דעת ראב"ן בס' ד' צ"ז ע"ש גם הריטב"א בחי' שם כ' דשאני התם שיש לו לאומן לקבל שכרו וכיון שכן לא סגי דלא הוי עליה ש"ח כיון דאיתבס ליה אאגריה אף על גב דא"ל טול את שלך ע"ש וכן תי' הש"ך סי' ש"ו וכתב שכן מצא ברי"ו נתיב ל' ח"א בשם הרמ"ה עיין שם ולא דק דז"ל רי"ו וכ' רבינו מאיר דאפי' מי שמתחייב באונסים אם אמר והתנה שלא באחריות דאפילו ש"ח לא הוי כמו הא ביתא קמך ול"ד לאומנים שאמרו טול את שלך והביא מעות דהוי ש"ח דהתם דתפיס ליה אאגריה כ"כ הוא בתשו' עכ"ל ונראה דהוא מהר"ם ב"ב בתשו' סי' רכ"ט וז"ל ומשאלת המלוה על המשכון והוא ש"ש ובשעת קבלת המשכון אמר איני מקבל אחריות עלי מי הוי כאומני' שאמרו טול את שלך והוי כשו"ח ולא סלק עצמו לגמרי כי התם או הוי כאומר הא ביתא קמך בעניותין נר' דאפי' ש"ח לא הוי דכל היכא דאמר מעיקרא ל"מ הכא דאפילו כי לא אמר הכי לא מחייב אלא כש"ש וכו' ועוד מטעם אחר דל"ד לטול את שלך והביא מעות דהתם לא א"ל אלא להודיעו דלא תפיס ליה אאגריה עכ"ל והביאו המרדכי בפ' האומנים סימן שכ"א עיין שם והוא כתי' הרמב"ן דהתם לא מפיק נפשיה משומר אלא איני תופס על שכרי קא"ל ומה שכתב רי"ו דהתם דתפיס ליה אאגריה ר"ל כיון דבתחלה היה תופסו כי א"ל טול וכו' איני תופסו על שכרו קא"ל אבל אם א"ל בפי' איני שומר מעתה טול את שלך אפילו ש"ח לא הוי וכן מלוה על המשכון אם א"ל טול את שלך איני ממשכנו על ההלואה קאמר ועדיין הוי ש"ח ואם א"ל בפי' איני שומר פטור לגמרי ולא הוי אפילו ש""ח כנ"ל ושוב ראיתי להרב בני אהרן סימן רצ"א שהביא תי' הריטב"א ופי' כן כוונת רי"ו ושמא גם דברי רבינו מאיר יש לדחות כן ע"ש והעיקר כמ"ש.

ז דין

ד' י"א שאין המלוה יכול לעכב וכו' כ"כ בעה"ת שער ס"ט בשם בעל העיטור והביא ראיה ע"ש ודברי בעל העיטור הם בדיני חוב ד' ס"ד וכן הריטב"א בחי' בפ' הזהב הביא דבריו וכ' שכן עיקר ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ג סי' מ"ג גבי משכנתא באתרא דמסלקי קי שהשביעי' משמטתה כ' ה"ד אי בגו זמניה אע"ג דלוה מסלק ליה למלוה מ"מ המלוה אינו יכול לנגוש את הלוה לפורעו וכו' עש"ב וכ"כ הרמ"ה בפ' ג"פ סי' י"ד וז"ל הא דקתני מי שפרע מקצת חובו ל"ת דוקא היכא דקבל מלוה ההיא מקצת בתו' פירעון אלא אפי' היכא דלוה בעי למפרעי מקצת ומלוה קאמר ליה או הב ליה כולי חוב ואי

לא מקבילנא מינך מידי הדין עם הלוה ומחייב לקבולי מיניה ההוא מקצת ולמר כדא"ל ולמר כדא"ל לר"י יחליף ולר"י יכתוב שובר דהא בהדיא אמרי' התם האי מאן דמסיק מאה זוזי בחבריה ופרעיה חדא זוזא זוזא פירעון הוי וכו' וכן הוכיח עוד שם בסי' קי"א וז"ל דאס"ד לא מחייב לקבולי מה"ט דקאמר רבא דניחא ללוה למיהוי חד שטרא כי היכי דלפגום שטריה והא אמרת דאי לא בעי מלוה לקבל מקצת הדין עמו ואם כן מאי נפ"ל מניה הלוה דלא לעבדיה תרי בני חמשים חמשים אלא ש"מ דבלוה תליא מילתא דאי יהיב לו מקצת מחייב מלוה לקבולי ההוא מקצת בתורת פירעון וכו' הרי דס"ל דאפילו מלוה בשטר אם רצה הלוה לפרוע מקצת חובו חייב המלוה לקבל ממנו וליכתוב לו שובר והא דאמרינן התם ניחא ליה למלוה כדי שיכוף לפורעו כבר כ' הרמ"ה שם סי' ק"י משום דלוה כייף נפשיה ופרע ליה לכוליה בחדא דחייש דאי פרע ליה מקצת השתייר שטרא גביה ואפשר דמרכס תבריה והדר מפיק ליה לשטריה וגבי ליה לכוליה מניה וכו' וכ"כ בעה"ת שער ס"ט ע"ש והש"ך כ' דהרמב"ם והסמ"ג לא ס"ל הכי ולכך השמיטו מימרא דרבא ע"ש ולא ראה הסמ"ג סוף עשין צ"ג שהביא מימרא דרבא ע"ש מיהו אפשר דמחלק בין מלוה ע"פ בין מלוה בשטר דרבא מירי במלוה על פה אבל במלוה בשטר יכול לעכב כדמוכח מההיא דמי שהוציא שני שטרות וכו' ומ"ש דגם הרא"ש ס"ל הכי דרבא בדיעבד קאמר ע"ש ליתא שהרי כתב הרא"ש בפ' מצות חליצה דבחוב פשיטא דנתינה בע"כ הוי נתינה כדמוכח בב"מ גבי פרעיה זוזא זוזא דפירעון הוי ע"ש וכן כתב הרשב"א בחי' שם ובפרק קמא דקידושין ד' כ' ע"ש ועי' בס' בית הלוי ד' צ"ב.

ח' ומיהו אם משכן לו שדהו וכו' כ"כ הרמב"ן ובעה"ת שער ס"ט וכן נר' מדברי ר' שמואל עיי"ש ודברי רשב"ם הם בר"פ המוכר בית כור כמ"ש הרשב"א הובא בסי' ס"ז שם וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ד סימן ר"ן ומבואר דמיירי במשכנתא באתרא דלא מסלקי דאם פרע הלוה מקצת המעות מדעתו לא נמחלו הפירות בעד מה שפרע וכן אם הגיע זמנו ובא לפדות חצי המשכונה ולסלקו מחציה יכול לפרוע לו חציה ואין המלוה יכול לומר שלא יקבל חובו לחצאין אבל אין המלוה נגרע מן הפירות כלום אלא אוכל פירות כל המשכונה עד שיפרענו פרוטה אחרונה וכ"כ מרן הב"י בי"ד סימן קע"ב וכ"כ הריטב"א הובא בס' א"ז למציעא ד' ס"ו ע"ב עש"ב ודלא כהש"ך ע"ש ועיין בתשו' הרשב"ש סי' רכ"ג.

ט' דין

ו

הדין עם המלוה כ"כ הטור בשם הרא"ש וכ"כ הריטב"א בחי' ריש קידושין וז"ל דלוה הבא לפרוע חובו עד שלא יכפנו המלוה שאינו יכול לסלקו בשוה כסף משא"כ במלוה כופהו וכו' ולהכי איצטריך ישיב גאולתו לרבות שוה כסף ככסף דחס רחמנא ליפוק לחירות משום כי עבדי הם ולא עבדים לעבדים משא"כ בחוב דעלמא וכו' ע"ש הרי דס"ל דהלוה אינו יכול לפרוע חובו למלוה שוה כסף כשלא תבעו המלוה ולא ילפי' מעבד ומצאתי בתשו' הרשב"א ח"ב סימן מ"ג שכתב וז"ל והיכא דלאבעי מלוה לאפרועי אלא בזוזי ובעי לאמתוני עד דמתרמי ליה זוזי ללוה יש מגדולי הדור שאמרו שהדין עמו ואין הלוה יכול לכופו ליטול קרקע וכו' אלא כשהוא בא ליפרע וכופה את הלוה לפורעו ומרבותי אמרו שלעולם מ"ל ליה שקול ארעא וכולי ודעתי נוטה לזה ודנתי לפני רבותי בשעה שנחלקו על דבר זה לכאורה ממ"ש בפרק א"נ הלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי וכו' וגרסי' התם אמר רב פפא אף ע"ג דאמור רבנן אסמכתא לא קניא אפותיקי הויא למגבי מיניה ואסי' דוקא דא"ל לא יהיה לך פירעון אלא מזה וש"מ דאי לא א"ל לא יהיה לך פירעון אלא מזה אם רצה לשום לו מקרקע אחר הרשות בידו כמש"ל ועוד נראה לי שאפילו רצה הלוה לסלקו בקרקע אחר והמלוה אומר איני רוצה להיפרע עד שיזדמנו לך מעות אין שומעין לו דא"ל זילי נפסאי תדע דהא מלוה נתן עיניו על שדה זו שהרי התנה ואמר אם לא נתת לי מכאן ועד ג"ש הרי היא שלי וכיון שכן כשרואה שזה רוצה לסלקו בקרקע אחר לימא לי אין רצוני להיפרע עד שתביא מעות ומ"מ אינה ראיה גמורה די"ל דדילמא כיון שהוא יודע שא"א לזכות בשדה זו לעולם כמו שהתנה הרי הוא רוצה להיפרע מחובו מיהו לכאורה כנ"ל כמ"ש ובזה אין לדיין אלא כמו שעיניו רואות עכ"ל הרי דהרשב"א ורבותיו ס"ל דאפי' לא תבעו המלוה יכול הלוה לסלקו בשוה כסף כבר הכנה"ג בח"ב סימן ק"א הביא תשו' הרשב"א זו כ"י בקיצור ע"ש ומהרימ"ט בחי' על הר"ן ריש קידושין נסתפק בזה אם נתינה בע"כ מהני אפילו בשוה כסף כגון שאמר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאתן לך ר' זוז ונתן לה שוה כסף והיא אינה רוצה מהו כיון דבע"כ מסתברא דכסף דוקא א"נ הלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד יב"ח הרי היא שלי ובא ליתן לו שוה כסף וכו' ע"ש ולא ראה מ"ש הטור כאן בשם הרא"ש דפירעון בע"כ בשוה כסף לא מהני וכן דעת הריטב"א אבל הרשב"א ורבותיו ס"ל דפירעון בע"כ מהני בשוה כסף והביא ראיה מההיא דהלוהו על שדהו וכו' ולדעת הרא"ש והריטב"א ה"נ הלוהו על שדהו אינו יכול לסלקו בקרקע אחר בע"כ אם לא רצה המלוה עד שיביא מעות. י'

דין

ז' המלוה את חבירו על המטבע ונפסל וכולי עי' בתשו' מהר"י ן' מיגש סי' קצ"ה והביאו הרב בא"ז לקמא ד' צ"ז.

י"א

שטר שכתוב בו לפרוע סך ממטבע פ' היוצא בזמן הזה ובאותו זמן היו יותר טובים במשקל ובכסף מאותם שהם יוצאים עתה אפי' לב"ח אינו פורע לו אלא מטבע היוצא עתה כיון שהשם א' והמקום א' וה"ד כשלא הוקרו הפירות מחמת חסרון המטבע אבל אם הוקרו הפירות מחמת חסרון המטבע פורע לב"ח או לנכסי צ"ב של האשה ממטבע הא' אבל לכתו' לעולם פורע כדהשתא וכו' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תק"ס ע"ש

י"ב

אם לא פרע בזמן הפירעון שקבעו ואחר הזמן הוריד המלך המטבע ואחר כך בא לפרוע כמו שהיה בזמן השטר המלוה תובע בשל עכשיו נראה הדין עם הלוה ומשלם בזמן השטר ואם עלה אחר הזמן משלם בשעה שפורע דלעולם יד בעל השטר על התחתונה הר' בית דוד סי' כ"א עש"ב.

ע"כ הר' בית דוד שם וז"ל מיהו ה"ד אם לא תבע המלוה את הלוה קודם שירדו המטבעות אבל אם יש עדים שתבעו קודם שירדו המטבעו' ולא רצה ליתן לו כ' הרדב"ז סימן קע"ח דחייב משום דינא דגרמי כשורף שטרות של חבירו שחייב מדין מזיק וכ"כ רש"ל פ"ט דקמא סימן י"ג ע"ש וא"נ כן דדוקא שורף שטרות משום שעשה מעשה בידים חייב כמ"ש בעה"ת שער נ"א ח"ו סי' ח' כיון דשרף דעבד בידים או קורע שטרות של חבירו דינא דגרמי הוא וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ק"ז מהו ההפרש שיש בין גרמא בניזקו' לדינא דגרמי הוא שנעשה מעשה בגוף הדבר כגון מראה דינר לשלחני וכו' א"נ שורף שטר וכולי הרי הוא עושה מעשה בדבר שבגרמתו נאבד וכו' אבל כשאינו עושה מעשה לא הוא ולא ממונו בגוף הדבר וכו' לא הוי אלא גרמא בניזקי' ואסור ופטור ע"ש.

י"ג

וכן בכתובה ה"ד אם פי' משקלו דהוי כאלו פי' מטבע ידוע ובא לפרוע מטבע אחר דבזה לא אמרי' מקולי כתובה שנו כאן אבל אם לא פי' משקלו ופחתו ממנו והוקרו הפירות מפני הפחת או שלא הוקרו הפירות אלא שפיחתו חמשיתו מודה ה' שיש חי' בין מלוה לכתובה דבכתובה נותן לה כדהשתא דמקולי כתובה ובמלוה או בנכסי צ"ב כיון דהוקרו הפירות או שפיחתו חמשיתו נותן לו כדמעיקרא הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תק"ס עש"ב ועי' בתשו' מהר"ם אלשיך סי' ע"ט.

י"ד

הגה נותן לו מטבע שהלוהו בכל ענין וכו' עי' בתשו' הרדב"ז ח"ב סי' תק"ס שהאריך.

ט"ו

ראובן רצה לילך לירושלים והיה לו מטבע דורו ומסר אותם ביד שמעון וא"ל מעות אלו יהיו בידך וכשנצטריך להם אני שולח לך ותשלח אותם לי ושמעון כ' לו ע"ז כת"י איך שקבל ממנו הסך וזקף ע"ע בתורת חו"ג ומלוה וכו' ואחז"ר מת ראובן והניח בן בעה"ק וב"ד שבירוש' כתבו לדייני עיר שמעון וגם כתבו לשמעון כמה פעמים לקיים מצות פריעת ב"ח ולא כתבו תשובה וכו' ועכשיו טוען שמעון שהיו בידו בתורת פקדון ונאנסו וכולי נר' דאינו נאמן לומר פקדון הפך הודאתו בכת"י שזקפם עליו בחו"ג ואפילו לא נתקיי' הכת"י אינו נאמן במגו דמזויף או פרוע לסתור הודאתו בכת"י כמ"ם הר' כנה"ג בח"ב סימן ס"ט על כת"י שכתוב בו מרצון נפשו ושלא באונס וכולי והודה החייב שהו' כת"י אלא שאנוס היה ואין ראוב' יכול לקיים כת"י ממ"א דאינו נאמן שהוא סותר מ"ש בכת"י שלא היה באונס כ"כ הראב"ד בתשו' הרשב"א ע"ש וכבר מהרשד"ם בחי"ד סי' פ' הביא תשו' הרשב"א ומבואר שם דאפילו לא נתקיים הכת"י אינו נאמן לסתור הודאתו במגו דמזויף וכ"ש במגו דטענה אחרת ע"ש וכ"כ ריו"ו במישרים נתיב ב' סח"ב דאם כתוב בשטר בלא תנאי ושיור אין העדים נאמנים בשום ענין וכו' וכ' מהריב"ל ח"ג סימן ס"ג דס"ל דאפ' אין כת"י יוצא ממ"א אין העדים נאמנים ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ד סימן רל"ו ע"ש וכן פ' מור"ם בסי' מ"ו וכ' הש"ך שם בס"ק ק"י דגם בעה"ת שער כ"א ח"ג שכ' והוא דהוי כת"י יוצא ממ"א וכו' ה"ד לענין שבו' דבהכי עסיק שם להדיא דאין המלוה צריך לישבע דה"ד בשכת"י יוצא ממ"א אבל אם אין כת"י יוצא ממ"א צריך המלוה לישבע ע"ש וכ"כ מהרימ"ט ח"א סימן קנ"ו דהעדים אין נאמנים לסתור השטר במגו וכ"ש בעל דבר ע"ש וא"כ אפילו לא נתקיים הכת"י אינו נאמן לומר פקדון היה במגו לסתור מ"ש בכת"י שזקפם עליו בחוב וכולי ואפילו היו פקדון אע"ג דקיי"ל בסי' רצ"ב ס"ז דאם הפקיד אצל בע"ה אפי' הם מותרים לא ישתמש בהם לפיכך אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותם ואפי' בבע"ה דעסקיו בסחורה דהוי כשלחני דחייב בגניבה ואבדה אבל אין חייב באונסים הרי כ' הסמ"ע שם ס"ק ט"ז אע"ג דבדמי אבידה דמותר להשתמש בהם דחייב באונסי' כאלו כבר נשתמש בהם כ' הראב"ד דשאני הכא דתשמיש בדמי הפקדון הוא גרוע דירא לקנות בהם סחורה שמא יבא המפקיד פתאום ויתבע פקדונו משא"כ בדמי אבידה דבטוח הוא שישהא אצלו זמן מרובה וכו' ע"ש וא"כ בנ"ד שהוא בטוח שישהא אצלו עד זמן רב עד שאצטריך בעל הפקדון וישלח לו מהתם ודאי דמי לדמי הפקדון דאפי' לא נשתמש בהם כיון שהוא יכול להשתמש בהם השוכר חייב

אפילו באונסים וכ"כ בתשו' זרע יעקב סימן כ"ו עש"ב ונראה דאם היו פקדון ושלחו לו ב"ד להחזיר ולא השיב וכולי אם טען עכשיו שעיכב הפקדון אצלו בשביל שחייב לו ממ"א ושוב נאנס הרי כתב מרן הב"י בסימן ע"ה שהתופס בפקדון וטוען שיש לו ביד המפקיד כו"כ דנאמן וכו' וכ"כ הרדב"ז בתשו' ש"א סי' קפ"ג דאפי' באו לידו בתורת פקדון יכול לעכב אותו בשביל החוב וכו' ואם כן אם נאנס פטור דאפי' חזר להיות משכון הרי המלוה על המשכון הוי ש"ש ופטור מן האונסים אבל אם בלא טענה ושוב נאנס חייב וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן ר"ב על ראובן שהפקיד אצל שמעון פקדון ותבע ממנו פקדונו בפני עדים ולא רצה ליתנו לו ושוב נגנב או נאבד אם נאנס אם חייב שמעון לפרוע וכו' פשיטא דחייב שמעון דמ"נ אם טוען אינו רוצה ליתנו לפי שיש לו אצלו ממ"א הרי הוא תופס אותו המשכון לפי טענתו וחזר פקדון להיות משכון ואם טוען שאינו רוצה ליתנו לו הרי הוא גזלן והלה הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסים וכ"ש זה שהוא גזלן גמור וכו' ע"ש ונר' דאם טען שמעכבו בידו לפי שיש לו אצלו ממ"א דחזר הפקדון להיות משכון והמלוה על המש' הוי ש"ש וחייב דדוקא דאם אינו רוצה ליתנו לו נעשה עליו גזלן וחייב אף באונסים אבל אם תופסו למשכו' הא קיי"ל דמלוה על המשכון הוי ש"ש וחייב בגנבה ואבדה ופטור מן האונסים מיהו התו' בפ' האומני' ד' פ' ע"ב בד"ה דקא וכו' כ' וז"ל וא"ת הא דתנן בפרקי' הלוהו על המשכון ש"ש ודחקי' לאשכוחי טעמא דהוי ש"ש כדשמואל או כדר"י לימא טעמא דבהיא הנאה דתפיס ליה אחוביה הוי ש"ש וי"ל דהתם לא אתהני מלוה מידי דאין מרווח במה שהלוה ממה שלא היה מלוה ולא היה לו משכון וכ"כ הר"ן בתשו' סי' ך' ע"ש א"כ התופס הפקדון אצלו כדי שיהא בטוח בחובו לא הוי ש"ש ואינו חייב בגנבה ואבדה אלא א"כ תפסו בשביל שגזלו חבירו שלא יכול להוציא מחבירו מה שחייב לו אבל אם לא רצה להחזירו בלא טענה נעשה גזלן וחייב אף באונסי' וכ' עוד הרדב"ז דאם אמר עד שיבקשנו כל לא ידענא פשיעה היא ואם אמר שהיה אנוס אם נר' לב"ד שהיה אנוס פטור אף בגנבה ואבדה ואם לא היה אנוס גזלן הוא וחייב אפי' באונסי' ע"ש. ט"ז

כתב מהר"ם בתשו' הארוכו' סי' תתקל"ה בראובן שנתן לשמעון חפץ במקום א' ששוה שם זוז שיולכנו למקו' אחר ששוה שם ב' זוזי ונאבד ממנו ואין ידוע היכן נאבד וז"ל נר"ל שהדין עם התובע שי"ל שהובאו החפצים למעגנ"ץ ושם נאבדו ונתחייב שמעון בתשלום כששוים במעגנ"ץ כדתנן בסוף פרק כל הגט המניח פירות להיות מפריש עליהם תרומה ומעשר ומעות להיות מפריש עליהם מע"ב מפריש עליהם בחזקת קיימים ואם אבדו ה"ז חושש מעת לעת רי"א מעת לעת של בדיקה וכו' ע"ש ודבריו תמוהים דהא אמרינן התם

חלוקים עליו חביריו על ר"א כדתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאות וכו' וכן פ' הרמב"ם בפ"ז מה' מעשר דהוי ס' טבל ואינו מעשר ודאי ע"ש וה"נ חיישי' שמא אבדו במקום א' שאינו שוה אלא זוז ואפילו לר"א דלא חיישי' אלא מעת לעת של בדיקה אבל קודם לכן בחזקת קיימים הא קיי"ל כשמואל דאין הולכים בממון אחר הרוב בריש פרק המוכר פירות וכן קיי"ל כת"ק דברייתא דשור שהיה רועה וכולי דאין הולכים אחר החזקה דבשמא ושמא נמי לא אזלינן בתר רובא או חזקה עיין שם ואם כן ה"נ אין מוציאין מכח חזקה.

טו"ב ואם תקן המלך וכו' עי' בהש"ך ס"ק כ"ח והר' שבות יעקב ח"ב סי' קע"ה שהסכימו כן עש"ב.

סימן עה

א' דין א' צריך לברר דבריו וכו' כ' בנ"י פ' המוכר את הבית דלא דייקינן בדבריו של אדם שיהיו כנגדו של אדם אם לא אמרן ממש ולעולם אמרי' דדבר שטות דבר הסמ"ע ומ"ש הש"ך וחפשתיו ולא מצאתיו כבר כ' אחרוני' דברי הנ"י הם פ' המוכר את הבית קרוב לסוף שלח רב הונא בר אבין המפקיד אצל חבירו בשטר וכו' ע"ש.

ב'

דין

ב' ואם יש ע"א שמסייעו י"א שפוטרו משבו' כן הוכיח מהר"ם בתשו' המיי' לס' משפטי' סי' ס"א דע"א פוטר משבועה דאורייתא וכן הסכים הרא"ש בפ"ק דמציעא וכתב שם וז"ל והר"י הק' מהא דאמרינן בפרק כל הנשבעין מכלל דתרוייהו סברי המפקיד אצל חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים בשטר צריך להתיר לו בעדים פי' כדי ליפטר משבו' דאף בלא עדים נאמן הנפקד בשבו' לומר החזרתי ול"מ ל"ל שטרך בידי מ"ב במגו דאי בעי אמר נאנסו דמהימן בשבועה כדאי' בפ' המוכר את הבית וא"א דע"א נאמן ליפטר משבועה אמאי אמ' בעדים אם יחזיר לו בע"א יפטרנו משבועה ונ"ל דל"ק דאגב וכו' עיין שם ואפ' דמהר"ם ס"ל כתי' ריב"ם שכתבו התו' בפ' כל הנשבעים דהכא צריך להחזיר לו בעדים משום דשטרך בידי מ"ב אבל התם דאיירי בעיסקא בפלגא מלוה א"ל דאיפשיטי דספרא זייר ליה ע"ש א"כ אין הנפקד נאמן לו' החזרתי במגו ועיין בהמיי' בפ"ד מה' מלוה ולוה גבי טען הלוה ישבע שלא פרעתיו וכו'

ועוד נראה דאם לא יוכל לטעון נאנסו כגון במקום שעדים מצוים אינו נאמן לומ' החזרתי כמבו' בסי' רצ"ו עיי"ש ופשיטא דאין ע"א פוטרו מכלום דע"א אינו נאמן לומר שטר

מקויים פרוע הוא מה"ט דשטרך בידי מ"ב אלא שחכמים תקנו לישבע המלוה וה"נ המפקיד אצל חבירו בשטר דוקא אם היה יכול לטעון נאנסו דנאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו בשבועה אהני ע"א לפוט' משבועה אבל אם אין מגו ודאי דאפילו עד מסייעו אינו כלום לוכך אמרו צריך להחזיר לו בעדים ונראה דלדעת הר"י ע"א אינו פוטרו אפילו משבועה דרבנן שהרי הש"ך בסימן רצ"ו סק"ג הוכיח דטוען החזרתי אע"ג דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו ואם טוען נאנסו היה צריך שבועה דאורייי' אפ"ה בשטוען החזרתי א"צ רק שבו' דרבנן בנק"ח וכ"כ בעל המאור בפ' המוכר את הבית וא"כ לא אמרי' משול"מ ואם לא רצה לישבע אין יורדים לנכסיו וכן יכול להפכה עש"ב אבל דעת הסמ"ע שם נראה דצריך שבועה דאורייי' ממש וכ"כ בהדיא הסמ"ע בסימן קפ"א סקי"ד אחר שישבע המלוה שבו' חמור' היא שבועת המשנ' וכו' אבל שבועת הנתבע במפקיד בשט' הוא שבו' התורה ממש כיון דאינו נפטר אלא במגו דנאנסו ע"ש גם מהרימ"ט בח"א סימן ע"ב השואל נסתפק בתובע מן היתומים בע"א שאביהם היה חיוב שבו' מן התורה מי אמרי' היתומי' שאינם יכולים לישבע משלמים והביא ה' ההיא דשטר כיס וכו' וכתב וז"ל אנו למדין משמועה זו דלא משום דאביהם היה חייב שבו' והם אינם יכולים לישבע משלמי' כמ"ש בשאלה שהרי כאן גבי שטר כיס דאביהם היה חייב דאם טען החזרתי ונאנסו היה צריך לישבע שבועת השומרים שהיא של תורה דהא החזרתי לא מהימן אלא משום מגו דנאנסו ולא אמרי' מגו לפטור משבועה וכ"מ בפרק חזקת הבתים בשמעתא דהמפקיד אצל חבירו בעדים דחייב לישבע כמו אם היה טוען נאנסו דאמרי' וכי אמר נאנסו לאו שבו' בעי וכו' ע"ש הרי ס"ל דבטען החזרתי נמי צריך לישבע שבו' דאורייי' שבועת השומרים כמו אם היה טוען נאנסו וכ"כ בתשו' סי' קי"ב ע"ש וכן כ' בעל העיטור בדיני פקדון ד' מ"ד ע"ב דבכל טענה שנאמן במגו היה אותה שבועה שהיה צריך לישבע על טענת המגו אם דאורייי' וכו' ע"ש וכ"כ בעה"ת שער ס"ד ח"ב סי' ד' בשם תשו' הרי"ף דשבועת הפקדון דהחזרתי דאורייי' ע"ש והתוס' בפ' חז"ה ד' ל"ד בד"ה הוי וכו' כ' וז"ל וא"ת ולהמניה בשבועה במאי דאמר דידי חטפי במגו דאי בעי אמר לא חטפתי וכ"ת דהא לא חשיב מגו דהא אם אמר לא חטפתי היה חייב ש"ד לא היא דאמרי' בפרק המוכר את הבית המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתיו לך בשבו' במגו וכו' אע"ג דבנאנסו איכא שבועה דאורייי' מיהו לפי' ר"ת דפי' דנאנסו דהתם היא דרבנן וכו' א"ש וכו' עיין שם ונראה לכאורה דס"ל דאף על גב דאם טען נאנסו צריך שבועה דאורייתא אפילו הכי כשטען החזרתי אין צריך לישבע מדאורייתא אלא שבועה דרבנן כעין דאורייתא וה"נ אף על גב דאם טען לא חטפתי הוה חייב שבוע' דאורייתא אפ"ה כשטען דידי חטפי אין

צריך רק שבוע' דרבנן וז"ש וכ"ת דלא חשיב מגו דהא אם אמר לא חטפתי היה חייב שבו' דאורייתא והשתא דטען דידי חטפי אין צריך לישבע רק מדרבנן לא היא דהא המפקיד אצל חבירו בשטר אם טען נאנסו היה צריך שבועה דאורייתא ואם טען החזרתי א"צ רק שבועה דרבנן ואפי' הכי אמרינן מגו כמ"ש הש"ך אבל מדברי התוס' שם ד' ע' ע"ב בד"ה מ"ד וכו' שכ' וז"ל וא"ל לר"א דאית ליה משיל"מ אמאי פטרי' להו הא מחוייבים הן שבועה ואין יכולים לישבע דלגבי יורשים לא אמרינן משיל"מ וכו' עיין שם נראה דס"ל דבטענת החזרתי נמי צריך שבועה דאורייתא דאם לא כן הא בשבו' דרבנן לא אמרינן משיכל"מ כמ"ש התוס' בפרק השואל ובריש פרק כל הנשבעים עיין שם. אבל נר' דר"י ס"ל דע"א מסייעו אינו פוטרו אפי' משבועה דרבנן כדכ' הרא"ש שם ועוד הק' מהא דתנן לענין שבו' שלא פקדנו אבא ארש"בג אם יש עדים שאמר האב ששטר זה אינו פרוע גובי' בלא שבועה מדקתני עדים משמע דע"א שאמר האב בפניו ששטר זה אינו פרוע לא היו פוטרים את היורשים מן השבוע' אע"פ ששבועה זו אינה אלא מתקנת חכמים וכו' ע"ש הרי דס"ל דאפי' משבוע' דרבנן אין ע"א פוטר אבל הרא"ש דחה דברי הר"י וס"ל בין משבועה דאוריי' בין משבועה דרבנן אפי' בנשבעי' ונוטלי' ע"א מסייע נוטלים בלא שבועה דהרי היורשים באו להוציא מיד המוחזק ואפילו הכי אם יש ע"א מסייע נוטלי' בלא שבועה ובתשו' המיי' לס' משפטים סי' ס"א מבוא' דאפי' בנשבעי' ונוטלי' דמן הדין לא היו נוטלי' אלא שחכמים הקילו ליטול בשבוע' אם יש ע"א מסייע נוטלים בלא שבועה וכ"ש פוגם שטרו או הבא ליפרע מנכסי יתומים דמן הדין נוטל בלא שבועה אלא שחכמי' החמירו עליו שלא יטול אלא בשבועה דכשיש ע"א לא החמי' עליו ואוקמוה אד"ת דנוטל בלא שבועה והב"ח בתשובה סי' ס"ה דחה תשו' מהר"ם והסכים דע"א מסייע אינו פוטר משבועה להוציא ממון אלא להחזיק וגבי שבועה שלא פקדנו אבא דע"א פוטרם ונוטלים בלא שבועה התם ודאי כיון דאיכא שטר חשיב כמוחזק וחייב לשלם ד"ת אלא דתקנת חכמים שישבעו שלא פקדונו ואם יש ע"א מסייע חשבי' ליה מסייע למוחזק ע"ש ואם כן הנפרע מנכסי יתומים דמן הדין נוטל בלא שבועה מחמת השטר אלא שחכמים החמירו שלא יטול אלא בשבו' כמ"ש התו' בכתובו' ד' פ' בד"ה ישבע וכו' והר"ן בפרק כל הנשבעים עיין שם כשיש ע"א מסייעו נוטל בלא שבועה ומ"ש רמ"א סימן ע"א דוקא בדאיכא עדים שהאמינו עליו אבל אי ליכא עדים והלוה אומר שהאמינו ופרעו נאמן במגו נראה דאפילו במלוה ע"פ לא בעינן ב' עדים על הנאמנות דאפילו ליכא אלא עד א' על הנאמנות והלוה מודה לדברי העד שהאמינו וטוען פרעתי אינו נאמן במגו אלא אמרינן משיל"מ כמו שפ' מרן בסי' זה דין י"ג מנה הלויתיך והרי

ע"א והלה אומר כן הוא אבל פרעתיך וכו' אם זה העד מעיד שלא פרעו וכו' או שהוא מעוד שהוא תוך זמן וכולי בכל אלו הו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכת' הסמ"ע שם כגון שהנתבע מודה לו שהוא תוך זמן אלא שאומר פרעתיך אף שהוא תוך הזמן ומשום הכי חייב לשלם לו כיון שמודה שלוה ושעדיין הוא בתוך זמן וחזקה אין אדם פורע בתוך הזמן ואין לו מגו דאלו רצה היה נשבע וכו' ע"ש וה"נ שע"א מעיד על הנאמנות והוא מודה שהאמינו אלא שטוען פרעתי חייב לשלם ואם היא מלוה בשטר אפי' ליכא ע"א על הנאמנות אם הלוה מודה שהאמינו וטוען פרעתי אין מחייבים את המלוה דלא אמרינן מגו לחייב שבועה כמו שכתבתי בדיני מגו ע"ש ואם כן אם יש ע"א על הנאמנות אפילו הלוה כופר נוטל המלוה בלא שבועה דע"א מסייעו פוטרו משבועה ואם ע"א מעיד על הנאמנות מפורש עליו ועל יורשיו גובה המלוה מיורשי הלוה בלא שבועה ואם כן כשמת המלוה ל"ש אין אדם מוריש שבו' לבניו שהרי אביהם היה נוטל בלא שבועה

ב' ע"א שהעיד בכת"י אינו פוטר בשבו' דקיי"ל בסי' כ"ח דעדים ששלחו עדותם בכתב לב"ד אינו עדות דכתי' ע"פ ב' עדים מפיהם ולא מפי כת' ומהראד"ב בס' לח"ר סו' קצ"ד כ' כיון דבע"א מסייעו איכא פלוגתא אם פוט' משבועה או לא יש לנו לקרב הסברות ואפושי פלוגתא לא מפשי' ולומר דהא דע"א פוטרו משבועה ה"ד שהנתבע טוען בריא אבל שנאמר דאפי' טוען שמא פוטרו מן הקצה אל הקצה דלמ"ד דאפי' הנתבע טוען בריא אינו פוטרו הא ודאי לא אמרי' אע"ג דבע"א אם מחייבו שבו' איכא מ"ד דאפי' טען הנתבע שמא ע"פ עד א' מחייבו שבו' מ"מ בהא דפוטרו משבו' כל אפייא שוין דאין ע"א פוטרו אא"כ טוען בריא ע"ש וה"נ א"ל דר"ת וסייעתו דס"ל דלא ממעטינן מפיהם ולא מפי כתבם אלא אלם אבל עדים הראוים להעיד מפיהם כשרים להעיד מפי כתבם וא"כ ודאי דע"א בכתב מחייבו שבו' מ"מ לענין דפוטרו משבו' לכ"ע בעי' מפיהם ולא מפי כתבם אבל א"נ כן שהרי כ' מהר"ם בתשו' הארוכות סימן תתקנ"ד והובא בתשו' המיי' לס' משפטים סימן ס"א וז"ל ועוד אני אומר ק"ו דאיזה כח המרובה כח המוחזק או כח המוציא הוי אומ' כח המוחזק וא"כ ק"ו ומה המוציא מחייב את שכנגדו שבו' דאוריי' המוחזק שיש לו ע"א המסייעו א"ד שיפטרו מן השבו' ועוד דכל מקום שב' מחייבים אותו ממון וע"א מחייב אותו שבו' וה"ה כמו כן כמו שב' פוטרים אותו מממון אפי' היכא דחייב כגון היכא שיש לשכנגדו שטר וכו' ה"נ ע"א פוטר אותו משבו' וכו' ע"ש וא"כ אפי' טוען שמא ע"א פוטרו משבו' דילפי' מק"ו ומה המוציא כשיש לו ע"א המסייעו אפי' הוא טוען שמא מחייב את שכנגדו שבו' המוחזק שיש לו ע"א המסייעו א"ד שיפטרנו

מן השבו' בטענת שמא ועוד דהא דע"א מחייבו שבו' אף בטענת שמא למדו מהא דכ"מ ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבו' וב' מחייבי' אותו ממון אף בטוען הלה שמא וא"כ הטוען מנה הלויתך והלה אומר איני יודע אם הלויתני דקיי"ל דנשבע היסת שאינו יודע ונפטר אם יש ע"א שבאותו יום לא זזה ידו מתוך ידו ולא הלוהו פוטרו משבו' וה"נ כיון דע"ח בשטר דמחייב שבו' ק"ו דפוטר משבועה וכן ע"א ששלח עדותו בכתב לב"ד לדעת ר"ת וסייעתו ודאי דמחייב שבו' דכ"מ שב' מחייבי' אותו ממון ע"א מחייבו שבועה וכיון שב' ששלחו עדותם בכתב לב"ד מחייבי' אותו ממון ע"ח מחייבו שבו' וכן ב' שהעיד' בכתב פוטרין אותו מממון ע"א פוטרו משבו' וק"ו הוא אבל למאי דקי"ל דב' ששלחו עדותם בכתב אינו עדות דמפיהם בעי' ולא מפי כתבם לא ליחייב ממון ולא לפטור מממון ע"א לא מחייב שבו' ולא פוטר משבו' ובשו"ת שמחת יהודה סימן קט"ו כתב דע"א בכתב ומת דפוטר הנתבע משבועת היסת דאע"ג דפלוג' דרבוואתא כבר כ' הכנה"ג בשם מהר"י קאטלין בתשו' כ"י דיכול המוחזק לומר קי"ל כר"ת וסייעתו דהוי הגדה ואם נפשך לומר בנ"ד מאחר דאין העד קיים דכבר מת נר' דדמי לאלם דלכ"ע לא מהני כיון דלאו בר הגדה הוא דליתא שאני אלם לא בא לכלל הגדה אבל זה בר הגדה הוא וכו' עש"ב ונר' דמת דמי לאלם וכ"כ הלח"מ בפ"ג מה' עדות דהרמב"ם ס"ל כר"ת דמן התורה שולח עדותו לב"ד וכן שטר מהני מדאורי' אם העדים קיימים וזוכרים העדות ומ"ש מד"ס הוא דחותכים ע"פ עדים שבשטר אע"פ שאין העדים וכו' כלומ' שאין ראוין להגיד דכבר מתו דאז מן התורה אינו מועיל השטר ותקנו רבנן דמהני וכו' ע"ש הרי דס"ל דאם העדים מתו שאין ראוים להגיד לא מהני עדותם בכתב ובשטר תקנו רבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוין אבל אם שלחו עדותם בכתב לב"ד ובשעת הגדה לב"ד כבר מתו העדים דאין ראוים להעד לא ק מהני עדותם לכ"ע:

ומ"מ לדידן למאי דקי"ל דאם העדים קיימים דראוי' להגיד אם שלחו עדות' בכתב אינו עדות פשיט' דע"א בכה"ג לא מחייב שבו' ולא פוטר משבו' אבל בע"א בשטר דקי"ל בסי' נ"א דאם טען לא לויתי דנשבע להכחיש את העד ה"נ כשהוא לסייע את הנתבע פוטרו משבו' אבל יש להסתפק דלא תקנו דמהני עדות בשטר אלא לטובת המלוה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין אבל לסייע את הלוה לפוט' משבו' דאורייתא או אפילו משבו' דרבנן לא תקנו רבנן להפקיע כח המלוה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין:

ג' דין ד' כפר בכל ועדים מעדים שחייב לו ן' וכו' ה"ד כשמעידי' על הלואה א' אבל בהלואה אחר הלואה כגון שא' מעי' ואמר בפני הלוהו ביום פ' ן' ועד א' מעיד בפני הלוהו ביום פ' ן' אע"ג שעדות' מצטרפת וחייב לשלם ן' כמבואר בסי' ל' מ"מ א"צ לישבע

על השאר כמ"ש הרמ"ה בחי' בפ' זה בורר ע"ש ובשו"ת בשמים ראש סי' רל"ז כ' שדעתו לחייבו שבו' וראיה מדאמרי' התם בהך דר"ח דיליף לה בק"ו מפיו שאינו מחייבו קנס ועדים מחייבים קנס ומ"ט שביק מיתה דחמירה שיש כח ביד ב' לחייבו אלא דבעינן לאתויי צירוף דריב"ק כן דנתי לפני מורי הרמב"ן ולא הודה לי ואמר שיש לחלק דבשלמא בהך דר"ח משתבע כמ"ב כיון דאי לא תבע ליה האי טעין האי תביעותא אחרא נמי משלם הני ן' דאסהידו בגויה משא"כ הכא דאי לא תבע לוה לאידך פלגא גם האי מנה לא יהיב ליה דאע"ג דאית ליה תרי סהדי הוי עדותן מוכחשת בחקירות והרי אנו צריכים לבטל דעתנו מפני דעתו כי רבה היא עכ"ל והא דלא יליף ק"ו מעדי' שנתחייבו מיתה כבר כ' מהריכ"ץ והביאו בס' א"ז וז"ל והא דנקט ר"ח ק"ו ולא המ"ל אם הביאוהו ב' לידי מיתה לא יביאוהו לידי חיוב שבו' דלא דמיא להדדי דחיוב מיתה מחמת עבירה שעבר ואין חיוב שבו' מעין זה עכ"ל וא"כ אם א' העיד בב' בחדש הלוהו מנה וא' העיד בג' בחדש ומלוה תבעו ב' מנים והלוה כפר בכל צריך לישבע שבו' דאוריי' דהא אפילו לא היה תובעו המלוה רק מנה הא עדים מצטרפי דליכא הכחשה דא"ל דתרויהו אחד יומא קא מסהדי וטעו בעיבורא דירחא כמבו' בסי' ל' ע"ש וכן אם לא הזכירו העדים הזמן שא' העיד בפני הלוה וא' העיד בפני הלוה תלי' דהלואה א' היא שראו ביחד כמו שהוכיח מהרח"ש בתשו' חא"ה סימן מ"ב דף קפ"ה וכן כתב הכנה"ג סימן ל' אות מ"ה ע"ש

ד' וישבע מן התו' וכולי כ"כ הרמב"ם ספי"ד מה' טוען ונטען שכן פסקו כל הראשוני' ומה שהק' הלח"ם דהוא מוכרח כיון דקיי"ל טענו חטים והודה לו בשעורים פטור ע"כ הלכה כר"ח כדאמרי' במציעא ד' ה' עיין שם לק"מ שהרי כ' בעל העיטו' בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג וז"ל רבי' ברוך אמר דלית הילכתא כר"ח לא בקמייתא ולא בבתרייתא בקמי' דחה לה ר' זירא ותו דאשכחן גמ' דבני מערבא דר' יוחנן פליג עליה עיין שם וכבר כ' התוס' בשבועו' ד' מ"ו בד"ה בטוענו וכולי והר"י בר ברוך אומר דאינה ראיה דאפילו מאן דפטר בטענו חטים והודה לו בשעורים אפ' דפליג אר"ח משום דא"ל מה להצד שבהן שכן אינו בתורת הזמה וכולי וכצ"ל לר"י דפליג הא דר"ח בירוש' וכולי עיין שם ונר' דס"ל דר"ז דאמר א"א לדרי"ח היינו מה"ט נמי הוא דא"ל מה להצד השוה שכן אינו בתור' הזמה ולא משום דרבי אפוטריקי וכ"כ ה' בס' א"ז למציעא בשם גי' התוס' ע"ש לכך תלה הרמב"ם בפס' הגאונים וז"ל הסמ"ג עשין צ"ה ופסקו הגאונים שכן הלכה כר"ח שהרי מעמידה שם כת"ק דר"ג שאומר טענו חטים והודה לו בשעורים שפסקנו לעיל כמותם ואין הלכה כר"י שחולק עליו בירושל' ע"ש ועי' בתשו' הרשב"א ח"ג סימן כ"א ובהר"ן בר"פ שבועת הדיינים ובתשו' מהר"ם הארוכו' סו' תשנ"ח פ' כר"ח דאע"ג דתנא אבוה

דרבי אפוטריקי תיובתא דר"ח מדחזי' לרבנן בתראי דקדקו לפ' לדר"ח ש"מ כוותיה קי"ל עי"ש והם דברי ראב"ן בס' ד' צ"ב וז"ל ואף ע"ג דתני אבוה דר' אפוטריקי תיובתא דר"ח מדחזי' לרבנן בתראי דקדקו לפ' לדר"ח ש"מ כוותיה קי"ל וכוותיה עבדי' ואע"ג דאמר ר' זירא א"א לדר"ח קמייתא משום מתניתא דר' אפוטריקי קאמר הכי ולית בה מידי וכר"ח קיי"ל ועוד כה"ג חזי' בכתובו' בפ' המדיר וא"א לדרב הונא אמר רב דאמר יכולה אשה שתאמר לבעל איני ניזונת ואיני עושה וכו' ואעפ"כ אינה נדחית דקפסיק בפ"ב הלכה וכו' ה"נ דר"ח אינה נדחית וכו' ע"ש.

וראיתי לה' חוקות הדיינים סימן נ"א שכ' וז"ל אבל ר"ח כ' בפ"י בפ' ש"ה שהוחזק כפרן על המנה וחייב לפרוע אותם לו והביא ראיה מהירוש' דב"מ פ"ק עכ"ל ודבריו תמוהים דבירוש' דפ"ק דמציעא פליג ר"י על ר"ח וס"ל דפטור דאין העדאת עדים כהודאת פיו ולא אשכחן מ"ד דהוחזק כפרן והא דאמר ר"י בפ"ק דמציעא ד' י"ז מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון ע"ש ה"ד לאותו ממון שהעידו עליו העדים דהוחזק כפרן לענין דאינו יכול לומר פרעתי אבל בעדותן על המקצת לא הוחזק כפרן על השאר וכ"כ מהר"ם ריקאנטי והביאו הכנה"ג בח"ב סימן צ"ב ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ד סי' י"ו הוכיח מהא דר"ח דלא הוחזק כפרן על השאר ע"ש וכ"כ מהר"ם ריקאנטי סי'

ה' אם כפר במקצת והשאר אינו יודע והעידו עדים על המקצת נראה דאמרינן משיל"מ כמו בהודא' פיו כמ"ש התו' בר"פ הפרה בד"ה דאפילו וכו' וז"ל וא"ת והא מחוייב שבו' ואינו יכול לישבע הוא שזה מודה במקצת בנזק הפרה ובנזק הולד אומר איני יודע ומשיל"מ וכו' וכ' מהר"ם צ"ל דל"ד קאמרי התוס' שזה מודה בנזק הפרה דהא ע"כ צ"ל דבנזק הפרה איכא עדים דאל"כ הוה ליה מודה בקנס ומודה בקנס פטור דבתם מיירי מתני' אלא ר"ל דהוי כאלו מודה בנזק הפרה ובנזק הולד אומר איני יודע משום דקי"ל בפ"ק דב"מ האומר מנה לי בידך ויש לו על ן' ועל ן' אין לו עדים והוא כופר שהוא נשבע משו' שלא תהיה הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וא"כ כשיש כאן עדים על חצי התביעה ועל מקצת השני אומר איני יודע הו"ל ג"כ מחוייב שבו' ואינו יכול לישבע עכ"ל הרי דכשיש עדים על מקצת התביעה ובמקצת השני אומר איני יודע הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשיל"מ ובר"פ הנזקי' גבי אכל ערוגה ולא ידעינן אי שמינה אכל אי כחושה אכל דאמר רבא הממע"ה וכ' ה' פני יהושוע בחי' שם דהא דלא אמרי' בהניזקין משיל"מ משום דהוי כפירת שעבוד קרקעות ואי בדליכא עדים בלא"ה ליכא שבועה מדאמר רבא מ"מ אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ולא מהימן במגו

דא"ב כופר הכל חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל וכו' ואם כן בנזקי' דיכול להעיז נאמן בלא שבועה במגו ואי בדאיכא עדים דאכל ערוגה ולא ידעי אם כחושה אכל או או שמינה אכל דהוי כאומר מנה לי בידך והעדים מעידים שחייב ן' דחייב שבועה מדר"ח קמייתא ומשיכל"מ הא כיון דאיכא עדים איכא שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות וא"כ ממ"נ אין כאן עסק שבו' ולא שייך משיל"מ עש"ב הרי דס"ל דחיוב שבועה ע"י עדים אמרי' משיל"מ ומצאתי בשו"ת בשמים ראש סי' י"ז דנשאל בזה משום דילפי' לה מק"ו וא"כ אינו חייב שבו' אלא מדרבנן כמ"ש הרמב"ם בשורש הב' דכל דבר הנדרש בי"ג מדות אינו מן התורה ובשבו' דרבנן לא אמרי' משיל"מ והשיב ה' דאין לסמוך על הרמב"ם בזה ואף הוא לא אמרה אלא בק"ו שהרי אדם דן ק"ו מעצמו אבל הדין דין אמת מטעם אחר דהא דינא יליף מגלגול שבו' ובשבועת הגלגול שטען בה איני יודע אינו חייב דשבו' גוררת שבו' ולא מק"ו ע"ש נר' דס"ל דלמסקנא ילפי' עדי' מפיו ומגלגול שבו' בע"א במה הצד ולא מע"א דעלמא וכבר כתב הר"ן בפרק ש"ה וז"ל ודקדק רבי' אפרים והר"י הלוי ן' מיגש דאין שבו' ע"א אלא בטענת בריא וכולי ובריש ב"מ נמי אמרינן הצד השוה שבהן כלו' מודה במקצת וע"א שע"י טענה וכפירה הם באים אלמא דוקא בשטענו בבריא אבל בשמא לא ואין אלו ראיות וכו' ועוד שהרי יש מי שפי' שם דמגלגול שבועה מייתי' לה וכיון שכן ע"כ לאו טענת בריא קאמר דגלגול שבו' אפי' בשמא היא וכו' וכ"כ הרמב"ן והריטב"א בחי' שם והרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב"א באסיפת זקנים שם שכן עיקר הגי' ודלא כרש"י ע"ש אם כן אף על גב דפיו שהודה במקצת והשאר אינו יודע אמרי' משיל"מ כיון דלא ילפי' עדים מפיו לחוד אלא במה הצד מפיו ומגלגול שבו' דע"א ובשבו' הגלגול אם טען איני יודע אינו חייב ילפי' עדי' מקל שבשניהם וכה"ג כ' התו' פ"ק דב"ק דף ג' ע"ב בד"ה משורו וכו' אבל ק' כיון דמבור נמי יליף ליפטר בהו כלים כבור וכו' ע"ש אבל התוס' במציעא ד' צ"ז בד"ה ביום וכו' כתבו וז"ל וק' לר"י למה צריך לאוקמי הכי דבלאו הכי הוה ליה מחוייב שבו' ע"י גלגול דאמר ליה משכיר אשתבע לי מיהת דכדרכה מתה ועל ידי גלגול צריך לישבע דשבור מתה ואינו יכול לישבע דהא קאמר איני יודע ומשיל"מ וכו' ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי אבל ברישא וסיפא שהנתבע טוען שמא אין מגלגלין וכו' ע"ש הרי דס"ל דשבו' הגלגול שטען בה איני יודע אינו חייב ואפילו הכי ס"ל ברי' פרק הפרה דעדי' מחייבין אותו במקצת והשאר איני יודע משיל"מ ואפ' דס"ל דלמסקנא לא ילפי' מגלגול שבו' דע"א אלא מפיו וע"א דעלמא במה הצד בשניה' מחייבי' אותו במקצת שאינו יודע:

ועוד אפשר דס"ל כמ"ש ה' יבין שמועה כלל ע"ח בשם הרא"ש בתוספותיו לב"ק וז"ל וא"ת כיון דיליף מבור היכי לא פטר הכלים דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכו' וי"ל דלא אמרי' דיו מפלגו דינא דהיינו מאחד מן המלמדי' אלא אם כן הקולא שוה בשניהם וכאן בשור חייב בו והיכא דאיכא לאקושי לחומר' ולקולא מקשינן לחומרא עכ"ל וכ"כ תוס' ר"פ שם ע"ש הרי דבמה הצד לא אמרי' דיו כקל שבשניהם אלא לחומר' מקשי' והיינו כמ"ש התוס' בקמא שם בד"ה דומיא דרגל וא"ת ונימא אפכא דהא דמקשי' לחומרא ה"מ באיסור אבל בממונא לא אמרינן ואור"ת דמדה היא בתורה ל"ש באיסור ל"ש בממונא עכ"ל וא"כ ה"נ אף על גב דילפי' במה הצד מפיו ומגלגול שבו' דע"א לא אמרי' דיו כקל שבשניהם אלא ילפי' מפיו דאם הודה במקצת והשאר איני יודע משיל"מ וה"נ עדים מיהו הרא"ש בפ"ק דב"ק גבי אבנו וסכינו וכו' כתב וז"ל ויש מן הגדולים שכתב דלא מחייב אלא מה שחייב בשניהם ופטורי מנזקי כלים וממיתת אדם כמו בור וכו' דכיון דאתו במה הצד יהבי' להו הקל שבשניהם ויש שנסתפקו בדבר ול"נ דכל דין בור יש להם תדע וכו' דבור גמור הוא וכו' אלא דלא מצי למילף מבור לחודיה משום דל"ד לבור לגמרי וכו' הוצרך להביא יוכיח משאר נזיקין שאין לחלק ביניהם וכולי ע"ש הרי דיש מן הגדולים דס"ל דכיון דאתו במה הצד דינו כקל שבשניהם והרא"ש חלק שם משום דילפינן מבור דדמו ליה אבל בעלמא אמרינן דיו כקל שבשניהם:

ומצאתי להרמ"ה בפ' ח"ה סי' נ"ה שכ' וז"ל אבל היכא דאתברר מגו דטענתי' דאית ביה שוה שתי כסף לבר משיעו' מאי דמסהדי ביה סהדי דלא בציר מפיו שחייב שבו' דאורייתא מדר"ח קמייתא וכו' כיון דמהודאת פיו אתיא דיו לבא מן הדין להיות כנדון ולא מחייב אלא דומיא דהודאת פיו דבעי' כפירת ב' כסף וכו' וכי היכי דגבי הודאת פיו אע"ג דאודי בכוליה טענה מיהו קא פטר נפשיה ממקצת טענה מאנפא אחרינא כגון דטען אין אכלי מיהו פלגא או תולדה דידי אכלי מחמת דזבנתיה לארעא בתר הכי מינך או מאנפא אחרינא משלם מאי דמודה ביה ומשתבע אשארא לפום טענתיה שבו' דאורייתא ומפטר מידי דהוה האכלתיו פרס גבי העדאת עדים נמי דקיימא במקו' הודאת פיו משלם פירי דתרתי שני דמסהדי בהו סהדי ומשתבע אפירי דשנה ג' לפום טענתיה שבו' דאורייתא ופטור ואף על גב דמהודאת פיו וע"א הוא דאתיא לן בהצד השוה וגבי ע"א כה"ג הו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ולא בעי כפירת טענה ב' כסף כיון דמתרויהו הוא דאתיא לן לא מחייב אלא בקל שבשניהם עכ"ל הרי דסב"ל כרש"י דלמסקנא ילפי' עדים מפיו וע"א דעלמא דאף ע"ג דגבי ע"א אמרי' משיל"מ בעדים כה"ג פטור כיון דהודאת פיו כה"ג פטור ועדים ילפי' מתרויהו מפיו וע"א לא מחייבים אלא

כקל שבשניהם ומה"ט אף על גב דגבי עד אחד לא בעינן כפירת טענת שתי כסף גבי העדאת עדים בעינן שתי כסף כיון דהודאת פיו בעינן כפירת טענת שתי כסף ועדים ילפי' מפיו וע"א לא מחייבים אלא כקל שבשניהם וה"נ אם כפר במקצת והשאר אינו יודע והעידו עדים על מקצת שכפר אף על גב דבהודאת פיו כי האי גוונא אמרי' משיל"מ כיון דלדידן ילפי' עדים מפיו ומגלגול שבו' דע"א ובשבועת הגלגול אם טען אינו יודע אינו חייב ילפי' עדים מקל שבשניהם ועוד דמסתבר כן כיון דבטוען בריא על השאר שאינו חייב צריך לישבע שבועה דאורייתא כמו מודה במקצת לא עדיף שמא מבריא וכה"ג כ' רש"י בסוף פ"ק בטוען איני יודע אם אני חייב לך דצריך לישבע שבועה דלא עדיף שמא מבריא וכ"כ בשו"ת בשמים ראש סימן קמ"ג דאדרבה מחמרי' בשבועה זו דצריך נק"ח עיין שם ואם כן אי מדמינן לגלגול שבועה דעד אחד הוה ליה כטוען בריא וצריך שבועה דאורייתא ובטוען שמא פטור וזה לא מסתבר כלל ועוד דאם כן הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים דבהודאת פיו אם טען על השאר איני יודע חייב לשלם ובהעדאת עדים פטור ור"ח קאמר שלא תהיה הודאת פיו גדולה וכו' אלא כיון דילפינן ק"ו דהעדאת עדים הוי כמודה במקצת וצריך לישבע מן התורה ממילא אמרינן משיל"מ ול"ד לגלגול וכן נראה דעת הפוסקים שסתמו ועי' בתשו' הרשב"א ח"ב סימן ג':

ו' אם העדים העידו שלוה ן' ופרע ן' כ' רש"י בפ"ק דמציעא ד"ד דפטור מן השבו' והרשב"א הובא בא"ז שם דחה פי' דאי איירי באומר אין לך בידי כלום שפרעתי והעדים מעידים דעדיין נשארו ן' אפילו ליכי עדים שפרע אינו נשבע דה"ול כפירת שעבוד קרקעות כיון שהעדים מעידין שעדיין חייב לו ואם בטוען לה"דמ והעדים מעידים שלוה מנה ופרע מחצה אמאי פטור הא כיון דאמר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכו' אלא כיון שזה טוען שהלוה בפני פלו' ביום פלו' והלה טוען להד"מ והעדים מעידין שלוה ן' עיי"ש ואפ' לומר לדברי רש"י דס"ל דהא דאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ה"ד כשעומ' בטענתו לא לויתי אבל אם חזר ואמר כבר פרעתי קודם והביא עדים על זה נאמן כמו שהוכיח המבי"ט ח"א סימן י"ז מדכתב הרמב"ם בספ"ז מהלכות טוען המודה בבית דין ואחר כך אמר נזכרתי שפרעתי לו נאמן וכתב המ"מ שהמפ' הק' מדכתב בפי"ד מה' מלוה המוציא שטר חוב וכולי מלוה אומר לא נפרעתי ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שנפרע כולו נשבע הלוה ונותן מחצה ולמה לא יחזור ויאמר נזכרתי שפרעתי הכל והרי העדים מעידי' ותי' לדעת ר' דהתם בעומד על דבריו הא' אבל אם חזר ואמר נזכרתי הרי זה יכול לטעון כיון שהעדים מסייעי' אותו ע"ש וא"כ א"ל דהכא מיירי בטוען להד"מ והעדי' מעידי' שלוה מנה ופרע מחצה וחזר ואמ' נזכרתי שפרעתי מחצה נאמן

כיון שהעדים מסייעין אותו ואין צריך לישבע ועוד אפשר דמיירי בטוען אין לך בידי שפרעתיך והעדים מעידים שפרע ן' ועדיין חייב ן' וסובר רש"י דאם ליכא עדים שפרע היה נשבע דאף על גב דהעדים מעידים שעדיין חייב לו לא הוי כשעבוד קרקעות כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי דר"ח וז"ל אבל השתא דתקון רבנן דמלוה על פה אינה גובה מן הלקוחות וכו' אין כאן שעבו' קרקעות עיין שם וכ"כ התוספות בב"מ דף ד' ע"ב בד"ה אין נשבעין וכולי וז"ל אבל לר"י דאמר בפרק שבועת הפקדון כופר בממון שיש עליו עדי' חייב עליו קרבן שיש עליו שטר פטור משום דכופר שעבוד קרקעות דבעדים לא חשיב כופר שעבוד קרקעות אף על גב דסבר ר"י שעבוד' דאורייי' היינו משום כיון שהפקיעו חכמי' השעבוד במלוה על פה משום פסידא לקוחות חשיב כאלו מחל השעבוד עכ"ל הרי דבעדי' כיון דתקנו חכמי' שלא לטרוף מן הלקוחות לא חשיב שעבוד קרקעות וחייב קרבן על כפירתו מן התורה ואם כן ה"ה הכא אפילו העדי' מעידי' שלא פרעו לא חשיב שעבוד קרקעות והוי כמודה במקצת דחייב שבו' דאורייתא וכן כתב הריטב"א בחי' שם וכן משמע לשון הרמב"ם ספ"ד מהלכות טוען דמיירי שהעדי' מעידין שעדיין חייב לו ולא פרעו ע"ש וע' בחידושי הרמ"בן בשבועו' ד' ל"ז ע"ב שכ' בשם אחרים דבעדים אע"ג דאי' שעבוד קרקעו' איכא נמי שעבוד מטלטלין ומחייב אבל שטר משום קרקעות הוא דכת' ואפ' שכן סובר רש"י דאפילו העידו העדי' שלא פרעו דאיכא שעבו' קרקעו' כיון דאי' נמי שעבוד מטלטלין חייב שבו' דאורייי' וה"נ אם שעבד בשט' בפי' מטלטלי אגב מקרקעי חייב שבו' דאורייתא משא"כ סתם שטר שלא כתבו אלא משום קרקעות

ז' הגה דהשטר הוי כהילך וכו' ראובן חייב מנה לשמ' לשלם בר"ח ניסן ושמעון חייב לראובן ן' בר"ח תמוז ותבע שמעון את ראובן בר"ח ניסן שישלם לו המנה שחייב לו וכפר ראובן בן' והודה בן' ופסקו לו ב"ד שבו' כדין מודה במקצת ולא השביע שמעון את ראובן עד ר"ח תמוז שהגיע זמן תשלומין של ן' שחייב שמעון לראובן ה' בית יעקב כתב שי"ל דאם חייב בשטר הוי למפרע כופר בכל דשטר חשיב הילך אבל בע"פ לא ע"ש אבל ק' שהרי מפורש בסמ"ע דמיירי שנותן לו שטר בשעת הודאה א"כ נ"ד אף בשטר לא הוי למפרע כופר בכל כיון שלא נתן לו מיד בפני בי"ד בשעת הטענה ולא הגיע הזמן עדיין עש"ב ובהסמ"ע סימן פ"ז סק"י מבואר דאם היה כבר ביד המלוה שטר ודאי דחשיב הילך כמבואר בפ"ק דמציעא אלא הטור ומור"ם ס"ל דה"ה אם תבעו בע"פ מנה וזה הודה במקצת ומסר לו מיד שטר באחריות ג"כ הוי הילך והחולקים ס"ל דדוקא שטר דהיה כבר ביד המלוה דעיקר סמיכות מתחי' עליו גם עתה סומך עליו וחשיב הילך מה שא"כ זה שבא ליתן לו עכשיו משכון או שטר שלא היה סומך עליו מתחי' ע"ש אם כן ה"נ אם

היה ביד ראובן על שמעון שטר שחייב לו ן' אפי' לא הגיע זמנו בשעת הודאתו לשמעון על ן' הוי הילך:

ח' ועדים מעדים שראו בידו וכו' כ' הרשב"א בתשו' חלק ג' סי' ן' וז"ל ועוד אמר משם מקצת מן החכמים דההיא דר"ח ליתא אלא דוקא במלוה אבל בפקדון ליתא משום דבפקדון א"ל מה להצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן תאמר בעדים שהוחזק כפרן דברים אלו לא שמענום מעולם ודברי תימא הם לפי שכבר קי"ל מק"ו שאין הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים והעדאת עדי' במקצת כהודאת פיו דמקצת וכיון שכן אף בכל מקום נאמר כן ובפקדון היכא דלא הוחזק כפרן דינו כמלוה ונשבע מדין הק"ו והיכא דהוחזק כפרן וכגון דאתו עדים ואמרו שבההיא שעתא איתי' לפקדון גביה הוה ליה נמי לאשתבועי מדר"ח אלא דלא אפ' למשתבע דחשוד הוא והו"ל מחויב שבוע' ואינו יכול לישבע ושכנגדו נשבע ונוטל וכולי ע"ש ועיין בספר א"ז למציעא ד"ד שהרמ"ה ס"ל הכי בפקדון ע"י העדאת עדים הוחזק כפרן ולא מחייב שבו' וגבי ההוא רעיא דאמרי' שכנגדו נשבע ונוטל ש"ה דלא הוחזק כפרן ע"י העדאת עדים שמעידים שאכל תרי מינייהו וכיון דאכל הוו גביה כמלוה וא"ל דאשתמוטי הוא דקא משתמיט עד הו"ל זוזי ולא הוחזק כפרן בעדותם שהעידו שכפר וכו' ע"ש ולפ"ז נראה בפקדון מעות לא הוחזק כפרן ע"פ עדות העדים בהודאתו דא"ל דמה שכפר אשתמוטי הוא דקא מישתמיט עד הו"ל זוזי משלם דאי בעי והוי כמלוה ע"פ והרא"ש בתשו' שהביא הב"י אזיל לשיטתיה שדחה שם דברי הרמ"ה וכתב וז"ל אלא הכי פי' שכן הוחזק כפרן לכן אין להטיל עליו שבו' וכו' נהי שלא הוחזק כפרן על ידי העדאת העדים מכל מקום נעשה גזלן ופסול בעדות' ואין לחייבו שבו' כלל בעדותם כי ישבע על השקר וכיון דמדאורייי' לא מחייב שבו' גם שכנגדו לא ישבע מדרבנן עכ"ל ונר' פשוט דהיינו למאי דלא קי"ל השתא בהעדא' עדים במקצת כהודאת פיו במקצת אבל למסקנא דהעדא' עדים במקצת מחייבו שבו' ה"נ כופר בפקדון דחייב שבו' מדאורייתא ע"פ העדים כיון שנעשה חשוד שכנגדו נשב' ונוטל וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ע"ט ע"ש:

ט' כשנתבע מאתם וכו' כתב הסמ"ע אבל אם לא ראו בידו בשעה שכפר בב"ד אפילו ראו בידו קודם לכן לא הוחזק כפרן שמא נאבד ממנו ומשתמיט עד שימצאנו לכן נשבע שבו' התורה ונפטר כמו במלוה ודוקא כשהפקיד בידו חפצים או מעות שלא להשביחן בעי' עתה בידו אבל אם נתן בידו מעות להתעסק בהם להשביחן הוחזק כפרן אפילו לא ראו עתה בידו וכו' ע"ש ונרא' דאפי' הפקיד בידו מעות שלא להשביחן שהרי כתב הט"ז והש"ך בסימן ע"ג ס"ק ט' דוקא במעות פקדון צרורים וחתומים הוו כחפץ ולא

שייך לשון מחי' אבל בלא"ה כיון שיכול להשתמש בהם ואפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציאן אין צריך להחזיר המעות בעצמם אלא יכול ליתן מעות אחרים ואם כן דמו להלואה ושייך ל' מחי' ע"ש:

י דין ה' אבל אם נתחייב במקצת וכו' כ' הסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק ט"ז כגון שטען איני חייב לך כי זה היה כך והב"ד אין מאמיני' לו שהיה כך וחייבוהו במקצת או כעני' שכ' הרש"בא בתשו' אם נתתי עבורך רבי' ע"ש והש"ך חלק עליו דאם נתחייב ע"פ ב"ד אע"פ שלא הודה בכלו' חייב שבוע' התורה כי לא גרע חיוב ע"פ ב"ד מהעדאת עדים וכו' והרש"בא בתשו' שכ' בעני' נתתי עבו' רבית דלא חשיב מודה במקצת נ"ל שהמעשה היה שראובן תבע לשמעון שהלוהו מנה והשיב שמעו' על הכל להד"מ ועוד שאתה חייב לי ן' שנתתי עבורך רבית ובא עד אחד שהלוהו ן' והשיב על הן' פרעתיך בענין דהוי מחוייב שבו' ואיל"מ וכו' עש"ב והרואה תשו' הרשב"א בח"ג סי' מ"ה יראה כמבו' דאין המעשה כן אלא אפי' נתחייב במקצת דהוי רבית קצוצה לא הוי מודה במקצת ואינו חייב שבו' דאריי' עש"ב.

י"א דין ו' אבל נשבע היסת עיין בתשו' בשמים ראש סי' כ"ו

י"ב דין ז' מנה לי בידך אין לך בידי כלום וכו' וכן אם אמר לו נתחייבת לי בדין מנה והלוה אומר להד"מ ישבע היסת ואם אמר שלא חייבוני בית דין אלא כך הוי מודה במקצת וישבע שבו' דאוריי' המבי"ט סי' שי"ח ועיין בס' בני חיי סי' פ"ז

י"ג או שטוען יש לי בידך כסות וכו' כ' הגהו' מרדכי פ"ק דמציעא הביאו מר"ן הב"י דאמרי' בירושלמי בפ' שבועת הדייני' שאחד חטף בגד מחבירו בעד מה שחייב לו וחייבו שמואל להחזיר הבגד וידון עמו על החוב וק' דתני בתוספתא וכ"ו וי"ל דה"פ במנה כסות שמכרתי לך כסות או פירות במנה דהיינו מנה כנגד מנה ושייך בהו מגו דלא הד"מ אבל בשאר דברים איני יכול לתפוס וכו' וא"ל מהנהו עזי דאכלי חושלא בפ' ח"ה ובהמקבל שא"ה עזי דאכלי חוש' הוא גופו פטמן מחושלא והוו העזי כמו החושלא אבל בשאר דברים אין אדם יכול לעכב משל חבירו זה תחת זה וכן פי' רש"י גבי נזקקין לתובע תחילה בפ' הפרה וכו' ע"ש אבל ראב"ן בס' ד' ע"ו וז"ל שאלני חתני שמואל הא דאמר ר"נ מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחילה ופי' רש"י כגון שטען ראובן לשמעו' מנה לי בידך ושמעו' השיבו תפסת משלי יותר החזירו לי ואתן לך מנה בתחילה נזקקי' לטענ' ראובן להוציא לו מנה משמעו' וכו' וק"ל למה לא נאמן הנת' לומר תפסת משלי ולהכי אני מעכב המנה מה אם ירצה לומר להד"מ דמ"ל אין לך בידי כלום כי אמר נמי יש לך בידי ואני מערבו על מה שתפסת משלי יהיה נאמן בשב' דאמרי' בהנהו עזי וכו' והשבתי

לו דע לך כי דברי רבי' כנים ונכוחים ואין דבריך נכוני' ודברי שניהם מתקיימים כי מ"ש הוא דמוציא' מן הנתב' תחילה לאו מוציאין ממש אלא דני' להוצי' וכגון שיש לתוב' שטר על המנה שאין הנתב' יכול לכפור ולכן צריך מיד לתת לו מנה ואחר כך פותחים על התפיס' שאם מודה כן התובע אומרים לו השב או שלם ואם כופר משביעין אותו אבל הנתבע לא ישבע דכיון דאית שטר להתובע על המנה ל"מ הנתבע לכפור וכו' דל"ד לתפיסה דעזי דיכול לטעון לקוחים ואיכא מגו אבל אם אין שטר להתובע על המנה מגו דמצי טעין הנתבע אין לך בידי כלום כי טעין נמי יש לך בידי ואני תופסו כ"וכ שתפסתי משלי נאמן בשבו' כדין הנהו עזי וכו' עכ"ל הרי דס"ל דנאמן הנתבע לומר תפסת משלי ולכך אני מעכב המנה במגו דלהד"מ כדין הנהו עזי וכולי ורש"י במלוה בשטר מיירי דליכא מגו וכן כתב עוד ראב"ן סימן ק"ט וז"ל ואפשר כדברי ראובן שטוען שעיכב שמעון השלישות כדין עשה דקי"ל כר"נ דאמר עביד איניש דינא לנפשיה ואמרי' בפרק בתרא דכתובות המוציא ש"ח על חבירו ולא הוציא שמכר לו את השדה וכו' באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כ"ע ל"פ דודאי יכול לומר לו אלו הייתי חייב לך למה לא עכבת הזוזי שלי כשנתתי לך על השדה וכו' ואם לחשך אדם לו' ה"מ דמצי תפיס היכא דבתורת משא ומתן בא לידו אבל אם בתורת שלישות בא לידו הוי כשולח יד בפקדון איברא אפילו בשלישו' נמי כדאמרי' בכתובו' בפ' מי שהיה נשוי ההיא איתתא דאפקידו גבה מלונה דשטרי וכו' עיי"ש הרי דאפילו באו לידו בשלישות יכול לעכבם בחובו ולא הוי כשולח יד בפקדון ומה שחי' הגמ' דשאני הנהו עזי דאכלי חושלא דהוא גופו פטמן מחושלא והוו העזי כמו החושלא ק' דבס"פ המקבל אמרינן ההוא גברא דקבל סכינא דאשכבתא מחבריה אתא לקמיה דאביי א"ל זיל אהדריה וכו' ופרי' מאי שנא מהנהו עזי דאכלי חושלא וכו':

י"ד אבל אתה מחלתו וכולי לכאורה נראה דכמו דבחלוקת יש לי בידך כנגדו נאמן מטעם מגו דלא היו דברים מעולם ה"ה מחלתו או נתתו לי ואפ' דשאני יש לי בידך כנגדו שהוא מודה שעתה חייב המנה אלא שטוען יש לי בידך כנגדו אבל אתה מחלתו לי הוי כאין לך בידי כלום דטוען עתה אין חייב לו כלום הכנה"ג הגב"י אות כ"ו ע"ש ומהרימ"ט ח"א סי' ס"ב ובח"מ סי' מ' הוכיח דאינו נאמן בלא מגו מדאינו נאמן מחלת כמלוה בתוך הזמן דאם לא כן יהיה נאמן לומר פרעתי במגו דמחלת ועוד דאמאי גובה מן היתומי' ולא טעני' להו טענת מחי' עיין שם וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סימן ש"ו על הרמב"ם שכתב בה' אישות המוחלת כתובה אין צריך לא קנין ולא עדים וכו' כי י"א הבעל נאמן בשבו' שמחלה וי"א שאינו נאמן וכו' תשו' לדברי האומר שהבעל נאמן בשבו' דברים בטלים הם

ואצ"ל כששטר כתובה יוצא מתחת ידה שאין אדם נאמן במלוה בשטר פרעתי ומחלת לי ואפי' לאחר שהגיע זמן הפירעון דאדרבה א"ל שטרך בידי מ"ב ואפי' שטר הפקדון אינו נאמן אלא משום מגו דבעי למימ' נאנסו ובשבו' חמורה בנק"ח וכדאיתא בפרק המוכר את הבית וכ"ש זו שהיה בתוך זמן וכל שהוא תוך זמן חזקה אין עשוי לפרוע וכן אין עשוי למחול אדם חובו שא"כ הקובע זמן לחבירו ומת תוך זמן נטעון ליתומים שמא מחל דהא טעני' ליתומים מאי דמצי טעין אבוהון ואלו בר"פ דב"ב איפסי' הילכתא כר"ל דאמר אין אדם עשוי לפרוע תוך זמן וגובה אפילו מיתמי ומן הטעם הזה נמי אינו נאמן אפי' כשאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אלא אם כן נפל שהרי אפילו במלוה על פה אמר ר"ל וזה ברור וכו' ואף הרמב"ם לא אמר האומר לאשתו מחלת לי כתוב' אלא המוחל' כתובה ולומר שאע"פ שמחלה בע"פ בלא קנין ובלא עדים כיון שהיא מודה בכך מקילת' קיימת וכו' ע"ש הרי שהכריח כן דאינו נאמן לומר מחלת דאם כן הקובע זמן לחבירו ומת תוך הזמן נטעון ליתומים מחל' וכולי: מיהו אפשר דהרשב"א משום דס"ל דטוענין ליורשים כל מה שאביהם יכול לטעון אפילו טענה דלא שכיחא כמ"ש הרשב"א הביאו מהרשד"ם סי' קצ"ח דטוענין להם נאנסו והוכיח עוד שם דהכי ס"ל עיין שם באורך וכן כתב בתשו' הביאו הכנה"ג סימן ר"ץ אות קי"א עיין שם וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"ג סימן שס"ט ובתשו' ח"ד סימי רמ"ט עיין שם ואם כן היה אביהם נאמן לומר מחלת לי ה"נ טוענים ליורשים אבל אנן קיימא לן דטענא דלא שכיחא לא טעני' ליורשים כמו שפס' מרן בסימן ס"ד דאם טענו היורשי' על שטר שמוציאים ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה ולקחו במשכון טענתם טענה אבל אנן לא טעני' ליתמי וכתב הסמ"ע משום דלא שכיח ליקח משכון בזה דאי גופו ממון וכל טענה דלא שכיחא לא טעני' להו ע"ש בש"ך הרי דאין טוענין ליורשים טענה דלא שכיחא וכן פ' רמ"א בסימן ע"ח עיין שם בש"ך סקי"ו וכן תפס הרשב"ץ בתשו' חלק א' סימן נ"ב ע"ש וכן דעת האחרונים וכן כתב הרב בתי כהונה חלק ב' סימן ל"ו דהכי נקיטינן עיין שם ואם כן א"ל דמחילה לא שכיחא ונהי דאם טען הוא כן נאמן מכל מקום לא טענינן ליורשים טענה זו דמחילה דלא שכיחא ומהאי טעמא אם טען פרעתי בתוך הזמן אינו נאמן במגו דמחלת לי דלא אמרי' מגו דטענה דלא שכיחא כמ"ש ר' שמשון והרא"ש בפרק קמא דכתובות גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' הרשב"א בתשו' חלק שלישי סימן שס"ט שכתב דאמרינן מגו אפי' מטענה דלא שכיחא כבר כתבתי בסימן פ"ב בדיני מגו דאפ' דה"ד דומיא דהתם משום דבטענת החזרתי הוי העזה נגד חבירו שטוען בריא ואם היה משקר היה טוען נאנסו דהוי בריא ושמא וליכא העזה אבל בעלמא דגם בטענת המגו הוי בריא ובריא מודה הרשב"א

דלא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא וכן חי' הדרישה בסי' ק"ח והסמ"ע שם סקי"ז עיין שם ואם כן א"ל דה"נ טענת מחילה לא שכיחא ואם טען אותה נאמן אבל אם טען פרעתי אין להאמינו במגו דמחילה דלא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא וכן ראיתי להרב כנסת הגדולה בסימן ע"א הגה"ט אות כ"ב שדחה כן דברי מהרימ"ט דנהי דאם טען מחלת נאמן מכל מקום אינו נאמן בטענת פרעתי דמגו דמחלת דטענת מחילה גרועה היא ואם טען כן מהניא אבל לענין מגו לא מהניא ומהאי טעמא לא טענינן ליורשים טענת מחילה דמלתא דלא שכיחא לא טעני' ליורשים וכן חי' מהראנ"ח חלק א' סימן כ"א עיין שם וכן נראה מדברי מהר"ם אלשיך סימן י"ז שכתב וז"ל ול"ל וכו' דטעני' ליורשים מאי דהוה מצי טעין אחתיה ואיהי אי אמרת בחייה שמחל לה מהימנא ה"נ דטעני' ליה דלאו מילתא היא דלא אמרי' הכי אלא על טענת פירעון אבל טענת מחילה לא טעני' דאלת"ה מלוה ע"פ דגביה מיתמי כשהיא תוך זמן הפירעון היכי וכו' ע"ש משמע דהוא מהימן אבל לא טעני' ליורשים ונ"ל ראיה מדברי התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' וז"ל אבל בממון טענינ' מזויף לנפרע שלא בפניו ומיתומי' ומלקוחו' דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה שיוכל לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפילו לא טעני' להו מזויף טעני' להו פרוע כיון שהוא יכול לומר פרוע מגו דא"ב אמר מזויף וכו' וכתב מהר"ם דנ"מ במקום שאין יכול לטעון פרעתי כגון שמת בתוך זמן השטר עיין שם וא"א אפילו בתוך זמן יכול לטעון מחלת לי במגו דמזויף וה"נ טעני' ליורשים אלא ודאי דלא טעני' ליורשי' טענת מחילה דלא שכיחא כמו דלא טעני' להו מזייף מיהו קמיית' ק' דאכתי יהא נאמן בתוך זמן לומ' פרעתי במגו דמחלת ומ"ש מהראנ"ח והכנה"ג אף על גב דאם טען מחלת נאמן לענין המגו לא מהניא זה הפך התוספות דהא טענת מזויף ונאנסו לא שכיח ואפילו הכי מהנו לענין המגו דנאמן לומ' פרעתי והחזרתי במגו דמזויף ונאנסו ע"ש וכ"כ התוספ' בכתובות דף ק"ט ע"ב גבי עשאה סימן לאחר בד"ה אם וכולי דאם טען חזרתי ולקחתי נאמן במגו דמזויף וה"נ טוענ' ליורשים חזר ולקחה במגו דמזויף אף על גב דאין טוענ' להם מזויף ע"ש וה"נ דכוותא אף ע"ג דמחילה לא שכיחא מהניא לענין מגו דנאמן לומר פרעתי במגו דמחלת מיהו מהראנ"ח שם דחה עוד דאפשר דכי היכי לא שכיח לפרוע תוך זמן ה"נ לא שכיח למחול שאינו עשוי למחול אלא בשעת קביעות הזמן ואפ' נמי דמחילה קודם שיגיע הזמן לא מהניא דכיון שאינו יכול לתבוע אותו הוי כדשב"ל ע"ש אלא שכתב אבל מצאתי להרמב"ם שכ' בפ' כ"ב מה' מלוה ומשביעין את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ואחר כך מורידים אותו לנכסי הלוקח אלמא טוענ' ללוקח שמא מחל וכ"כ בפ"יו מה' אישות התקינו שלא תגבה עד שתשבע בנק"ח

שלא הניח אצלה כלום ולא מכרה לו כתובה ולא מחלה אותה אם לא שנחלק ולומר שלא אמר ה' אלא לענין שבועה שמשביעין אפילו מספק אבל לענין פטור לא מהניא הך טענה אלא בטוען בריא וזה אינו נר' כלל ע"ש ובאמת שהר""אש ריש בתרא כתב וז"ל ולהכי נמי אמרינן טעמא משום צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבו' ולא לענין לדחות הפירעון עד שיגדלו וכו' דמילתא דלא שכיח' היא ע"ש אלמא טענת פירעון מהניא לענין שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו וכ"ש לדחות הפירעון לגמרי וה"נ טענת מחילה דלא שכיחא מהניא לענין שבוע' ולא לדחות הפירעון לפטור לגמרי וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' דשיכי' לס' משפטים סימן ן' דבקל רמיא שבו' ע"ש וה' חלקת מחוקק בסי' צ"ו ס"ק י"א, אף על גב דהכתובה עדיין בידה וא"א דמכרה או מחלה היה לה ליתן הכתו' לידו מכל מקום מדין גלגול נגעו בה וכו' ע"ש וכן כת' הרא"ש בתשו' הביאה מהריב"ל ח"ג סי' כ"ו דעיק' שבו אלמנה לא נתקנה אלא משום חששא דפירעון דהוי מלת' דשכיחא אבל משום מחילה דלא שכיחא לא נתקנה אלא שמגלגלין עליו בשבו' גם על המחיל' ואי ליכא חשש פירעון אין להשביעה שמא מחלה ע"ש ונראה דגם הרמב"ם בה' מלוה שכתב דמשביעין את הטורף שלא נפרע חוב זה או לא מחלה וכו' עיקר השבו' על הפירעון אלא שמגלגלין עליו גם על המחילה וכן כתב הטור בסימן קי"ד וז"ל ומשביעין המלוה בנק"ח שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו לאחר ולא מחלו עיי"ש וז"ל בעה"ת שער ג' ח"ו סימן י"ג נשבע המלוה שלא נפרע חוב זה ושלא מכרו לאחר ושלא מחלו והר"י הברצלוני הוסיף שישבע שאין שטרו אמנה מפני חשש קנוניא ומן הדומה בשבו' שנשבע לו שאינו פרוע מגלגלין עליו כל זה וכו' עכ"ל משמע דעיקר השבו' על הפירעון אבל שלא מחלו ושלא מכרו ולא שטר אמנה הכל מדין גלגול אבל מרן בסימן קי"ד כתב ומשביעין את הטורף שלא נפרע ושלא מכרו לאחר ושלא מחלו לאו מדין גלגול אלא דוקא טענת אמנה וכן נראה קצת מל' בעה"ת שכ' שלא מחלו תחלה והכא נמי אלמנה שמשביעין אותה שלא מחלה לאו מדין גלגול אך ק' ממ"ש מרן בסי' פ"ב סי"א אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשטר יש מי שאומר שדינו כמו שטוען פרעתי ויש מי שאומר שדינו כמו שטוען אמנה או רבית הוא עיי"ש דסברא זו היא דעת בעל העיטור ובעה"ת והרשב"א כמבו' בב"י שם וכן נר' דעת הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה וכמ"ש מהרימ"ט סימן קכ"א ומהר"ש צרור סימן י"ד ע"ש ואם כן ה"נ אלמנה וטורף מהלקוחו' אין צריך לישבע שלא מחלו אלא מדין גלגול כמו בטענת אמנה וכן פסק מרן שם דאם הוא בתוך זמן טורף בלא שבו' וא"א ניחוש למחילה אע"כ דמחילה לא שכיחא ואין משביעין עליו אלא מגלגול הפירעון

וכ"ז דלא חיישי לפירעון לא חיישינן למחילה ולפי מ"ש מהראנ"ח דמחילה בתוך זמנו לא מהניא ניחא אבל מדברי מהר"י ן' מיגש בספ' א"ז לכתובות גבי האומר שטר אמנה וכו' שכתב דאם אמר פרוע הוא נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה וה"ד לאחר זמנו אבל אם זמן השטר עדיין כיון דקיימא לן לא עביד איניש דפרע בגו זמניה לא מהימנא ליה ע"ש מבואר דס"ל דיכול למחול בתוך זמן אבל לא ראה הר' מ"ש הרמב"ם בפי"ב ובפי"ח מה' אישות וז"ל אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות שמא מחלה כתובתה או מרדה או משכנה אותה אף ע"פ שלא טען יורש אנו טעני' ליה וכו' וכ"כ שם בפי"ט דין י"ב אם אין שם שטר כתובה אין לבנים כתובת אמן ולא לבנות מזונות שמא מחלה אמן כתובתה וכ"כ המ"מ שם בפ"יו דין כ"א דהבעל יכול לטעון פרעתי או מחלה לי וידוע דלעולם טועני' ליורש ע"ש וה' מגילת ספר ד' ל"ג ע"ד פי' כוונתו במילת לעולם דאפילו תבעה ביום מיתת הבעל דליכא למיחש לפירעון דהא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים אפילו הכי טוענים ליורש דמחלו לו שעה אחת קודם עיין שם ול"נ כוונתו דאף על גב דטענת מחילה דלא שכיחא לעולם טועני' ליורש אפילו מלתא דלא שכיחא וכה"ג דקדק הרדב"ז ח"ג סימן תצ"ט ממ"ש הרמב"ם בפי"ז דשלוחין דלעולם טועני' ליורש דס"ל דטעני' להו טענת אונס עיין שם ומעתה תמהני על הרשב"א בתשו' שכ' לעיל שכתב לדעת הרמב"ם דס"ל דאינו נאמן בטענת מחילה אפילו כשאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה שהרי כתב הרמב"ם להדיא דאם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות שמא מחלה כתובתה וטוענים ליורשים כן וכן אין הבנים יורשים כתובת אמן ולא לבנות מזונות אם אין שטר כתובה יוצא מתחת ידה שמא מחלה אמן כתובתה כאמור: מיהו אפ' דה"ד התם כיון דאין כתובת' בידה רגלים לדבר שפרעה או מחלה לו כמ"ש הרמב"ן במלחמות בפ"ק דמציעא והר"ן בס' פרק הכותב דאע"ג דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אפ"ה במקום שכותבי' אינה גובה מה"ט דמוכח שפרעה והחזירה לו כתובת' והורה ליה כח מעשה ב"ד ע"ש אלמא אע"ג דאינו נאמן לומר פרעתי נגד מעשה ב"ד אי איכא ריעותא נאמן וה"ה לטענת מחילה אף דגרועה היא ועוד אפ' דה"ד גבי אשה לבעלה כדאמרי' בקמא ד' פ"ט לגבי בעל ודאי מחלה ליה ע"ש אבל בעלמא מודה הרמב"ם דאין אדם עשוי למחו' חובו ועי' במהרלנ"ח סס"י ק"ט שכ' דהרמב"ם ס"ל דאם טען הלוה טענת מחיל' ואמר השבע לי חייב בעל השטר לישבע כמו בטענת פרעתי והביא ראיה מדבריו הנז' עש"ב ולפי מ"ש אין ראיה דא"ל דדוקא אשה לגבי בעלה מחלה ושוב מצאתי כן להרדב"ז בל' הרמב"ם סי' ע"ו וז"ל טעמו של רבי' דבשלמא מלוה שבאה בשטר שבידו אין משביעי' אותו אלא שלא נפרע כיון דמחילה או מכירה ללוה

לא שכיחא לא טעני' ליורשי' מלתא דלא שכיחא אבל לגבי אשה לבעלה מחילה ומכירה שכיחא וכו' ע"ש אך ק' על ה' שהוא עצמו בתשו' ח"ג סי' תצ"ט דקדק מדברי הרמב"ם שסובר דאפי' מלתא דלא שכיחא טעני' להו אפי' לדחות הפירעו' וכ"ש לענין שבו' דבקל רמיא שבו' ואפי' בטענת מחילה דלא שכיחא הו"ל להשביען דהא פירעון נמי מלתא דל"ש היא לפרוע אדם חובו ולהניח שטר ביד המלוה ואפ"ה טענינן ליורשי' להשביעו כמבואר מדברי הרא"ש ומן התימא על הטור אה"ע סימן צ"ח דס"ל דאם כתובת' בידה א"צ להשביע' דא"א דמחלה לו היתה מחזרת לו הכתובה ע"ש דהא במלוה בשטר טענ' להו להשביע המלוה ומוהרימ"ט בח"מ סימן קכ"א הביא תשו' הרא"ש דס"ל דטענת מחילה לא שכיחא ולא טעני' לה וכ' דהרמב"ם אינו חולק דהתם כיון דליכא שטר כתובה והוי ריעותא וטעי' טענת מחילה וכן כתב הרשב"ש בסי' תקל"ז הטעם דרגלים לדבר דא"א דלא מחלה למה אבדה כתובתה ע"ש ולפי מ"ש א"צ דהרמב"ם ס"ל דאפי' טענה דלא שכיחה טעני' ליורשי' אבל הרא"ש אזיל לטעמיה דס"ל דלא טעני' להו טענה דלא שכיחא וה"נ טענת מחילה ל"ש ועי' להרדב"ז בתשו' ח"א סי' ע' דמשמע דס"ל דאפי' באשה שאין לה כתובה לא טעני' ליורשי' טענת מחילה וזה הפך דברי הרמב"ם ע"ש ועי' בתשו' ב"ח סי' ל"ו שכ' דאפי' אין לו מגו דפרעתי כגון שהעידו עדים שלא זזה ידם ואפ"ה יש לה מגו דא"ב אמר מחלת לי ע"ש:

ומ"מ דעת הרדב"ז והר' כנה"ג דמחילה ללוה לא שכיחא ולא טעני' ליורשי' אבל אם טען הלוה עצמו נאמן וכה"ג כ' התוס' בפ' א"נ ד' ע' בד"ה אתה וכו' דמתנה לא שכיח' ולא טעני ליורשים אע"פ שאביהם היה נאמן ע"ש מיהו ק"ק דהא קי"ל בסי' נ"ח דנאמן לומ' דפירעון של חוב אחר הוא במגו שיכול לו' במתנה נתנם:

עוד כ' מהראנ"ח שם שכ"נ מדברי הרמב"ם ברפ"ז מה' טוען דנאמן בטענת מחילה בלא מגו שכ' הטוען מטלטלי' על חבירו וכפר בכל ואמר להד"מ וכו' או שאמר אמת שהיה לך אצלי אבל מחלתו לי או נתתו לי או מכרתו או החזרתיו לך וכי' ישבע היסת ויפטר משמע דטענת מחילה מועלת בפ"ע אפי' בלא מגו כמו טענת פרעתי והחזרתי והש"ך כ' ולא ירדתי לסוף דעתו שהרי הרמב"ם נקט נמי נתתו לי או מכרתו ובכה"ג פשיטא דאינו נאמן בלא מגו ע"ש וכבר כ' מהראנ"ח עצמו בח"ב סימן ג' שדעת המרדכי שלא הזכיר הרמב"ם טענת מחילה בכלל שאר הטענות מפני שהיא מועלת בפ"ע אלא לפי שטענת פרעתי והחזרתי מועלת יכול לטעון טענת מחילה ג"כ משום מגו וכ"נ לכאורה דטענה שחייבת לי ממ"א לא מהניא אלא במגו דטענה אחרת אבל פשט דברי הרמב"ם נר' דטענת מחילה לבדה בלא מגו פוטרת ע"ש ונר' דבטענת יש לי כנגדם ודאי אינו נאמן

בה אלא במגו שהרי כ' הרמב"ם בפ"ד מה' טוען דין ח' מנה לי בידך והרי ע"א מעיד עליו והנטען אומר כן הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה ה"ז מחוייב שבו' ואינו יכול לישבע ומשלם וכו' וכ' המ"מ דא"א לומר כגון שאין זה העד יודע אם לאו דא"כ ודאי דנאמן לומר יש לי בידך כנגדם דהא אפי' בב' מעידים שהלוה ואינם יודעים אם פרעו נאמן לומר יש לי בידך כנגדם מגו דא"ב אמר פרעתי אלא כשעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה ידו מתוך ידו וב' המעידים שעדיין המנה בידו ודאי אינו נאמן לומ' יש לי בידך כנגדם דהא ליכא מגו דפרעתי ולכך בע"א כיון שאינו יכול לישבע משלם וכן פסק מרן ומור"ם לקמן סי"ג ע"ש הרי דטענת יש לי בידך כנגדם אינו נאמן עליה אלא במגו דפרעתי אבל אם יש עדים או שטר שלא פרעו אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדם ועי' בהש"ך סי' ע"ז ס"ק י"ד ומרש"ך ח"א סי' כ"א הביא ראיה מדברי התוס' ר"פ הפרה בד"ה שאין וכו' ובכתבי מהרא"י סי' פ"ד ע"ש אבל בטענת נתתו לי או מכרתו לי הש"ך כ' דלא מהני בלא מגו וכ"כ מהראנ"ח עצמו ח"ב סי' יו"ד דאינו נאמן לומ' לשם מתנה אי איכא ראיה דליכא מגו דהחזרתי ע"ש ולכא' ק' שהרי כ' הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה דין ט' וז"ל אבל אם ראהו נותן לו מעות ולא ידעי אם הוא בתורת פירעון או בתורת פקדון או בתורת מתנה אם אמר פרעון של חוב אחר הוא ה"ז נאמן מתוך שיכול לומ' מתנה נתנם לי וכו' ע"ש במ"מ משמע דנאמן לומ' נתתו לי אע"ג דליכא מגו דלהד"מ דאיכא עדים שראוהו נותן לו מעות וכ"ת התם נמי איכא מגו דיכול לומ' בפקדון נתנם לי והחזירם א"כ כיון דאינו נאמן בטענת מתנה אלא במגו דפקדון הול"ל זה המגו דאם אמר פירעון של חוב אחר הוא נאמן מתוך שיכול לומר בפקדון נתנם לי והחזירם וכה"ג דקדק הסמ"ע סי' שפ"ב סק"ד ע"ש מיהו הרמב"ם בפי"א מה' שכירו' כ' הנותן טליתו לאומן אומן אומר ב' קצצת לי והלה אומר לא קצצת אלא א' כל זמן שהטלית ביד האומן והוא שיכול לטעון לקוח הוא בידי הרי האומן נשבע וכו' וכ"כ הטור ומרן סי' פ"ט ע"ש בסמ"ע הרי אע"ג דאינו נאמן לומר לקוח הוא בידי אלא במגו דהחזרתי בשלא ראו בידו נקטו מגו דלקוח דהוו תרי מגו וכן בב"ב ד' קל"ד גבי מ"ט האומר זה בני וכו' ע"ש ברשב"ם ובב"ב ד' קכ"ח גבי האומר לחבירו עבדי גנבת וכו' כ' רשב"ם וז"ל אתה נתתו לי במתנה ונאמן הוא בטענה תו ואע"ג דאמרו בפ' ח"ה הגודרות אין להם חזקה ה"מ לאלתר וכו' או בעבד שלא ראה אותו בעדים זה המערער בביתו של זה עכ"ל ונר' דס"ל דאפי' לאלתר דבחזקת מריה קמא קאי אם יש עדים שהוא בביתו נאמן לומר נתתו לי במגו דלהד"מ ולא הוי מגו להוציא וכמו שהוכיח מהר"ש הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א מדתנן ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה

שאסר הוא הפה שהתיר וכ' כל המפרשים אפי' תובעו אלמא אע"ג דקרקע בחזקת מרא קמא ואין זה גובה בקרקע אלא מכח מגו אמרי' מגו להוציא כיון דעיקר החיוב על פיו דהוי במגו דא"ב שתיק ע"ש וה"נ נאמן במגו דלא גנבתי וא"כ משמע דביש לו חזקה אפי' איכא עדים שראהו בביתו דליכא מגו נאמן לומ' מכרתו או נתתו לי וה"ה בשאר מטלטלי' שחזקתן לאלתר ומהרשד"ם סימן ל"ז כ' על שט"ח שכתוב בשם שמעו' וראוב' טוען שהוא שותף עמו בחוב וכו' וז"ל לכאורא נר' שהדין עם יורשי שמעו' מב' טעמים חדא דליכא סהדי דמסהדי על שותפות חוב הנז' אלא חד וכו' טעם ב' דקי"ל דטוענ' ליורשי' כל מה שהיה מורישם יכול לטעו' ליפטר ושמעון בודאי היה יכול לטעון בחייו כבר מחלת או מכרת לי שאר החוב וכו' ע"ש וכן נר' מסקנת מהראנ"ח בח"ב סימן ג' דגם בטענת נתחייב לי כנגדו או נתתו לי או מכרתו לי דנאמן בלא מגו דפשט דברי הרמב"ם דכל הטענות שהזכיר מועילי' בעצמם ע"ש מיהו מדברי הרא"ש בפ' שבוע' הדייני' שכ' וז"ל כדאמר בפ' שבועת העדות מנה נתתי לך והעדים רואי' אותו מבחוץ וכו' וכ"ת ל"ד התם נאמן במגו להחזיק מה שבידו אבל הכא מנו להוציא הוא וכולי ע"ש משמע דאינו נאמן אלא במגו והרא"ש שם הסכים עם הרמב"ן מטעם דמתנה לא שכיחה וגרועה טענת מתנה מטענת שטראי ע"ש וא"כ כמו שאינו נאמן בטענת מחילה דלא שכיחא אלא במגו ה"נ אינו נאמן בטענת מתנה דלא שכיחא אלא במגו: והרב כנה"ג בתשו' סי' כז הק' דמ"מ יהא נאמן בטענת שטראי במיגו דא"ב אמר בפקדון נתנם לי והחזרתי ומ"ל דה"נ בטענת פקדון איכא טעמא דלא עביד איניש דמחזיר מעות המופקדי' אצלו מאחר שהמפקי' חייב לו אבל אין דברי הרא"ש מוכיחי' כן ועי"ל על הר"י הלוי דהי"לל ג"כ במגו דפקדון וא"ל דס"ל דבמגו דמתנה נאמן משום דבב' הטענות א"צ שבו' אבל בפק' אם טען החזרתי צריך שבו' וטענת שטראי א"צ שבוע' עש"ב ואכתי ק"ק על הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה שכ' ואם אמר פירעון של חוב אחר הוא ה"ז נאמן ונשבע וכו' מתוך שיכול לומר מתנה וכו' ולא אמר ג"כ מגו דפקדון וגם מה מביא ראיה מהרי' ן' מיג"ש מההיא דפ' שבו' העדות אימא דהתם נאמן לו' במתנה נתנם לי מגו דפרעתי אבל הכא אם טען מתנה אינו נאמן דליכא מגו דפקדון והחזרתי ולא מגו דלהד"ם כיון דאיכא עדים וכן משמע מדברי הרא"ש דהתם אינו נאמן לטעון מתנה הם אלא במגו וא"כ ע"כ דה"נ איכא מיגו גם לא זכר תשו' רבו מהרי"מט ח"א סי' ק"ה וז"ל וכ"ת יהא נאמן שטראי נינהו במגו דמ"ל בפקדון נתנם לי ונאנסו ל"ד דהתם כיון שראו עדים שנתן לו המלוה מדעתו מסתמא בתורת פירעון וכו' טענה זו אין להאמינו עליה אלא במגו וכו' ע"ש ועי' בס' נתיבות משפט ד' כ"א וז"ל בעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ב ע"ב וכ' ר"י ן' מיגש

דוקא דהני סהדי וכו' אבל אי לא ידעי אי לפקדון אי למת' מגו דא"ב אמר פקדון או מתנה הוו כי אמר שטראי נינהו מהימן וכו' צ"ע דא"ל דלא אמרי' מגו כה"ג סתמא דלא עביד איניש דעביד מתנה וכו' ע"ש הרי דכתב מגו דפקדון: וראיתי להר"אה הובא בש"מ לכתובות ד' חי' שכת' וז"ל לתני מודה ר"י באומר לחבירו מנה הלויתני ומחלת אותו לי ע"מ שאעשה כו"כ וקיימתי תנאי וחובי מחול שהוא נאמן ואם יש עדים שהלוהו על אותו תנאי אינו נאמן לומר שקיים תנאו בלא שבו' ולא מהימן במיגו דיכול לומר פרעתי דהך טענה עדיפא דא"צ להעי' פניו וכו' ע"ש ונר' דס"ל דבאומר לחבירו מנה הלויתני ומחלת אותו לי אפי' יש עדים שהלוהו נאמן לומר מחלת לי במגו דפרעתי אבל באומר מחלת לי על תנאי וקיימתי התנאי נאמן במגו דלה"דם אבל אם יש עדים שהלוהו על תנאי אינו נאמן במגו דפרעתי דלא אמרינן במגו ממעיז לשאינו מעיז להאמינו בלא שבו' מיהו א"ל דה"ד בתנאי דעל המקבל להביא ראיה שקיים תנאו כדלקמן סי' רמ"א ע"ש אבל בטענת מחילה נאמן אפי' ליכא מגו והריט"בא בחי' לשם כ' וז"ל והא דלא קתני באומר כן בתו"ז דהשת' אם יש עדים שלוה אינו נאמן וי"ל דהא נמי פשיטא דלא עביד איניש דפרע בגו זמניה וליכא בסיפא שום רבותא ע"ש וא"א אכתי ליתני באומר לחבירו מנה הלויתני לזמן פ' ומחלת לי בתו"ז נאמן במיגו דלהד""מ ואם יש עדים אינו נאמן דליכא מגו דפרעתי דבתו"ז אינו נאמן אלא ודאי דנאמן בטענת מחילה אפי' דליכא מגו והב"ח בסי' צ"ח גבי אין השטר יוצא מתחת ידו אם החייב מודה כת' דאפילו טען בפירוש שמחל אינו נאמן דליכא מגו דפרעתי עי"ש וכ"נ דעת הסמ"ע שם אבל הט"ז שם כ' דאם טען בפירו' שמחל לו נאמן ומשמע דאפי' בלא מגו ע"ש ובס' שארי' יוסף סי' נ"ה נר' דס"ל דאינו נאמן בטענת מחילה אלא במגו אבל במקום דליכא מגו טוענים ליורשים טענת מחילה עיין שם

עוד ראיתי למהרימ"ט בחא"ה סימן כ"א שכתב וז"ל דטענ' מחיל' טענ' רעה היא שאין אדם עשוי למחול את שלו וא"א בטלת כל חזוקי שטרות דמ"ל מחלת לי וליכא טענת שטרך בידי מ"ב ועוד אפילו טענת פרעתי תועיל למלוה בשטר במגו דמחלת כי היכי דאמרינן גבי שטר כיס בסוף פרק המוכר את הבית וכו' אלא ודאי טענת מחילה אינה טענה אם לא מכח מגו דפרעתי וכו' ע"ש ודבריו תמוהים דבמלוה בשטר שייך טעמא דשטרך בידי מ"ב בטענת מחילה כמו בטענת פרעתי אלא דנחלקו הפוסקים אם יכול להשביעו בטענת מחילה משום דאין השטר עומד אלא לפירעון ולא למחילה כמבואר בסימן פ"ב עיין שם אבל במלוה על פה אימא דנאמן בטענת מחילה כמו בפירעון ומ"ש עוד מהרימ"ט וז"ל אבל נר' דנאמן לומר מחלת לי במגו דלא נתחייבתי לי מעולם

דמתחלה לשם מחילה נתנו ואף על גב דבפרק ש"ה גבי שטראי נינהו כתב הרא"ש שנחלק הרמב"ן על הר"י הלוי וכולי התם טעמו של הרמב"ן דיותר רצון אדם פורע חובו מלתת מתנה אבל בשאינו חייב כלום טענה מעלייתא היא לומר במתנה נתנם לו בפרק ש"ה אם אמר במתנה יהיב לי כי איכא עדים רואין אותו מאי הוי וכולי עיין שם מבואר דס"ל דטענת מחילה גרועה ואינו נאמן אלא במגו אבל טענת מתנה שלא נתחייב כלל טענה מעליית' היא ואין נראה כן דאי טענת מחילה גרועה היא דאין אדם עשוי למחול את שלו הכא נמי מתנה אין עשוי ליתן ואדרבא מה שכבר יצא מרשותו עשוי למחול על ידי פיוס אבל ליתן מה שבידו לא שכיח וכן כתבו התוס' במציעא דף ע' ד"ה אתא וכו' ע"ש:

והנה ראיתי בתשו' מהר"ם הקצרות סימן י"ג והובא בתשו' מיי' לסדר נזיקין סימן י"ב שכתב על ראובן שתבע את שמעון את פטרת את בעלי חובי בלא ידיעתי והלה משיב את אמרת לי לפוטרן אם יש עדים שעדיין חייבים לראות לאו כ"כ דשמעון לומר את אמרת לי לפוטרן כדאמר בסוף פרק החובל נטיעותי קצצת שורי הרגת את אמרת לי לקוצצו פטור וכו' בשור העומד להריגה משמע הא לאו הכי לא מהימן ואפילו אין עדים שקצץ נטיעותיו לא מהימן לומר את אמרת לי לקוצצו במגו דא"ב אמר לא קצצתי דאי בדאיכא עדים דוקא א"כ לוקמא בדליכא עדים שקצץ או שהרג אלא שמע מינה דאפילו ליכא עדים לא מהימן וא"ת אמאי לא מהימני' ליה במגו י"ל דהו"ל מגו במקום עדים דאנן סהדי דמשקר דאין אדם נותן רשות לקצוץ נטיעותיו שאין עומדים לקצוץ ה"נ אנן סהדי שלא א"ל לפטור החוב כל זמן שלא פרעוהו וכו' עיי"ש ובירושלמי בפ' ש"ה הלכה ה' הרגת שורי וכו' את אמרת לי וכולי אר"י אין אומרים בממון מאחר דו יכול למימר את אמרת לי להרוג ולקוץ אף על גב דו א"ל לא הרגתי ולא קצצתי פטור ופירש הרב פני משה דר"י בא לומר דלא תקשי דאם נאמן לומר את אמרת לי להרוג ולקוץ אפילו אומר לא הרגתי ולא קצצתי יהא נאמן במגו דאין אומרים מאתר שהוא יכול לומר את אמרת לי להרוג שיהא נאמן לומר לא הרגתי ויהא פטור משום דהוי מגו דהעזה דלא אמרינן ע"ש וליתא דרוב הפוסקים ס"ל דמגו דהעזה בשבו' אמרינן כמו שהאריך הש"ך בדיני מגו אות ו' ע"ש ועוד דגם הנ"י בפרק ח"ה דס"ל דלא אמרינן מגו דהעזה ה"ד אם הטענה שטוען עכשיו ליכא העזה אבל אם יש העזה בשני הטענות בטענה שאומר ובטענת המגו אמרי' מגו כמ"ש הנ"י בפרק הגוזל והביאו הכנה"ג בסימן פ"ב אות קכ"ח ע"ש וה"נ נאמן בטענת לא הרגתי במגו דאת אמרת לי להרוג דבשני הטענות איכא העזה והר' מש"ל בפרק כ"א מהלכות מלוה ולוה בסוף התשו' הכריח דגם הנ"י בפרק הנוזל לא סבר דלא

אמרינן מגו דהעזה אלא התם שהוא רוצה להוציא כליו מיד אחר במגו גרוע דהיינו מגו דהעזה אבל להחזיק במה שבידו מודה דאמרינן מגו דהעזה עש"ב ועוד דאם אין עדים ודאי דנאמן לומ' לא הרגתי בלא מגו ואם יש עדים בלאו הכי מגו במקום עדים לא אמרינן אבל נראה טעם הירושלמי דאינו נאמן לומר את אמרת לי לקוץ אפילו במגו דלהד"מ דהוי כמגו במקום עדים כמ"ש מהר"ם גם הנ"י בפרק החובל כת' וז"ל וא"ת ומאי קושיא לוקמא כגון דליכא עדים שקצץ ונאמן במגו וכו' כתב הרא"ה בשם רבו זקנו הר"ז כיון דהא מלתא מיחזי כשקרא שאין כך דרך בני אדם הרי הוא במגו במקום חזקה דלא אמרינן וכן מפורש בירושלמי עכ"ל והרב פני משה בירושלמי פרק החובל כתב דלדברי הנ"י צריך לגרוס בירושלמי אר"י מאחר דו יכול מימר ליה לא הרגתי ולא קצצתי אף על גב דו אמר את אמרת לי להרוג ולקוץ פטור עיי"ש ואין צורך דאין אומרים בממון מאחר ר"ל אין אומרים שיהא נאמן במגו לומר את אמרת לי להרוג ולקוץ אף ע"ג דאי אמר לא הרגתי ולא קצצתי יהא פטור דאין אומרים מגו כזה מטעם דהוי מגו במקום חזקה וכן מצאתי להרמב"ן בחי' לבת' דף ל"ג וז"ל מיהו אפשר דאף על גב דליכא עדים ויכול לומר לא קצצתי אינו נאמן לומר את אמרת לי לקוץ ובמסכת שבועו' בירושל' וכו' א"א בממון מאחר וכולי פי' מאחר הוא המגו כלו' א"א בד"מ מגו שהוא יכול לו' את אמר' לי להרוג ולקוץ אע"פ שאם אמר לא הרגת ולא קצצתי היה פטור וכו' שהכל יודעים שהוא משקר עכ"ל והכנה"ג סימן צ"ז הגב"י אות כ"ז כ' לדעת בעה"ת דלא מהימן במגו אלא מעין הטענה שאומר כגון פרעתיך תוך זמן במגו שיכול לומר פרעתיך אחר הזמן אבל התם אינו נאמן לומר פרעתיך תוך זמן במגו דהחזרתי דאין המגו מעין הטענה וגם אינו מגו טוב דניחא ליה לומר פרעתי ולא לומר החזרתי שמא היום או מחר יראו המשכונות תי' ויוחזק כפרן ע"ש ולפ"ז א"ל דה"נ אינו נאמן לומ' את אמרת לי לקוץ במגו דלא קצצתי מה"ט דאין המגו מעין הטענה וגם אין המגו טוב שירא לומר לא קצצתי שמא יבואו עדים שראו שקצץ ויכחישוהו:

ומ"מ הרי מהר"מ והרמ"בן והר"זה והר"אה והמרדכי והנ"י ס"ל דאינו נאמן לומ' אתה א"ל להרוג או לקוץ אפי' במגו משום דהוי מגו במקום עדים או במקום חזקה וכן פ' מור"ם בסי' שפ"ב וה' כנה"ג שם תמה דמגו במקום חזקה בעיא דלא אפשיטא וקיי"ל קולא לנתב' וכן ק' על הש"הג שכ' דמר"ם וראבי"ה פליגי בהא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ות' דס"ל דבחזקה אלימת' לא אמרי' עש"ב וקצת תימא על ראבי"ה דס"ל דאם אין עדי' נאמן לומ' אתה א"ל לקוץ במגו וכן דעת, הרמ"ה בס' א"ז בפ' החובל ע"ש דהם הפך הירושל' דאינו נאמן לו' אתה א"ל לקוץ במגו משום דהוי מגו במקום עדים

או במקום חזקה אלימתא דלא אמרי' וה"ה דאינו נאמן לומ' אתת א"ל לפטור את בע"ח אפי' במגו כמ"ש מהר"ם וכן הסכי' מהרש"ל בפ' החובל סי' ס"א והש"ך בסי' קע"ד ס"ק כ"א ע"ש וכ"כ מהרא"דב בתשו' סי' קפ"ה ע"ש אבל התוספ' בפ' ח"ה דל"ז בד"ה אזיל וכו' כ' וז"ל ונר' לר"י ולרי"בם שאם היה בא לקצוץ הדקל עצמו לא היה נאמן תדע דאמר' בפ' החובל שורי הרגת נטיעותי קצצת אתה א"ל להורגו אתה א"ל לקוצצו פטור ופריך א"כ לא שבקת חיי לכל בריה וכו' משמע דאינו נאמן במגו דא"ב אמר אתה אמרת לי לקוצצו עכ"ל משמע דבמגו אחר נאמן ואם אין עדים נאמן לומ' את א"ל לקוצצו במגו דלה"דמ ולדברי מה"רם והינך רבואתא א"ל דנאמן לומר את מכרת לי לקוצצו ואפ"ה אינו נאמן לומ' את א"ל לקוצצו במגו דהוי כמגו במקום עדי' וכ"כ הרמ"ה הובא בס' א"ז בפ' החובל וז"ל היכא דליכ' עדים דהרג וקצץ דכ"ע נאמן דהפה שאסר וכו' כי איצט' לאשמעי' היכא דאיכא סהדי וכו' והא דאמרי' דבשור שאי' עומד להריגה ואילן שאינו עומד לקציצה חייב ה"מ היכא דאמר את א"ל להורגו ולקוצצו אבל אמר את' מכרת לי אתה נתת לי במתנה נאמן כדר"י דאמר וכולי לא חציף איניש למגזר דקלא דלאו דיליה וכ"ת מ""ש אמרי גבי מכרתו לי נתתו לי במתנה כיון דטעין מלתא דאורחייהו דאינשי מהימן אבל גבי אתה א"ל להורגו אתה א"ל לקוצצו דטעין מלת' דלאו אורחייהו דאינשי לא מהימן ולאחזוקי אינשי בשופטנ' לא מחזקינן א"נ גבי אתה מכרת לי אתה נתתו לי במת' כיון דטעין ביה לנפשיה אשתכח דקא מפיק ליה מחזקה דמארית ואפ"ה כי מהימן עליה בשאר מטלטלין מטעמא דלא חציף וכו' עכ"ל הרי דס"ל דהתם נאמן במגו דלא להד"מ אבל אתה נתתו לי או מכרתו לי אפי' בלא מגו נאמן וכבר האריך הרמ"ה בפ' ג"פ סי' קי"ז עש"ב ונר' דה"ה דנאמן לו' אתה אמרת לי לפטור החוב כמו שנאמ' לומר נתתו לי:

ט"ו נאמן בשבועת היסת וכו' במגו דפרעתי הרא"ה הובא בס' א"ז בכתובו' בפ' האשה שנתארמלה גבי ומודה ר"י וכו' הק' ליתני ומודה ר"י באומר לחבירו מנה הלויתני ומחלת אותו ע"מ שאעשה כו"ך וקיימתי תנאי וחובי מחול שהוא נאמן ואם יש עדי' שהלוהו ע"ת אינו נאמן לומר שקיים תנאו בלא שבועה במגו דיכול לומ' פרעתי דהך טעמא עדיפא דא"צ להעיז פנים ובמגו כי האי אינו נאמן בלא שבו' ע"ש מבואר דס"ל דנאמן במגו דהעזה בשבוע' מיהא וכמ"ש הריב"ש סימן שצ"ב ע"ש וכן ראיתי להריטב"א בחי' לשבועו' דמ"ה גבי הא דאמרי' מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתיך ונתתי שכרך וכו' שכ' וז"ל מיהו הא ודאי ק' היכי אמרי' מגו ממעיז לשאינו מעיז דאלו אמר לא שכרתיך היה מעיז פניו בפני השכיר הזה והשתא דאמר פרעתיך אינו מעיז

דאמר שכיר משו' דטרוד בפועליו הוא דאמר הכי ומורי הרא"ה כתב דכי אמרי' הכא דיכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך בשבו' הוא וממעיז לשאינו מעיז נאמן בשבוע' כדאמרי' ממודה במקצת והיינו עובדא דעזי וכו' ע"ש הרי דהרא"ה ס"ל דנאמן במגו דהעזה בשבוע' וא"כ במלוה ע"פ שא"ל אל תפרעני אלא בעדי' ואם יקיים תנאו החוב מחול אע"ג דאם טען פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה היה נאמן אינו נאמן לומ' שקיים תנאו והחוב מחול במגו דיכול לומ' פרעתי' בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה כדקי"ל באומר פרעתיך שלא בעדי' דאינו נאמן במגו דפרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה משום דאין זה מגו טוב שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק את עדיו או שירא לטעון כן פן יבואו עדים ויכחישוהו כמו שתי' הרא"ש והמ"מ הביאם מרן הב"י בסימן ע' עיין שם וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רנ"א עיין שם באורך והכא נמי אינו נאמן שקיים התנאי במגו דפרעתיך בפני פלוני ופ' והלכו להם למ"ה מה"ט אבל לתי' אחר שכ' הרשב"א והמ"מ והב"י שם דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בעדי' אנן סהדי שלא פרעו אלא בעדי' והוי כמגו במקום עדי' ע"ש הכא נאמן לומ' שקיים תנאו במגו דפרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה או מתו אך ק' וליתני ומודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתני ע"מ שלא אפרעך אלא בעדים ופרעתיך שלא בעדים שהוא נאמן במגו דלהד"מ ואם יש עדים שהלוהו ע"מ שלא יפרע אלא בעדי' ואמר פרעתיך שלא בעדי' אינו נאמן וקו' הרא"ה לכאורה לק"מ דה"נ הוא שתקן שבוע' היסת כמו שהוכיח הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ש"ך מדתנן בפ' שבועת הדיינין מנה לי בידך אין לך בידי כלום פטור ואמר עלה ר"ן משביעין אותו שבוע' היסת אלמא למתני' פטור לגמרי וכן אמרי' בפ' הא"מ והשתא דתקון רבנן שבועת היסת וכו' ע"ש וכה"ג כ' התוס' בשבועו' דמ"ו בד"ה בדרבנן וכו' וז"ל ולא כמו שפי' הקונטרי' תקנת' היא כדר"ן דאמר משביעין אותו שבועת היסת שהרי אותה שבוע' לא היתה בימי תנאי' דהא תקן וכו' ע"ש וכ"כ מהר"י ן' מיגש בפ' כל הנשבעין ע"ש ובס"פ כל הנשבעי' אמרי' לוה ממנו ערב שביעית ועשה לו שותף וכו' הא שאר שני שבוע מגלגלי' וכ' רש"י שבועת הלואה שאין בה הודאה אטו שבועת השותפי' דבימי התנאים עדיין לא תקנו שבועת היסת דבימי ר"ן תקנוה ע"ש הרי שכ' רש"י דשבועת היסת לא נתקנה בימי התנאי' דר"ן הוא שתקנה וא"כ בימי המשנה נאמן לומר שקיים תנאו במגו דפרעתי בלא שבו' מיהו המרדכי בפ' הא"מ כ' שרבותינו פי' בשבועו' דבימי התנאים תקנו שבועת היסת וכ' הר' עצמות יוסף לדעתם הא דאמרי' והשתא דתקון רבנן שבועת היסת וכו' לא על זמן התקנה אלא ר"ל השתא דקיי"ל הך תקנה וכו' ע"ש וכן ראיתי בס' ד' קי"ד ע"ג שכ' בשם הר"א הלוי דס"ל דשבועת היסת בימי התנאי' ודחה הוא דבריו ע"ש ואפשר דהרא"ה הכי

ס"ל כדעת רש"י ורבותי' ור"י הלוי והר' תורת חיים בבתרא ד' ק"ע גבי הא דאמרי' ואף רבי לא קאמר אלא לברר וכו' הק' כיון דליכא אלא שבועת היסת היכי מ"ל דר' מחייבו לברר כדי לפוטרו משבועת היסת הא שבועת היסת לא נתקנה אלא בימי ר"ן ובפ' כל הנשבעין פי' דשבועת המשנה חכמי המשנה תקנוה היכא דמסתבר טעמא ור"ן הוסיף אפילו בהלואה דלא מסתבר וכו' עש"ב דתנאי מסתבר דצריך לישבע שקיים תנאו דהא קיי"ל בסי' רמ"א האומר לחבירו הריני נותן לך כו"כ ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו וכ' הסמ"ע הטעם דלעולם מוקמי' דדבר כמו שהיה מעיקרא משו"ה צריך להביא ראיה שנשתנה הדבר ע"ש וא"כ ה"נ בתנאי דאם יקיים חובו מחול מסתבר' דצריך להביא ראיה שקיים תנאו אלא משום דקיי"ל חזקת ממון עדיפא נאמן הלוה לומ' שקיים תנאו ליפטר דהמע"ה וא"כ מסתברא דצריך לישבע וגם בימי המשנה נתקנה שבוע' בכה"ג:

ט"ז דין ח' משביעין אותו וכו' עיין בתשובו' הרשב"א ח"ג סימן צ"ד והובאה בב"י סי' צ"ב מחוד' ה' ובתשו' מהר"ין מיגש סי' קנ"ז: י"ז דין ט' מנה לי בידך וכו' בגמרא מנה לי בידך והלה אומר א"י רב הונא ור"י אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ור"ן ור"י אמרי פטור המע"ה ופסקו כל הפוסקום כר"ן ור"י דפטור וכ' התוספות ריש פרק הפרה בד"ה דאפילו וכו' ז"ל וא"ת דהכא משמע דלית ליה לר"י בריא עדיף וכו' וי"ל דהתם בריא שלו הוא טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב אם לאו הילכך מדטען שמא מוכחא מלתא דבריא דהאי אמת וברי' עדיף אבל הכא מה שטוען בריא לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שלא היה לו לידע משום הכי אין בריא עדיף וכו' עי"ש וכן כתב הרשב"א בחי' שם וקרוב לזה תי' בס' ראב"ן דף קע"ג ע"ש ונראה דצ"ל כן דהא תנן המכיר כליו וספריו ביד אחר אם לא יצא שם גניבה בעיר אינו נאמן אלמא אף ע"ג דזה טוען ברי' שנגנבו לו והלה טוען שמא לא אמרינן בריא עדיף ולדעת הרמב"ם ומרן בסימן קל"ג ס"ו דאינו נאמן בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לומר גנובי' אע"ג דיש לו מגו דשאולים משום דלא מחזקי' אינשי בגנבי ניחא אף על גב דבעלמא ברי ושמא ברי עדיף אפילו להוציא הכא אינו נאמן מהאי טעמא דלא מחזקינן אינשי בגנבי אבל התוספות בפר' הנשבעים ובפ' ח"ה כתב' דהכא אינו אומר פלוני גנבם אלא שהם גנובים כמה גנבים יש בעולם ומוכח שם דמיירי שאין המחזיק טוען בריא אלא שמא עיין שם ואם כן ק' למאן דאמר ברי' עדיף אמאי אינו נאמן הכא אפילו בלא מגו אלא ודאי משום דאין הבריא טוב והלה טוען שמא טוב שאין לו לידע מיהו התוספ' בבתרא דף קל"ה כתב דאביי לא מחלק בין בריא חשוב דמלוה לבריא

גרוע דהא קאמר הכא לעולם חייב וכו' עיין שם וק' מתני' דהמכיר כליו וכו' אמאי לא אמרי' בריא עדיף וכ"ש דאיכא מגו וכן מתני' דסוף פרק המניח שור שהיה רודף וכולי מוקמינן רישא דניזק בריא ומזיק שמא וקתני הממע"ה וכתבו התוספות בד"ה מדסיפא וכו' דלא קשה למאן דאמר בריא ושמא בריא עדיף דהתם הבריא טוב והשמא גרוע אבל הכא הבריא גרוע והשמא טוב עיי"ש והא קשה נמי לאביי דלא מחלק בין בריא טוב לבריא גרוע ועיין בספר א"ז למציעא דף צ"ה:

וראיתי להרדב"ז בתשו' ח"ב סימן קכ"ח וקכ"ט על ג' שותפים באוצר המלך וב' מתעסקים לגבות וראובן שלא היה מתעסק השביע את שותפיו שלא ליקחו לעצמם ולא להלוות לאחרים מהמעות שיגבו והשותפי' עברו על השבו' ולקחו לעצמם והלוו לאחרי' ולבסוף חסר מעו' מן האוצר וטוען ראובן שמא לקחו ושכחו לכתוב מה שלקחו השותפים טוענים שכל מה שלקחו וכל מה שהלוו לאחרים הכל כתוב בכתב והחסרון בא מצד אחר והם באים להוציא תשו' אם ראובן טוען ודאי שהם לקחו ולא החזירו נאמן אפילו ליטול דקי"ל החשוד על השבו' שכנגדו נשבע ונוטל וכ"ש ליפטר אבל אם הוא טוען שמא שא"י שלא החזירו ואינו יכול לישבע וכיון שהוא טוען שמא והם טוענ' ברי' בריא ושמא בריא עדיף וכו' עיי"ש ודבריו תמוהים דכל הפוסקים פסקו כר"ן ור"י דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ולא אמרי' בריא עדיף להוציא מעות אלא אוקי ממונא בחזקת מריה ועוד לכ"ע אם הבריא גרוע והשמא טוב לא אמרינן בריא עדיף כמ"ש התוספות אם כן ה"נ השותפי' שטוענ' ברי' שלקחו והחזירו בריא דידהו גרוע לפי שראו' לא היה מתעסק עמהם הם טוענים בריא ושמא דראובן הוא טוב דלא הו"ל למידע:

י"ח והלה אומר איני יודע וכו' נראה דאם שתק לא אמרינן שתיקה כהודאה דהא דקי"ל בסי' פ"א ס"ו דשתיקה כהודאה ה"ד משום דהודה מתחלה וכן כתב הטור שם בהדיא דאם שתק מתחילה וע"ס יכול לו' לא חששתי להשיבך ע"ש וכ"כ מהראד"ב בסף' לחם רב סי' ר"ז על השאלה הד' ע"ש ובקמא דף צ"ו גבי המוכ' שפחתו ילדה זה אומר ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה כ' רש"י והלה שותק ברי' ושמא ברי' עדיף אבל ההוסף' שם כתב' דלמאן דאמר דלאו בריא עדיף מפרש דשתיקה כהודאה דמיא ולא כאומר איני יודע ע"ש וכן כתב הנ"י בפרק השואל ע"ש ונראה דרש"י ס"ל כדעת הראב"ד הובא בש"מ בפרק השואל וז"ל ואם ישאל השואל למה לא הק' לר"ן מהא מתני' כשהלוקח אמר גדול לקחתי והמוכר אומ' איני יודע אמאי זכה בגדול נימא אע"ג דברי' ושמא הוא אוקמי' ממונא בחזקת מריה ומאי ניהו מוכר אבע"א הא אוקי' בעומדת באגם ובסימטא ואף על גב דא"ל אוקמי' אחזקתיה דמרא קמא כיון דבריא ושמא נינהו לא אמרי' ובין לרבנן ובין

לסומכוס להבריא יהבינן ליה ולא לשמא ואבע"א דסיפא הא איכא עסק שבו' ביניהם יכו' וא"כ ה"נ ברייתא דמוכר שפחתו וילדה אבע"א דמיירי בעומדת בסימט' דהא קתני סיפא זה אומר ברשותי וזה אומר ברשותי ישבע המוכר שברשותו ילדה ואי ברשות לוקח עומדת הוי המוכר מוציא מחבירו ועליו הראיה ואי בעומדת ברשות המוכר מאי מק' עלה בפרק השואל לרבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס אפילו בבריא ובריא אמאי ישבע מוכר יחלוקו מ"ל הא לא איירי סומכוס אלא כשאין מוחזק לא זה ולא זה לדעת ר' שמואל בתוס' שם בד"ה הא מני וכו' ע"ש אע"כ מיירי בעומדת בסימטא ולכך בריא ושמא ברי עדיף ולא מוקמי' לה בחזקת מרה קמא דהא גבי עבד גדול ועבד קטן דודאי הוא בחזק' מרה קמא שהוא המוכ' ס"ל להראב"ד דאמרינן בריא ושמא בריא עדיף וכ"ש בולד לא הוחזק מעולם המוכר בודאי וולד אחר שנולד אלא בעובר ויש חזקה אחרת כנגדה דאוקמא בחזקת מעוב' והשתא הוא דילדה כמ"ש התוס' שם בד"ה וליחזי וכו' ובד"ה הא מני וכו' ע"ש ועוד דבריית' ר"מ היא דס"ל דנשבעי' על העבדי' ויש עסק שבו' כיון דמודה במקצת בשפחה כדאמרי' בפ' השואל ע"ש ברש"י והתימה על התוס' בפרק הגוזל שכ' דלמ"ד ל"א בריא עדיף מפרש דשתיקה כהודאה ולא כאומר א"י הא אפילו אומר א"י זכה בולד דהו"ל הלה מחוייב שבו' שאיל"מ והרמב"ם בפרק ב' מה' מכירה פ' דאין נשבעים על העבדים ואם הלוקח אמר גדול לקחתי והמוכר שותק זכה הלוקח בגדול ואם אמר המוכר א"י על הלוקח להביא ראיה או נשבע המוכר היסת שא"י ואין לזה אלא קטן משמע דס"ל דאפילו אינו ברשות א' מהם אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה קמא שהוא המוכר ונשבע שא"י ואין ללוקח אלא קטן וכ"כ הטור ומרן סימן רכ"ג ע"ש והיינו כדעת התוספ' ולא כהראב"ד ובר"פ הבית והעלייה דאמרי' והלה מה טוען אי דקאמר אין פשיטא ואי דלא אמר אין למה נוטל אלא דא"ל א"י לימא תהוי תיובתא דר"ן וכו' לא אמר' און ר"ל קאמר לא דמכחיש ומיהו ק"ק לימא דר"ן מוקי לה דהלה שותק דשתיקה כהודאה ולא כאומר א"י כההיא דקמא כמ"ש התוס' בקמא:

י"ט נסתפק מהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן ל' בראו' שהולך לבית שמע' הצבע בגד א' לצבוע והניח הבגד ביד בני ביתו ואחר שעה מצא הבגד נקבים נקבים מחמת שריפה וראובן טוען שהביא הבגד שלם בלא מום כלל ושמעון ובני ביתו טוענים שמא שהם א"י כלום אלא שראו' הניח הבגד בבית ולאחר שעה מצאו אותו נקבי' נקבי' ל"ד למאי דקי"ל בסי' שצ"ט וסימן ת' בשור שנגח הפרה ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה וכו' דאפי' הניזק טוען ברי' והמזיק טוען שמא הממע"ה וכן שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה אפילו הניזק טוען בריא ומזיק טוען

שמא הממע"ה וכב' כ' התו' בר"פ הפרה בד"ה דאפי' וכו' וז"ל וא"ת דהכא משמע דלית ליה לר"י בריא עדיף ולקמן בפ"ב ובהשואל אמר מנה לי בידך והלה אומר א"י רי"א חייב דבריא עדיף וכו' דהתם בריא שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הילכך מדטען שמא מוכחא מלתא דבריא דהאי אמת ובריא עדיף אבל הכא מה שטען ברי' לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שלא היה לו לידע משו"ה אין בריא עדיף וכולי ואם כן ה"נ בנ"ד הבריא שלו טוב שיכולים בני ביתו העומדים שם להכחישו שראו הבגד שהוא טוב בשעה שהביאו א"ל דבריא עדיף ואע"ג דקי"ל במנה הלויתיך והלה אומר א"י דאפילו הבריא שלו טוב פטו' י"ל דש"ה דהלה שאומר א"י הוי כטוען בריא שאינו חייב לו כלום משום דאם הוא כדברי התובע שהלוהו ונתן המנה בידו איך הלה טוען א"י דאיך אפשר שלקח הממון בידו וטוען א"י דהי"ל לידע אבל בנ"ד דאפשר שנשרף הבגד בבית הצבע והם לא ידעו דלא הי"ל לידע וראובן טוען בריא טוב בריא עדיף עש"ב וליתא דמנה לי בידך והלה אומ' א"י הוי הבריא טוב והשמא גרוע מה"ט דהי"ל לידע אם לא הלוהו ואפ"ה לר"ן אמרי' הממע"ה וא"כ כ"ש שהברי' טוב והשמא גם כן טוב דלא הי"ל לידע והתוספות בפרק השואל דף צ"ז ע"ב בד"ה והלא כתב וז"ל וא"ת בי"ן גבי האומר זה אחי אינו נאמן ומסיק דאמרי אחים אין אנו יודעים וקאמר זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור והיכי דייק הא התם מודו כ"ע דפטור לפי שברי' שלו גרוע ושמא שלהם טוב וכולי וי"ל דהתם ירא שמא היום או מחר ישאלו וידעו ששקר וכו' ע"ש משמע דאפי' הבריא והשמא טוב דלא הי"ל לידע לר"י בריא עדיף ולר"ן דמי למנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור ולא אמרינן דהתם שאני דהוי כטוען בריא שאינו חייב לו כלו' משום דאם נתן המנה בידו איך אפשר שזה לקח הממון בידו וטוען א"י דהי"ל לידע אלמא גבי אחים נמי דלא שייך האי טענה אמרי' הממע"ה וה"נ דכוותא אף ע"ג דלא הי"ל לידע אם נשרף בבית פטור:

כ' כתב הרב בית דוד סי' ע"א על לוי ששלח סחורה לראובן וטבעה הספינה בים וכתב לוי לראובן בספינה אחרת שאותה הסחורה היא לחשבונו אם היא מממון לוי ובא עכשיו לתבוע את ראובן שיפרע לו אין לוי נאמן אפי' בשבועה דכיון שלוי בא להוציא ממון והלה א"י אם חייב לו הו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י אם הלויתני דלא קיי"ל כר"י ור"ה דאמרי חייב דברי ושמ' בריא עדיף אלא כר"ן ור"י דפטרי דהממע"ה וכו' והא עדיפא דהתם פריך לישבע היסת שא"י אבל בנ"ד א"צ שבועה והטעם דהתם אפשר שהנתבע יודע שהלוהו והיא מכחישו ואמר א"י ולכך צריך לישבע שא"י אבל בנ"ד ליכא

חשש שראובן יודע ששלח לו דמנין הו"ל לידע מה שעשה חשש שראובן יודע ששלח לו דמנין הו"ל לידע מה שעשה לוי בינו לבין עצמו וגם לוי עצמו אינו טוען שראובן יודע וא"כ אין מקום לשבועה עש"ב וז"ל הב"ח וא"ל דהכא משמ' דבתובעו מנה בסתם אע"פ שאינו טוען בפי' אתה יודע בודאי שמנה לי בידך מכו"ך נמי נשבע היסת ולקמן בסי' צ"ג סעיף ב' הביא רבינו דברי הרמ"בם על ראובן שהטיל לכיס וכו' טען ראובן דשמעון יודע ודאי בפחת זו וכו' וי"ל דהכא מסתמא ודאי ידע שלוה ממנו וכו' אבל בשותפי' שהטי' לכיס דמסתמא לא ידע ששותפו הפסיד וכו' אין האחר חייב שבועה אא"כ תובעו שהוא ידע ודאי בפחת זו וכו' ע"ש הרי דדוקא הכא דמסתמא ידע שלוה ממנו הוא דצריך לישבע אבל אם מסתמא לא ידע א"צ לישבע אא"כ תוב' שהוא ידע כההיא דשותפים ונראה הטעם כמ"ש התוספות בפר' הפרה בד"ה דאפי' וכו' וז"ל דהתם בריא שלו טוב שיודע שיכחשינו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הילכך מדטען שמא מוכחא מלתא דבריא דהאי אמת ובריא עדיף אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא ולר"י נמי דס"ל דאפי' במנה לי בידך פטור מ"מ חייב שבועה מהי"ט דאיכא הוכחה דהבריא אמת אבל היכא דהברי גרוע והשמא טוב דאין לו לידע פטור אפילו משבו' ולכך בשותפים דאין לו לידע אין צריך לישבע אלא א"כ תבעו שהוא יודע וכן כתב מהרש"ל בפרק הגוזל קמא סי' י"ט גבי השורף שטרו של חבירו דאם אמר א"י אם כתוב איזה ממון ישבע שאינו יושב אפילו לא טען בעל השטר ברי' שאתה יודע אפילו הכי ישבע דהי"ל לידע מאחר שהיה בידו ושרפו ע"ש ומ"ש הטור סימן שצ"ט גבי שור שנגח את הפרה ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה וכו' דאפי' שהניזק טוען בריא והמזיק שמא פטור אפי' משבו' משום דלא רמיא שבוע' אנתבע אלא כי היכי דלודי אבל הכא דקנס' ואי מודה מפטר אכפירה לא מחייב שבו' עיי"ש דמשמע דאי לאו קנסא דאם היה מודה חייב צריך לישבע טוב שאין לו לידע מש""ה אין בריא עדיף ע"ש א"כ לר"ן אכפירה אע"ג דהבריא גרוע והשמא טוב כי התם היינו אם הניזק אומר ברי' לי שאתה יודע דבכה"ג בשור מועד צריך לישבע כמ"ש הסמ"ע שם סק"ה אבל אם אין הניזק אומר בריא לי שאתה יודע מוכח מדברי הרמב"ם והטור סימן ת' דאין צריך שבו' אפילו בשור מועד דחייב בהודאתו עיי"ש ודלא כמהריט"ץ סימן קמ"ב דס"ל בכה"ג ישבע שאין יודע עיין שם ועיין בספר משפטים ישרים למהרש"ג סימן ל':

כ"א מנה לי בידך וכו' מי שפרע לחבירו מעות ואחר כך בא המלוה והחזיר לו המטבע מזויף והלוה אומר א"י אם הוא שלו הט"ז בסוף סימן זה נשאל בזה והביא ראיה דפטור מדתנן בפרק הזהב עד מתי מותר להחזיר וכו' ואם היה מכירה אפילו לאחר

י"ב חדש מחזירה ומפ' הרמב"ם ומרן סימן רכ"ז ואם אפ' להוציאה על ידי הדחק אינו יכול להחזירה אלא א"כ מקבלה ממנו ממדת חסידות אלמא כל שאינו יכול להוציא חייב להחזיר מן הדין וא"א דהוי כאומר א"י אמאי קתני מתני' אם היה מכירה חייב להחזירה אפי' אין מכירה ומסופק בדבר צריך להחליף ע"ש ול"ד דמתני' מיירי ביוצאה על ידי הדחק דאינו חייב להחזיר מן הדין כל שעבר הזמן אלא ממדת חסידות מקבלה אם מכירה ובאינו מכירה אפי' חסידות ליכא אבל אם אי אפשר להוציאה אימא אפילו מסופק חייב להחזיר דהו"ל כאיני יודע אם פרעתי וכ"כ מהרשד"ם סימן ף' ומהרש"ך ח"ב סימן קס"ד הביאם הכנה"ג הגב"י אות ל"ב עיי"ש מיהו ק"ק ממ"ש הרמב"ם בפי"ב מה' מכירה דין י"ב וז"ל הנותן סלע חסר לחבירו אם היה מכירה אפילו לאחר י"ב חדש ה"ז מחזירה ואם היה אפשר להוציאה וכו' משמע דאפילו א"א להוציאה דוקא במכירה חייב להחזיר ומהריט"ץ סימן רכ"ה הק' על הרמב"ם דכתב לעיל עד מתי מותר להחזיר הסלע או הדינר עד כדי שיראנו לשלחני וכו' ואיך כתב הכא אפילו לאחר יב"ח ולכאורה נ"ל דלעיל מיירי באין מכירה והכא מיירי במכירה אבל לבי מגמגם אם לעיל מיירי באין מכירה אם אינו מכירה אפי' בכדי שיראנה לשלחני אינו חייב להחזירה ע"ש מבואר דס"ל דאם מסופק אין צריך להחזיר אפילו בכדי שיראנה ולא הוי כאומר א"י אם פרעתיך מיהו נראה דלק"מ דלעיל מיירי ביוצאה. ע"י הדחק דאחר השיעור אינו חייב להחזיר אלא ממדת חסידות ועיין בספר חוות יאיר סימן קע"א:

כ"ב והלה אומר א"י וכולי ראובן שהחליף משמעון ושמעון מלוי ולוי מיהודה ונמצאו ביד האחרון מקצתן מזייפין האחרון חוזר על זה שנתנם לו אפי' אחר זמן רב דאין זו הונאה וזה שנתנם לאחרון הפסיד כי אלו שלפניו מ"ל לא מהימנא לי בשבוע' ואתה לא ידעת דבר ברור הרב חוות יאיר סימן קע"א ע"ש:

כ"ג ישבע שא"י ופטור וכו' ראובן שמכר לשמעון מרגליות ונתאנה המוכר ואחר שמכר א"ל הבקי שבהם שנתאנה וחזר מיד אצל שמעון ומצאו שערב המרגליות עם אחרות שלו באופן שאינם ניכרים וכו' תשו' ישבע שמ' שאינו יודע שיש בהם הולא' או ביטול מקח כי הא דאמרינן מנה לי בידך והלה אומר א"י ישבע שא"י ופטור ואם מודה שמעון שיש בהם ביטול מקח אבל א"י כמה אם אפ' לראובן לישבע כמה הוא נשבע ליטול אבל איני רואה מקום לשבו' שהרי לא היה יודע שאם היה יודע לא מוכר בפחות הילכך אם יש עדים בקיאין שראו המרגליות תחלה יעשו על פיהם ואם לאו יעשו פשרה ביניה' הרדב"ז בתשו' ח"ד סימן ב' אלפים ק"ל ע"ש ומ"ש דאם מודה שמעון שיש בהם ביטול

מקח אבל שאינו יודע כמה הוא אם אפ' לראובן לישבע ישבע ויטול וכו' נראה דאין צריך אלא חרם סתם דכוותה באומר הלויתני אבל א"י כמה:

כ"ד ישבע היסת שא"י ופטור וכו' כת' הר' חוקות הדיינים סימן נ"ג דפטור לגמרי אפילו משבו' היסת אבל הגאונים תקנו שישבע שבו' היסת שא"י וכו' ונר' פשוט דלא תקנו הגאוני' היא אלא מדינה כמ"ש רש"י בסוף ב"ק דישבע דלא עדיף שמא מברי' דהא אפי' טען בריא אין לך בידי כלום הוה משביעין ליה והרי איכא מ"ד דחייב דבריא ושמא בריא עדיף א"כ למ"ד דפטור לא עדיף שמא מבריא ופשיטא דצריך היסת מדר"ן וכן כתב בעל העיטור דף ס"ו ע"ב דאמרי רבוותא הנשבע שלא ידע ופטור דלא עדיף שמא מבריא ע"ש וכן כתבו התוס' בפרק השואל ע"ש וכ"כ ראב"ן בס' ד' צ"ח ע"ג וז"ל ראו' שטען לשמ' מנה אתה חייב לי ושמעון משיבו א"י שאני חייב לך כלום דינו פסוק מהא דאתמר מנה לי בידך והלה אומר א"י וכולי ופסקי' התם כר"ן ור"י לפטור מיהו אמרינן בעלמא וכו' ה"נ ישבע שמעון שא"י שחייב לו כלום ופטור וכו' ועיין בספר א"ז בסוף ב"ק בשם הרב המאירי וכן כתב הרא"ש בתשו' בספר בשמים ראש סימן קמ"ה והוסיף שם דלדעתו מחזירין בשבו' זו דבעינן נקיטת חפץ:

ונראה דלמאי דקי"ל דלא אמרינן בריא עדיף ונשבע הלוה שא"י ופטור אפשר דל"ד במנה לי בידך והלה אומר א"י צריך לישבע משום דהברי' טוב אלא אפי' כשהבריא גרוע והשמא טוב צריך שבו' דלענין שבו' אין חי' דאפילו הבריא גרוע והשמא טוב צריך לישבע שהרי כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ס"ח וז"ל ואע"ג דלוה אינו יכול לטעון על המלוה בריא אפילו הכי כיון שטוען בברי' שמסרם לשליח ליתנם למלוה ושליח נמי טוען שנתנם לו מתוך כך חשבינן ליה כטוען טענת ברי' להשביעו שבו' היסת שאין טענת הלוה שמא גמור וכו' אבל בשמא גמור אין משביעי' שבו' היסת ע"ש הרי דדוקא בשמא גמור אין משביעין היסת אבל אם אינו שמא גמור אפי' המלוה טוען בריא גמור משביעין ובריא גרוע לא גרע משמא שאינו גמור דבקל רמיא שבו' דכה"ג כ' מהר"ם בתשו' המיי' לס' משפטי' סימן ן' ע"ש וכן משמע מדברי הטור סי' שצ"ט שכ' גבי שור שנגח את הפרה וא"י אם מחמת נגיחה הפילה וכו' דאפילו שהניזק טוען בריא והמזיק שמא פטור אפילו משבו' משום דלא רמיא שבו' אלא הנתבע כי היכי דלודי אבל הכא דקנסא ואי מודה מפטר אכפירה נמי לא מחייב שבו' ע"ש משמע דאי לאו קנסא דאם היה מודה חייב צריך לישבע אכפירה אף על גב דהבריא גרוע והשמא טוב כי התם מיהו ה"ד אם הניזק אומר בריא לי שאתה יודע דבכה"ג בשור מועד צריך לישבע כמ"ש הסמ"ע שם בס"ק ה' אבל אם הניזק אומר בריא לי שאתה יודע מוכח מדברי הרמב"ם והטור ומרן

סימן ת' דאין צריך שבו' אפילו בשור מועד דחייב בהודאתו ע"ש ועיין בהש"ך סימן צ"ב ס"ק י"ד:

כ"ה ואם בא לצאת י"ש ישלם נר' דאם מת הלוה א"צ לשלמו בניו חוב אביהם לצאת י"ש דאפי' ר""ק דיוצאה בדיינים אם מת אין הבנים צרי' להחזי' וכ' הרי"בש סי' ש"ה ותס"ה בשם הרשב"א דאין ב"ד יורדי' לנכסיו ומחזירין ללוה דהוא הוא דחייב להחזיר אבל שיעבוד נכסים ליכא כלל תדע דהא הניח להם אביהם מעות של רבית אע"פ שהם יודעי' שהם של רבית אינם חיי' להחזיר אלא בדבר מסוים מפני כבוד אביהם וכו' משמע בהדיא וטעמא דהיורשי' פטורי' להחזיר הרבי' משום דליכא שיעבו' נכסים וכן מבואר מתשובות הרש"בא ח"ב סי' קי"ח עיין שם ואם כן כל שכן חוב שאינו חייב בו אביהם רק לצאת ידי שמים דודאי הבנים פטורים וכן מצאתי למהר"ם בתשו' הקצרות סי' ע"ו שכתב וז"ל דאע"ג דאמו' רבנן מצוה על היתומי' לפרוע חוב אביהם היכא דלא שבק להון אבוהון נכסים אלא שאין כח ביד ב"ד לכופן משום דלא מ"ע אלא מדרבנן א"נ י"ל משום כבוד אביהם דאם אין האב חייב אלא לצאת י"ש כגון שלא תבעו אדם אלא מעצמו אמר לחבירו הלויתני וא"י אם החזרתי לך דאינו חיי' אלא לצאת י"ש אין הבן חייב לפרוע אפי' לצאת י"ש אפי' הניח לו אביו נכסים והביא ראיה מדברי התוס' בפ' הגוזל עצים בד"ה הא אביהם וכו' וא"ת לצאת י"ש קאמר י"ל דדייק מדנקט ל' חייבין דהול"ל אין מחזירין וכו' משמ' דכל שאביהם אינו חייב אלא לצאת י"ש הם אינם חייבי' אפי' לצאת י"ש וסברה גדולה היא ע"ש ונר' דס"ל דלמאי דדייקי' בפ' הגוזל הנהו הוא דלא הא אביהם חייב להחזיר ודאי דלא גרע מחוב אביהם דמצוה לפרוע וה"נ אפי' דבר שאינו מסוים מצוה להחזיר ואין חייבי' דקתני ר"ל אין כופין לאפוקי סיפא דדבר מסויים דכופין אותם להחזיר מטעם דאיכא קלון כמ""ש התוס' בכתובו' ד' פ"ו בד"ה פריעת וכו' אבל לפי מה שהק' התוס' אימא דחייב לצאת י"ש קאמר ע"כ הם אינם חייבי' אפי' לצאת י"ש וכן למאי דמשני בדין הוא דאביהם נמי אינו חייב להחזיר וכו' ה"נ הם אינם חייבי' להחזיר כלל והר' מש"ל בפ' ד' מה' מלוה ולוה דין ד' תי' דלעולם אין הבנים חייבין משום כבוד אביה' אפי' עשה תשובה באותו עצמו שהוא עושה עבירה וקרי ליה יכין רשע וצדיק ילבש ושאני דבר המסויים דאיכא קלון ע"ש ולדבריו אין ראיה מביא מהר"ם מדברי התוס' דהא למאי דדייקי' הא אביהם חייב להחזיר מדינא אפ"ה אין הבנים חייבי' להחזי' דבר שעושה בו עבירה אבל בעלמא אימא דאפי' אין האב חייב אלא לצאת י"ש מצוה על הבנים לפרוע לכן נר' כמ"ש מיהו נר' דגבי ר"ק צריך המלוה להחזיר ליורשי' אבל אבק רבית כיון דאינו חייב רק לצאת י"ש א"צ המלוה להחזיר וכן

ראיתי למהרי"קש בתשובה לי"ד סי' קס"א ס"ב וז"ל שטר שיש בו א"ר מסתברא דל"א מצו יתמי לאפוקי מלוה כיון דלא זכה בו אביהם ואינו יכול להוציאו בדייני' וכו' ע"ש הרי דס"ל דממון שאינו חייב רק לצאת י"ש כל שלא זכה בו אביהם אין כאן ירו' וה"ז דומה לטובת הנאה דאין היורש יורשה כמבואר בסי':

אם אינו רוצה לצאת י"ש ומשלם לחבירו לפי שטעה וסבר שחייב בדיני אדם בתשו' בית יעקב סי' ס' כ' פרט זה עש"ב:

כ"ו ואם בא לצאת י"ש ישלם וכו' נר' שאם תפס התובע בעדים מוציאין ממנו שאין תפיסה מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת י"ש הרי"בש בשם הרמ"בן כתב הש"ך וז"ל דהא דנקט תפס בעדים היינו משום שהתובע טוען ברי' וה"ה באומר מעצמו גזלתיך וא"י אם החזרתי לך דחייב לצאת י"ש לא מהני תפיסה אפי' שלא בעדי' כיון שאין התובע טוען ברי' ע"ש ועי' בדברי הרמ"בן והובא בש"מ למציעא ד"ו ובתשו' הרש"בץ ח"ב סי' רע"ב ד' נ"ו ע"ג ומשמע שם דגם בשמא ושמא כגון תקפו כהן מידו ה""ד כשתפס בעדי' עש"ב ועי' מ"ש בסי' כ"ח אבל אם תפס התובע שלא בעדי' נר' פשוט כיון שטוען בריא נאמן במגו דלהי"דמ וכ"כ מהר"של בפ' הפרה סי' י"ג גבי ניזק ומזיק ע"ש ול"ל דה"ד התם דהבריא טוב והשמא גרוע דלא היה לו לידע אבל (עכ"מ:)

וראיתי להרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תפ"ו שכ' וז"ל ראובן שחייב לשמעון מנה ותבעו לדין ואמ' לו אמת שיש לך אצלי מנה אבל מכרת לי סחורה ביותר מכדי שווייה בשביל המתנת המעו' וז"ל אם המנה שהודה בו ראובן הוא דמי הסחורה שקנה ממנו ביותר מכדי שוויה בשביל המתנת המעות ישבע ראובן כמה העלאה היתה בסחורה וינכה לו מהמנה דראובן נאמן במגו אבל אם המנה הזה אינו מאותה הסחורה אלא שטען שפעם אחת מכרת לי בהעלאה אין כאן עסק שבו' כלל שהרי אפי' יודה לו שמעון שמכר לו בהעלאה א"ר הוא ואינה יוצאה בדייני' וראובן כבר פרע לו דמי סחורתו והעלאתו ועתה רוצה לתפוס בזה המנה ולהיות נאמן במגו ואין זו תפיסה ול"מ למ"ד גבי קנסות וכו' דאפי' תפס מפקי' מניה אלא אפי' למ"ד דלא מפקי' מניה שאני התם דמדינא חיי' אלא דאין גובי' קנסות בבבל אבל הכא מדינא אינו חייב כלום שכבר נתן לו ואינה יוצאה בדייני' ויפרע ראובן המנה שהודה בו לשמעון וכו' עכ"ל הרי שכ' דאפי' תפס מוציאין מידו ודוקא גבי קנסו' איכא מ"ד דאין מוציאי' מידו כיון דחייב מדינא וכן דעת רוב הפוסקי' בי"ד סי' קס"א בא"ר דאף ע"ג דחייב לצאת י"ש מוציאין מיד הלוה שתפס ומשמע אפילו תפס שלא בעדים דאיכא מגו מיהו שא"ה דמדעתי' יהיב ליה וכה"ג כ' הרדב"ז סימן תק"ג ע"ש:

כ"ז כתב ר' האיי בתשו' בס' שערי צדק שער ה' סימן ה' וז"ל אם טענו עליו היורשים טענת בריא והוא אומר א"י אם נשאר לו עליו כלום אם לאו אם בא לצאת י"ש יתן וכו' כי פשע הוא מלידע מה שיש עליו ואם לא יתן אלא בחיוב בי"ד אין הדיינים מחייבין אותו כלום אלא משביעין אותו שבו' היסת שא"י וכו' עיין שם ונראה דהוא אזיל לטעמיה דס"ל דיורש שטען א"ל אבא שאתה חייב לו והלה כופר צריך לישב' דטענת בריא מקרי כמ"ש הטור לקמן סל"א ע"ש וה"נ אם א"י נשבע שא"י אבל למאי דקי"ל דא"ל אבא טענת שמא מקרי ה"נ אין צריך לישבע שא"י מיהו נראה דצריך לצאת י"ש דהא קיימא לן בסי"ח דטענו ב' ספק אין צריך לצאת י"ש ה"ד במלוה ולוה דהמלוה גם כן הוה ליה לידע אם חייב לו או לא ושמא שלו גרוע אבל יורשים שטענו א"ל אביהם שחייב לו אע"ג דמקרי טענת שמא לגבי השבו' מ"מ מקרי טענת בריא לענין שצריך הלוה לצאת י"ש דהו"ל לידע: כ"ח מנה לי בידך שהלויתיך וכו' ל' הרמב"ם בפ"א מה' טוען מנה יש לי בידך בודאי והנתבע אומר אין היה לי בידי אבל איני יודע אם החזרתי לך וכולי משמע דוקא אם התובע טוען בודאי דבזה אמרי' בריא ושמא בריא עדיף וזה לשון הרב חוקות הדיינים סימן נ"ג אבל אמר א"י אם החזרתי לך אם לאו חייב בלא שבו' משום דבריא ושמא בריא עדיף וכו' ע"ש וכן הוכיח מהר"ם מאטלון בתשו' מהרשד"ם סי' מ' דאם גם התובע מסופק בפירעון הנתבע פטור מדברי הרא"ש שכ' דאם אמר א"י אם החזרתי לך מודה ר"ן ור"י דחייב ולמאן מודו לא לרב הונא ור"י דאמרי בריא ושמא בריא עדיף הא אם שניהם טוענים שמא מוקמי' ממונא בחזקת מריה ומהרשד"ם שם בתשו' הקשה עליו ותי' עש"ב ונר' משו' דאמר בפ"ק דכתובות גבי האומר משארסתני נאנסתי וכו' דאע"ג דקי"ל כר"ן ור"י דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור דלא אמרינן בריא עדיף אלא הממע"ה באומר משארסתני נאנסתי וכו' קי"ל כר"ג דאמרינן בריא עדיף אף להוציא ממון משום חזקה דגופה מסייע לה וכן הוכיח מהר"י ן' פלט בתשו' הביאה בעה"ת שער כ"ט ח"ב סי' ו' דכל דאיכא תרי אנפי חזקה ובריא ושמא דחי' חזקה דממונא מקמייהו ונוטל בלא שבו' עש"ב וה"נ דברי' בחיוב' וס' בפירעון מעמידין הדבר בחזקתו ואמרינן בריא ושמא ברי' עדיף אבל אם גם התובע מסופק אע"ג דא"ל העמד דבר על חזקתו חזקת ממון עדיפא דהא קיימ"ל כשמואל בר"פ המוכר פירות דאין הולכים בממון אחר הרוב וכ"ש חזקה וכה"ג כ' הרמב"ן במלחמות בפ' האשה שנתארמלה גבי אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו וכו' אע"ג דאיכא לאוקמא אחזקה דחזקה דממונא עדיפא א"נ שקולין נינהו לא עבדי' עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מריה ואיך תעלה על הדעת דמשום חזקה בעלמא מפקי' ממונא והלא אף בתר רובא לא אזלינן וכו' וכן כתב בספר הזכות סימן

ס"ב עיין שם וכ"ש הכא דכל חוב עומד לפירעון ודוקא בטוען התובע בריא והנתבע שמא מהניא חזקה להוציא אבל אם התובע ג"כ מסופק אין מוציאין ממון מכח חזקה וכן מוכח בסוף ב"ק דמק' למ"ד מנה לי בידך והלה אומ' א"י חייב תנן אבל אם א"ל א"י אם הלותני פטור ה"ד אילימא דלא תבע ליה רישא נמי דלא תבע אמאי חייב ותי' רישא בבא לצאת י"ש ע"ש וא"א לוקי כולה מתנית' בשניהם טוענים שמא ורישא דבריא בחיובא אפי' התובע ג"כ מסופק בפירעון חייב לשלם וסיפא דהוי ס' בהלואה כיון שהתובע ג"כ מסופק בפירעון פטור מדיני אדם וכי האי גוונא הוכיח הש"ך סק"ל גבי לא תבעו וכו' דאפילו אם אחר כך אמר בריא לי שלא פרעתני אך א"י מהלואה פטור דאם לא כן לא היה צריך להוציא ל' דחייב מפשט' אלא הו"ל לאוקמא בהכי ע"ש ובתשו' בשמים ראש סימן קמ"ו כתב לא מיבעיא להאומרים בא"י אם פרעתי אפי' אם גם התובע מסופק חייב דמוקמי' דבר בחזקתו אלא אפילו להרמב"ן דבעי' שיאמר הוא ברי' ה"ד בדידיה דאית ליה למידע וכו' ע"ש ולא מצאתי סברא זו בשום פוסק וכבר הוכחתי דאם התובע גם כן מסופק פטור מדיני אדם אלא אם כן בא לצאת י"ש דנראה דחייב כמ"ש בדין י"ח ע"ש ושוב ראיתי למהרש"י בה' נזקי שכנים סימן ן' דף קל"ה ע"ג שכתב ראיה מהגמרא כמ"ש והכנה"ג אות ע"ה שכתב דמהרש"י הביא ראיה מהגמרא דאפילו לצאת י"ש אינו חייב ע"ש ל"ד דלא מוכיח כן אלא שאינו חייב בדיני אדם מדלא מוקי מתני' בהכי וחייב ופטור כפשטא עש"ב וברי"פ הגוזל בתרא תניא הגוזל וכו' הניח לפניהם גדולים חייבים ואם אמרו אין אנו יודעים חשבונות שחשב ובינו עמך פטורים ומק' ומשום דאמרי אין אנו יודעים פטורים וכולי ופירש רש"י הואיל ויודעים שבגזילה באה לידו דבריא ושמא הוא ובריא עדיף וכת' בא"ז שם בשם הרא"ש וז"ל ול"נ האי לישנא דמשמע דלא פריך אלא למ"ד בריא ושמא ברי' עדיף ועוד דמשמע דאי הוה שמא ושמא פטורים וליתא דאפילו מת הנגזל ואין בני הנגזל יודעים מה חשבונו' חשב אביהם עם הגזלן חייבי' בני הגזלן לשלם אף על גב דהוי שמא ושמא וכו' עיין שם ותמהני דל"פ אי אמרינן בריא ושמא בריא עדיף או לא אלא באומר א"י אם הלויתני דר"י ור"ן ס"ל אע"ג דבריא ושמא פטו' דהממע"ה אבל האומר גזלתיך הלויתני וא"י אם החזרתי לך אם תובעו חייב לשלם דבריא ושמא בריא עדיף ואם לא תבעו פטור לכ"ע כדאי' התם דף קי"ח ע"ש מיהו קשה דהא מלוה על פה אפילו בעדים אינה גובה מיתומי' אפילו גדולים משום דב"ד טוענים להם שמא אביהם פרע אע"ג דאומר הלויתני וא"י אם פרעתיך חייב ש"מ טענת היורשים כבריא קשבינן ליה וכן אמרינן בריש פ' האשה שנתארמלה דלא אמר ר"ג באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת אלא דבריא ושמא אבל הכא דבריא ובריא לא וכ' הרא"ש

ואלמנה נמי חשיבא טענת יורשי' ברי' כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי לטעון אביהם ע"ש וכן אמרי' בירוש' שם נתארמלה מי עורר היורשים וכו' ועיי"ש בא"ז בשם שטה ישנה וכן כתב הריטב"א שם ע"ש וצ"ל דמ"ש רש"י דבריא ושמא הוא וכולי ר"ל כיון שיודעים שהגזלה באה לידו דבריא א וס' בחזרה היינו בריא ושמא דאין ס' מוציא מידי לו מת הנגזל דאין הבנים יודעים בחשבונו דהוי שמא ושמא חייבים ול"ד לפירעון וה' עדות ביעקב סימן ס"ז דף קע"ה ע"ג תי' דשאני הלואה ופקדון דהלוא' לפירע' עומ' דעבי' איניש דפרע אח"ז וכן הפקדון עומד לחזרה והביא סמוכות לזה מדברי בעה"ת ע"ש ומה שתמה עליו ה' שמחת י"ט סימן ל' דף קט"ו ע"ג דא"כ היכי טעני' נאנסו ליתומים בטענת ספק לדעת בעה"ת כיון דהחיוב הוי ודאי ופיטור דנאנסו הוי ספק ואין ס' מוציא מידי ודאי כיון דמסתמא אין חלק הפקדון עומד לכך שיאנסו דאדרבא דטענת נאנסו לא שכיחא ע"ש לק"מ דלא אמרי' הכי אלא בטענת החזרתי או פרעתי שהיא טענת שמא נגד הלה שטוען בריא שלא פרע ואין ספק מוציא מידי ודאי אבל בטענת נאנסו דהוי טענת שמא שא"י אם נאבד או לא הו"ל שמא ושמא וכה"ג כתב המש"ל בפ"ד מהל' שאלה ע"ש ועוד דכבר כתבתי בסי' ס"ט דטענת נאנסו שכיחא עיין שם:

כ"ט כתב המש"ל בפי"א מה' מכירה כ' ה' לחם רב סימן קע"ו וכ"ת וכו' מ"מ אם יברר היתום שאלמנת ש"מ חייבת לו דמיא הך מלתא לחייב אני לך וא"י אם פרעתי' דחייב וכו' ואין נ"ל דשאני הכא דאף המלוה אינו טוען ברי שלא נפרע שהרי אליבא דרבותיו של רבינו נפרע וא"כ הו"ל כאומר הלויתיך וא"י אם פרעתני דפטור כיון דהמלוה עצמו א"י שלא נפרע ועוד דשאני א"י אם פרעתי' גריעא טענתיה דהי"ל לידע ומש"ה חייב אבל בס' פלוגתא דרבוותא ל"ש לומר טעם זה ע"ש וראיתי למהריב"ל בח"ג סימן מ"ו שכ' על שמעו' שבנה בית אומנות מצרף לכסף וראובן שותפו לא אמר כלום ועתה הוא רוצה למחות בידו לפי שהוא מצטער מתוקף העשן שהוא מזיק וכו' כיון שאין לו טענה הרי הוא ודאי הוא מזיק אלא דמספ"ל אם מהניא חזקה שאין בה טענה ואיכא פלוג' דרבוות' אין ס' מוציא מידי ודאי ועל המזיק להביא ראיה ודוגמא לזה האומר מנה לי בידך וא"י אם פרעתיך דחייב וכו' וכ"כ עוד מהריב"ל בסימן ק"א בא' שמת והניח שתי בנות ובן וקדמה א' ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה הב' לגבות עד שמת הבן דפליגי רבוותא אם הלכה כר"י או כר"ח וכולי דדמי להלויתני וא"י אם פרעתי' דחייב דלא ידענו אם במיתת הבן וותרה מה שזכתה משום ריוח ביתא כר"י או לא וותרה כר"ח וכולי ע"ש הרי דמהריב"ל בב' התשו' אלו סובר כדעת הר' לחם רב דס' פלוגתא דרבוותא דמי להלויתני וא"י אם פרעתי' דחייב וכבר כ' ה' נתיבות משפט ד' שכ"ט דבמלוה ולוה ה"ט

דאם התובע ג"כ אינו יודע דפטו' הנתבע משום דהמלוה הו"ל למידע ואיהו דאפסיד אנפשיה אבל בעלמא אין ס' מוציא מידי ודאי ע"ש וכ"כ בתשו' בשמים ראש סימן קמ"ה דאפילו להרמב"ן דבעינן שיאמר הוא ברי ה"ד בדידיה דאית ליה למידע ומה"ט אמרי נמי רב הונא ור"י דברי' עדי' וכולי ע"ש הרי דבעי' שיאמר התובע ברי' אבל אם הוא ג"כ מסופק פטו' הנתבע היינו משו' דהמלוה ריעא טענתיה דהי"ל לידע אבל בעלמא מעמידין בחזקתו ועי' בתשו' מהרח"ש ח"א סי' פ"ט:

ל' כתב הרשב"א בחי' לגיטין בפ' הזורק דף ע"ח וז"ל הק' הר"א דא"כ הא דקתני נמי לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו היינו נמי בב' כתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבא הול"ל אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ותי' דהכא לתרויהו אית להו חזקה למלוה א"ל אוקי אחזקתיה שהוא מחוייב לו הלוה קודם שנולד הספק וללוה איכ' חזקה דא"ל אוקי ממונא בחזקת מריה הילכך יחלוקו וא"ת אדרבא הו"ל כהלויתני וא"י אם פרעתיך אם לאו דקי"ל דחייב וי"ל שאני התם דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הרי נולד ס' זה בפניך והילכך יחלו' עכ"ל ומזה למד הר' שמחת י"ט סי' ט"ל דלא אמרי' ברי' בחיובא וס' בחזרה אלא בס' דליכא רגלים להסתפק אלא ע"פ טענת התובע אבל בס' שנולד בפנינו דבלא טענת הנתבע יש להסתפק בדבר אמרי' יחלוקו וה"נ בפלוג' דרבוות' אם נפטר הלוה או לא לא גרע מב' כתי עדי' דיחלו' עש"ב ולכאורה נ"ל דברי' בחיובא וס' בחזרה לעול' חייב דבפ' השואל תנן המשאיל אומ' שאולה מתה וכולי והלה אומ' א"י חייב ופרכי' מינה לר"ן דס"ל באומ' א"י אם הלויתני פטור והתוס' והנ"י שם הק' דהא מתני' דמיא לאומ' א"י אם החזרתי לך דקי"ל דחייב לכ"ע וכו' וכן הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והריטב"א והובאו בש"מ ע"ש מה שתי' והא התם בלא טענותי' יש ס' דלא אמר סומכוס אלא כי איכא דרא דממונא כמ"ש התוס' שם וא"כ משמע דאי דמיא לאומר א"י אם החזרתי לך חייב ולא יחלוקו מיהו לפי מה שכ' התוס' בד"ה לימא וכולי כיון דלסומכוס אהני ברי' נגד שמא וחייב הכל ה"נ הול"ל לרבנן דאהני ברי' נגד שמא לכל הפחות שיחלוקו ע"ש במהרש"א א"כ אי מתני' דמיא לאומר א"י אם החזרתי אימא דמתני' כסומכוס דאהני בריא נגד שמא אבל רבנן (עכ"מ): ל"א ראובן שהרשה לשמעון לגבות חוב מלוי שבעיר אחרת ובהגיע המורשה לעיר לוי בא לוי לעיר ראובן ותבעו שיפרע נו וטען לוי שבנו נתפשר עם המורשה וראובן טוען שלא בא לו כתב מהמורשה שנפרע טענתו בטלה הו"ל כאומ' הלויתני וא"י אם פרעתיך שחייב לשלם כ"כ הר' כנה"ג אות ל"א בשם מהרימ"ט סי' פ"ה ע"ש וקצר את הרחב דאם ראובן טוען שלא בא לו כתב מהמורשה אפילו אם טוען לוי שמא נתפשר עם בנו כיון שהמלוה ג"כ טוען שמא

פטור וכ"ש דמסייע ללוה חזקת שליח עושה שליחותו אבל בתשו' מהרימ"ט מבואר שלא חייבו אלא לפי שלוי בא בטענה שנתפשר והבא בטענת בנו חשיב טענת שמא אבל ראובן בא בטענת מורשה שלו שכתב לו שלא נתפשר ולא יתפשר והבא בטענת המורשה מקרי בריא עיין ש' הטעם וכבר ראיתי להר' דבר משה ס"ב סימן י"ד שכ"כ ע"ש:

ל"ב חייב לכלם וכולי נר' אפילו ס' הפירעון הוא קודם ההלואה כגון וכו' הש"ך וכ"כ מהר"י הלוי אחי הט"ז בתשו' סימן מ"ג באומר מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר יודע אני שהלויתני אבל אתה חייב לי חוב ישן כנגדו וא"י אם פרעתני כיון שהחוב שחייב זה עתה הוא ודאי והפירעון ס' הו"ל כאומר א"י אם פרעתיך וה"ד כשהתובע טוען ברי' אבל אם התובע טוען ג"כ שמא לא פרעו חוב ישן ישבע הלה היסת שא"י ופטור עש"ב ועי' בס' בני אהרן סי' ט':

ל"ג ואין התובע צריך לישבע אפי' היסת כן הסכים מהר"י ן' מיגש בתי' בפרק כל הנשבעי' ומשמע שם דאפי' טען הלוה וא"ל השבע לי דלא פרעתיך א"צ לישבע עש"ב וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ק"ס ותדע לך דהא אפי' גבי ן' ידענא ון' לא ידענא דמחויב שבוע' שאי"ל משלם בלא שבוע' התובע ואע"פ שהתובע מסופק בעיקר המלוה וכדמוכח בהדיא בפ' שבועת העדות גבי הכל מודים בעד דר"א הכא דהוא בריא בעיקר המלוה אלא שהוא מסופק בפירעון לכ"ש שנוטל בלא שבו' עכ"ל וכן מוכח בר"פ כל הנשבעי' ובפ' המקבל דאמרי' טעמא דשוכר נשבע ונוטל משו' דבע"ה טרוד בפועליו ופרכי' א"ה ליתיב ליה בלא שבו' וכולי וכ' התוס' משום דהו"ל כאומ' הלויתני וא"י אם פרעתיך ומשני כדי להפיס דעתו של בע"ה לפי שסובר בדעתו בודאי שפרע אבל בהלויתני וא"י אם פרעתיך א"צ שבו' כיון שהוא מודה שא"י ע"ש אלא דמ"ש הרשב"א שם ואי אמר אשתבע לי דלא פרעתיך הויא ש"ה ואין נשבעי' אותה אלא על טענת בריא וכולי דבריו תמוהים דשבועה דר"פ כעין דאורייי' דלא מצינו ש"ה ליטול אלא כשהפכה הנתבע לתובע כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה' טוען דין ו' וכ' מ"מ שהם דברי רבו מהר"י ן' מיגש והם בחי' לשבועו' ד' מ"א וז"ל שבו' דאורייי' היא וכולי ועוד דהא נשבע ונוטל הוא ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם שבו' היסת בנשבע ונוטל אלא היכא דמחוייב בה הנתבע והפכה התובע אבל שבו' דהוי מעיקר' הדין על התובע דמשתבע ושקול לעולם לא הויא כעין דאורייתא עכ"ל ומ"מ הרי דעת מהר"י ן' מיגש והרשב"א אפילו אי אמר אשתבע לי דלא פרעתיך א"צ לישבע ושערי רב אלפס שכ' דצריך התובע לישבע אפ' דשבועת היסת אחר פירעון קאמר וכה"ג כ' האחרוני' בסי' ע"ח גבי מלוה בתו"ז לדעת הרא"ש דלגבות מן הלוה עצמו צריך שבוע' היסת דהיינו אחר הפירעו' ע"ש וכן מצאתי

להרשב"א בתשו' ח"ב סו' ג' שכ' שיש מגדולי הא' שאמרו דכל מחוייב שבועה שאי"ל משלם צריך הנוטל לישבע היסת דומיא דחשוד על השבוע' דתנן שכנגדו נשבע ונוטל וההיא דשבוע' העדות דמשמע דנוט' בלא שבוע' כלל היינו מדאוריי' אבל מדרבנן חייב ע"ש ונר' דשבו' היסת דקאמר דצריך הנוטל לישבע היינו אחר הפירעו' ולא הוי דומיא דחשוד ממש דהתם נשבע שבועת המשנה כעין דאוריי' קודם הפירעו' אבל בכל מחוייב שבוע' שאי"ל דמשלם אינו חייב אלא שבועת היסת אחר הפירעון וכן מצאתי להרמ"ה בפ' ח"ה סימן נ"ז שכ' וז"ל אבל תדע דאפי' איכא חד סהדא דאכל נמי דאמרי' בשמעתין בהדיא מטעמא דכל המחוייב שבוע' ואי"ל וקיי"ל דכל המחוייב שבוע' וא"י שקיל תובע בלא שבועה לבד מחשוד על השבועה דיכול לישבע הוא ואנן הוא דלא שבקי' ליה וכולי וכיון דבחד סהדא שקיל בלא שבועה כ"ש בתרי סהדי אבל שבועת היסת ודאי מחייב ואע"ג דקיימי פירי בחזקתי' דתובע ואפי' אגלימא דאכתפיה נמי מצי משבע ליה היסת ובדין הוא דלא לחייב ליה שבו' אלא לבתר תשלומי' אלא כיון דחייבו ב"ד להדורי ארעא כמאן דאהדרי דמי דהא לא מחסרא גוביינא מיחייב שבו' עילויה ואע"ג דלא שלם ליה פירי וכיון דאישתבע ליה אגופא דארעא תו לא מחייב שבועה ליה אפירי דטענה דפירי בארעא תליא וחדא שבוע' וכולי עכ"ל הרי דס"ל דכל מחוייב שבו' שאי"מ שקיל התובע בלא שבו' ואחר הפירעון הוא דחייב לישבע היסת ודווקא גבי ארעא ופירי נשבע היסת קודם משום דקרקע ברשותיה דמריה קאי וכמאן דאהדרא דמי וטענא דפירי בארעא תליא אבל בעלמא א"צ לישבע היסת אלא אחר הפירעון ודווקא בחשוד תיקנו נוטל בלא שבוע' וא"כ אפ' שכן דעת הרי"ף דאפי' באומ' א"י אם פרעתיך דברי' בעיקר המלוה ומסופק בפירעון צריך שבוע' אחר הפירעון והא דמוכח בפ' כל הנשבעין גבי שכיר דא"צ שבועה היינו שבועת המשנה בנקיט' חפץ והש"ך כ' שאפי' אחר הפירעון א"צ לישבע כיון שהלוה טוען שמא ע"ש וכן משמע מדכ' מרן אפי' ש"ה דמשמע אפי' אחר הפירעון דקודם הפירעון לא מצינו ש"ה ליטו':

ל"ד הגה ואם חזר אח"ך ואמ' נז' שפרעתי נאמן בשבו' מהר"של בפר' הגוזל בתרא סי' ט' כ' דדין זה דוקא אלא לדעת רב אלפס דאומר א"י אם פרעתי' צריך התובע לישבע וכו' אבל למאי דקי"ל דנוטל בלא שבו' אינו חוזר וטוען כלל וכולי והביאו הש"ך ע"ש אבל ה' חוקות הדייני' סי' נ"ג כ' וז"ל אבל אם אמר א"י אם החזרתי לך אם לא חייב לשלם בלא שבו' משום דבריא ושמא בריא עדיף וכו' וכ' הרמ"א בפי' שאם חזר ואמר דלאחר שחייבוהו ב"ד פרעתי אם אמרו מיד באותו מעמד אינו נאמן משום דהדבר מוכיח שלא אמר כן אלא מפני שחייבוהו ב"ד אבל אם לאחר זמן אמר עמו אני זכור שכבר פרעתיהו

ה"ז נאמן מפני שחשב בדבר ונז' וכ"כ מוריה' בתשו' במי שהוציאו עליו כ"י שהפקידו לו ק' דינרים וטען ואמר איני זכור שמעולם כת' זה חתמתי והלך התוב' והביא עדים וקיימו חת"י וחזר הנת' ואמר אתה מחלת זאת התביעה ביני לבינך לא הוחזק כפ' וכו' ע"ש הרי דס"ל דנוטל התובע בלא שבועה ואפ"ה אם הנתבע חזר ואמר נזכרתי שפרעתיו נאמן וז"ל הרש"בא בתשו' ח"ג סי' פ"ג על כ"י בפקדון וכו' ומסתבר' שאין זה מוחזק כפרן שזה לא כפר בפקדון שטרות אלא בכת"י השטר וכו' וגדולה מזו מסת"בל שאפי' טען מעולם לא כ' שטר זה אינו מוחזק כפרן שהרי לא כפר בעיקר הפקדון וכו':

ל"ה דין י"א א"ל חייב אני לך מנה והלה אומ' ודאי לי וכו' אבל אם לא אמ' לשון ודאי לא הסמ"ע וכבר הוכיח הש"ך מהראיה שהביא מהר"ם מפ' י"ן דלאו אחונא הוא וכו' והמרדכי הביא עוד ראיה ממי שטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור ופי"רשי שמחל לו בשעורים מדלא טענו אלא חטים וכו' משמע שאפי' לא אמר ודאי אלא אמר שאינך חייב לי פטור וכן הסכים ה' שבות יעקב ח"ב סי' קמ"ח ע"ש גם הרש"בא בחידו' לקידושין ד' ס"ה כ' דהאומ' מנה לך בידי והלה אומר אין לי בידך כלום הודאת בע"ד כק' עדים דמי וכאותה שאמ' כ' ונתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא כ' ולא נתן לי הודאת בע"ד כק' עדים דמי וכו' ע"ש משמע דאפילו לא א"ל ודאי דהודאת ב"ד כק' עדים דמי ומשמע דאפי' חזר ואמר ט' שהוא חייב לי אינו נאמן כי התם דאפי' חזר המקבל ואמר שנתת לי לא זכה כיון שזכה בו הנותן מיד ועי' בחי' הרי"טבא שם מיהו נר' דהרש"בא אזיל לטעמיה שכ' בפ' השולח דה"ט דאמרי' הודאת בע"ד כק' עדים על המקבל טפי מנותן כיון שזה מודה נעשה הקרקע בחזקת הבעלים הא' וכ"כ הרא"בד ע"ש וה"נ כשזה מוד' שהוא חייב לו העמיד ממון בחזקתו וכ"כ ה' פ"מא ח"א סי' י"א ע"ש אבל לפי הטעם שכ' התוס' וה"רן והריט"בא בחי' לשם שהנותן מתוך שקדמה מחשבתו ליתן הוא סבר שנתנה אע"פ שעדיין לא נתנה דהמקבל יודע בדבר יותר ממנו וע"ש בהר"אש אפ' דהכא בחוב הלוה נאמן וכן ראי' להרש"בא במיוחסות סי' קי"ז שכ"כ אלא שהסכים עם מהר"ם מסוגיא דפ' י"ן ומדין טענו חטים והודה לו בשעורי' דפטור ומוכח שם דאפי' לא אמר ל' ודאי כל שהוא בריא לו שאינו חייב לו לאפוקי אם שותק או אמר א"י עש"ב ובשיט' לקידושי' ד' ס"ה גבי הוא אומר קדשתי' והיא אומרת לא קדשתני כ' דאפי' נתן מעצמו אינו חייב ליתן כתובה דכיון שהיא אומרת לא קדשתני אע"פ שהוא מודה שקדשה הו"ל טענו חטים והודה לו בשעורי' דפטו' אף מדמי שעורי' כפי' הרא"בד ע"ש והיינו כדקי"ל הכא באומר חייב אני לך והלה אומר אינך חייב לי כלום דפטור וה"נ כיון שהאשה

אומרת לא קדשתני דהיינו אינך חייב לי כלום אע"פ שהבעל יודע בודאו שקידש' וחייב לה כתובה פטור:

וראיתי להרשב"א במיוחסות שם שכתב על ראית מהר"ם מההיא דפ' י"ן דלאו אחונא הוא וכו' וצ"ל לדעת ה' דמפי אחרים בריא מקרי וכו' ע"ש ודבריו תמוהים דהא מסיק אביי התם דכמנה לאחר בידך דמי דהוי טענת שמא וכן הוכיח הרמב"ן במלחמות פ' הניזקי' דטוען מפי אחרים טענת שמא מיקרי מהתם ע"ש וראית מהר"ם למאי דס"ד דרבא דכמנה לי בידך דמי ואפי"ה אמרינן דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ועוד דהתם מיירי שמת הס' וזה שאומר אחי הוא טוען בריא ואפילו הכי אמרי דלא יירשו אחיו עמו משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרב פמ"א שם כתב דהרשב"א כפי הנוסחא שראה בדברי מהר"ם הבין שמהר"ם מפ' דמאי דקתני במתני' נפלו לו נכסים ממ"א יירשו אחיו עמו לא שמת הספק אלא שהוא חי שנפלו לו נכסים ממקו' אחר שירש מאחותו הידועה לו וכו' עש"ב ולש' מהר"ם בתשו' הארוכו' סימן קל"ד אף ע"ג דראובן אמר לשמעון אחי אתה ויש לך ליטול עמי ושמעון אמר איני אחיך וכו' משמע דהאח הספק חי וטוען אחי אתה:

נראה דאפילו נתחייב לו שבו' ממ"א אינו יכול לגלגל עליו כיון שמחל לו דהוי כמחל לו בפירוש שכ' מרן בסימן צ"ג ס"ז שאם פטרו משבו' אינו יכול לגלגל עליו וגבי חלקו השותפים וכו' כתב הריטב"א בחי' לשבו' יש שפי' דאפילו על טענת בריא אינו יכול להשביעו כיון שחלקו ולא תבעו כלום מחלו ואינו נכון דא"כ כשיתגלגל לו שבו' ממ"א למה משביעו והא מחל לו והנכון דדוקא בטענת שמא אינו יכול להשביעו עיי"ש אלמא אפילו לא מחל לו בפירוש אינו יכול לגלגל וה"נ כיון דאמרי' דודאי מחל לו אינו יכול לגלגל עליו:

ל"ו דהוי כאלו מחל לו הטור סיים ולא הוי מחילה בטעות דכיון שא"ל אני חייב לך היה לו לדקדק והוא לא עשה כן אלא אמר בודאי אינך חייב לי ודאי מחל לו בלב שלם והסמ"ע למד מזה דאפילו חזר ואמר טעיתי בחשבוני תחלה ועתה דקדקתי ומצאתי שחייב אינו נאמן ע"ש וכן הרמ"ך בתשו' הסכים בספר בית יהודה ח"ב סימן מ"ב ותמה על הב"ח ע"ש והרב שבות יעקוב ח"ב סימן קמ"ח למד מזה לתובע שאמר בפני ב"ד שאין לו עוד שום תביעה על הנתבע דאינו נאמן שוב לומר שכחתי או טעיתי בחשבוני כדהכא ואף שכ' הסמ"ע דה"ד שאמ' אין לי ודאי כבר השיגו הש"ך בטוב טעם ודעת ואפשר דגם הסמ"ע לא אמר אלא באומר כן חוץ לבית דין אבל בפני בית דין לעולם הוי מחילה גמורה ע"ש ואינו מוכרח דהכא משום דא"ל חבירו אני חייב לך היה לו

לדקדק אם כן הוא אמרינן ודאי מחל מיהו נראה דאינו נאמן לומר שכחתי או טעיתי בחשבוני ויש להביא ראיה ממה שכתב הטור ומרן הב"י בסימן קכ"ו גבי מעמד ג' דאם אחר שנתרצה הלוה ליתן למקבל אמר עיינתי בחשבוני וטעיתי במה שהודיתי לו אם המחהו בפני עדים והוא בתוך זמן אינו נאמן אבל לא המחהו בפני עדי' נאמן לומ' טעיתי במגו דלהד"מ או במגו דפרעתי אם הוא אחר זמן ע"ש וא"כ טענה זו גרועה ואינו נאמן אלא במגו אפי' להוציא מידו וה"נ שהודה לחבירו שאינו חייב לו אינו נאמן לומר טעיתי אלא במגו ואם אמר לו שלא בפני ב"ד או שלא בפני עדים נאמן לומר טעיתי בחשבוני ושכחתי במגו דלא היו דברים מעולם שוב ראיתי בתשו' הרא"ש בס' בשמי' ראש סימן מ"ו שכתב דאינו נאמן באומר שטעה אבל אם ניכרים הדברים מן האמתלא שנתן לפי ראות עיני הדיין חייב הלוה לשלם לו ע"ש:

ל"ז דין י"ב וע"א מעיד שהלוהו וכו' אפי' אין העד מעיד שעדיין לא פרעו או שהוא תוך זמנו וכו' הסמ"ע והש"ך ע"ש ועיין בספר א"ז לקמא ריש פרק הפרה שכתב' גדולי הדור שמי שהעיד עליו עד אחד שחייב לפלוני מנה והלה אומר א"י נשבע שבוע' התורה שא"י ואין אומרים משיכל"מ וצ"ל שאינו אומר שהלוה לו מנה בפניו אלא שאומר כן בצד דלא ריע טענתיה שא"י ואף רבים חולקים עליהם וכו' ע"ש וכתב הש"ך אף על גב דאית ליה מגו מ"מ כיון דהשתא טען איני יודע ואיל"מ ודלא כהמבי"ט ח"ג סימן קכ"א שכתב דה"ד שהעד מעיד שעדיין לא פרעו דאם לא כן נאמן במגו שיכול לו' פרעתי עיי"ש וכן הוכיח הרא"ש בתשו' כלל פ"ב דלא שייך מגו בדבר דאנן סהדי שא"י ע"ש והתוס' בפרק המקבל בד"ה שכיר כ' וז"ל ותימה היאך נאמן במגו דהא וכו' חושבי' אותו כאלו אמר א"י וכו' וחייב דהוי כאומר הלויתני וא"י אם פרעתיך דחייב וכו' ע"ש מבואר דס"ל דבאומ' הלויתני וא"י אם פרעתיך אפי' הלוהו שלא בפני עדי' דאית ליה מגו שיכול לומר לא הלויתני או א"י אם הלויתני אפי"ה כיון דהשתא מודה בחיוב אלא שהוא מסופק בפירעון חייב דלא שייך מגו וכן כתבו התוס' בפ' הכותב גבי הפוגמת כתובת' דלא שייך מגו הואיל וטעמא משו' דלא דייק וכו' והריטב"א בחי' שם שכתב וז"ל וא"ת וליהמנ' במגו דא"ב אמר' לא נפרעתי כלום דליכא עלה שבו' וי"ל דלאו מגו דטפי חשיב מעיז כשכפר הכל מהיכא שכופר דלא דכיר כמה מעות קבל דמאן דמפרע לא דייק וכו' ע"ש נרא' דס"ל דהא לא דמי לר"פ האשה שהלכה דאין נאמנת לו' מת בעלי אע"ג דאיכא מגו דהכא שאני שהיא טוענת ברי' ואומרת ודאי דייקא נאמנת במגו שלא להחזיקה משקרת כמ"ש התוספ' בפרק כל הנשבעים גבי שדה כיון דבע"ה טוען בריא שלא שכח אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית ליה מגו ע"ש אבל אם אמר א"י לכ"ע אפילו איכא מנו חייב דל"ש מגו

שאנו מאמיני' אותו אלא שהוא חייב בטענ' זו וה"נ כיון דהשתא טוען א"י ואיל"מ כמ"ש הש"ך: ל"ח או שאמר איני יודע אם פרעתיך וכו' נ"ל דמיירי בטענו ע"פ העד כדלקמן סכ"ג הש"ך ונרא' משום דאם טענו ב' ס' שהתובע טוען הלויתיך וא"י אם פרעת והנתבע אומר כן פטור אבל כשיש עד א' מסייעו לנתבע מחייב והתוספות בכתובות דף י"ב ע"ב בד"ה ר"ה וכו' כתבי וז"ל ותימא דבפ' י"ן גבי האומ' זה אחי משמע דאביי אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב ובפ' ח"ה משמע דאית ליה כר"א וי"ל דאפילו למאן דאמר חייב איכא למדרש שבו' ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשי' בששניהם לא ידעו אלא שע"א מעיד שא' חייב לחבירו מנה דבאבוה משיל"מ עיין שם אלמא אפילו התובע טוען שמא על פה העד והנתבע מסופק בעיקר המלוה אמרי' משיל"מ וכ"ש דמסופק בפירעון וכה"ג כתב הרשב"א ח"ב סימן ק"ס ע"ש אבל לשון הטור ל"ש טען א"י אם לויתי אם לאו ל"ש טען א"י אם פרעתי אם לאו כיון שע"א מסייע לתובע ברי' ושמא ברי' עדיף ומשילי"מ וכ' הפרישׁ' דכיון דע"א וכולי בריא ושמא וכולי כדי שלא תקשה מי מחייבו ממון הא קיימ"ל כמאן דאמר דבאומר אינו יודע לא אמרינן בריא בתובע ושמא בנתבע בריא עדיף אלא אמרינן הממע"ה ואף שיש כאן עד אינו מעיד שעדיין חייב לו אלא שלוה מש"ה כתב דמ"מ כיון דהעד מסייע לתובע כ"ע מודו בזה דברי' התובע עדיף וא"ת ישבע הוא נגד העד והרי הוא כאלו אינו ונחזור לומר הממע"ה ע"ז אסי' דכאן אינו יכול לישבׁ' נגד העד ומהאי טעמ' לחוד דכיון שאיל"מ לא סגי לחייבו דהא גם באינו יכול לישבע נגד העד מ"מ אין העד מעיד שחיי' לו עדיין דמי ההלואה מש"ה גם כן הוצרך לכתוב הטעם דברי' ושמא וכו' עכ"ל הרי דאם העד אינו מעיד שעדיין חייב לו אלא שלוה והלה טוען שא"י אע"ג דקיי"ל דאם התובע אומר ברי' והנתבע אומר שא"י אם הלויתני נשבע היסת שא"י ונפטר ש"ה דעכ"פ איכא עד שהלוה לו והלה אינו מכחיש אלא טוען א"י ומש"ה מצטרף טענת בריא דהתובע והע"א לחייבו וכה"ג קיימא לן בסימן קכ"א דנשבע המלוה שלא קבלם ויגבה חובו וכתב הסמ"ע שם סקכ"ב אף ע"ג דאין ללוה עליו אלא טענת שמא קבל מהשליח מכל מקו' מצרפי' לו טענת השליח שאומר בבריא שנתנו למלוה ע"ש וכן כת' הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ס"ח ע"ש וראיתי לה' כנה"ג הגה"ט אות ז' שכ' דבדין זה אשמועינן דאפי' אם יחזור ויאמר נזכרתי אינו נאמן כמו שנאמר כשאין שם עד א' כמו שכ' המרדכי דש"ה דצריך לישבע להכחיש את העד ומשאיל"מ דומיא דדין הבא אח"ז עיין שם ואין נראה כן דלענין באומר הלויתני וא"י אם פרעתיך דחייב לא כת' הטור זה דאם חזר ואמר נזכרתי שפרעתי נאמן לאשמועי' בע"א דאינו נאמן לומר נזכרתי וגם נראה דה"נ בע"א נאמן לומר נזכרתי ופרעתי דדוקא אם כפר ואמר להד"מ ובא ע"א

והכחישו הוא דכתב הטור דאפי' חזר ואמר אין לויתי ופרעתי חייב וכן ראיתי להפרישה שכן כ' בדין זה וז"ל מיהו אם אחר כך טען ואמר נזכרתי שלויתי ופרעתי נראה דנפטר מהמלוה בהיסת ודוק' דכפר בתחלה ואמר להד"מ ובא ע"א והכחישו כתב אח"ז בסי"ד דאין נאמן מטעם דאלו היו שניהם וכו' אבל אם אמר מתחלה א"י אם לויתי אף אם באו שניהם ואמרו שלוה היה נאמן לו' נזכרתי דלויתי ופרעתי וכן לקמן סי' ע"ט מוכח דלא הוחזק כפרן כי אם בטענת לא היו דברים מעולם ומש"ה כת' רבינו כאן ל"ש טען איני יודע אם פרעתי דמשמע הא אם טען ודאי פרעתיך אפילו לאחר שבא העד ואמר שלוה היה פטור בהיסת וכו' ע"ש:

ט"ל כ' מהרימ"ט ח"א סי' ע"ב דביורשי' לא אמרי' משאיכל"מ ואפילו יש ע"א פטורי' דא"כ מצינו ע"א קם לממון ומקרא כתוב לאמר לא יקום ע"א וכו' ע"ש ואין זה הכריח דהא הלוה עצמו אם אמר א"י ויש ע"א שלוה אמרי' משאיל"מ וא"כ מצינו ע"א קם לממון ונר' הטע' כמ"ש בתש' מהר"ם דשייכי לס' משפטי' סי' ס"א וז"ל דבשלמא בנסכא דר"א אי הוה בעי הוא טעין לא חטפי והוה נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמרי' דמשלם ע"פ ע"א כיון דעיקרו לא אתא סהדא לחייב ממון קרי' ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם וכו' אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבועה ע"י ע"א נמצא וכו' שהוא קם עיקרו לממון שהחשוד א"א לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא חד סהדא לשכנגדו וכו' עכ"ל וא"כ ה"נ הלוה שאמר א"י נגד ע"א כיון דיכול לומ' לא לויתי להכחיש העד וישבע ולא ישלם א"כ אין העד קם עיקרו לממון ואמרי' משאיל"מ וכן היורשי' אם טענו לא לוה אבינו מעולם יכולי' לישבע דמ"ל הוא מ"ל אבוה כדאמרי' בפ' כל הנשבעי' ע"ש וא"כ כשאינם יודעי' אין העד קם לממון ואמאי לא אמרי' משאיל"מ וז"ל בעה"ת שער ל"ח ח"ג סי"ד גם הר"י הברצלוני כתב שאם טען היורש א"י אם לוה מורישי אם לאו וע"א מעיד שלוה לא מהני ההוא עדות ואין עליו אלא שבועה שלא פקדנו אבא ואע"פ שי"א שכיון שאין מכחיש העד הו"ל מחוייב שבו' ואיל"מ אין סומכין עליו וכולי והא סברא ליתא כלל דאע"ג דאמרי' כשטוענו תביעת עצמו שמשלם בא"י משום דבעי ליה למידק כשנתעסק הוא עצמו עמו כיון שלא דקדק ואיל"מ אבל בטענת מורישו שלא הי"ל לדקדק לא אמרי' משיל"מ עכ"ל הרי דאיכא מ"ד דגם ביורש אמרי' כיון שאין מכחיש העד הו"ל מחוייב שבועה ואיל"מ:

מ' דין י"ג אבל פרעתי וכו' הרשב"ש סי' תקכ"ו כ' דגבי נסכא דר"א הקשו רבוותא אמאי אינו נאמן לומ' דידי חטפי מגו דהיה נאמן לומ' החזרתי ותי' דהגזלן אינו נאמן לומר החזרתי וא"כ מלוה חבירו בפני ע"א והוא אומר כן אבל פרעתי אפי' בתו"ז נאמן במגו

דלהד"מ ע"ש ודבריו תמוהים דגבי נסכא דר"א נמי אמאי אינו נאמן לומר דידי חטפי במגו דיכול לומר לא חטפי להכחיש העד וכב' הק' כן התוס' בפ' ח"ה ותי' דלא אמרי' מגו שיכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו ועוד תי' שהתורה האמינה ע"א לענין שבועה כב' עדים לענין ממון ומוכרח לישבע או לשלם עיין שם א"כ במגו דהחזרתי שאינו מכחיש העד הוא דצ"ל דגזלן אינו נאמן לומ' החזרתי אבל במגו דלהד"מ דמכחיש העד אינו נאמן וה"ל מחוייב שבוע' שאיל"מ וכן מבוא' בדברי הרמב"ן שם והר"ן בפ' כל הנשבעי' ע"ש ובהש"ך ס"ק ל"ח וא"כ ה"נ במלוה בפני ע"א והוא אומר כן אבל פרעתי בתוה"ז אינו נאמן במגו דלהד"מ להכחיש העד וכן בשטר בע"א שיש בו נאמנות אינו נאמן לומ' פרעתי לכ"ע מה"ט דשטרך בידי מ"ב ואע"ג דיכול להכחיש העד לא אמרי' מגו בכה"ג והרשב"ש שם בתשו' פי' דברי הרמב"ם כפשוטו דאם העד אומ' בפני הלוהו ולא זזה ידי מידו ועדיין לא פרעו והוא מודה כן שלוה ולא זזה ידו מתחת ידו וכן אם המלוה לזמן ועדיין לא נשלם הזמן והוא מודה בזה הו"ל מחוייב שבוע' שאיל"מ עש"ב וזה דעת מרן הב"י וכבר תמה עליו הסמ"ע ס"ק ל"ה דאם טען פרעתי' כיון שיכול להכחיש העד ולישבע פטור וכן תמה מהריק"ש בתשו' סימן ל"ז בס' אהלי יעקב ובהגהותיו ועמ"ש בסי' ע"ט דין יו"ד והרשב"א בתשו' לא כ' אלא בטען שיש לי בידך כנגדם דאין נאמן אלא במגו ואם יש ע"א מעידו שלוה ולא פרעו ליכא מגו:

עוד ראיתי להרשב"ש כי' תק"ד שכת' שהרמב"ם מדמה שטר בע"א ומודה שלוה וטוען שפרע למי שתבעו בע"א ע"פ ומודה שלוה וטוען שפרע ודן בשניהם מחוייב שבו' שאיל"מ ודן במי שהעיד עליו ע"א שלוה והוא כופר שנשבע שבו' התורה ונפטר וה"נ בשטר בע"א והוא כופר שלא לוה נשבע שבו' התורה ונפטר וכו' ע"ש ותימא הוא דתבעו בע"א ע"פ והוא מודה שלוה וטען שפרע פשיטא דנשבע היסת ונפטר והרמב"ם בפרק ד' מה' טוען כת' מנה לי בידך והרי ע"א מעיד עליו והנטען אומר כן הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה הרי זה מחוייב שבו' ואילו"מ וכו' וכתב המ"מ דא"א כגון שאין העד יודע אם פרעו אם לא דא"כ ודאי דנאמן לומר יש לי בידך כנגדם דהא אפילו בב' שהעידו שהלוה ואינם יודעים אם פרעו נאמן הוא לומר יש לי בידך כנגדם מגו דאי בעי אמר פרעתי אלא כשהעד מעיד שעדיין מנה זה אצלו כגון שלא זזה ידו מתוך ידו וב' המעידים שעדיין המנה בידו ודאי אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדם דהא ליכא מגו דפרעתי ולכך בע"א כיון שאינו יכול לישבע משלם ע"ש הרי דגם בטוען יש לי בידך כנגדם אם אין העד יודע אם פרע או לא נאמן במגו דפרעתי דאפילו נגד שני עדים נאמן במגו דפרעתי וכ"ש

ע"א ודוקא כשהעד יודע שלא פרע כגון שלא זזה ידו מתחת ידו וטען יש לי בידך כנגדם אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאם היו שני עדי' חייב משום דליכא מגו:
והתוס' בפרק ח"ה דף ל"ד בד"ה הוי וכו' כ' בשם ריב"ם דר"א סבר אף על גב דאית ליה מגו חייב דכיון דאיכא אחד דמחייבו שבו' מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר וכו' וכ' הדרישה בסי' זה נר' לכאורה מדברי ריב"ם דכמו דסביר"ל דאין נאמן לומר דידי חטפי במגו דהחזרתיו לך וה"ה אם יש לו עד הלואה והוא טוען יש לי בידך כנגדו אין נאמן במגו דפרעתי אף על פי שאין העד מעיד אלא שהלוה כיון דע"א מחייבו שבו' דאורית' אין מועיל לו שום מגו לפוטרו רק בשבו' שמכחיש העד דהו"ל כמגו במקום עדים כיון שהלואה היא ודאי דע"א מעיד עליו והוא אינו מכחישו נמצא עדות העד במקומ' עומד' ועליו לשלם וכו' וכן נראה לכאורה דעת הרמב"ם וכולי עש"ב ונראה דגם לדעתו ה"ד כשטען יש לי בידך כנגדו דאינו נאמן על טענה זו אלא במגו וכיון דעד א' מחייבו שבו' דאורייתא אין מועיל שום מגו לפוטרו אבל אם טען פרעתי דנאמן בלא מגו ודאי לא אמרי' משיל"מ דאפילו נגד שני עדים נאמן וכן כ' מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ע"ו עש"ב וכבר חזר הדרישה ובטל דעתו נגד הרמ"ה והרמב"ן והר"ן והמ"מ והריב"ש דסבי"ל דגם בטען דידי חטפי או בהלואה וטען יש לי כנגדו מועיל מגו דהחזרתי או פרעתי והרמב"ם מיירי ביודע העד שלא פרעו עיין שם באורך וכן כתב הרשב"א בתשו' המיוחסות סימן צ' ע"ש וכן כתב הרשב"ש עצמו בתשוב' סימן תקכ"ו בשם הרשב"א שדברי רבי' אינם אלא כשאומ' העד בפני הלוהו ולא זזה ידי מידו ועדיין לא פרעו והוא אומר כן שלויתי ממנו אבל פרעתיו נמצא שזה מחוייב להכחיש העד כדין שבו' ע"א שנשבע להכחישו ואינו יכול לישבע שהרי הוא מודה לדבריו שלוה ולא זזה ידו הילכך משלם א"נ שהית' המלוה לזמן ועדיין לא נשלם הזמן והוא מודה בזה וכיון דמודה לדברי העד ולא עביד איניש ופרע גו זמניה נמצא מחויב שבו' שאינו יכול לישבע ומשלם ע"ז פיר' הרשב"א בתשו' דברי רבינו הרמב"ם וכו' עכ"ל הרי דמפרש דברי רבינו דוקא כשהעד מעיד שלוה ולא זזה ידו ממנו והוא מודה לו אלא שטען פרעתי או שהיתה המלוה לזמן ועדיין לא עבר הזמן וטען הוא פרעתי: מ"א בכל אלו הו"ל מחויב שבו' וכו' כן כ' בעה"ת של"ח ח"ג סימן ה' בשם הראב"י והרז"ה אבל איכא מ"ד שישבע היסת דלא קרינן ביה מחויי' שבו' וכו' ולכאו' קש' דא"כ בפרק השואל דחקי' לאוקמי מתניתין דהמשאיל אומר שאולה מתה וכו' לאוקמא ביש עד אחד דשאולה מתה דהשואל שאומר א"י הוה ליה מחוייב שבו' שאיל"מ ולמאן דאמר דאפילו טענו ספק ע"כ העד הוי כטענת בריא דמחוייב ש"ד ניחא דא"כ סיפא דהשוכר

או' שכורה מתה וכו' והלה אומר א"י אמאי פטור אבל לדעת הפוסקים דאין עד אחד מחייבו שבו' אלא בטענת בריא ק' וא"ל כמו שכתבו התוספות בד"ה ביום וכו' וז"ל וכן במציעתא השוכר אומר ששכורה מתה וכו' ועוד י"ל דאין מגלגלין כשטען תובע טענת שמא אלא בדבר הדומה קצת וכו', כגון סוטה שרגלים לדבר שקינא ונסתרה וכו' עיין שם ואם כן אי מתני' בעד א' או' שאולה מתה ה"נ מציעתא מיירי בהכי ואמאי פטור אפילו התובע טוען שמא נגד העד צריך לישבע ע"י גלגול דאין לך רגלים לדבר כמו עד אחד ועיין במהריט"ץ סימן י"ז שנסתפק בהודה בפני ע"א שחייב לפ' וכן כתוב בפנקסו מי חשיב ע"א באומדנא דמוכחא שכ' הרא"ש דאם יש רגלים לדבר דנין על הפנקס ע"ש ונר' פשוט דע"א הוי כרגלים לדבר וכה"ג כ' הרדב"ז בתשו' ח"א סימן ע' דע"י אומדנא וע"א מוצי' מהיורשים וכן כ' מהרשד"ם סימן ל"ז עיין שם באורך דאפי' נימא שאין מוציאים על פי עד אחד כלל מכל מקום לענין גלגול שבו' נראה דלכולי עלמא עד אחד לא גרע מרגלים לדבר:

מ"ב כתב הש"ך בשם ס' גד"ת דכל היכא דהוי מה שאינו יכול לישבע משלם יכול להשביעו היסת לאחר הפירעון כדלקמן סימן פ"ב ס' יו"ד ופשוט הוא ומוכח כן להדיא בתשו' הרשב"א סי' פ"ד ופסק מרן בסימן ע"ב סכ"ג עיי"ש וכן נראה מדברי הטור בסימן ע"ט גבי הוחזק כפרן דמשלם אם לאחר שפרע חזר ותבע לזה פרעתיך ב' פעמים אין משביעין אותו היסת על טענה זו שהרי הודה בבית דין שלא פרעו פעם אחרת מהלואה זו וכתב הפרישה דבזה צ"ל דהודאתו חשובה יותר משני עדים וכו' דהא בזה לא שייך לומ' כבר הוחזק כפרן דהא חזר ופרע לו משום כפירתו ועכשיו חוזר ותובע אותו ואמ' ממון שלי בידך שלא כדין וכל כפרן וחשוד התובע לחבירו צריך לישבעי לו לפחות היסת אטענתו גם בסימן ע"א בהמנ' כבי תרי דצריך לחזור ולפרוע מכל מקום מביאו לידי היסת מיהו י"ל וכו' ע"ש אם כן דוקא בהוחזק כפרן אינו יכול להשביע אחר הפירעון לפי שהודה כבר בב"ד שלא פרע אבל אם נתחייב לשלם משום דהוי משאיכל"מ אחר הפירעון יכול להשביע לתובע על שנטל ממנו שלא כדין ודין חשוד התובע דצריך חבירו לישבע מבואר בסי' צ"ב סי"ג עי"ש וכן בנאמנות דצריך לשלם יכול להשביעו היסת אחר הפירעון בסימן ע"ה ס"ה ע"ש וה"נ כל מחוייב שבו' שאינו יכול לישב' ומשלם אחר הפירעון יכול לחזור לתבוע חבירו ולהשבי' היסת ודוקא באומר אין לך בידי אלא ן' והשאר איני יודע ומשאיכל"מ דתובע אין צריך לישב אפי' היסת אחר הפירעון כיון שהלוה טוען שמא כמ"ש הש"ך בס"ק מ"ו ע"ש וכן כתב בעה"ת שער י"א דאינו נשב' כלל דהודאת בעל דין כמאה עדים ואחר שטען להדב"מ כאלו אמר לא לויתי ומדלא לוה

הרי הודה שלא פרע ואינו נשב' על טענה זו דהא בי"ד סהדי דאודי קמייהו דלא פרע ליה זמנא אחרינא מהלואה זו וכו' ע"ש וה' כנה"ג בסימן ע"א הגה"ט אות ל"ג כתב זה מדעתו ונראה גם כן דהוא הדין וכו' עיי"ש ולא זכר דברי בעה"ת והטור שכתבתי:

ונראה פשוט דאפי' נתחייב לו שבו' ממ"א אין מגלגל עליו להשביעו ע"ז כמ"ש מרן בסי' צ"ז ס"ז יש מי שאומ' שאם פטרו משבוע' אינו יכול לגלגל עליו והם דברי הטור בשם בעל העיטור שכ' איכא מ"ד דוקא שחלקו סתמא אבל פטרו זא"ז משבועה אין יכולים עוד לגלגל וז"ל בעל העיטור בדיני שתוף ד' כ"ז ע"א איכא מ"ד דוקא שחלקו בסתמא אבל פטרו זא"ז משבוע' א"י לגלגל והסכימו רבוותא דלא מהני נאמנות לגבי גלגול כדאי' בנאמנו' וכו' ע"ש ובמאמר ה' ד' י"א ע"ד כ' וז"ל ומיהו דוקא שלא פטרו משבוע' הבא ליפרע מנכסי יתומים וכשנפרעה כתובת' מן היורשים נשבעת על הפוגמת ועל האפטרופו' ע"י גלגול והיינו דקאמר אבל מה אעשה כלומר אף ע"פ שפטרו מהשבוע' הרי יש עליה שבוע' על פריעת כתובתה ונשבעת על הכל בגלגול וכולי ע"ש וא"כ נר' דה"נ שותפי' שפטרו זא"ז משבו' יכול לגלגל עליו ממ"א מיהו הרא"ש בפ' הכותב גבי הלכה מקבר בעלה וכולי כ' בשם הר"ש מנרבונא לפירש"י והסכים כן דאפי' עי' גלגול אין משביעין אותה ואע"ג דתנן השותפי' וכולי נתחייב לו שבו' ממ"א מגלגלי' עליו את הכל שאני הכא דפטרה בפי' ע"ש וכן פסק הטור ומרן בא"ה סימן צ"ח ס"ד אבל להאפטרופו' שנעשית בחיי בעלה מועיל שאפילו ע"י גלגול אינו יכול להשביעה ע"ש בב"י וכ"כ הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' קנ"ז עיין שם וא"כ נר' דה"נ בהוחזק כפרן כיון שטען תחלה להד"מ הרי הודה שלא פרע ובית דין מעידים עליו שלא פרע אינו יכול להשביע' אפי' ע"י גלגול

מ"ג טענו חטפת וכולי כתב הסמ"ע ס"ק ל"ד הא דאינו נאמן לומר שלו הוא במגו דהחזרתי לך וכולי שהגוזל חבירו בעדים אינו נאמן לומר שהחזיר אלא בעדים א"נ דמיירי בראוהו בידו בשעת תביעה או שאמר העד דלא זזה ידו מתוך ידו משעת חטיפה ולא החזיר ע"ש ונר' דלמ"ד הגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים אם טען החזרתי בפני פו"פ והלכו למ"ה נאמן אבל אינו נאמן לומר החזרתי בלא עדים במגו דהחזרתי בפני פו"פ כמו בפקדון שכתב רשב"ם בבתרא דף מ"ה דגם לרבה דס"ל בהמפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים אם טען החזרתי בפני פו"פ והלכו למ"ה נאמן אבל אינו נאמן לומר החזרתי בלא עדים במגו דהחזרתי בפני פו"פ והלכו למ"ה אין זה מגו טוב לפי שירא לטעון כן פן יבואו ויכחישוהו וכ"כ הר' יונה בסו' הסוגיא שם ד' מ"ו ע"ש והרשב"א שם דקדק מדברי רשב"ם דדוקא טען הלכו למ"ה נאמן אבל מתו

לא וכ"כ המ"מ בפט"ו מה' מלוה משמו ושכן נראה דעת ר"מ ע"ש ובפ' הא"מ גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו דאמרי' אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים נוגעים בעדותם הם וכולי ה"נ אם טענו החזרנו ללוה בפני פו"פ והלכו למ"ה היו נאמנים אלא דאין זה מגו טוב וה"נ הנוזל את חבירו בעדים דאינו נאמן לומר החזרתי ה"ד בלא עדים אבל אם טען החזרתי בעדי' שהלכו למ"ה יהיה נאמן ואפ"ה אינו נאמן לומר שלי חטפתי או החזרתי בלא עדים במגו דהחזרתי בפני פו"פ שהלכו למ"ה דאין זה מגו טוב ונר' אע"ג דקי"ל באומר אל תפרעני אלא בעדים דנאמן לומ' פרעתי' בפני פו"פ שמתו הכא אינו נאמן לומר החזרתי בפני פו"פ שמתו שהרי כ' המ"מ דדעת הרשב"א דדוקא בפני פו"פ והלכו להם למ"ה הוא דנאמן ולא אמרי' מגו לפי שירא לטעון כן פן יבואו העדים ויכחישהו אבל בפני פו"פ שמתו אינו נאמן דאל"כ הוה נאמן במגו דפרעתי' בפני פלוני ופ' שמתו אלא דרבי' ס"ל כיון דהתנה כן ולא קיים תנאו אינו נאמן א"כ דעת רשב"ם והרשב"א והרמ"ה והמ"מ אי הוה בפני פלוני ופלוני שמתו נאמן אמרי' מגו וא"כ א"א הנוזל בעדים יהיה נאמן במגו דהחזרתי בפני פו"פ שמתו אלא ודאי דה"נ אם טען החזרתי בפני פלוני ופ' שמתו אינו נאמן ודוקא אם אמר החזרתי בפני פלוני ופ' והלכו להם למ"ה נאמן מה"ט שירא פן יבואו ויכחישוהו ובודאי החזיר אבל הרא"ש שם ובפ' שבוע' העדות כתב אעפ"י שיכול לומר פרעתי בפני פלוני ופלוני שמתו מ"מ אין זה מגו כי יאמרו הרוצה לשקר מרחיק את עדיו ע"ש ולדידי אפ' דה"נ בגוזל את חבירו בעדים אינו מגו טוב כי יאמרו הרוצה לשקר מכחיש את עדיו אבל אם טען כן בפי' נאמן אבל אינו נאמן לומר החזרתי בלא עדים ועיין בהרשב"ש סימן תק"ט ותק"ס שתפס כן דאינו נאמן לומר החזרתי וכ"כ בס' תומת ישרים סימן ע"ז שכן נר' דעת רוב הפוסקים ע"ש וכ"כ בס' יכין ובועז סימן נ"א ע"ש וכן הסכים הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' ק"ח וסי' תשפ"ג והר' חוקות הדיינים סימן נ"ח ע"ש מיהו הריב"ש בסי' שצ"ב כתב דדין גזל ומלוה שוה דא"ק להחזיר לו בעדים ושכן דעת רוב הפוסקים וכן דעת הרמ"ה ודברי הרמ"ה הם בפ' גט פשוט סימן קי"ז עיין שם וכן פ' מרן בב"ה והסמ"ע והש"ך בסימן שס"א ע"ש וא"כ מיירי הכא בראוהו בשעת התביעה או שאמר העד לא זזה ידי מתחת ידו משעת חטיפה ולא החזיר אבל בלא"ה נאמן לומר שלי חטפתי במגו דהחזרתי אבל ראיתי בתשו' להרדב"ז ח"ב סימן ק"ח על ראובן שחטף משמעון כלי בפני עדי' ואומ' שחייב לו שמעון מנה ולא רצה להחזיר לו את הכלי עד שיתן לו המנה ושמעון אמר להד"מ שכתב דראובן גזלן הוא וכופין אותו להחזיר את הכלי וישבע שמעון היסת ויפטר ול"ל דנאמן ראובן במגו דהחזרתי את הכלי כיון דלא ראו הכלי עתה בידו דגזלן בעדים

אינו נאמן לומ' החזרתי ואף שהרמ"ה ס"ל דגזלן נאמן לומ' החזרתי מ"מ לא הוי מגו טוב כיון שהוא מחלוקת ירא הוא לומר החזרתי שמא יפסוק הדין כדעת האומרים דאין נאמן לומ' החזרתי ועוד דלא אמרינן מגו מענין לענין דאם היה המחלוקת בכלי עצמו שייך מגו אבל הכא אין המחלוקת אלא על המנה ולא אמרי מגו של הכלי להאמינו על המנה ע"ש ונראה דסבי"ל דהיכא שטוען על הכלי שהוא שלו דעת הרמ"ה אפילו חטף בעדים כי ליכא ראה נאמן במגו דהחזרתי וכן כתב הרמב"ן בפרק ח"ה דמיירי כשבאו עדים שהוא ברשות הגזלן כשבאו לבית דין דאם לא ראה נאמן לומ' שלי חטפתי במגו דהחזרתי אפילו יש שני עדים שחטף וי"א דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים ואיני נאמן לומר החזרתי וכן כתב הנ"י שם והר"ן בפרק כל הנשבעים ע"ש והיינו משום דטוען על הכלי עצמו דשייך מגו אבל הכא שתופס הכלי על המנה לא אמרינן מגו מממון לממון ואפילו בטוען על הכלי עצמו לדידן דאיכא פלוגתא אם הגזלן נאמן לומר החזרתי אם יש ב' עדין שחטף אפי' ליכא ראה דאיכא מגו דהחזרתי לא הוי מגו טוב לפי שירא לטעון כן שמא יפסוק הדין כמ"דא דאין נאמן לומר החזרתי אבל דעת רוב הפוסקי' דאפי' מטענ' שיש בה מחלוקת אמרינן מגו כמו שהוכחתי בדיני מגו עיין שם וכתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ס"ה דטוענים ליורשים כל מה שהיה אביה' יכול לטעון החזרתי עיי"ש ויש להסתפק דנראה קצת דטענה דלא שכיחא היא וקי"ל דאין טוענים ליורשים טענה דלא שכיחא כמו שפס' מרן בסימן ס"ה ס"ד דאם טענו היורשים על שטר שמוציאים ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה ולקחו במשכון טענתם טענה אבל אנן לא טעני ליתמי וכתב הסמ"ע משום דלא שכיח ליקח משכון כזה דאין גופו ממון אבל טענה דלא שכיחא לא טעני' להו עיין שם בהש"ך וכן פסק מרן בסימן ע"ח וע"ש בהש"ך סקי"ו וכן דעת רוב האחרונים דאין טוענ' ליתומים וללקוחות טענה דלא שכיחא וכן כתב הרב בתי כהונה בח"ב סימן ל"ז דהכי נקיטינן ואם כן ה"נ טענה זו שהחזיר אביהם הגזילה לא שכיחא ודוקא אם טען הוא בבריא נאמן אבל אנן אין טוענים ליורשים שמא החזיר אביהם דטענה דלא שכיחא ומרן סי' שס"א במת והוריש הגזלה לבניו וכו' כ' דאם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו עמך חשבונות ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים וכ' הסמ"ע שם סקי"ב דדוקא אם אמרו הגדולים קאמר דבעי' שיטענו כן בעצמם ודוקא בבריא מה שא"כ אם טוענים שמא החזיר לך או לקחו אבינו אין נאמנים בשמא ואנן לא טעני' להו דבר שאינו מצוי כן כתב רי"ו נתיב כ"ו בח"ג עיי"ש מבואר דס"ל דהא דאין בית דין טוענ' ליורשים דבר שאי' מצוי ה"נ אפילו היורשים עצמם טוענ' כן בשמא אין שומעי' להם אלא דוקא אם יטענו בריא וכבר הרב כנה"ג כת' בסימן ל"ב

הגב"י אות י"א דלא מצינו חי' בטענה דלא שכיחא אלא בין טוען איהו גופיה לטוענ' בית דין אבל כשטוענים היתומי' אין חי' בטוענ' כן בשם אביה' לטוענ' ב"ד אלא הכל שוים אם יכולין לטעון כך אנן טענ' להו ואי לא טענ' להו הם נמי אין יכולים לטעון כן דהא בהא תליא וראיה לדבר שהרי בשט"כ היוצא על היתומי' לא מפלגי' בין טוענ' הם לטוענ' ב"ד הרי דטענה דל"ש דאין בי"ד טוענים ליורשים אפילו טענו הם בעצמם כן בשם אביהם אין שומעין להם אלא דוקא אם טענו בברי' יודעים אנו וכו' ואם כן ה"נ דאין ב"ד טוענ' ליורשים שמא אביהם החזיר הגזל אפילו טענו הם אבינו א"ל כן אין שומעין להם דא"ל אבא טענת שמא היא וה' שמחת י"ט סימן ל' כתב דנראה מדברי מהרא"ש סי' ק"ל דאפי' טענה רחוקה מן הדעת אם טענו אותה היורשי' בעצמם שומעים להם אבל ב"ד אין טוענ' להם וכן הבין המח"א ה' ג"ס סימן ה' עי"ש ואין נראה כן דכל טענה דל"ש שאין ב"ד טוענ' ליורשים אפילו שטענו הם בעצמם כן בשם אביהם אין שומעי' להם כמ"ש הכנה"ג וגם הש"ך בסימן שס"א סק"ה כתב דאפילו אמרו אבינו א"ל שעשה עמך חשבונות נאמנים כדלעיל סימן רצ"ו עיין שם נראה דה"ד כשאמר כן אבינו א"ל דהוי קצת כטענת ברי' אבל אם טענו שמא החזיר וכו' ודאי דאין שומעי' להם כמו שאין ב"ד טוענ' להם ודעת הסמ"ע נראה אפילו טענו אבינו א"ל כן לא ואם כן צ"ל דהרשב"א לשיטתו דס"ל דטוענ' ליתומים כל מה שהיה אביהם יכול לטעון אפילו טענה דל"ש כמ"ש בספר א"ז לבתרא ד"ע דטוענ' להם נאנסו וכ"כ בתשוב' הביאה מהרשד"ם בסימן קצ"ח והיא בתשוב' ח"ב סי' ע"ש אבל לדידן אין טוענ' להם טענה זו שהרי כמה רבוותא סב"ל דהוא גם כן אינו נאמן לומר החזרתי ואף על גב דלא קיימ"ל הכי מכל מקום נראה דטענה דלא שכיחא היא מיהו איכא דכוותא גבי כת"י דכמה פוסקים ס"ל דהוי כשטר דאינו נאמן לומר פרעתי דא"ל שטרך בידי מ"ב ואנן קיימא לן דנאמן לו' פרעתי וטוענים ליתומים כן במגו כמבואר בסו' ס"ט ע"ש:

וראיתי למהרש"ך סימן פ"ו שנסתפ' אם יכול לטעון אמת הוא שגזלתיך אבל החזרתי לך ואחר כך לקחתיה ממך והמח"א בהל' גזי' סימן ל"ג הוכיח דאינו נאמן דבפרק ח"ה גבי נסכא דר' אבא הק' הא' אמאי אינו נאמן לומר דידי חטפתי במגו דא"ב אמר החזרתי ותירץ דמיירי ביוצאה הנסכא מתחת ידו ואם יכול לומר החזרתי ולקחתיה ממך אכתי יהא נאמן לומר דידי חטפתי במגו דאב"א חזרתי ולקחתי' ממך וכן ראיתי לה' כנה"ג סימן ץ' הגב"י אות ט' שהוכיח כן וכ' ואם נפשך לומ' שתכף שחטף אותו אתו לב"ד וראה העד מתחילה וע"ס הרי כ' הריב"ש בסימן שצ"ב בשם הרמב"ן וז"ל והוי יודע דהך נסכא ברשותו של גזלן היא שראוה העדים כשבא לב"ד וכו' משמע דכל שאנו רואין

עתה בב"ד אפילו יש זמן רב שחטף אינו נאמן וכו' ע"ש וכן לשון הנ"י בפר' ח"ה והר"ן בפ' כל הנשבעי' דהכא כשהנסכא יוצאה עכשיו בפנינו מתחת ידו עסקינן דליכא מגו ע"ש משמע אפילו יש זמן רב שחטף כל שעכשיו יוצאה מתחת ידו אינו נאמן וכן משמע מדברי הרשב"ץ בתשוב' ח"א סימן קי"ד ע"ש וכן מוכח בהדיא מדברי רי"ו שהביא הש"ך בס"ק מ"ג ומדברי הסמ"ע דכל שראה בידו בשעת תביעה אפי' לא היה העד עמו משעת גזילה עד עתה אינו נאמן שכתב דמיירי בראוה בידו בשעת תביע' או שאמר העד וכו' ע"ש מיהו נראה לכאורה דאינה ראיה דא"ל אם טען חזרתי ולקחתיה ממך נאמן אבל בטענה אחרת במגו דהחזרתי ולקחתיה ממך אינו נאמן דלא אמרינן מגו מטענה דל"ש וכה"ג כתב ה' כנה"ג בסימן ע"א הגה"ט אות כ"ב גבי טענת מחילה דל"ש דאם טען נאמן אבל לענין מגו לא מהני והביא ראיה מדברי התוספות בפרק ח"ה גבי עובד' דרבא כ"ש דאף על גב דאם טענו לקוחה היא בידי נאמן לא הוי מגו וכן חי' מהראנ"ח ח"א סימן כ"א עיין שם וה"נ א"ל בטענה חזרתי ולקחתי' ממך ל"ש ואם טען כן נאמן אבל לענין מגו לא מהני מיהו כבר כתבתי בסימן ס"ט אות ה' דנראה דזה תלוי במחלו' דהר"ש והרא"ש בפרק קמא דכתובות גבי האומר פ"פ מצאתי וכו' ס"ל דלא אמרינן מגו מטענת דל"ש אבל מדברי התוס' בריש גיטין בד"ה ואם וכו' מוכח דאמרינן מגו מטענה דל"ש וכן דעת הר' דן אשכנזי בתשו' הרשב"א ח"ג סי' שס"ט והרשב"א דחה דבריו עיין שם ואם כן בפלוגתא דרבוותא אין מוציאין ממון ועוד הוכחתי כן מדברי הרמב"ם דאמרי' מגו מטענה דל"ש עש"ב והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תרכ"ד כתב דאם באו הנכסים לידו בתורת גזי' אינו נאמן בשו' מגו ואם באו לידו בתורת פקדון אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתיה ממנו ואם אין עדים שראו אותם עתה הרי אית ליה מגו דאב"א חזרתי ולקחתיה ממנו ונאמן בשבו' כן כתבו התוס' וכן אנו רגילים לדון ע"ש והטור סימן קמ"ט כ' וז"ל הגזלן אין לו חזקה וכו' ואם הוחזק גזלן על שדה ידועה אין לו חזקה בה וכו' אפי' אין ידוע שבזה הפעם בא לידו בתורת גזל כיון שפעם א' הוחזקו עליה גזלן ויצאה מתחת ידו בתורת גזילה שוב אין לו בה חזקה לעולם וי"א שאם הדבר ידוע שעשה תשובה גמורה נאמן אע"פ שאין עדים שהשיב את הקרקע נאמן לומר החזרתיו לך וקניתיו ממך אח"ך דל"ד לאומן שאין לו חזק' דחתם ידוע בודאי שבא לידו בתורת אומן אבל הכא שאינו ודחי אלא שהוחזק גזלן עליה נאמן לומר החזרתיו ולקחתיו אח"ך ומסקנא שחין חי' וכו' ע"ש הרי בהדיא דאם ידוע שבאה לידו בתורת גזל ועדיין היא בידו כ"ע אינו נאמן כמו אומן לומר החזרתיו ולקחתיו ממך וגם י"א לא אמרו אלא כשידוע ששב בתשו' ודוקא החזירה ע"י ב"ד והתוס' בפ' שום היתומים בד"ה אר"א וכו' שכ' וז"ל אבל בשמעתי' דנמצאת

שדה שאינה שלו שהעדים מעידים שגזלה וכו' ול"ל שמא חזר ולקחה כיון דבגזילה באה לידו ל"א שמא חזר ולקחה וכו' ע"ש א"ל דהתם ה"ד לעניין דלא טעני ליירשים שמא מלתא דל"ש אבל אם טען הוא כן נאמן ועוד אפ' לחלק בין קרקע למטלטלי': מ"ד הו"ל מחוייב שבו' וכו' כתב מהרי"ט ח"א סי' ע"ב דביורשים לא אמרינן משיל"מ דאפי' יש עד אחד פטורים דלא אמרינן משאיכל"מ אלא בשבו' דאורייתא על טענת עצמו אבל יורשים אין יכולים לישב' ע"ע אביהם אלא תי' רבנן שבו' שלפ"א עיין ש"ב וז"ל בעה"ת של"ח ח"ג סימן ד' גם הר"י הברצלוני כ' שאם טען היורש א"י אם לוה מורישי אם לאו ועד א' מעיד שלוה ל"מ ההוא עדות ואין עליו אלא שבו' שלא פקדנו אבא ואע"פ שי"א שכיון שאין מכחיש העד הו"ל מחויי' שבו' ואינו יכול לישב' ומשלם אין סומכין עליו וכו' והא סברא ליתא כלל דאף על גב דאמרי' כשטוענו תביעת עצמו באיני יודע משום דבעי ליה למידק כשנעסק הוא עצמו כיון שלא דקדק ואינו יכול לישבע משלם אבל בטענת מורישׁ שלא הו"ל לדקדק ל"א משאיכל"מ עכ"ל ונראה די"א ס"ל אע"ג דאמרינן בפרק כל הנשבעים שבו' ה' תהיה בין וכו' ולא בין היורשי' כגון שא"ל מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה ן' ידענא ון' לא ידענא דאביו כה"ג מחייב והיורשי' פטורי' דלא אמרינן ביורשים משאיכל"מ וכמ"ש התוספות בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס ע"ש נראה דה"ד התם דאביהם לא נתחייב שבו' אלא מצד טענתו ואם היה כופר בכל או איני יודע פטור בלא שבו' ואם כן אפי' היורשים אין יודעים אם לוה אביהם כיון דלא בעי להו למידע לא אמרינן משאיכל"מ ואדרבא טוענים להם מה שאביהם יכול לטעון שלא לוה כלל אבל בעד אחד דאם אביהם מכחישו חייב לישבע נגד העד ה"נ היורשים אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל הר"י הברצלוני סבירא ליה דגם בעד אחד היורשים פטורי' אלא דנשבעים שלא פקדנו אבא וכו' וכן כתב הרדב"ז בתשובו' ח"ד סימן שי"ט על ראובן שנתחייב שבו' התורה בבית דין ולא הספיק לישבע עד שמת וכו' לא אמרי' אין אדם מורישׁ שבו' לבניו אלא להוציא מאחרים אבל להעמיד נשבעים שלא פקדנו אבא שהרי לא הורישׁ להם שבו' אלא ממון דמן התורה פטורים שנאמר שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ורבנן תקנו שנשבעים היורשים שלא פקדנו אבא וכו' ע"ש וכבר הטור בסימן זה סי"ט הביא דברי הברצלוני דבעד אחד אין על היורש אלא שבו' שלא פקדנו ע"ש:

מ"ה והשאר איני יודע וכו' אבל אם אמר בל' זה א"י שאני חייב לך אלא ן' ישבע שהוא כדבריו ופטור כן כתב מרן הב"י בשם מ"ך וכ' האחרוני' דר"ל רק ן' יכול להיות שאני חייב לך אבל יותר מן' בודאי שאיני חייב לך עיין שם וז"ל ראב"ן דף צ"ח ע"ג ראובן שטען

לשמעון מנה אתה חייב לי ושמעון משיבו א"י שאני חייב כלום וכולי ישבע שמעון שא"י שחייב לו כלום ופטור וה"ה אם טען שמעון א"י שאני חייב לך כ"א ן' אבל טען שמעון איני חייב לך אלא ן' והשאר א"י חייב לשלם כל המנה וכו' כיון דטען ליה במנה ואודי ליה בן' חייב ליה שבו' דאורייתא שאין חייב לו אלא ן בלבד וכי אמר בתר והשאר א"י האיך ישבע שאין חייב לו אלא ן' הא אמר א"י וכיון שאינו יכול לישבע שבוע' שחייב עצמו מתחלה משלם עכ"ל ונראה דס"ל דדוקא אם הודה בתחלה בחמשים הוא דחייב: מ"ו מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' דעת הראב"ד והתוספות דלא אמרינן משאיל"מ אלא היכא דהי"ל לידע והריטב"א בפרק קמא דכתובות דף י"ג גבי במאתים ומנה כתב וז"ל וא"ת אם כן לר"י אמאי פטור הא הו"ל מודה מקצת ואומ' על השאר איני יודע ומחוייב שבו' שאינו יכול לישבע וחייב הוא לשלם ותירץ ר"י דלא אמרינן מחוייב שבו' שאינו יכול לישבע משלם אלא היכא דהוה ליה למידע ואפשר שהדין אמת ואף על פי שיש חולקי' עליו כדאי הוא רבי' לסמוך עליו אבל י"ל וכו' עי"ש ועיין בהש"ך סימן ע"ב סק"י:

מ"ז אם כפר במקצת והשאר איני יודע והעידו עדי' על המקצת אי אמרינן מתוך שאינו יכו' לישב משלם כמו בהודאת פיו עמ"ש בדין ב':

מ"ח והתובע אין צריך לישבע וכולי כתב מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ס"א וז"ל דלכאורה מנה לי בידך והלה אומר ן' ידענא ון' לא ידענא דאמרי' נמי מתוך שאינו יכו' לישב' משלם כי התם שכנגדו צריך לכל הפחות לישבע אבל לא יטול בלא שבו' וכן משמע מתוך דברי ר"ת בסוף פרק הכונס דין מסו' אם המסור אמר א"י כמה הפסדת על ידי שכנגדו נשבע ונוטל אלמא דכל כה"ג שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן דיטול בלא שבו' דכי קאמר א"י כמה הפסדת ע"י ולא קאמר אם הפסדת ע"י אם כן יודע הוא שהפסיד קצת ע"י אלא שאינו יודע כמה ואם כן הוה ליה ן' ידענא ון' לא ידענא ומשמע שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בלא שבו' שכנגדו והכא גבי נסכא דר"א אמרינן מתוך שאיל"מ בלא שבו' שכנגדו דאי לא שקיל אלא בשבועה אכתי הוה ליה גורם לממון דמצי א"ל מי יימר דמשתבעת כדאמרינן לעיל והשתא מ"ש וכו' אלא ע"כ ה"ט גבי נסכא דר"א דפטור משבו' מפני שהעד מסייע להתובע שע"י העד שבא ואמר חטף חשבי' ליה לאידך אינו יכול לישבע ולהכי אף שכנגדו לא ישבע כיון שהעד מסייעו ליטול יטול בלא שבו' וכו' וא"ת לעיל דפריך אילימא דחשיב לוה וכו' מי יימר דמשתבע מאי פריך הא כיון שהעד מסייעו היה נוט' בלא שבו' כדפירישי' וי"ל הני מילי בעלמא אבל בחשוד על השבוע' אי הו"א שכנגדו נוטל בלא שבו' היכא שהעד

מסייעו אם כן הוא נפיק ממונא מיניה כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר"א אי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והוה נשב' ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמרינן דמשלם על פי עד אחד כיון דעיקר לא אתא סהד' לחייב ממון קרי' ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם וכו' אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבו' ע"י ע"א נמצא שהוא קם עיקרו לממון שהחשוד א"א לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא חד סהדא לשכנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו עכ"ל מבו' דס"ל דדוקא גבי נסכא דר"א נוטל בלא שבו' לפי שהעד מסייעו אבל בן' ידענא ון' לא ידענא צריך התובע לישבע וכן החשוד על השבו' אפילו איכא עד אחד דמסייע להתוב' אינו נוטל אלא בשבו' לפי דא"א לו לנתבע להשמט מלשלם ונמצא שהעד קם עיקרו לממון אבל הרמב"ם בפרק ד' מה' טוען והטור ומרן סבי"ל דאפילו בן' ידענא ון' לא ידענא אין צריך התובע לישבע וכן כתב ראב"ן בס' סי' כ"ז ובדף קי"ז עיי"ש וכן כתב הרשב"ץ ח"ג סימן קל"ב וכן דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ק"י וסי' ק"ם ובח"ד וסימן קי"ו עיי"ש ובתשו' ח"ב סימן ה' שכתב שיש גדולי הא' ש אמרו דכל מחוייב שבו' שאי"ל שמשלם צריך הנוטל לישבע היסת דומיא דחשוד על השבו' דקי"ל שכנגדו נשב' ונוטל וההיא דשבו' העדות דמשמע דנוטל בלא שבו' כלל היינו מדאורייתא אבל מדרבנן חייב ע"ש נראה דשבועת היסת דקאמר דצריך הנוטל לישבע היינו אחר הפירעון לא הוי דומיא דחשוד ממש דהתם נשבע שבו' המשנה כעין דאורייתא קודם הפירעון אבל מחוייב שבו' שאיכ"ל דמשלם אינו חייב אלא שבו' היסת אחר הפירעון וכן מצאתי להרמ"ה בפרק ח"ה סימן נ"ז שכ' וז"ל אבל תדע דאפי' איכא חד סהדא דאכל נמי דאמרי' בשמעתין בהדיא דמחיי' מטעמא דכל המתחייב שבו' ואי"ל וקיימ"ל דכל המחוייב שבו' ואי"ל שקיל תובע בלא שבו' לבד מחשוד על השבו' דיכול לישבע הוא ואנן הוא דלא שבקינן ליה וכו' וכיון דבחד סהדא שקיל בלא שבו' וכ"ש בתרי סהדי אבל שבו' היסת ודאי מחייב ואף על גב דקיימי פירי בחזקתי' דחוב' ואפילו אגלימא דאכתפי נמי מצי משבע ליה היסת ובדין הוא דלא לחייב ליה שבו' אלא לבתר תשלומי' אלא כיון דחייבוהו בית דין לאהדורי ארעא כמאן דאהדרא דמי דהא לא מחסרא גובייני' מחויב שבו' עילויה ואע"ג דלא שלים ליה פירי וכיון דאשתבע ליה אגופה דארעא תו לא מחיי' לאשתבועי ליה אפירי דטענה דפירי בארעא תליא וחדא שבו' וכו' ע"ש הרי דס"ל דבכל מחייב שבו' שאינו יכול לישב' דמשלם שקיל התובע בלא שבו' ואחר הפירעון הוא דחייב לישבע היסת ודוקא גבי ארעא ופירי נשבע היסת קודם משום דקרקע ברשותיה דמריה קאי

וכמאן דאהדרי' דמי וטענה דפירי בארעא תליא אבל בעלמא א"ץ לישב' היסת אלא אחר הפירעון ודוקא בחשוד תיקנו דנוטל בשבו':

ומה שהוכיח מהר"ם מדברי ר"ת בסוף פרק הכונס א"ל דוקא במסור דשמא שלו טוב דלא הי"ל לידע הוא דצריך הנמסר לישבע כמ"ש הרא"ש שם בסוף פר' הכונס וז"ל ואי דטעין שמא אמאי נשבע המפקיד בלא שבו' יטול דהו"ל נפקד מחוייב שבו' ואי"ל כמו טענו מנה וא"ל ן' ידענא ון' לא ידענא וכו' מיהו א"ל דלא אמרי' בכה"ג מחוייב שבו' ואיל"מ דוקא היכא דנראה טענה שלו ברמאות כמו הא דטעי' לא ידענא לפי שהי"ל לידע אם הוא חייב אם לאו וכן מוכח בפ' כל הנשבעים וכו' וע"כ צ"ל טעם למה האב חייב והיורשי' פטורי' דבלא טעם אין לח' ביניה' וכו' אלא ה"ט דלא ידענא באב חייב שיש לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל היורשים אין להם לידע במילי דאבוהון וה"נ אין לנפקד לידע וכו' וכן כתב הרשב"א בחי' שם ובתשו' ח"ב סימן ג' ע""ש והרמב"ם בפרק ה' מהלכ' פקדון כתב הפקיד אצלו וכו' בעל הפקדון אומ' כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם וכו' דהוי חייב שבו' שאינו יכול לישב' ובזה הורו רבותי הר"י הלוי ורבו וכן כל שומ' וכו' יטול בלא שבו' וכו' והראב"ד כתב ורבותי אין מורי' כן לפי שא"י דומה לן' ידענא ון' לא ידענא דהתם הו"ל למידע ותובע נמי טוען עליה מידע ידעת וכו' וה"ט בשק צרור דאמרינן עלה דישב' זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבו' וכו' ע"ש וכן מצאתי להראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ד שכתב וז"ל כתב רב אלפס ירושל' חד בר נש אפקיד גבי חבריה חד שק צרור וכו' נשב' ונוטל וכו' ואיכא מאן דק"ל לאידך גיסא אדרבא נשקול בלא שבו' משום דהו"ל כן' ידענא ון' לא ידענא דשקיל האי בלא שבו' וכו' אלא טעמא דהא מלתא משום דל"ד לן' ידענא ון' לא ידענא דהתם א"ל אית למידע וכו' אבל הכא כיון דשק צרור אפקיד גביה לא הו"ל למידע מש"ה אמר רב ישבע ליטול וכו' ע"ש וכן כתבו התוספות בריש פ' הפרה בד"ה דאפי' וכו' ע"ש הרי דס"ל דבן' ידענא ון' לא ידענא דהוה ליה למידע נוטל בלא שבו' אבל בפקדון דלא הו"ל למידע לא יטול אלא בשבו' ואם כן ה"נ במסור דלא היה ליה לידע כמה הפסידו שכנגדו אינו נוטל אלא בשבו' וכ"כ הרשב"א ח"ב סימן קט"ו ע"ש וגם בזה קיימא לן דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ונוטל בלא שבו' כמבוא' בסימן שפ"ח ע"ש בהש"ך סק"י שוב ראיתי בתשו' הב"ח סימן ס"ד שדחה דברי מהר"ם עש"ב:

ונראה דלדעת מהר"ם באומר ן' ידענא ון' לא ידענא דשכנגדו נשבע ונוטל אם יש עד אחד מסייעו שיודע שלוה מנה פוטרו משבו' ול"ד לחשוד דאם לא היה העד היה הלוה אפילו חשוד פטור וע"פ העד הוא דנתחייב שבו' ומשאיכל"מ ואם שכננדו נוטל בלא שבו' ע"פ

ע"א קם הוא עיקרו לממון אבל באומר ן' ידענא ון' לא ידענא דבלא העד היה שכנגדו נוטל בשבו' אם כן העד לאבא עיקרו רק לפוטרו משבו' ואם העד לא העיד אינו חייב דלא הפסידו ממון אלא שבו' אבל באומר א"י אם הלויתני כלל ויש ע"א שהלוהו אמרינן משאיכל"מ ושכנגדו נשבע ונוטל כיון דבלא העד היה הלוה פטור אם נוטל המלוה בלא שבו' ע"פ העד קם הוא לממון דומיא דחשוד אבל לדעת הרמב"ם ושאר פוסקים דאין צריך התובע לישבע ק' דאם כן אמאי לא קאמר בפרק שבועת העדות הכל מודים באומר מנה הלויתיך והלוה אומר א"י אם הלויתני כלל וע"א מעיד שהלוהו והמלוה השביעו לאותו עד שיעיד לו ולא העיד דחייב שהרי אם העיד לו היה נוטל בלא שבו' וא"כ הפסידו ועמ"ש בסי' פ"ז דין ו':

מ"ט דין י"ד אע"פ שמדרבנן וכו' כ"כ הטור בשם הרמ"ה וכ"כ התוספות בפ"ק דמציעא ד"ג ע"ב בד"ה בכולי וכו' והתוספות בפרק השואל את הפרה דף ל"ז ע"ב בד"ה וה"נ וכו' כתבו דבשבו' דרבנן לא אמרינן משאיכל"מ כדמשמע לעיל בפרק קמא דף ה' ההוא רעיא וכו' ע"ש ולפי מ"ש התוספות בד"ה שכנגדו וכו' וז"ל וא"ת מ"ש דבחשוד על השבו' שכנגדו נשב' ונוטל אמאי לא אמרינן משיל"מ וכו' וי"ל הכא אי אמרי ליה משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו וכו' ועוד א"ל שבו' דאורייתא אית ליה עליך וכו' ע"ש ואינה ראיה ועיין להתוס' שם בד"ה תקנתא וכו' ולמהר"ם שם ול' התוספות דפר' הניזקי' דף נ"א ע"ב בד"ה ובכולי וכו' דשבו' דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ דתקנתא לתקנתא לא עבדי' כדאמרי' גבי ההוא רעיא וכו' ע"ש ודבריהם תמוהים שהרי בפרק כל הנשבעים ד' מ"ז ע"א אמרי' אמר רבא כוותיה דר"א מסתברא דתני ר' אמי שבו' ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכי דמי אילימא דא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל ן' אית ליה ון' לית ליה מ"ל הוא מ"ל אבוה אלא דא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל ן' ידענא ון' לא ידענ' אא"ב אביו כה"ג מחייב איצטריך קרא למפטר גבי יורשי' אלא א"א אביו כה"ג נמי פטור קרא גבי יורשים ל"ל וכו' ע"ש הרי דלר' אבא דאמרי' משאי"ל הוא מדאורייי' מדאצטריך קרא למפטר גבי יורשים ואיך כתב דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וכו' ע"ש:

נ' דין ט"ו י"א דלא אמרינן בשבו' הבאה ע"י גלגול משאיכל"מ וכו' הרז"ה בפ' השואל במתני' דהלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול כתב וז"ל מאי זכה בגדול בכסות עבד גדול דהו"ל מחוייב שבו' ואי"ל דכרבא דאמר מנה לי בידך וכו' אבל בגוף השדה או בגוף העבד למ"ד עבדא כמקרקעי דמי לא זכה כיון דשבו' דידהו ע"י גלגול אתיא לא אמרינן בה משאוכל"מ וכו' ומה שהק' הרמב"ן במלחמו' דאם כן אין זה זכות אלא חובה שמפסיד העבדים שהרי בגדול שנתחייב עליו שבו' בגלגול כיון שאי"ל פטור

ולגבי קטן הוה ליה טענו חטים בבריא והודה בשעורים בשמא וקיימ"ל דפטו' אף מדמי שעורים וכו' ע"ש נראה דס"ל כדעת הרמב"ם שפ' בתבעו חטים וא"ל א"י אם חטים חייב לו או שעורי' נשבע שא"י ומשלם לו שעורים וכבר האריך הש"ך בסי' פ"ח ס"ק ל"ה ע"ש ולפי מ"ש מרן הכ""מ בסוף פ"ג מה' שאלה לדעת הרמב"ם דלא אמרינן בשבו' ע"י גלגול משאיכל"מ אפשר דלכן פ' דמשלם לו שעורים ממתניתין דהכא דע"כ זכה בגדול דקתני בכסות עבד גדול וא"א בטוענו חטים והודה לו בשעורים בשמא פטור אף מדמי שעורים הכא נמי אינו זוכה אף בעבד קטן ומה זכות הוא כמו שהקשה הרמב"ן אלא ודאי בעבד קטן וכסות עבד גדול אבל בעהי"ת בשער ל"ח כ' כדברי בעל המאו' ובשער ז' ח"ב סימן כ"ו דחה דברי הרמב"ן ואולי לצאת י"ש קאמר ע"ש:

נ"א בין שיכול לישבע על עיקר השבו' ושע"י הגלגול אי"ל וכו' כתב הש"ך כגון טענו מנה והודה לו ן' וכפר לו ן' וכשבא לישבע גלגל עליו דברים אחרי' והשיב על הגלגולי' א"י ישבע שבו' התורה על הן' אשר כפר והיסת על הגלגולי' שאינו יודע בהם טור מהראב"ד ובעה"ת שער ל"ח והיא דעת בעל המאור בפרק השואל והרא"ש שם עכ"ל ובעה"ת שם לא כתב דישבע היסת אלא מחרים סתם ובס' א"ז למציעא דף צ"ח גבי ב' פרות הובאו גם כן דברי הראב"ד וכ' עליו הרמב"ן וז"ל שאפי' את"ל שזה הפי' נכון הוא דלא אמרינן בגלגול מחויי' שבו' משאיכל"מ מכל מקום חייב שבוע' חמורה שא"י שאומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתגלגל עליו שבו' של תורה ממקום אחר מגלגלים עליו ונשבע שבו' חמורה שא"י וזו אינה צריכה לפנים ולא ניתן ליכתב וכו' עכ"ל הרי דהרמב"ן סביר"ל דנשב' שבו' חמורה אף על הגלגו' ולא אמרינן משאיכל"מ ואפשר דהראב"ד לא קאמר אלא בתובע שטוען שמא מיהו הרמב"ן שם דחה זה וסביר"ל דאף על שבו' הגלגולי' אמרינן משאיכל"מ גם הרשב"א שם כתב שהראב"ד חזר בו וכן הסכים הר"ן שם ודחה דברי הרז"ה ומיהו ה"ד בבא בתחלה בטענת בריא במנה לי בידך והלה מודה מקצת אבל הגלגול הבא ע"י שבו' דכדרכה מתה שהיא טענת שמא אין בו כח לחייב ממון אם דינו יכול לישבע וכן כ' הראב"ד לבסוף וכן חי' הריטב"א שם בדף ק' ע"ב גבי בטוענו עבד בכסותו עי"ש ואם כן דעת הרמ"ה והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן בתובע ודאי על הגלגולי' אמרינן משאיכז"מ וגם הראב"ד סבירא ליה כן ועיין בשו"ת בשמים ראש סימן י"ז שכת' דכבר דחו דברי הרמ"ה רוב חכמי ישראל וכן פס' ר"מ עכ"ל וכבר כתבתי דהרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן סביר"ל כהרמ"ה דבתובע ודאי על הגלגולי' אמרי' מתוך שאיכל"מ וכן דעת הראב"ד:

נ"ב דיו ט"ז אפילו בלא שבוע' היורשי' וכו' הטור כ' שדעת הר"י הברצלוני דצריך לישבע שלא פקדנו אבא וכ"כ רשב"ם בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דנשבעי' היורשים שלא פקדנו וכו' וכ' מהרימ"ט ח"א סימן קי"ב נ"ל דלא אמר אלא גבי שטר כיס דאם אביהם היה קיים היה חייב לישבע דנאנסו שבוע' השומרין שהיא של תורה וה"נ כשטען החזרתי חייב אותה שבוע' לכן כשמת תקנו רבנן שישבעו היורשי' שלא פקדנו אבל אם המלוה לא היה חייב לישבע רק שבועת היסת לא עבדו רבנן תקנה אחרת לגבי היורשים דתקנתא לתקנת' לא עבדי' ע"ש וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ד סי' ש"ג ע"ש וא"כ א"ל דגם הר"י הברצלוני לא נשבעי' היורשי' שלא פקדנו אלא לגבי ע"א דאביהם היה חייב שבועה דאוריי' לכך תיקנו רבנן לגבי היורשים שבו' שלא פקדנו אבל בשבוע' היסת לא עבדו תקנתא לתקנתא והרא"ש בתשו' שהביא הטור סי' ס"ט שכ' דהיורשי' פטורי' שלא בשבו' שלא נתקנה שבו' היס' אלא בין טוען לנטען אבל לא על היורשים וכו' א"ל דדוקא בשבו' היסת סובר כן דלא נתקנה על היורשים דתקנתא לתקנתא לא עבדי' אבל גבי ע"א דאביהם היה חייב שבו' דאוריי' תיקנו רבנן לגבי היורשים שבו' שלא פקדנו וכולי ומש"כ הרא"ש שם והא דנשבעים היורשים שלא פקדנו היינו כשבאים לגבות בשטר שהניח להם אביהם אבל להחזיק מה שבידם אפילו שבו' לא בעו וכולי נר' דס"ל כמ"ש הר"ן בפ' הכותב שדעת הרי"ף דכי אמרי' תקנתא לתקנתא לא עבדי' היינו בנשבע ולא משלם אבל בנשבע ונוטל אע"פ שאין השבוע' אלא מדבריהם נשבע הלה ונפטר שכ"כ בתשו' בפוגם שטרו והוא חשוד ע"ש וה"נ בשבוע' היסת לגבי היורשים דהוי להחזיק לא עבדי' תקנתא לתקנתא אבל כשבאים לגבות בשטר אע"פ שלא אביהם חייב רק שבועת המשנה תקנו רבנן ליורשי' שבו' שלא פקדנו אבל לגבי ע"א שאביהם היה חייב שבוע' דאורייתא תקנו ליורשים שבוע' שלא פקדנו אפילו להחזיק מה שבידו וא"כ הר"י הברצלוני והרא"ש לא פליגי אבל הטור לא מחלק בין שבועת היסת לשבועה דאורייתא וס"ל דגם בשבוע' דע"א דאוריי' היורשי' פטורי' בלא שבוע' כלל וכבר כתבתי בסי' ס"ט סקכ"ט שכן דעת רוב הפוסקים דאפילו בשבוע' דאוריי' אין היורשי' צריכים לישבע ליפטר עש"ב:

ונראה דאפילו כבר נתחייב אביהם שבוע' דאורייתא בב"ד ולא הספיק לישבע עד שמת יורשיו פטורי בלא שבו' כלל וז"ל הרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' ע"ח ושמעי' נמי דמ"ד לחבריה מנה לי ביד אביך והלה אומר א"י וע"א מעיד שיש לו ומת הלוה תו"ז אע"ג דאי הוה קיים הוה מחייב שבו' דאורייתא אפומא דחד סהדא כיון דמת לא אמרי' הו"ל מחוייב שבו' ואין יכול לישבע משלם דהא הכא וכו' וה"ה לכל המחוייב שבועה

ואי"ל דאי מיית מקמי דליתברר דהוה מחוייב שבו' ואי"ל דאכתי לא טעין טענת דלא הוה יכול לאשתבועי עילוה פקעה שבו' ופקע ממונא עכ"ל נראה דאם טען אביהם בב"ד שאי"ל עליה דאמרי' משאיל"מ ואח"ך מת ודאי דהיורשי' חייבים דכבר נתחייב אביהם בממון אבל אם בחייו הכחיש ע"א והיה יכול לישבע כנגדו ולח הספיק לישבע עד שמת יורשיו פטורים בלא שבוע' כלל ודלא כהרדב"ז:

והריטב"א בחי' לשבועו' ד' מ"ז כ' וז"ל דעת מורי הרב דאפילו לגבי יורשי' לא מיעט הכתוב אלא מן הממון וכולי אבל מן השבוע' לא פטרי ונשבעי' דלא ידעי' תדע דאל"כ דאי חמר בברי' ן' ידענא ון' לא ידענא ליפטרו משבוע' מגו דח"ב אמרי ן' ידענא ון' לא ידענא דהא מגו ברור הוא משאינו מעיז למעיז אלא ודאי דה"נ נשבעים וכו' עיין שם ונר' משום דס"ל דאמרי' מגו לאפטורי משבו' כמ"ש לעיל ד' מ"ה ע"ש אבל דעת מהר"י ן' מיגש דמגו לאפטורי משבוע' לא אמרי' והכי קי"ל בסי' צ"ג ע"ש וא"כ ח"ל אע"ג דהיורשי' פטורי' אפי' משבוע' כשאמרו בברי' ן' לית ליה חייבי' שבו' דלא אמרי' מגו לאפטו' משבוע' והר"ן שם כ' תי' אחר דמגו דא"ב אמר א"י לאו מגו הוא ע"ש וכה"ג כ' התוס' בפרק השואל בד"ה רב הונא וכולי וז"ל וא"ת לרב ושמואל דפטרי בן' ידענא ון' לא ידענא מודה במקצת אמאי חייב יהיה נאמן במה שכופר במגו דא"ב אמר ח"י וי"ל דאין אדם טוען ברצון א"י כדפי' במתני' ע"ש מיהו אפש' דה"ד במלוה ולוה: נ"ג הרי הוא כשחר מודה במקצת וכו' כ' הר"ן בפ' כל הנשבעי' דהיינו כגון שטוענו ברי' שהודה אביך סמוך למיתתו בפניך דכשאין טוען לו ברי' שהוא יודע פשיטא דפטור כמשיב אבידה וכולי וכ"כ הריטב"א בחי' שם והש"ך הוכיח מדברי הטור ומרן דאפי' אין טוענו ברי' לא הוי משיב אבידה כמ"ש הר"ן אח"ך דמגו דא"י לאו מגו הוא עש"ב ונר' דגם הר"ן הכי ס"ל דלתי' ב' ה"נ אפילו אין טוענו ברי' לא הוי משיב אבדה וחייב כמו אביו וכ"כ הרמב"ן בחי' שם וז"ל, ואם קשיא הא וכולי בנו מעיז ומעיז דמ"ל לא פקדני אבא דהא לא ידע אידך ואמאי חייב משיב אבידה הוא וכולי דאנן ה"ק אי א"ל מנה לאבא ביד אביך שהפקיד לו בפניו ובפניך וכו' ועי"ל דכל היכא דטעין ליה ברי' מנה לאבא ביד אביך וא"ל אידך בריא ן' איתי ליה ון לית ליה לעולם חייב דאמרי' מ"ל הוא ומ"ל אבוה וכולי עיין שם והתוס' בפ' השואל בד"ה רב הונא כ' וז"ל וא"ת לרב ושמואל דפטרי בן' ידענא ון' לא ידענא מודה במקצת אמאי חייב יהיה נאמן במה שכופר במגו דא"ב אמר ח"י וי"ל דאין אדם טוען ברצון איני יודע כדפי' במתני' עכ"ל והיינו דחינו טוען ברצון איני יודע שנר' שהתובע חומר חמת שטוענו בריא טוב והוא טוען שמא גרוע וראיית

הרמב"ן והר"ן מפ' הבית והעליה כבר כ' התוס' שם דהתם נמי הבריא טוב והשמא גרוע וכ"כ הרמב"ן הובא בש"מ לכתובות:

נ"ד דין

י"ז כל טענת ס' אין משביעין עליה וכו' ה' כנה"ג בסי' ק"א הג"בי אות ח' כתב דמה שאנו טוענים ליתומים טענת בריא חשבי' לה והביא ראיה מדתנן מנכסי יתומי' לא תפרע אלא בשבועה והטעם משום דטוענ' להם שמא פרע ואי טענת ס' חשבי' לה הא אין נשבעי' על טענת ס' ע"ש ויש לדחות דה"ד לחייב שבו' טוענ' להם שהרי כ' הרד"בז בתשו' ח"א סי' קל"ו דהא דאין נשבעין על טענת ס' ה"ד בס' דה""יל לידע אבל כל דלא היה לו לידע כגון מוכר דלא ידע אם הלוקח הרגיש במום או לא משביעו דומה לטענת יורש דמשביעין על הס' ע"ש והביאו הרב כנ"הג בסי' ע"א ובסי' רל"ב אות כ"א ע"ש וא"כ אימא דכל טענה דחשיבה ספק ה"ה ליורשים והתם לגבי השבועה כבריא חשבינן לה דלא אמרו אין נשבעין על טענת ספק אלא היכא דהי"ל לידע גם הלח"ם בפ"ג מה' שאלה ופקדון גבי לא היתה ראיה ישבע השומר וכו' כתב ודאי שהיא שבועת היסת וכו' ותימא כיון דזה אומר א"י וזה טוען בריא על השכורה שמתה אפילו שבוע' היסת א"צ דהא כתב רבינו בפ"א מה' טוען דאין נשבעין היסת על טענת ס' אפי' שהוא טוען הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני וכו' ואולי דשמא דהכא עדיפא משום דלא הי"ל לידע וכו' אבל התם הי"ל לידע אם פרעו ושמא שלו גרוע הוא וכו' ע"ש הרי דטוען שמא דלא הי"ל לידע משביעי' את חבירו מיהו מרן בסימן שמ"ד כ' בזמן שהמשאיל טוענו ודאי נשבע וכו' ובזמן שהמשאיל אומר א"י ישבע השומר שבועת השומרים שמתה כדרכה וע"י גלגול ישבע השומר ששכורה מתה וכו' והוא כמ"ש בבדק הבית דאיך שייך שבוע' על טענת שמא וכו' ע"ש א"כ אין נשבעין על טענ' שמא אפי' השמא טוב דלא הי"ל לידע ועוד תמהני שהרי כ' הטור בסי' זה וז"ל אע"ג לגבי נתבע יש חי' בינו ליורש וכו' לענין תובע אין חי' דכמו שאין נשבעין על טענת ס' של תובע כך אין נשבעין על טענת ס' של יורשיו שאם טען סובר אני שיש לאבא מנה בידך ל"ש תבע ללוה עצמו ול"ש תבע ליורשיו אין לו עליו שבוע' כלל וכו' ואם אמר אבא א"ל שאתה חייב לו מנה כ' הרמ"בם שהוא נק' ס' וכו' ע"ש הרי דאם טען היורש ס' סובר אני שיש לאבא מנה בידך לכ"ע הוי טענת ס' ואין נשבעין עליה דלגבי התובע אין חילוק בינו ליורשיו א"כ אפי' היורשים דלא הי"ל לידע אין משביעין והרמ"בם בפ"ח מה' טוען כ' ראוב' שהי"ל כלי העשוי להשאיל ולהשכיר ויש לו עדים שהוא ידוע לו והרי אותו כלי תחת יד שמעון ושמעון טוען אתה מכרתו לי וכו' אינו נאמן אלא ראו' נוטל כליו ונשבע היסת על טענת שמ' ואפי' מת שמ'

הרי ראו' נוט' כליו והורו הגאו' שישב' היס' שטוענים ליורש ע"כ הרי דהגאוני' סבי"ל דטוענים ליורש להשביע אחר בשמא וכבר כתב המ"מ שם שאין כן דעת רבינו שכתב בפ"ט דמוציאין מיד היורש בלא שבו' אא"כ טען היורש טענת ודאי בפני מכרה לאבי וכו' ע"ש ואפ' דגם הגאונים שהורו שישב' היסת שטוענ' ליורש ה"ד התם שהוא בא להוציא הכלי מיד היורשים דאפי' יש עדי' שהוא ידוע לו מ"מ הרי עכשיו ביד היורשים וטוענים להם שמא מכרו לאביהם להשביעו ועיין להש"ך סימן על"ג ס"ק י"ג אבל לגבי התובע אין חי' בין הוא ובין יורשיו דאפילו יורש דלא היה ליה לידע אין משביעי' בשמא וא"כ מההיא הנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' שמעי' דמה שטוענים ליורשים טענת בריא חשבי' לה דלגבי הנתב' יש חי' בין הוא ליורשיו דשמא דידהו חשיב בריא וכן הוכיח בשו"ת בשמים ראש סי' רנ"ב ממלוה ע"פ דטוענ' ליורשי' שמא פרוע אע"ג דאביהם אם טען א"י אם פרעתי' חייב ע"ש והיינו כמ"ש רש"י בפ' הכותב דטעמא דאין נפרעי' מנכסי יתומים אלא בשבו' משום דטוענ' להם מה שהיה אביהם יכול לטעון ואם היה טוען השבע לו שלא פרעתי' צריך לישבע וכ"כ רשב"ם בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס עי"ש אבל בפרק שבועת הדייני' דפרכינן מה בין זה לפוגם שטרו וכו' כתבו התוספ' וז"ל וא"ת תק"ל אמתני' דהבא ליפרע לא יפרע אלא בשבו' וטעמא משו' דילמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעין לישתבע לי אלמא מצי למישתבע ליה מיהו נראה דטעמא לאו מש"ה הוא דאפילו לא מצי אבוהון טעין טענ' ליתמי דבפרק הכות' אמרי' כתב לאשתו נקי נדר נקי שבו' לא תפרע מהיתומי' אלא בשבו' אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקו' שאין האב יכול להשבע עכ"ל א"כ מה שטוענ' ליורשים לא חשיב טענת ברי' אלא דאפי' בספק עבוד רבנן תקנת' ליתומים שלא יפרעו מהם אלא בשבו' וכן הא דקיימ"ל דמלוה ע"פ אינה גובה מן היתומים דטענינן להם שמא אביהם פרע לאו משום שאביהם יכול לטעון כן בבריא אלא אפילו חשבי' לה טענת ס' ואביהם אם היה טוען הלויתני וא"י אם החזרתי לך חייב לשלם אפי"ה עבוד רבנן תקנתא ליתומים שלא לגבות מהם בלא ראיה ובפ' הניזקין בעי רב אחדבוי בר אמי יתומים שאמרו קטנים אפילו גדולים תקנתא הוא דעבוד רבנן גבי יתמי לקטני' עבוד רבנן לגדולים לא עבוד רבנן וכו' ת"ש דתני אביי קשישא יתומים שאמרו גדולי ואצ"ל לקטנים ודילמא ה"מ לענין שבו' דגדול במילי דאבוה כקטן דמי וכו' משמע דלענין שבועה גדול כקטן משום דלא ידע במילי דאבוה וטוענ' לו שמא אביהם פרע עיין שם ברש"י ולדברי התוספות צ"ל דדוקא לענין שבוע' עבוד רבנן תקנתא מספק ולא לענין זיבורית:

ודע דהא דאין נשבעין היסת על טענת שמא בתשוב' הגאונים סוף שער ד' משמע דהיינו מדתנן ואלו נשבעין שלא בטענה וכו' והרש"בא בתשו' ח"ב סי' ס"ח כתב וזה לשונו דע שיש טענת שמא גמור כגון ההיא דראה סלע שנפל מג' דאינו בריא ולא קרוב לברי' שאינו יכול לטעון על א' מהם אתה לקחתו והיא יסוד למה שהסכימו הא' שאין נשבעין היסת על שמא ולא מצינו מקו' בכל הגמרא ליסמך בדין זה אלא על אותה בלבד דמאותה ששנינו אלו נשבעין שלא בטענה אין ראיה דאע"ג דמשמ' אלו ולא אחרים התם בנשבעי' שבועת המשנה בנק"ח כגון שבועת התורה אבל היסת דתקין ר"נ לא שמענו משם אבל כשאינם אלא ב' אע"פ שהוא אינו יכול לומר בבריא ממש לחבירו שהוא לקחה מ"מ קרוב הוא לודאי וכו' ושמא כזה אין קרוי שמא שלא להשביעו עליו היסת וכו' ע"ש וזה כפי' רש"י בפ' א"מ אבל התוס' דחו פי' דבימי בר קפרא עדין לא נתקנה שבועת היסת ופי' דאינו מתיאש לעולם שחושב יחזירו לו כשמבישו ברבי' וכו' והרא"ש שם והטור בסי' רס"ב כ' דלא יתייאש לעולם משו' דהיום או למחר יתפוס לו וכו' ע"ש וא"כ לא שמעינן מהכא דאין משביעין על טענת ס' דא"ל דיכול להשביעו על טענת שמא דבנפל מב' לא מייאש משום דיכול לתפוס אבל כשנפל מג' אינו יכול לתפסו בטענת ס' ולכך מייאש וז"ל הריטב"א שם ב' נמי לא מצי תבע בבריא דמנה ידע בבריא וכו' אלא ודאי הכא ליכא שבועת היסת ואפי' בדורו של ר"ן שלא נתקנה אלא תביעת בריא משום דחזקה אין אדם תובע לחבירו אלא א"כ יש לו וההיא חזקה ליתא אלא בטוענו בריא וכו' וכן שמעתי מפי מורי הרש"בא עכ"ל וכ"כ מהר"ם בתשו' הארוכו סי' תתק"נז ע"ש א"כ אפי' על טענת ס' דלא הי"ל לידע אין משביעין דלא נתקנה אלא בבריא ממש משום חזקה דאין אדם תובע לחבירו אא"כ יש לו וליתא אלא בטוען בריא וגם לדברי הרש"בא דגמרי' לה מההיא דראה את הסלע וכולי ובשמא קרוב לודאי משביעין משמע דבשמא גמור אפילו לא הי"ל לידע דומיא דהתם אין נשבעין: ומ"מ נר' דלכ"ע הא דאין נשבעין היסת בשמא ה"ד בשמא גמור אבל בשמא קרוב לברי' צריך לישבע כמו שהוכיח הרש"בא שם ונר' דה"ה שבוע' דאורי' או שבוע' המשנה אפי' אין טוען בריא גמור צריך לישבע ובפ' הניזקין אר"י ב' כיסין קשורים מצאת והלה אומר לא מצאתי אלא א' נשבע דכיסין לא מנתחי אהדדי וכ' הריט"בא בחי' דטענת בריא הוי משום דכיסין נהי דזמני' דממכלי קשריהו זמנין הוא דאמר' ולא שכיח וכיון דלא שכיח טענת בריא חשבי' לה וכו' הרי כיון דלא שכיח קרוב לודאי מקרי טענת בריא ונשבע שבוע' דאורייי' כמודה במקצת דלענין שבועה לא בעי' בריא גמור ודלא כהתוס' שם

נ"ה כיצד א"ל כמדומה לי שיש לי וכו' הרמ"בם בפ"ה מה' טוען סיים והנתבע אומר אין לך בידי כלום ה"ז פטור אף משבועת היסת ונראה דה"ה אם אומר לא הלויתני אלא ן' ליכא לשבועת מודה במקצת ולא שבו' היסת שאין שבו' היסת על השמא וכ"כ הרש"בא בתשו' ח"ב סי' ס"ב ע"ש: נ"ו הגה כשיש רגלים לדבר וכו' וכ"נ דעת רש"י והתוספות והרא"ש בפ' א"מ גבי ראה סלע שנפל מב' וכ"כ עוד הרא"ש בפ' המפקיד סי' כ"ד וז"ל הילכך משתבע איהו דלא הוה ידע דקרוב לודאי הוא ודמי לסלע שנפל מב' דאמרי' בפ' א"מ דמצי לאשבועי כיון דנראית בעיניו טענה ודאית עכ"ל והרמ"בם בפ"א מה' טוען שכ' דינר פ' נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתיו וכו' ה"ז פטור אף משבו' היסת נר' דוקא אמר קרוב בעיני אבל אם טען ברי לי שאתה גנבתו משביעין אותו אף ע"ג דאינו טוען שראה אותו שגנבו מ"מ כיון שטוען בריא משביעין אותו וא"כ אם טוען בריא לי שאתה גנבתו כיון שאין נכנס לבית שלנו אלא אני ואתה משביעין אותו שבועת היסת וכ"כ הרמ"בן בחי' לגיטין ד' נ"א גבי ב' כיסין קטנים קשורים מצאת וכו' דדבר דלא שכיח טענת בריא מקרי ע"ש וכ" הרד"בז בתשו' ח"ב סי' קל"ו ונר' דגם הריט"בא בחי' למציעא שדחה לפיר"שי גבי ראה סלע שנפל מב' וס"ל דהוי טענת שמא ואין משביעין אותו דעת המרדכי בשם ר' ברוך ובה"ת בשם ר' אברהם בר יצחק הביאו הש"ך ע"ש היינו משום דא"א לטעון בריא כיון שנפל אבל בנגנב מביתו אם טען ברי אפי' לא ראה אותו שגנבו כיון שאין אדם נכנס לבית חשיב טענת בריא והרש"בא בתשו' ח"ב סו' ס"ח ס"ל דגם בסלע שנפל יכול להשביעו דאע"פ שאין יכול לטעון בריא ממש שחבירו לקחה מ"מ קרוב הוא לודאי ודוקא בשמא משביעין ע"ש ודלא כהריטב"א שו להפך ע"ש:

נ"ז יכול להשביעו היסת וכו' נראה דאם תפס בעל התיבה בלא עדים תפיסתו תפיסה הסמ"ע ונראה דהיינו כדקיימא לן בסימן פ"ז דין ל' דאפי' נשב' הנתבע ונפטר ע"פ ב"ד אם תפס התובע אח"כ משלו בלא עדים וטען שתופס על אותה תביעה שנשבע לו עליה שלא נשבע לו באמת הדין עם התופס ונאמן במגו שלא תפסתי משלך כלום ונשבע היסת ונפטר ע"ש וא"כ ה"נ אפילו נשבע הנתבע אם תפס אחר כך בעל התיבה בלא עדים נאמן במגו אך קש' דהא אינו נאמן במגו אלא בשבו' וכבר כתב הסמ"ע ס"ק מ"ח דאינו יכול להפך השבועה על התובע שישבע דהוא ידע שלקח כך וכך מתיבתו כיון שלא ראה בעיניו אלא שיש רגלים לדבר וא"כ אם תפס אפילו שלא בעדים כיון שאינו יכול להשבע לא מהני תפיסתו וכן בסימן צ"ב במי שנתחייב שבו' היסת והיה התובע חשוד דאין הנתבע יכול להפך עליו השבו' נראה דאפילו תפס התובע דחשוד אין תפיסתו כלום

כיון שאין יכול להשבע מיהו הלבוש כתב ונ"ל שמשביעי' אותו היסת בע"כ ואינו יכול להפכה על התובע אלא או ישבע או ישלם כיון שיש רגלים לדבר ע"כ הרי דס"ל שאין יכול להפכה לא מטעם שאין התובע יכול לישבע אלא כיון שיש רגלים לדבר שלקח הטילו עליו בע"כ לישבע או לשלם ואם כן אפשר דאם תפס התובע בלא עדים אם רצה לישב' ישב' להחזיק מה שבידו דרגלים לדבר הוי כטוען בריא אבל בל' הסמ"ע שכתב הטעם דאינו יכול להפכה משום דליכא ראיה אלא רגלים לדבר אין תפיסתו תפיסה בלא שבוע' וא"ל דס"ל דאם רצה התובע לישבע דרגלים לדבר הוי כטענת בריא ומהאי טעמא אם תפס אין מוציאין מידו ונאמן בשבו' אלא דאם לא רצה אין הנתבע יכול להפך השבו' בע"כ דהא דקי"ל דשבו' היסת יכול הנתב' להפכה על התובע בע"כ ה"ד ודאי אבל הכא דליכא רק רגלים לדבר אין להפך השבו' בע"כ שהרי הסמ"ע כתב דדמי לסימן צ"ב דכשהתובע חשוד אין הנתבע יכול להפך השבו' על החשוד ע"ש וא"א הא ל"ד לחשוד דהתם שאני דאינו יכול לישבע כלל אבל הכא אימא דיכול הנתבע להפך השבו' עליו בע"כ כיון שיכול לישבע אלא משמע דה"נ דאפילו רצה לישבע אינו יכול דליכא טענת ודאי אלא רגלים לדבר

ומצאתי הרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סי' קצ"ה כתב וז"ל וראינו שאינו חייב שבו' היסת מי שנסתפק על חבירו שגנב לו שהרי א"י בבירור אם גנב הוא או שמא אחר גנבו ובאיזה דבר יהיה שבו' היסת בדבר שיכול להפך השבוע' על התובע שישבע ויטול אמנם מי שאינו יכול לשבע אם יהפכו עליו השבו' אין בכגון זה שבו' היסת אבל אם יש חרם סתם וכו' עכ"ל וכן כת' הרי"ף בתשו' סי' נ"ח ע"ש וכן כת' בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ז ע"ב ע"ש הרי דלא שייך היסת אלא בדבר שיכול להפך השבו' על התובע ואם כן אם יכול להשביעו שיש רגלים לדבר יכול להפך השבועה על התובע ונראה דדוקא גבי טענת שמא קאמר דל"ש שבועת היסת אלא בדבר שיכול להפך השבועה על התובע משום דהא מי שנתחייב שבו' היסת והיה התובע חשוד אין הנתבע יכול להפך עליו שבו' משום דאינו יכול לישבע ואפי' הכי ישב' הנתבע היסת כמ"ש הרמב"ם בפרק ב' מה' טוען ומרן בסימן צ"ב ע"ש אלא דל"א להפך השבו' ליכא שבו' היסת אלא דוקא גבי טענת שמא דל"ש להפך השבו' אפי' אם רצה התובע הוא דאמרינן הכי אבל בחשוד הוא רוצה לישבע אלא שאנו חושדים אותו וה"נ כשיש רגלים לדבר אין הנתבע יכול להפך השבו' על התובע בע"כ אבל אם רצה התובע יכול לישבע דטענת בריא חשבינן לה ולכך אם תפס יחזיק מה שבידו בשבו' ואף דתפיסתו תפיסה בלא שבו' וכן במי

שנתחייב שבועת היסת והיה התובע חשוד אם תפס התובע אף דתפיסתו תפיסה ונאמן בלו שבועה:

נ"ה דין ח"י כגון שטענו הלויתיך וכו' נראה דה"ה אם נסתפקו שניהם בפירעון כגון שטענו הלויתיך וא"י אם החזרת לי והלה אימר כן פטור מדיני אדם אבל חייב לצאת י"ש כדמשמע מדברי הטור ומרן בסי"ז כ' אמר כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני פטור אף משבו' היסת ואפילו לצאת י"ש אינו מחוייב כיון שהתובע אמר שמא והנתבע אינו מודה לו אלא אמר בריא וכו' וכתב הפרישה וז"ל ומ"ש והנתבע לא מודה לו וכו' א"ל הא אפילו טוען ס' גם כן אינו חייב ש"ה מאחר שהתובע טוען שמא ואפילו לצאת י"ש אינו חייב בשניהם טוענים שמא כמ"ש דאפי' דנקט הכי משום בבא מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני דהוה ליה קצת טענת בריא ולכן אילו היה טוען התובע שמא היה חייב היסת וחייב ג"כ לצאת י"ש דהו"ל כאילו אומר הלויתני וא"י אם פרעתיך ע"ש הרי דאפילו התובע גם כן מסופק בפירעון חייב הנתבע לצאת י"ש ומ"ש דנשבע היסת משום דהו"ל קצת טענת בריא נרא' דסבי"ל כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ס"ח גבי סלע שנפל מב' דיכול להשביעו דאף על פי שאינו יכול לטעון בריא ממש שחבירו לקחה מכל מקום קרוב הוא לודאי ודוקא בשמא גמור אין משביעי' ע"ש וכן כתב המרדכי ותשו' המיי' ופסקו מור"ם לעיל כשיש רגלים לדבר משביעי' אותו ע"ש וה"נ הוה ליה קצת טענת בריא ויכול להשביעו אבל דעת הב"ח אין צריך לישבע ודוקא לענין שצריך לצאת י"ש קאמר עיי"ש וז"ל הרמב"ם בפי' המשנה בסוף ב"ק אבל אם היה חבירו גם כן מסופק ואמר א"י אם הלויתי אותך אם לא הלויתי והוא אמר הלויתני ודאי אבל א"י אם החזרתי או לא החזרתי אינו חייב לשלם אבל אם בא לצאת י"ש יתן לו כמו שהודה שהלוהו עכ"ל וכן כ' הרע"ב ע"ש בתי"ט הרי דאפילו התובע מסופק בהלואה שאינו יודע אם הלוהו כיון שהנתבע הודה בהלואה ומסופק בפירעון חייב לצאת י"ש וכ"ש אם התובע גם כן אינו מסופק אלא בפירעון ומהר"ם מאטאלון בתשו' מהרשד"ם סימן מ' כתב וז"ל ואם כן בנ"ד הוי כאלו אמר לויתי ממך מנה וא"י אם פרעתיך והלה אומר איני יודע אם פרעתני דהואיל וטענו שניהם טענת ס' אפילו לצאת י"ש אינו חייב ואע"פ שלא מצאתי זה בבירור וכו' עכ"ז כי דייקינן לשון הרא"ש נראה שאין חי' ביניהם שהרי גבי ההיא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם החזרתי לך בהא מודה ר"ן ור"י דחייב והשתא מודו למאן לאו לרב הונא ור"י דאמרי חייב בריא ושמא בריא עדיף הא אם היו שניהם טוענים שמא מוקמינן ממונא בחזקת מריה ואפילו לצאת י"ש נראה דאינו חייב שהרי כ' הטור שאינו חייב לצאת

י"ש אלא בטוענו בריא אבל בטוענו ספ' לא מחייב ליה מפני שלא דקדק דיכול לומר דקדק ושכח שהרי אף התוב' שכח ואם כן בנ"ד שנתנו ביד המורשה המשכונות למוכרם ולשלוח המעות לראו' ל"ש הוה ליה לדקדק ואפי' לצאת י"ש אינו חייב וכו' עכ"ל ונר' שה' נסתפק בתרתי דאפשר דבהלויתני וא"י אם פרעתיך אפילו המלוה ג"כ טוען שמא הנתבע חייב בדיני אדם ואת"ל שאינו חייב בד"א אפשר שחייב לצאת י"ש ולזה הוכיח מדברי הרא"ש דאינו חייב בד"א שכתב דמודה ר"ן ור"י דחייב משמע דמודו לר"ה ור"י דאמרינן בריא ושמא בריא עדיף הא בשמא ושמא לא והוכיח מדברי הטור דאפילו לצאת י"ש פטור ומהרשד"ם שם חלק עליו ודקדק מדברי הטור דחיי' לצאת י"ש עיין שם ולי פשוט דחייב לצאת י"ש דבגמרא דייקינן אמתניתין ה"ד אילימא דלא קא תבע ליה רישא נמי אמאי חייב ומשני מאי חייב לצאת י"ש הרי דאפילו לא תבעו חייב לצאת י"ש ואם כן אפילו נימא דבלא תבעו דוקא קאמרינן דאינו חייב בד"א מכל מקום חייב לצאת י"ש אפילו לא תבעו וכ"ש שתבעו ואמר לו מנה הלויתיך וא"י אם פרעתני וה"ה לר"ן ולר"י דקיי"ל כוותיהו דבהא לא פליגי כדמוכח בגמרא דמדמי לה למנה הלויתיך והלה אומר א"י דחייב לצאת י"ש כדאמרינן אתמר נמי וכו' וכן כתב מהרש"ל ביש"ש שם ע"ש ואם כן כ"ש שתבעו וא"ל מנה הלויתיך וא"י אם פרעתני דחייב לצאת י"ש ומיהו דגם מהר"ם מאטאלון לא כתב דאינו חיי' לצאת י"ש אלא בנ"ד כמ"ש ואם כן בנ"ד שנתנו ביד המורשה המשכונות למוכר' ולשלוח המעות לראו' ל"ש הו"ל לדקדק ואפי' לצאת י"ש אינו חייב וכו' אבל בעלמא באומ' הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אף שהמלוה גם כן מסופק ל"ש לומ' דקדק ושכח כמו ששכח התובע דפרע דייק דמיפרע לא דייק כדאמרינן בפרק הכותב עיי"ש אבל בד"א נראה דפטור כמו שהוכיח מהר"ם מאטאלון בתשו' שם מדברי הרא"ש שכתב דבאומר א"י אם פרעתי' מודי' דחיי' משמע משו' דבריא ושמא בריא עדיף דמודה ר"י ור"ה קאמר הא אם שניהם מסופקים פטור ול"ד כשאינו תובעו כלל או אם המלוה מסופק בהלואה והלוה מודה בהלואה ומסופ' בפירעון וכמ"ש הרמב"ם והרע"ב אלא אפי' אם המלוה טוען ודאי בהלואה ומסופק בפירעון פטור מד"א: והרב זרע יעקב סימן ל"ג הביא ראיה דחייב ממ"ש מרן הב"י בסימן רצ"א בשם תלמידי הרשב"א שומר וכו' וכן היכא דאינו רוצה לישבע הב' שמתה כדרכה או שהלך הב' למ"ה הא' חייב ול"מ למימר שמא באונס מתה ופטור או בפשיעה וחייב הב' שעליו לברר וכן דעת מורי הר"ש אבל דעת רבינו שהא' פטור דאפי' הלה תובעו בבריא שנגנבה מהב' שזה טוען שא"י והו"ל כמנה בידך והלה אומר איני יודע ע"ש הרי דלדעת הרמב"ן והרשב"א אפילו ב' ספק דהוי כאומר הלויתיך וא"י אם פרעתני והלה מודה דהלויתני

וא"י אם פרעתיך דחייב וכו' ע"ש וליתא שהרי כתב הנ"י בפ' השואל גבי הא דתנן המשאיל אומר שאולה מתה וכו' וז"ל וא"ת והיכי מק' לומר מתני' הוי כאיני יודע אם הלויתני וכו' דהא מתני' דמיא לאו' א"י אם החזרתי לך דחייב וכו' אבל להרמב"ן דפסק התם כר"פ דפטור באנסה דנכסי אביהם לא נתחייבו שלא נתחייבו הנכסים עד שעת אונסיה וכו' מצי למימר דמק' תלמודא אפי' אם חצי יום א' לשאלה כיון דאין חיוב אונסים משעת משיכה אלא משעת שנאנסו והוא אינו יודע מתי נאנסו הרי הוא כאומר א"י אם נתחייבתי לך ופטו' וכו' והרשב"א כתב שפסק הרמב"ן עיקר וכו' עכ"ל וכן כתב בס' א"ז משם הרשב"א ע"ש הרי דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דחיוב אונסים לאו משעת משיכה אלא משעת שנאנסה וכל שא"י הו"ל כאומר א"י אם נתחייבתי לך דפטור והריטב"א שם והובא בא"ז כתב דאפילו למ"ד דחיוב שואל משעת משיכה לאו דמחייב לאלתר אלא לומר שאם נאנסה חייל עליה שיעבוד נכסים למפרע משעת משיכה וכו' מכל מקום כל שאומר א"י הוה ליה כאומר א"י אם נתחייבתי לך וכו' ע"ש וע"ש בתוספות:

נ"ט דין כ"א האומר לחבירו א"ל אבא וכו' נר' דאפי' היו עדים בדבר שכן צוה א"ץ לישבע דלא הוי טענת בריא אלא כשתובעו בפניו דמעיז ובסי' רנ"ה קיימ"ל ש"מ שאמר יש לי מנה ביד פלוני כותבים העדים כך צוה פלוני וכו' וכתב הסמ"ע אף שגם אחר הכתיב' צריכי' היורשי' להביא ראיה כשיבואו לגבות מאותו פלוני, מכל מקום יש תועלת דלא יעיז ויכפור הלה כ"נ כשיראה צואת העדים ביד היורשי' ע"ש ומדלא כ' דנ"מ לענין דאם יכפור הלה דצריך לישב' משמע דאפי' יש עדי' שצוה כן הוי טענת שמא אבל ראיתי בספר א"ז לבתרא שכתב וז"ל כ' בשם הריב"ש בעל התוס' דנ"מ מהא להא דכותבים שהמחוייב נשבע היסת ואע"ג דאמרי יתמי שמא וכן אמרו שהודה הראב"ד ומלתא דמסתברא היא עכ"ל ונראה דסב"ל דאם טען היורש א"ל אבא הוי טענת שמא וא"ץ לישבע אבל כן צוה בפני עדים הוי טענת בריא ולכך כותבים שאם יכפור הלה צריך לישבע ועיין בספר גנת ורדים כלל ג' סימן ז' שכתב דאפילו יש עדי' שהיה טוען כן בבריא ושלא היה חושש להשביע את עצמו וכו' ע"ש ובפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס דאמרי' דדייני גולה ס"ל א"א דפרעיה מימר הוה אמר וכו' כ' הראב"ד הביאו הרז"ה והרשב"א בס' א"ז שם וז"ל דהכא ביתומי' עסקינן וטוענים אבינו צוה שהחזי' וכו' ודחי לא דכ"ע ל"מ א"ל שטרך בידי מ"ב אלא טען האב בעצמו אבל הם אינם נאמנים דא"א דפרעיה מימר הוה אמר כלו' בשעת פטירתו בפני עדים ודייני א"י סברי דנאמנים דהא דלא אמר בפני עדים אימור דמלאך המות אנסי' וכו' עיי"ש הרי דס"ל דאם צוה בפני עדים נאמנים והוי טענת ברי' ומיהו אפשר דה"ד שלא להוציא מיד היורשים אבל להשביע

אחר לא ובפ' הכותב גבי ההוא גברא דאפקיד א' מרגלתא וכו' כתב וז"ל ודיקא היכא שהיתומים טוענים שמא אבל אם טוענים ודאי אבינו א"ל שהוא שלו משתבעי דקושטא קאמרי ולא מפקיד מינייהו וכן היה אומר הר"מ בר יוסף מרנבונא והביא ראיה מדקאמר ולא פקיד הא אי פקיד אע"ג דלא אמיד לא מפקינן מינייהו וכ"כ תר"י בס' א"ז שם משמע דסביר"ל דאפילו לא צוה בפני עדים נאמנים היורשים לומר שצוה להם אבל להוציא מאחר או להשביע אפשר דאפילו צוה כן בפני עדים טענת שמא מקרי וכי האי גוונא כ' הטור ומרן בסי' ע"א סכ"ב בהאמין המלוה ללוה שהוא נאמן על השטר לומר פרעתי אפילו בתוך זמן ומת הלוה דיש מי שאומר שחייבים היורשים לפרוע אא"כ הביאו עדים שאביהם אמר לפניהם שהוא פרוע וכ' הסמ"ע ס"ק מ"ה וא"ת גם אם הביאו עדים למה יהנה יאמר המלוה לכך נתתי לו נאמנות מפני שידעתי שלא יעיז לפני משא"כ בפניכם דהעיז וכו' י"ל באמירת אב לבנו לא אמרי' הכי דאין דרכו לשקר לפניהם ועוד דלעיל דוקא להוציא אמרי' הכי אבל כאן דמיירי ליפטר לא אמרינן כן עכ"ל הרי דדוקא להוציא אמרינן דאין הנאמנות אלא בפניו שלא יעיז אבל ליפטר אם צוה האב לבניו הוי כטוען בריא ותי' זה נר' עיקר דלהוציא אפי' צוה לבנו בפני עדי' אפ' דמשקר והוי כטענת שמא כמ"ש וכן ל' הרמב"ם בפ"א מה' טוען א"ל אבא וכו' או צוה לי בפני עדים וכו' וכן כ' בתשו' בספר פאר הדור סימן קע"ה ע"ש מיהו אם טענו בפניו בשעת מתה אפילו שלא בבי"ד כיון שהעיז בפניו הוי טענת בריא וצריך לישבע וכה"ג כת' מהרח"ש בתשו' ח"ג סימן ס"ג דאפילו למ"ד דאין טוענים ליורשי' מזוייף דלא שכיח מכל מקום אם טענו הבעל בחייו ודאי דלכ"ע טעני' ליורשים עיי"ש וכן אמרינן בירושלמי דאם א"ל עומד הייתי על אבא בשעת מתה וטענך מנה והודית לו והוא אומר לא הודיתי לו אלא בן' צריך לישב' וכתב הראב"ד בס' תמ"ד בסימן רל"ט דף ס"א ע"ב מדקאמר עומד הייתי וכו' ולא קאמר כך א"ל אבא שטענך מנה ולא הודית לו וכו' ש"מ דכה"ג תקנה היא ואינו נשבע וש"מ דלא ס"ל כראב"י וכו' ע"ש אלמא דאם טען א"ל אבא פטור אבל אם ראה שטענו אביו הוי טענת בריא וצריך לישבע וכ"כ הרמב"ן במלחמו' בפ' הניזקי' דהגאוני' והחכמים אומרים שכל הטוען כך א"ל אבא טענת שמא וכו' אבל הילי"ל כגון דאמר בריא לי שלא האכלתיו שכך הודית לו בפני מיתתו של אבא ע"ש:

ס' י"א שפטור אף משבו' היסת וכו' זה דעת הרמב"ם בפ"א ובפ"ד מהלכו' טוען והראב"ד בהשגות כתב דטענת בריא היא לראב"י וה' פוסק כמותו עיי"ש וכבר כתב מרן הכ"מ בספ"ב מהלכ' בית הבחירה דהא דאמרינן משנת ראב"י קב ונקי ה"מ במשנה ולא בברייתי' וכתב מהר"ם ן' חביב בפ' יוה"כ דבמשנה ודאי דקיימ"ל כראב"י אבל בברייתא

יש פעמים דהלכה כוותיה משום דמסתבר טעמיה וכו' והרב יד מלאכי סימן תט"ו דחה דאין סברא כלל וכו' ולא ראו הרשב"א בתו"ה שער ד' שכתב גבי אפרוח שלא נפתחו וכו' וז"ל ולענין פסק הלכה יש מי שפ' כראב"י משום דמשנת ראב"י קב ונקי אבל רב אלפסי פסק כרבנן דשרו וכן פסק הרב בעל העיטור וכן ה' בעה"ת ואף שאמרו משנת ראב"י קב ונקי לא אמרו אלא במשנה אבל בברייתא הרבה יש שאין הלכה כמותו ועוד שהרי נחלקו רב ור"י וקיימ"ל כר"י וכו' וכן כתב בחי' לחולין דף ס"ד ד"ה בעל העיטור כרב אלפסי ס"ל דל"א משנת ראב"י קב ונקי אלא במשנה וכו' הביאו ה' דברי אמת בקו' ג' די"ג ע"ד ע"ש וק' תימא על הרי"ף דפסק כאן כראב"י דמשנתו קב ונקי אף בברייתא וגבי אפרוח שלא נפתחו עיניו פסק כרבנן משום דלא אמרו דמשנת ראב"י קב ונקי אלא במשנה ולא בברייתא מיהו אפשר דהתם משום דרב ור"י נחלקו בזה וקיימ"ל כר"י דסבר כרבנן ושוב מצאתי לבעל העיטור בדיני חוב דף ס"ו שכתב דהא דקיימ"ל משנת ראב"י קב ונקי לאו כללא הוא וכו' ורובא מינייהו דאשכחן דאיפסיק' הילכתא כוותיה ואי בכל דוכתא הלכה כוותיה אמאי איצטריך למפסק בפ' אלו קשרים אר"י הלכה כראב"י ואמרי' הלכה מכלל דפליגי ובנדרי' בהשותפי' אר"ה הלכה כראב"י ובפ"ד נדרי' גרסי' פליגי עליה רבנן לראב"י או לא ואת"ל דפליגי הלכה כוותי' או לא ואסיקנא אמר ר"ה הלכה כראב"י וכו' ורב אלפס גופיה בההיא דגרסי' כמאן אזלא הא דתניא לכל השרץ השורץ על הארץ לרבות אפרוחים שלא נפתחו עיניהם כראב"י וכו' עש"ב מבואר דסביר"ל דאפילו במשנה לאו כללא הוא כמו שהוכיח מדאיצטריך למפסק כמותו בפרק אלו קשרים ובפ' ד' נדרים ובפ' השותפים דהני משניות ואצטריך לפסוק כראב"י ש"מ דאף במשנה לאו כללא הוא אבל הרמב"ן בספר הזכות סימן נ"ד הסכים עם הרי"ף דבמשנת ראב"י קב ונקי נגד חכמים והוכיח כן מדאמרי' בפ' הבע"י ואם נשא ראב"י אומר הולד חלל וחכמי' או' הולד כשר ואמרינן עלה מ"ט דראב"י סבר לה כר"א ומק' ומי סבר לה והא קיימא לן משנת ראב"י קב ונקי ואלו בהא ארע' אין הלכה כר"א ש"מ דמשנת ראב"י קב ונקי אפילו במקום חכמים וכו' ובמקומות שנאמר בהם בתלמוד הלכה כראב"י בפרק אלו קשרים ובפר' השותפי' שנדרו לתלמוד באו בענין שנאמר בתלמוד במקומו' הלכה כדברי חכמים משום דילמא א"ד מסתבר טעמיה דמאן דפליג הילכך מסתברא דהלכה כראב"י כדברי רבינו וכו' ע"ש ובמלחמות בסוף פרק הניזקי' הרי דסבי"ל דקיימ"ל כראב"י אפילו נגד חכמים ואפילו בברייתא כדמוכח בפ' הבע"י דפליגי ראב"י וחכמים בברייתא ואם כן הרי"ף גבי אפרוח שלא נפתחו עיניו שפ' כחכמים נגד ראב"י משום דר"י סביר"ל הכי כמ"ש וכתב הר"ן בפ' ש"ה דהרמב"ן דחה דודאי טוען מפי אחר לאו בריא מקרי מדתנן

בפ' י"ן זה אחי אינו נאמן וכו' ואסיקנא דכמנה לאחר בידך דמי כלומר שזה אינו יודע שהוא אחיהם אלא מפי אחיו ואין טענתו טענת בריא אלמא הטוען מפי אחרים טענת שמא הוי ולי אין זו תשובה על הראב"ד לפי שכדברי חכמים הוא פוסק ולרבנן הכי וכו' וכ"כ בחי' וכב' האריך הרב יד מלאכי בסי' תי"ז עש"ב ואמת שהראב"ד הוא פ' כחכמים כמ"ש בס' תמ"ד סימן רל"ט דף ס"א עמוד א' וז"ל הא דאמר ר"י ב' שוורים וכו' לא הביאו ה' בהלכותיו ונ"ל דחה אותה משום דאוקמוה בגמרא דר"י כראב"י סביר"ל וכו' ולית הילכתא כוותיה וכו' וראינו במסכת שבו' שפסק כראב"י בפרק כל הנשבעים בענין שאמר רבא כוותי' דר"א מסתברא דתני אמי שבועת ה' תהיה בין ב' ולא בין היורשים ה"ד אילימא דא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל אידך וכו' מ"ל הוא מ"ל אבוה כלומ' כמו שהאב נשב' כך הבן נשבע אלמא הלכה כרא"בי וכו' אלא דעתו על אותה חזרה ואין ראיה משם כלום דהא אמרינן התם מ"ל הוא מ"ל אבוה לא שבא הבן מכח צוואת אביו אלא שאמר אני הייתי בשעת מיתת אבי וראיתי שהודית לו במנה והלה אומר לא הודיתי אלא ן' כגון זה ודאי נשב' ואפי' לרבנן וכו' הרי שכ' שהרי"ף חזר בו ופ' כחכמים והסכים עמו מיהו כ' עוד שם וז"ל וא"ת אם לא ס"ל כרא"בי לוקים רבא להא דתני אמי כגון שבא הבן מכח צוואת האב וכו' הא לאו מלתא היא דרבנן נמי דפטרי לאו מדאורייתא פטרי ליה אלא מדתקון העולם דמשיב אבידה פטור מפני ת"ה הוא ולא מדאורייתא והא דתני אמי דבר תורה קאמר וד"ת מ"ל הוא ומ"ל אבוה וכו' ע"ש א"כ גם לרבנן הטוען מפי אחרים טענת בריא מקרי מדאורייתא ולמ"ד בריא ושמא בריא עדיף ומנה לי בידך והלה אומר א"י חייב ה"נ טוען מפי אחרים טענת בריא מקרי מדאורייתא חייב ודוקא במודה במקצת פטור מדרבנן מפני ת"ה והתם בפ' י"ן למ"ד בריא ושמא בריא עדיף קיימא והוא טוען מפי אחרים והם אינם יודעים וא"כ אמאי מקרי טענ' שמא לכן נר' דס"ל דלא חשיב טענ' ברי' אלא לגבי השבועה ולא להוציא ממון ומצאתי כן למהר"ם בתשו' המיי' השיי' לס' משפטים סי' ן' וז"ל וא"ל לפי' רש"י הא דקיי"ל משנת ראב"י קב ונקי וקאמרי' התם דבנו קטן אינו מעיז ובפ' ז"ב אר"ן דינוקא במלי דאבוה לא ידע דיש לחלק דגבי שבוע' בקל יכול להיות דרמיא שבוע' עליה לא חשבי' ליה משיב אבידה וכו' ע"ש וה"נ לגבי שבוע' חשיב לה טענת ברי' דבקל רמיא שבוע' ובשמא גמור דוקא אין להשביעו וכה"ג כ' הרש"בא בתשו' ח"ב סי' ס"ח וז"ל ואע"ג דלוה אינו יכול לטעון וכו' מתוך כך חשבי' ליה הטוען טענ' בריא להשביעו שבוע' היסת לפי שאין טענת הלוה שמא גמו' וכו' אבל בשמא אין משביעין שבוע' היסת וכו' ע"ש וא"כ ה"נ הטוען מפי אחרי' חשבי' ליה טענת ברי' לגבי השבוע' כיון דצא שמא גמור אבל להוציא ממון בעי' טענת ברי' גמו' והרמ"בן

בס' הזכות סי' נ"ד הסכים עם הרי"ף דהלכה כרא"בי דלרבנן אפי' בטוענו גדול בברי' בפני הודית לו פוטרו כו' וא"כ הא דאמרי' מ"ל הוא מ"ל אבוה כרא"בי אתיא וכן הטעם הב' משום דמשנת רא"בי קב ונקי נכון וברור הוא דאפי' נגד רבים קיי"ל כרא"בי עש"ב ועי' בלח"ם בפ"א מה' טוען:

ומ"מ דעת הרמב"ם דטענת ספ' מקרי ופטור אפילו משבו' היסת וכ"כ בתשו' בספר פאר הדור סי' קמ"ה וסיים וז"ל וכל דלא דאין הכי לא חש לקמחיה ואין ראוי להשגיח על דברי מי שחייב שבו' היסת על דברי אביה' ומעשי' בפנינו בכל יום ואנחנו דני' בדין זה בחרם סתם בלבד עיי"ש דסביר"ל כראב"י וחכמים מיירי בבא בכח צוואת אביו ופ' כחכמים דפטור והא דאמר רבא בפרק כל הנשבעין מ"ל הוא מ"ל אבוה וכו' מיירי בבא בטענת עצמו שיודע בודאי שחייב לו מנה דחכמים נמי מודו דצריך לישבע ולכן סיים הרמב"ם שם אבל יורש שטען ואמר אני יודע בודאי שיש לאבי בידך או ביד אבין מנה וכו' ה"ז מ"מ וישבע דמהך דרבא דאמר מ"ל הוא מ"ל אבוה וכו' למד כן דמשמע ליה דמיירי בטען היור' בריא דומיא דאבוה בתי' אחר שכתב הראב"ד שם וז"ל א"נ יורשי' דומיא דידהו מה אינהו בטענת ברי' אף יורשי' בטענת בריא וכו' עיי"ש גם הרז"ה בפרק הניזקין פסק כחכמים אלא שכתב וז"ל וחכמים אומרים אינו אלא כמשיב אבידה ופטור מאחר שהוא עצמו פתח בטענה דקא סברי רבנן בו הוא דאינו מעיז כה"ג מעיז ומעיז נאמר שלא בא אליו בנו לא מתוך טענתו ולית לן ראיה דחויה לדרבנן דרבים נינהו וכו' ע"ש נראה דסביר"ל דרבנן לא פיטרו אלא באומר מנה לאביך בידי שהוא פתח בטענה דהוי כמשיב אבדה וקיימ"ל כוותיהו אבל אם יורש המלוה פתח בטענה מנה לאבא בידך אפילו בא בטענת אביו א"ל אבא כ"ע חייב והסמ"ג בעשין צ"ה כתב וז"ל ורבי' יעקוב ורבי' משה פ' שהלכה כראב"י שמשנתו קב ונקי וגם רב מעמיד סתם משנה בפ' ש"ה כמותו וכו' ומה שראב"י אומ' כדבריו פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו אף על פי שהיורש טוען בודאי מפני שחכמי' חושבי' אותו כטענת עצמו הואיל ויכול להעיז וכו' ה"ד אי דא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל ן' אית ליה ון' לית ליה פי' ומיירי בטענת בריא דומיא דבין שניהם מ"ש איהו ומ"ש אבוה פי' שסובר כרא"בי שמחייבו שבוע' בטענת בריא וכו' עכ"ל הרי מבואר דרא"בי מיירי דהיורש טוען ברי' וכן רבא מיירי ביורש דטוען בריא דומיא דאביו וס"ל כרא"בי ומ"ה פס' הרמ"בם כמותו ועי' בתשוב' הרש"בא ח"ב סי' שמ"ו שכ' דאם הבן תובע מ"ש בפנקס אביו והלה טוען להד"מ כבר נודע מ"ש הרמ"בם דבאומר כך צוה לי אבי אין משבי' אותו וא"עפ שהר"אבד סובר שמשביעי' כבר כ' המ"מ שהרמ"בן הכריע כדברי הרמ"בם ושכ"כ רבי' מאיר ושכן נר'

עיקר וכ"ש בנ"ד שאין זה טוען כך א"ל אבא וכו' אלא ממ"ש בפנקס דנר' דגם הרא"בד מודה בזה וכו' ע"ש וכ"כ הרש"בא בתשו' ח"ב סי' ע"ד דפנקס או א"ל אבא הוו טענת ס' ובסי' פ' משמע דכתוב בפנקס גרע מא"ל בפיו ע"ש וכ"כ הרש"בן בתשו' ח"ב סי' קצ"ו דאפילו צוה בשעת מיתה הוי ס' וכ"ש כתוב בפנקס ע"ש וז"ל הריט"בא בחי' לשבועות ד' מ"ב ע"ב מיהו אף לדברי הרא"בד דוקא שטוען אבא פקדני בשעת פטירתו כדאמרינן אבל באומר כך מצאתי בפנקסו פשיטא דאין זה אלא טענת שמא כמ"ש הרמ"בם ובהא אפי' היסת אין נשבעין ע"ש הרי מבואר דפנקס גרע ואף הרא"בד מודה דהוי טענת ס' ומ"מ גם בטוען א"ל אבא מסכים הריט"בא שם דהוי טענת ס' ושכן דעת הרמ"בן ורבותיו וכן דעת הרש"בש סי' קכ"ז וסי' תמ"ז והרד"בז ח"ב בתשו' סי' תל"ט ע"ש וכן פ' ה' חוקות הדייני' סי' פ' ע"ש והרד"בז בתשו' ח"ג סי' ל' כ' ואע"ג דקי"ל דיורש משביע בטענת שמא ה"מ דטוען כך פקדני אבא או כך מצאתי בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה אע"פ שאין היורש יודע הדבר בבירור משביעין אותו אבל יורש שטוען שמא אתה חייב לאבי מנה או שטען שכך א"ל שמעון פטור משבוע' ע"ש הרי דס"ל דטוען מפי אחר הוי טענת שמא אבל טען פקדני אבא או כך מצאתו בפנקסו של אבא טענת ברי' מקרי ומשביעין עליה ותמהני שלא זכר הרמ"בם דס"ל דגם בטען כך פקדני אבא הוי שמא וכ"ש כתוב בפנקסו ועי' בתשו' מהרח"א בס' ספר בעי חיי שכ' דאפ' דכתב יד הלוה עדיף טפי מפנקס ולכ"ע חשוב טענת ודאי דהא איכא מ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי ע"ש וליתא שהרי מרן בב"ה סי' ס"ט כ' בשם הרש"בץ דבפנקס גובה מהיורשי' ונראה הטעם דכשהוא חייב בכתב ידו שביד המלוה אין בידו לקרוע או למחוק כת"י ואינו חושש דנאמן לומ' פרעתי אבל מ"ש בפנקסו שתחת ידו אם אמת שפרעו היה מוחק וכו' ע"ש אלמא עדיף פנקס מכת"י וכ"כ הרש"בץ בתשו' ח"ב סי' רמ"ג והרש"בש סי' רפ"א ע"ש ואע"ג דלא קי"ל הכי מ"מ לא עדיף כת"י מפנקס והב"ח בסי' צ"א כ' דבטוען מכח פנקס אפשר דמודה הרמ"בם דחשיב טענת בריא ואפי' דליכא רגלים לדבר והביאו הכנ"הג הג"בי אות צ' וכתב דמהרא"ש בסו' פ"ב חולק וס"ל דהרא"בד מודה דהוי טענת ס' ע"ש וכבר כתבתי תשובת הרש"בא והרש"בץ דסביר"ל דבפנקס גרע מא"ל אביו וכ"כ הריט"בא דהרא"בד מודה בפנקס דהוי טענת ספק מיהו א"ל דה"ד בטענת היורש ע"פ פנקס אביו אבל המלוה עצמו על פי פנקסו אפשר דהוי טענת בריא להשביע הלוה וכן חי' הרב קול אליהו סימן כ"ח ע"ש וא"כ אפשר דגם הב"ח לא אמר אלא במלוה עצמו אבל ראיתי להר' בית דוד סי' כ"ו שכ' דוקא בחנוני שמודה ב"ה שצוה לו ליתן חשיב טענת בריא ע"פ פנקסו אבל בעלמא אינו יכול לחייב הנתבע לישבע ע"פ פנקסו

ס"א

יורש שטוען בבריא שאתה חייב לאבי אבל א"י אם פרעת יש להסתפק אם צריך הלה לישבע שכת' הטור ומרן סימן מ' אמר כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או מנה שהלויתי כמדומה לי שלא פרעתני פטור אף משבו' היסת ואפילו לצאת י"ש אינו חייב כיון שהתובע אמר שמא והנתבע לא מודה לו אלא אמר ברי' וכו' וכ' הפרישה ומ"ש והנתבע אינו מודה לו וכו' א"ל הא אפילו טוען ס' גם כן אינו חייב שבו' מאחר שהתובע טוען שמא ואפשר דנקט הכי משום בבא מנה שהלויתיך כמדומה שלא פרעתני דהו"ל קצת טענת בריא ולכן אלו היה טוען הנתבע שמא היה חייב היסת דהוי כאומר הלויתני וא"י אם פרעתיך:

ס"ב כתב הרדב"ז ח"ב סימן תצ"ב דגם הרמב"ם שכתב בפרק א' מהלכ' טוען דאין משביעים על טענת ספק כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאמר מנה הלויתיך וכמדומה לי שלא פרעתני וכו' ה"מ משום דהוה ליה למידע אם פרעו או לא פרעו מ"ה אין משביעי' אותו אבל אם טען אני יודע שאתה חייב לאב' מנה אבל א"י אם פרעת משמע ליה דמודה ה' דמשביעי' אותו ודייקינן לה מדכתב א"ל אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לו אצלך מנה משמע מפני שהוא טוען מפי אחרים אבל אם טען יודע אני שאתה חייב לו וא"י אם פרעת חייב לישבע דאלת"ה לישמועי' הא דעדיפא טפי וכ"ש היכא דטוען מפי אחרים ועוד בעיקר הדין חולק הראב"ד והבו דלא לוסיף עלה וכ"כ המרדכי בהדיא וכו' ע"ש ואין נראה כן דאדרבא אשמועי' דאפילו צוה בפני עדים שיש לו אצלך מנה שלא נפרע אין צריך לישבע ומשמע אפילו באו העדים והעידו שכך צוה והא קיימ"ל דטוען ע"פ עד אחד שמא מחייבו שבו' דאורייתא אבל הכא אפילו העידו העדים שכך צוה אין צריך לישב' דלא הוי טענת בריא אלא כשתבעו בפניו בבית דין וכ"ש אם טען אני יודע שחיי' לו וא"י אם פרע או לא ולא שמע מאביו כלום ונר' קצת ראיה דבפרק שבו' הדיינים מוקי' מתני' דקתני אבל נשבעי' לקטן וכו' בטענת אביו וראב"י היא והא קתני רישא מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא ן' דינר פטור התם דלא אמר בריא לי הכא דאמר בריא לי ע"ש וא"א לימא רישא בטוען אבא א"ל שיש לו אצלך מנה וסיפא באומר אני יודע שאתה חייב לו וא"י אם פרעת לו כיון דבריא בחיובא וס' בפירעון חייב לישבע ודברי המרדכי בפ' שבו' הדיינים וז"ל שאל רבי' שמחה את רבי' ברוך אם יכול התובע להשביע הנתבע בטענה שא"ל הוגד לי בבירור מפי נאמנים אך לא כשרים לי שראו גזילתי בידך בעוד שהייתי מרדף אחריך והלה אומר להד"מ וזהו קצת טענת שמא הואיל ובא להשביע מפי אחרים והא דאמרי' וכו' לא שאמ' שמא היית

מחייב לאבא אלא יודע אני שחייב היית לו אבל א"י שפרעת לו וכו' ע"ש ואפ' דסבירא ליה כרב האיי והראב"ד דה"נ הטוען אבא אמר לי שאתה חייב לו הוי כטענת ברי' אבל טוען מפי אחר הוי טענת ס' כמבוא' בדברי הטור וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ז וז"ל ואי ס"ל כרבנן דגדול ברי' חייב וכולי ומסתמא דגדול דחייב בברי' דקאמ' קמי דידי אוזיף או אודי או פקדני אבא אבל פ' אמר לי בברי' לאו ברי' הוא אלא סהדא הוא וסהדא לא מהימן אלא עד דאתי לב"ד וכולי ע"ש הרי דטוען מפי אחרים לא מקרי ברי' וא"כ אפ' דרבי' שמחה דנסתפק מפי אחר אם יכול להשביעו אפ' דס"ל דטוען מפי אביו שחייב לו הוי כטענת ברי' והא דאמרי' בר"פ האשה שנתארמל' דלא אמר ר"ג נאמנת באומרת משארסתני נאנסתי וכולי אלא בברי' ושמא אבל הכא ברי' וברי' לא אמר וכ' הרא"ש ואלמנה נמי חשיבא טענת היורשי' ברי' כיון דטוענת כל מאי דמצי אבוהון למיטען וכולי עיין שם ה"ד להחזיק אבל להוציא או להשביע אין טועני' ליורשי' כמ"ש הש"ך ועוד דברי הרדב"ז תמוהים שהרי כ' הטור וז"ל אע"ג דגבי נתבע בינו ליורשיו וכולי לענין תובע אין חילוק דכמו שאין נשבעי' על טענת ס' של תובע כך אין נשבעי' על טענת ס' של יורשיו שאם טען אני סובר שיש לאבא מנה בידך ל"ש תובע ללוה עצמו ול"ש תובע ליורשיו אין לו עליהם שבו' כלל וכולי ואם אמר אבא א"ל שאתה חייב לו מנה כ' הרמב"ם שהוא נקרא ס' וכולי והראב"ד וכו' ע"ש אלמא אם טען סובר אני שיש לאבא מנה בידך לכ"ע הוי טענת ס' ואין נשבעי' עליה וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ס"ב אבל אם אמר אבא א"ל הראב"ד ס"ל שהיא טענת ברי' והרמב"ם ס"ל שהיא טענת ס' וא"ץ לישבע וכן דעת רוב הפוסקים וכן כתב הר' עצמו בסימן תל"ט עיין שם ועי' למהרשד"ם בסימן קל"ז ושו"ר למהרש"ח בס' בני שמואל בסימן ק"מ שכ' נר' בין שיש לו ס' בהלואה בין בפירעון דאפי' ידע שאביו הלוה לו אלא שטוען היורש א"י אם פרעת א"ץ לישבע ע"ש והרמב"ם בפ"ג מה' שאלה כתב וז"ל שאל א' ושכר א' ומתה א' מהם המשאיל אומ' שאולה מתה וכו' או שאמר השואל שכורה מתה והמשאיל אומר א"י לא היתה שם ראיה ישבע השומר על השכורה שמתה וכו' וכ' הל"מ משמע שהיא שבוע' היסת ותימא כיון דזה אומ' א"י וזה טוען ברי' על השכורה שמתה אפי' שבוע' היסת א"ץ דהא כ' רבי' בפ"א מה' טוען דאין נשבעי' על טענת שמא אפילו שזה אומ' כמדומה לי שלא פרעתני וכו' ואולי י"ל דשמא דהכא עדיף משום דלא הו"ל למידע וכו' ע"ש א"כ כ"ש בשמא של א"י אם פרעת מיהו ק' דא"כ בא"ל שאתה חייב לו אפילו הספק בהלואה אמאי לא ישבע דהא ס' שאולה או שכורה מתה דמי לס' אם הלויתי כדמוכח בפ' השואל ע"ש בתוס' אבל הש"ך בסי' שמ"ד ס"ק ג' פי' דברי הרמב"ם בע"א ע"ש ובתי"ט שם וראיתי

לה' כנה"ג ח"ב סי' זה שכ' דכל טענת ס' דהו"ל למידע ולא ידע אין נשבעי' עליה אבל כל דלא הו"ל למידע כגון מוכר דלא הו"ל למידע שהרגיש הלוקח במום או לא נשבעי' על טענת ס' ע"ש והם דברי הרדב"ז ח"א סימן קל"ו וכ' שם דדמיא לטענת יורש דמשביעי' על הס' וכן כ' בסימן ס"ט עיין שם ובח"ב סימן שס"ז על איש ואשתו ובנו שבאין בספינה ומתה האשה והבן ולא נודע מי מת תחלה האיש אומר האשה מתה תחלה ויורשי האשה אומרי' הבן מת תחלה ורוצים לזכות בחצי הנדוניא כמנהג כתב וז"ל אפילו הם קרקעות אפ"ה הבעל נאמן ועל יורשי האשה להביא ראיה לפי שהבעל יורש מדינא וכולי ומ"מ חייב לישבע שהאשה מתה תחלה וא"ת הא קי"ל אין נשבעי' על טענת ס' והכא יורשי האשה אין יודעי' המעשה הא ל"ק שכל טענת היורשים שמא אפ"ה נשבעי' עליה ותו כיון שלא היו יורשי האשה עמהם בספינה לא הו"ל למידע ואפי' שהבעל ג"כ א"י נשבע שא"י ונפטר וכו' ע"ש איברא שהרא"ש בפ' ח"ה בעובדא דרבא בר שרשום כתב דכל מה שיכול אביהם לטעון ולהשביע טעני' ליתמי ומשביעי' אפי' בשמא והביאו הטור בסימן ק"ן ע"ש ולדעת הרדב"ז ניחא דדוקא באומר אבא א"ל שאתה חייב לו מנה סובר הרמב"ם דא"ץ לישבע אבל אם אמר אני יודע שאתה חייב לאבא מנה אבל א"י אם פרעת מודה דמשביעי' אותו ניחא דהתם גבי רב"ש שהם יודעי' שהקרקע של אביהם אלא שאין יודעי' אם לקחו דבר מאביהם דומה לא"י אם פרעת ומשביעי' אפילו בשמא אבל אם החיוב ס' אין משביעי' אותו והרמב"ם בפ"ח מה' טוען כ' ראובן שהיה לו כלי העשוי להשאיל ולהשכיר ויש לו עדים שהוא ידוע לו והרי אותו כלי תחת יד שמעון ושמעון טוען אתה מכרתו לי וכולי אינו נאמן אלא ראובן נוטל כליו ונשבע היסת על טענת שמעון ואפילו מת שמעון הרי ראובן נוטל כליו והורו הגאונים שישבע היסת שטועני' ליורשי' ע"כ הרי דהגאוני' ס"ל דטועני' ליורש להשביע לאחר בשמא מיהו כבר כ' המ"מ שם שאין כן דעת רבי' שכ' בפ"ט דמוציאי' מיד היורש בלא שבו' אלא א"כ טען היורש טענת ודאי בפני מכרת לאבא וכולי ע"ש ואפש' דגם הגאונים שהורו שישב' היסת שטוענים ליורש ה"ד התם שהוא בא להוציא הכלי מיד היורשים דאפילו יש עדים שהוא יודע לו מ"מ הרי עכשיו ביד היורשים וטוענ' להם שמא מכרו לאביהם להשביעו אבל לגבי התובע אין חי' בינו ליורשו דאפילו יורש דלא הי"ל לידע אין משביעי' בעענת שמא:

ומצאתי לראב"ן בתשו' סימן ק"י שכ' בראובן שתבע לשמעון ספר של מורישי בידך הוא וא"י למה ושמעון אמר אביך מכרו לי דאם היה מורישו של ראובן קיים וטען שמעון אתה מכרתו לי היה נשבע ונפטר וכ"ש עתה שמת מורישו של ראובן וראובן בא מכחו דא"ל אילו קיים היה מודה שמכרו לי דודאי נפטר שמעון בשבוע' עש"ב הרי דס"ל דצריך

הנתבע לישבע ואפ' דה"ט משו' שהיורש יודע שהספר של אביו אלא שא"י אם לקחו שמעון ממנו דומיא דעובדא דרב"ש שסובר הרא"ש שנשבע אפי' בשמא מה"ט כמ"ש אבל מדברי ריב"ש בתשו' השייכי לס' משפטים סימן ל"ב משמע דס"ל א"ץ ע"ש ושו"ר להר' גד"ת בשער מ"ט סימן ז' שכ' כדברי מהרש"ח דמשמע בין טוען שמא על עיקר ההלואה בין בפירעון ונדחק לת' דה"ד כשהיורש הוא עצמו טוען בעי' טענת ברי' אבל כל שהב"ד טוענים עליהם מה שהיה יכול אביהם לטעון משביעי' אפילו בשמא ע"ש ולא מסתבר לח' דמ"ל טענת היורשי' או טענת ב"ד כיון דטענת ס' היא וה' שמחת יו"ט סי' ל' כ' דנר' מדברי מהרא"ש סי' ק"ל דאפילו טענה רחוקה מן הדעת טועני' ליורשים אם טענו היורשים עצמם כן אבל הב"ד אין טועני' להם וכן הבין המח"א בה' גביית חוב בסימן ה' ע"ש וכבר הוכחתי בסי' ק"ח דאין ח"י בין טענת היורשי' לטענת ב"ד וכ"כ הכנה"ג בסימן ל"ב ע"ש א"כ איפכא מסתברא דטענת היורשים עצמם עדיפ' מטענת ב"ד אלא דאין חי' בין טענת היורשים לטענת ב"ד כיון דטענת ס' היא וה"נ אם משביעי' על טענת ב"ד כ"ש בטענת היורשי': ס"ג דין כ"ג משביעו ש"ד וכו' כן דעת הרי"ף והרמב"ם וכן הסכים הרא"ש והר"ן והריטב"א בפ' ש"ה וכן פסק הרדב"ז בתשו' ח"א סימן ק"ס עיין שם וכ"כ בתשו' ח"ב סימן ל' שכן הוכיח בתשו' דחייב שבו' להכחיש העד ושם בסימן ר"ה כתב דרוב הפוסקים אשר אנו סומכים עליהם סביר"ל דמשביעי' אותו שבו' דאורייי' ועיקר הטעם מדתניא כ"מ שב' מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבו' וכי היכי דב' מחייבים אותו ממון אפי' שזה טוען שמא ע"א מחייבי שבו' וכו' ע"ש ונראה דאין העד מחייבו ש"ד אלא כשבא והעיד בפני ב"ד והוא מכחיש וכן בתשו' בשמים ראש סימן רס"ו עיי"ש וכן נראה מדברי הרשב"ץ בספר יבין שמועה כמ"ש בסימן קפ"ג עיין שם והריטב"א בחי' לקי' דף כ"ז כתב שכן דעת הרא"ה ע"ש ודלא כהר"י הלוי ורבי' אפרים דסביר"ל דאין עד אחד מחייבו ש"ד בטענת שמא והרב דברי אמת בקו' ה' דף ל"ג כתב ונ"ל ראיה לדבריהם לקוחה מתוס' דכתובו' ד' י"ב ע"ב ד"ה ר"ה וכו' שהקשו דאביי סביר"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דבריא ושמא בריא עדיף והוא סביר"ל בנסכא דר"א דמחוייב שבועה ואיל"מ ותי' וז"ל דאפילו למ"ד חייב איכא למדרש שבו' ה' תהיה בין ב' ולא בין היורשים דב' לא ידעי אלא שעד א' מעיד שא' חייב לחבירו מנה דבאבוה משאיכל"מ עכ"ל ולאו ראיה היא שהרי כתבו התוספ' בבתרא דף ל"ד בד"ה הוי וכו' וז"ל וא"ת ונ"א היכי מ"ל בפ' כ"ה מדכתיב שבועת ה' וכו' התם ודאי משלם דליכא מגו אבל הכא דאיכא מגו מנ"ל דמשלם ונראה לר"י דר"א לא הוי טעמיה מקרא אלא מסברא בעלמא וכו' והא דקאמר התם רב ושמואל האי שבו' ה' וכו' מאי דרשי

ביה ה"ק כיון דבא"ב בכה"ג פטור אמאי איצטריך קרא לפטור היורשים וכו' עכ"ל וכן כתב הריטב"א בחי' בפרק כל הנשבעי' דפלוגתא דרו"ש ור"א בההיא דהיו ב' חשודים תלוי בזה אם משאיכל"מ סברא בעלמא או ילפי' מקרא דשבו' ה' עיי"ש ואם כן א"ל דאביי נמי ס"ל כר"א בנסכא מסברא בעלמא דאמרי' משאיכל"מ אלא דשבו' ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשי' לא מוקי לה בן' ידענא ון' לא ידענא דליכא שבו' דאפי' הוא אומר א"י בכל חייב אלא דריש ליה כרו"ש ומכל מקום התוס' סביר"ל דאפילו טענת ספ' ע"פ עד אחד חייב ש"ד וכן כתבו בכתובות דח"י ובמציעא ד' ג' בד"ה מפני וכו' וז"ל וא"ת ומנ"ל בכופ' הכל פטו' ול"ל מדאצטרי' קרא לחייב שבו' בעד אחד מכלל דכופר הכל פטו' דהא איצטרי' להיכא שהוא א"י והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו ע"ש אלמא אפילו אינו מסופק אלא ע"פ העד מחייבו שבו' וכ"ש כשהוא מסופק והעד מסייעו וכן מוכח בהדיא מדברי הרי"ף והרמב"ם בפרק כ"ד מהל' אישות הביאו הטור בא"ה סימן קט"ו כתב וז"ל מי שראה אשתו או שאמרו לו א' מקרובותיה או א' מקרוביו וכו' ואם הודית לו שזינתה תצא בלא כתובה לפיכך משביעה בנק"ח שלא זינתה תחתיו אם ראה אותו בעצמו ואחר כך תגבה כתובתה אבל בדברי אחר אינו יכול להשביעו וכו' וכתב מרן הכ"מ ובב"י דר"ל דדוקא אם ראה אותה בעצמו אבל אם לא ראה אותה בעצמו אפילו הוא טוען על פי עד אחד אינו משביעה והא דתנן בפרק הכותב עד אחד מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבו' התם כשהבעל טוען בריא עיי"ש והרב חלקת מחוקק ת"מ דאפילו ש"ד דעת גדולי הפוסקים שמשביעי' ע"פ העד מכ"ש שבועת המשנה ע"ש ונראה דסביר"ל דבשבו' דאורייתא נשבע על פי העד אחד אפי' טוען שמא אבל בשבו' זו שהיא שבו' דרבנן כדי להפיס דעת הב"ה כדאמרינן בפרק הכותב סביר"ל דדוקא כשהוא טוען בריא תקנו שבועה להפיס דעתו של בע"ה אבל כשהוא שמא אף על פי שע"א או' שהוא פרוע השטר בחזקתו דל"ש להפיס דעתו וה' ב"ש כתב דהרמב"ם סביר"ל בעלמא דאין יכול להשביע את הנתבע ע"פ העד עיי"ש וכבר מהראנ"ח בח"ב סי' ל"ג כתב שדעת הרמב"ם כהרי"ף וכן כתב הרב דברי אמת שם וזהו שכתב בפ' ב' מה' טוען היה החשוד שומ' וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול לישבע וליטול שהרי אינו טוענו בודאי שאכלו וכו' דסביר"ל דטוען ס' ע"פ העד מחייב שבוע' ואם כן בשבועות דל"ב דקאמר הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה וכו' אמאי לא אוקמא בחשוד לוה ולא מלוה וטוען שמא על פי העד דל"ל מי יימר דמשתבעת אלא ודאי דבטוען שמא אין החשוד משלם והר"ן בחי' שם במתנית' דאין נשבעי' על טענת חשו' וכו' כתב וז"ל כת' הר"י הלוי דכי ממעטינן לקטן דוקא משבו' הבאה מחמת טענה כגון מודה במקצת וכן

משבו' ע"א לפי דברי ה' שהיא צריכא טענת בריא וכמ"ש למעלה אבל וכו' עכ"ל וכן כתב הריטב"א בחי' שם דמ"ב בשמו וכן הוא בחי' מהר"י ן' מיגש עיין שם והרמב"ם בפ"ה מה' טוען ומרן סי' צ"ו כת' אין נשבעי' ע"פ ע"א ואין שם תובע שתביע' הקטן אינה תביע' גמורה וכו' משמע דטענת הקטן כטענת שמא ולכך בעד אחד אין נשבעי' על טענתו וכן דעת הרשב"א בחי' לקי' ד' כ"ז דאין ע"א מחייבו שבו' בטענת שמא ע"ש וכן כתב המ"מ בפרק ג' מה' טוען בשמו ע"ש ועיין בס' ארעא דישראל מערכת ע' סי' שתמ' על המ"מ מדברי הרשב"א בחי' לשבועות מיהו קצת ק' על הטור דבסימן זה משמע דסביר"ל דטוען שמא ע"פ העד מחייב שבועה כמסקנת אביו הרא"ש ובסימן צ"ב הביא דברי הר' ישעיה והרמ"א דשומר חשוד חייב לשלם ומשמע ק' דהכי סביר"ל וא"כ ק' לדידהו ההיא דפרק שבו' העדו' דלא מוקי לה בטוען שמא ע"פ העד דהיה החשוד משלם בלא שבו המלוה: ס"ד כתב הרדב"ז בתשו' ח"א סי' ר"ו בראובן ששלח אצל שמעון פקדון ע"י לוי והלך לוי ואמ' לשמעון שהם שלו והלוהו עליהם סך ובא ראו' ותבע הפקדון וכו' וז"ל ואפילו טען שזה השליח חזר אליו ואמר עשיתי שליחותיך אינה טענה ודאית דדילמא כיחש בו לוי ולא עדיף ממי שאמר א"ל אבא שאתה חייב לו כך וכך שאין זו טענה ודאית וכן כתב הרמב"ם וכו' הילכך כל שטוען על פי אחרים הויא טענת ס' וכו' עיי"ש ונראה דטוען מפי אחר לכ"ע טענת ספק מיקרי כמבוא' בדברי הטו' דרבי' האיי והראב"ד ס"ל דטוען אבא א"ל דאתה חייב לו הוי כטענת בריא אבל טוען מפי אחר הוי טענת ס' ע"ש וגבי שליח נמי כתב בתשו' המיי' השוי' לספ' קנין סימן כ"ג בשם הר"א דלענין ממון לא אמרי' חזקת שליח עושה שליחותו ע"ש ונראה דלגבי ממון לא אמרי' חזקה זו להוציא משום דקיימא לן כשמואל בר"פ המוכר פירות דאין הולכים בממון אחר הרוב כמבואר בסי' רל"ב וכ"ש חזקה וכה"ג כ' הרמב"ן במלחמו' בפ' האשה שנתארמ' גבי הא דאמרי אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו וכו' וז"ל ואע"ג דאיכא לאוקמא אחזקה חזקה דממונא עדיפא א"נ שקולים נינהו לא עבדינן עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מאריה ואיך תעלה על דעת דמשום חזקה בעלמא מפקי' ממונא והלא אף בתר רובא לא אזלי' בממון וכ"ש בתר חזקה והכי מוכח בפ' המוכר פירות וכו' וכן כ' בס' הזכות בסימן ס"ב ע"ש וכן כתב הב"ח ברס"י קכ"ב על הטו' שכתב שיש לו לחוש שמא בטל המלוה השליחות וכו' וז"ל וא"ל דבפרק כל הגט תנן המביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים אלמא לא חיישינן שמא בטל את השליחות וכדפרש"י הטעם דמדאורייתא נפ"ל בהכל שוחטים דהעמיד דבר על חזקתו וי"ל דדוקא לגבי איסור' אזלינן בתר חזקה או רובא אבל אין הולכים בממון אחר הרוב כדאיתא בפרק המוכר פירות וה"ה אחר החזקה וכו'

עי"ש אלמא אפילו חזקה גמורה דמדאורייתא העמיד דבר על חזקתו בממון לא אזלי' בתר רובא וכבר כתבתי דברי הרמב"ן דכ"ש הוא דרובא עדיף מחזקה וכן קיימא לן כת"ק דברייתא דשור שהיה רועה וכו' דאין הולכים אחר החזקה כמבואר בסימן ק"ח עיין שם וכל שכן חזקה זו דאיכא מאן דאמר דלא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו בדאורייתא דודאי בממון לא אזלינן בתרא להוציא ממון ומהרבי"א בתשו' סימן כ"ט הביא תשו' מהר"ם דסביר"ל דאמרי' חזקת שליח ע"ש מיהו ה"ד לחומרא ולא לקולא ולא יכול להוציא ממון בחזקה זו עיין שם והרב קהלת יעקב דף קצ"ה עמוד ב' תמה עליו שלא זכר תשובות המיי' שכתב דלענין ממון לא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו עיין שם באורך ולק"מ דנראה דהא דלא אמרינן חזקה זו בממון ה"ט כמו שכתבו התוספות בפי' בכ"מ דר"ש לית ליה חזקת שליח ע"ש אלא במקו' שאם לא יעשה שליחותו יבא המשלח לידי עבירה אם יסמוך עליו ולכך בפ' התקבל גבי גט לא אמרינן חזקה זו אלא גבי קידו' לחומרא ולא לקולא ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשובו' הארוכות סימן ת"ף עיין שם ואם כן לא אמרינן חזקת שליח ע"ש אלא באיסור שלא יבא המשלח לידי עבירה אבל בממון דל"ש ה"ט לא אמרינן הכי לקולא להוציא ממון וכן מצאתי למהר"ם בתשו' הקצרות סימן כ"ו שכתב וז"ל וששאלת על ראו' ששלח פקדון לשמ' ביד לוי והלך לוי למ"ה אי אמרי' חזקת שליח ע"ש ויכול ראובן לטעון על שמעון טענת ודאי להשביעו או לא נראה דאינו יכול להשביעו כי טענ' שמא היא דלא אמרינן חזקת שליח ע"ש אלא באיסו' שלא יהא המשלח חוטא כי הוא סומך עליו אבל בממון לא תדע וכו' ע"ש הרי דמהר"ם סביר"ל דלא אמרינן חזק' שליח ע"ש בממון משו' דל"ש אלא באיסור שלא יהא המשלח חוטא שהוא סומך עליו וכ"כ בתשו' המיי' לס' משפטים סימן מ"ד וז"ל כתב הר"ם בתשובו' דשליש שבעל דבר חלוק עליו אע"ג דאין שלישות בידו עכשיו נאמן אמאי דעבד בעוד שלישות בידו וכו' דחזקת שליח ע"ש כדאמרינן בפ' התקבל וכו' ה"מ לחומרא אבל לקולא לא וכיון דלחומרא אמרי' חזקת שליח ע"ש נוקי' ממונא אחזקתיה ולא נפיק לא משליח ולא מבע"ד השני אשר החזיר לו השליש ערבונו דאין להוציא וכו' דאפוקי ממונא קולא הוא וכו' עכ"ל ונראה משום דלא אמרינן חזקת שליח ע"ש אלא לחומר' ולא לקולא כדאיתא בפ' התקבל וכמ"ש הריב"ש סי' פ"ב ע"ש ומש"ה דוקא להוציא ממון אמרינן הכי וכ"כ הריב"ש סימן שצ"ב וז"ל שהרי חזקת שליח ע"ש וכו' וכמה גדול' חזקה זו שבעבורה אנו אוסרים בכל הנשים וכו' וכ"ש הכא דאיכא חזקה דממונא דמסייע לה ואף ע"ג דאמרי' עלה התם דלחומרא אמרינן דלקולא לא אמרי' הכא לאוקומי ממונא בחזקת מאריה וביד מי שהוא תופס בהו חומרא הוא וכו' ע"ש הרי בהדיא דלאוקימי ממונא אמרי' חזקה זו

ובעה"ת שער ן' ח"ג סימן ו' כתב גבי שליח דלא חיישינן שמא המשלח חזר בו ובטל השליחות דמסתמא אמרי' כי היכי דחזקת שליח ע"ש ה"נ אמרינן חזקת בע"ה מעמידו בשליחותו וכ"כ בעל העיטור והטור בסי' קכ"ב הביא דברי בעל העיטור אבל הראב"ד והרא"ש חולקים עליו עיין שם וכתב מהרשד"ם סימן קכ"ב אפשר דבעל העיטור דוקא התם שבא המלוה להוציא מיד הלוה מהניא חזקה זו להחזיק אבל להוציא לא והביאו ה' כנה"ג שם ע"ש ותשו' מהר"ם שהביא מהרב"א סיעתיה דסביר"ל דאמרינן חזקת שליח ע"ש בממון לחומרא ולא לקולא ואין להוציא ממון בחזקה זו ואם כן גם בעל העיטור ובעה"ת דנראה דסביר"ל דאמרינן חזקת שליח ע"ש בממון ומינה ילפי' דה"נ אמרינן חזקת בעל הבי' עמד בשליחותו ה"ד להחזיק אבל אין להוציא ממון בחזקה זו:

ומה שהק' הר' קהלת יעקב על הר"א דאם פוסק כר"ש דס"ל חזקת שליח ע"ש משום דקי"ל כר"ן בדיני וכר"ש באיסורי א"כ ממיל' שמעי' דלענין ממון הכי דבאיסורי אמרו דהילכת' כוותי' לא בדיני ומאי קמ"ל ע"ש נר"ל דלק"מ דר"ן ור"ש פליגי לענין איסו' וכיון דקי"ל כר"ש באיסורי ממילא לגבי ממון נמי קי"ל הכי כמ"ש התוס' והרא"ש גבי הנותן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעל רשות בה דהלכה כרב לגבי שמואל אע"ג דקי"ל כשמואל בדיני משום דלענין איסור איתשיל וקי"ל כרב באיסורי וגם הר"ן בפ"ב דנדרים שכ' וכ' הר"ש הנגיד בשם ר"מ דהלכה כשמואל דאע"ג דפליגי הכא לענין איסור כיון דעיקר פלוגתי' בדינא תלי אי אמרי' דיד אשה כיד בעלה או לא נקטי' כשמואל דהלכה כוותי' בדיני ע"ש אפ' דכי פליגי באיסור דלא תלי בדינא הלכה כרב אע"ג דנ"מ לענין ממון וז"ל הרא"ש בפ' שור שנגח ד' וה' ויש מהגדולים שאומרים דכיון דלא נחלקו בנגיחו' אלא שהספר מדקדק מחלוקת זו מתוך אותו מחלוקת שנחלקו בוסתות ובעיקר פלוגתיהו הלכה כרב ה"נ הלכה כרב וכן דעתי נוטה דמאיזה טעם עשו חכמי הגמ' לפסו' הלכה כשמואל בדיני וכרב באיסורי בכ"מ לפי שידעו וכולי וכן רב היה רגיל לדקדק בהוראת איסור והתיר לכך סמכו על הוראותיו לענין איסור והתר וכיון שנחלקו בוסתו' ונגיחות ווסתו' טעם א' להם ע"כ סמכו אדרב בתרווייהו וכולי ע"ש וא"כ במתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה אע"ג דאיסור דתלוי בדינא הוא כיון שנחלקו בענין איסור קי"ל כרב מה"ט כל שהוא מדקדק בהוראת איסור והתר והאיסור והממון טעם אחד להם וה"נ דעיקר פלוגתא דר"ן ור"ש באיסו' וקי"ל כר"ש בתרוייהו לכך אשמעי' הר"א דלא אמרי' חזקת שליח ע"ש אלא באיסו' שלא יהא המשלח חוטא שהוא סומך עליו אבל בממון ל"ש ה"ט:

מיהו מהר"ם בתשו' הקצרו' שם הביא ראיה מדאמרי' בס"פ הא"מ האומ' לב' וכולי וכן בד"מ וכולי קסבר המלוה את חבירו בעדים א"ץ לפורעו בעדים ומגו דיכולים לומר אהדרי' ללוה יכולים לומר פרענו למלוה דמהמני מטעם מגו אבל חזקת שליח ע"ש לא וכולי ובסימן כ"ח כ' וז"ל ואתה באת לדחות דלא מהמני' להו להפסידו ממון למלוה אבל להשביעו נאמני' ואפי' ע"א הא ליתא וממקו' שבאת דמסיק והשתא דתקון שבוע' היסת וכולי אבל קודם שתקנו שבוע' היסת הן הן שלוחיו הן הן עידיו ונאמני' בלא שבוע' ודוקא כשהם מעדים שפרעו למלוה אבל אי ליתנהו קמן לא סמכי' אחזקת שליח ע"ש וכולי ע"ש וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן הב"י בסימן קכ"א דאם מת השליח או הלך למ"ה ובא ב"ח לתבוע את הלוה אינו יכול להשביעו שלא פרעו השליח כיון שאינו טוע' עליו בודאי ע"ש אלמא אפילו להחזיק ממון ביד הלוה לא אמרי' חזקת שליח ע"ש וגובה המלוה בלא שבוע' ונר' דהתם כיון דברי' בחיובא וס' בחזרה חשיב המלוה כמוחזק וכ"כ ה' פמ"א ח"ב סי' פ' בשם הר"ח חיון דבס' דינא המלוה מקרי מוחזק והלוה מוציא וראיה ממלוה שהוציא שטר על הלוה והלוה הוציא שובר דאמרי' יד בעל השובר על העליונה ויד בעל השטר על התחתונה וחייב הוא דבשיש ס' על החיוב הלוה הוא מוחזק והמלוה הוא מוציא אבל כשהמלוה הוציא שטר מקויים והלוה מודה בו אלא שטוען פרעתיך ומוציא שובר על הלוה להביא ראיה שפרעו ולקיים שוברו ע"ש ודבריהם תמו' דאדרבא יד בעל השובר על העליונה כיון שהוא מוחזק כמו שפ' מור"ם בסי' מ"ב ס"ח וכן פ' מרן בסי' מ"ג ס"כז דאם היה כתוב בשובר שמחל לו כל תביעות שיש לו עליו עד עכשיו הוי ס' ומספק לא מפקי' ממונא ע"ש מוכח דהלוה מקרי מוחזק והמלוה מוציא ונר' דה"ד התם דהס' הוא בחיוב מהרש"ג בס' משפטי' ישרים סימן ל"א גבי קבלת עדות להביא עדים שלא יתחייב שבוע' אבל אם בא הנתבע לפטור עצמו משט"ח שיש עליו דבלא עדים היה הנתבע חייב לחבירו ממון אין מקבלין העדות שלא בפני בעל השטר משום דבא לפטור עצמו ולחייב חבירו דבהא אמרי' שטר העומד ליגבות כגבוי דמי דבעל השטר מוחזק והלוה בא להוציא ממנו והוי כמו תובע שאין מקבלין עדות אלא בפני הנתבע עיין שם וה"נ לא אמרי' חזקת שליח ע"ש לפטור הלוה ולחייב המלוה וכן ראיתי לה' כנה"ג בתשו' סי' נ"ח דמ"ט שכ' הטעם דבאומ' א"י אם הלויתני כיון שאינו מודה על ההלואה חשי' המלוה ה"ז מוחזק בשלו ולא מהני הטענת ברי' החזקה אבל באומר הלויתני וא"י אם פרעתיך כיון שהוא מודה על ההלואה חשיב המלוה כבמוחזק וכאלו בא זה להוציא ממנו בטענת שמא וברי' ושמא ברי' עדיף ע"ש וכה"ג כ' הרשב"א בחי' לגיטין דע"ח וז"ל הק' הר"א א"כ הא דקתני נמי לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו

היינו נמי בב' כתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבא הול"ל אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותי' דהכא לתרויהו אית להו חזקה למלוה א"ל אוקי אחזקתי' שהיה מחוי' לו הלוה קודם שנולד הס' וללוה איכא חזקה דא"ל אוקי ממונא בחזקת מרי' הילכך יחלוקו וא"ת אדרבא הו"ל כהלויתני וא"י אם פרעתיך או לאו דקי"ל דחיי' י"ל שאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל וכו' ע"ש הרי דבהלויתני וא"י אם פרעתי' כיון דליכא רגלים לדבר שפרעו א"ל למלוה אוקי אחזקתיה שהיה מחויי' לו הלוה וא"כ נר' דחזקת שליח ע"ש לא חשיב כרגלים לדבר ולא אמרי' חזקה זו להוציא מחזקת המלוה שהיה מחויי' לו הלוה ומה"ט אפי' הטוען מפי אחר כשיש רגלים לדבר חשיב כטענת ברי' לגבי שבוע' כמ"ש הש"ך עיין שם מ"מ חזקת שליח ע"ש לא חשיבא כרגלים לדבר ולכך אם השליח מת או הלך למ"ה אין הלוה יכול להשביעו למלוה שלא פרעו השליח ואם כן לכ"ע לא אמרינן חזקת שליח ע"ש בממון דל"מ למאי דקיימא לן כר"ן דלא אזלי' בתר חזקה זו בשל תורה לקולא אלא אפילו לר"ש ה"ד באיסור מטעם שלא יבא המשלח לידי עבירה שהוא סומך עליו אבל בממון דל"ש ה"ט לא ואפי' לגבי שבו' לא חשיב' כטענת בריא כדמוכח מההיא דסימן קכ"א וכמ"ש ועיין במהרימ"ט סימן פ"ה שכתב דמלוה שבא בטענת המורשה מקרי בריא לפי שהמורשה בעל דבר הוא דמקבל חייב לפרוע וכו': וראיתי להרב מח"א בה' שלוחין סימן כ"א שכתב דאם הבטיחו אפשר דגם ר"ן מודה דסומך עליו שעש' דשארית ישראל לא יעשו עולה כדאמ' בפסקי' ד' צ"א בחבוש בבית האסורים של ישראל, שוחטים עליו מ"ט דשארית ישראל וכו' וכן בפ' הזהב אמר ליתן מתנ' מועטת לחבירו אסור לחזור בו דשארית ישראל וכו' ומהאי טעמא יכול לעשות ן' לוי תרומת מעשר על מ"א דס"ד על מה שהבטיחו אלמא אפילו בדאורייתא סומך על מה שהבטיחו חבירו מיהו יש לח' דלא סמכי' אטעמא דשארי' ישראל וכו' אלא בדבר שאינו יכול לעשות ע"י אחר כי התם אבל בשליחות דיכול לעשות ע"י אחר או על ידי עצמו אין השליח ע"ש עש"ב ואנ"כ דבפ' בכ"מ מוכי' ר"ש דאמרינן חזקת שליח ע"ש אפילו בדאורייתא מדתנן משקרב העומר וכו' הרחוקי' מוקרי' מחצות היום וכולי וכן מדתניא האשה שיש עליה לידה מביאה מעות ונותנת בשופ' וטובלת ואוכלת בקדשים לערב מ"ט לאו, משום דאמרי' חזקת שליח ע"ש וכן וכו' ע"ש וא"א אימא דא"א בשליח אח' אלא בכהני' אבל בשליחות דיכול לעשות ע"י אחר או ע"י עצמו לא אמרינן חזקה זו בדאורייתא ומכל מקום נראה דגבי ממון אפילו הבטיחו לעשות לא אמרינן שארית ישראל וכו' שהרי מהר"ם סביר"ל דאפילו לר"ש דאמרינן חזקת שליח ע"ש אפילו בדאורייתא ה"ד באיסו' דאם לא יעשה שליחותו יבא המשלח לידי עבירה אם יסמוך

עליו וא"כ א"ל דה"נ בהבטיחו דלכ"ע אמרי' שארית ישראל וכו' אפילו בדאורייתא ה"ד באיסו' דעושה שליחותו שמא יבא המשלח לידי עבירה אבל בממון לא ובזה ניחא מה שהק' הרב מח"א שם מדאמרי' בפ' הא"מ דההוא דאמר לקריביה וכו' דרבא לא סבר ה"ט דשארי' ישראל וכו' ע"ש דהתם (עכ"מ):

ס"ה הגה אבל אם אין העד בפנינו וכו' וה"ה שני עדים שא"ל כך צריך להביאם ואם לא הביאם לא הוי טענת בריא מהריק"ש ועיין במהרח"ש ח"א סימן ף':

ס"ו דין כ"ה עד שתבטל כל עדים וכו' כ' הרשב"ץ בתשובו' ח"ב סימן ב' וגם י"ל שאין הרמב"ם חולק על רבו מהר"י ן' מיגש שדין הרמב"ם הוא באומר שטר זה פרוע דאפ' שכן הוא האמת דשט' לפירעון עומד משו"ה מחייבי' אותו לבטל שטרו אבל לבטל ראיותיו שהם אמת אין שומעים לו ע"ש ולפ"ז נר' דאם טען להד"מ שהשטר אמנה או כת' ללוות ולא לוה דאין עומד לכך אין מחייבים הלה לבטל שטרו והרדב"ז בתשו' ח"א סימן ק"ן כתב וז"ל ואע"פ שכתבו הגאוני' והרמב"ם במי שתבע לחבירו מלוה שהיתה בשטר אלא שטען שאב' שטרו והלה טוען פרעתי שהוא נפטר בשבועה שאם אמר הנתבע שימחו' לו שאומרים לתובע לו שא"ה שאין השט' היוצא למחר הכחשה לשבועתו שפרע וכו' ע"ש:

סימן עו

דין ב' היו ב' תובעים אותו וכו' נר' דה"ה אם הא' תובע והלה א"י ממי לוה דחייב ליתן לתובע ול"ד לאומר הלויתיך והלה אומר א"י אם הלויתני דפטו' דהתם מסופק שלא לוה כלל אבל הכא דודאי לוה אלא שלא ידע ממי ובא א' ואמר הלויתיך חייב ליתן לו כדתנן בפרק האומר קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי' אם רצו א' נותן גט וא' כונס ואע"ג דאמר רב התם נאמן ליתן גט ולא לכנוס ופרכינן מסיפא דזה אומר אני קדשתיה וזה אומר אני קדשתיה רצו א' נותן גט וא' כונס ומשני דש"ה דכיון דליכא אחר בהדיה מירתת שמא יכיר האב שחבירו קדשה ולא הוא קדשה ע"ש וה"נ היו ב' תובעי' עדיף מא' תובע מכל מקום הא קיימא לן כר' אסי דגם בא' תובע דנאמן אפי' לכנוס משום דלא חציף לו' שהוא קדשה דמירתת שמא מכחישו האב ויאמר ידענא דלאו את יהבת לי קידושין והכא נמי לא חציף דמירתת שמא הלוה מכחישו איברא דבירושלמי שם הביאו הרשב"א והמ"מ בפרק ט' מהלכות אישות אלא אין למידים ממנו לדבר אחר א' משדותי מכרתי וא"י למי מכרתי בא א' ואמר אני לקחתיה אינו נאמן עיין שם ולכאורה נראה דהכא נמי באומר לויתי ואיני יודע ממי לויתי ובא אחד ואמר אני הלויתיך אינו נאמן ודוקא בב' תובעים אותו חייב משום דכיון דאיכא אחר בהדיה מירתת וה"נ במכר שדה אם היו ב' תובעים

אותו והוא אומר מכרתי לאחד מכם וא"י איזה מכם חייב אבל ראיתי למהרימ"ט בחי' להרי"ף בקי' שכתב וז"ל וא"ת מ"ש מהא דאמרינן בהמפקיד שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים וכו' וי"ל דהתם בפקדון הוה ליה למידק מעיקרא וכיון דלא דק פשע דכל דלא ידעינן פשיעותא וכו' אבל הכא מוכר לא רמי עליה למידק למי הוא מוכר א"נ התם מודה הוא שהפקי' אצלו אלא שאינו יודע אם מנה אם מאתים וכו' ע"ש וליתא דהא אמרינן באחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה וכ' הפוסקים וכן היו שנים תובעים אותו והוא אומר לויתי מנה לא' מכם ואינו יודע מאיזה מכם צריך ליתן לכל אחד מנה אלמא אפילו יודע אם לוה כלל חייב אלא נר' דבפקדון הוה ליה למידק וכיון דלא דק דפשע וה"נ במלוה אבל אם מכר לא רמי עליה למידק למי מוכר ואם כן משמע דאין חי' בין תבעו ב' לתבעו אחד מיהו יש להסתפק קצת דא"ל דדוקא בתבעו שני' דכיון דאיכא אחר בהדיה דמירתת חייב אבל תבעו אחד לא ובמוכר שדהו דוקא בבא א' ואמר אני לקחתיה הוא דאינו נאמן:

סימן עז

א' דין א' שנים שלוו וכו' כ"כ מה"רם בתשו' הקצרות סי' קמ"ו וז"ל גרסי' בירושלמי דשבועות ב' שלוו וכו' ותניא בתוס' ה' שלוו בשטר א' כל מי שיש לו קרקע כותב פרוזבול וכו' רשב"ג אומר אפי' לא' ומשמע שיש מחלוקת בתוס' ממ"ש בירושלמי וכו' עכ"ל הר"י מקורביל ונ"ל דרשב"ג קאי כירושל' וכדגרסי' בפ' השולח לו אין קרקע ולערב יש קרקע כותבים עליו פרוזבול ובתשו' רב אלפס מצאתי ב' שלוו מן הא' בשטר והעני א' מהם מי שנמצא בידו פורע הכל כדגרסי' בירושל' וכו' עכ"ל ונר' דס"ל דקי"ל כהירושלמי ודוקא אם אין לחבירו לפרוע דדינו כערב ורשב"ג הכי סובר דאפי' א' שיש לו קרקע כותבים פרוזבול מה"ט דהוי כערב אבל הר"י מקורביל נר' דס"ל דקי"ל כחכמים וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ד על הירושל' ואני אומר שדבר זה מחלוקת חכמים ורשב"ג דתניא בתוס' וכו' וכ' הב"ח דס"ל דהלכה כחכמים דאינן ערבנים זב"ז דכ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו ולא בברייתא ע"ש אבל מהר"ם ס"ל דקיי"ל כרש"בג מכח הירושלמי וכן דעת הרי"ף בתשו' והיא נדפס בסי' קנ"ד ע"ש וכ"כ הר"אש בפ' השולח ע"ש:

ב' הג"ה בין בשטר בין בע"פ דעת הרש"בא והרא"ם בתשו' דוקא מלוה בשטר ולא מלוה ע"פ וכן הסכים ה' גד"ת והש"ך ע"ש ועי' בס' פמ"א סי' קי"א וכ"כ הרד"בז בתשו' ח"ב סי' קצ"ד דדוקא שלוו בשטר א' נעשו ערבאים ז"לז אבל לא כתב עליהם שטר לא נעשו ערבאים ז"לז וכן משמע מדברי הרמ"בם בפ"ד מה,' שלוחין ושותפין וז"ל היה עליהם

חוב לא' אם אינן אחראי' ז"לז חולקין ולשיגיע זמן הפירעון יתן כל א' חלקו וכו' וא"א בלא"ה יכול לעכב כל א' מהם לחלוק כיון דכל א' חייב לשלם כל השטר אלא ודאי דמסתמא לא נעשו אחראין ע"ש ונר' דמוקי דברי הרמב"ם דמלוה שלא כ' עליהם שטר א' ולא ראה מ"ש מהרי"קו שרש ק"ך דמ"ש רבינו אם אין אחראין ז"לז צ"ל כגון שפי' בהדיא דאינן אחראין ז"לז ולא יתחייב הא' בחלק חבירו והביאו מרן הכ"מ ובב"י סי' קע"ו ופ' בש"ע שם ס"ך היה עליהם חוב אם לא פי' שאינן אחראין וכו' ע"ש והרש"בא כ' הטעם דמלוה בשטר נעשו ערבאים ז"לז משום דאל"כ למ"ל בשטר א' ולא כתבו כל א' שטר בפ"ע וא"כ נר' דה"נ כת"י דינו כשטר בזה דה"ט שייך נמי בכת"י וכן כ' ה' נחפה בכסף ד' צ"ה ע"ד ע"ש אבל הרא"ם בתשו' סי' פ"ה כ' וז"ל אבל כשהמלוה ע"פ אע"פ שהוא בעדים מתוך שיכול לומר פרעתי שהמלוה חבירו בעדים א"ק לפורעו בעדים יכול לומר תנאי היה בינינו שיפ' כל א' חצי המלוה ויפטור וכו' הילכך אם שמעון טוען איזה טענה שהוא לפטר על ידו מערבנות הרי הוא נאמן ויפטר ואם לאו הרי הוא ערב וכו' ע"ש ולכאו' נר' דכת"י שאין בו נאמנות דינו כמלוה ע"פ שאם יש לו טענה נאמן במגו דיכול לומר פרעתי מיהו א"ל כיון שהכת"י עליהם יחד הוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דהם ערבים דאל"כ למ"ל בכת"י א' וכ"כ הכנה"ג בהג"בי אות ד' דלדבריו אם מת א' מהם טוענין ליורשיו שמא אביו היה טוען טענה שהוא נפטר מערבות וה"ד לדעת הרי"בש סי' תצ"א שטועני' ליורש אפי' טענה שאביהם לא היה נאמן אלא במגו אבל לא למה שנר' מדברי מהרימ"ט סי' קי"ב וסי' קי"ח האריך בזה ע"ש וסי' ק"ח אות מ"ז כ' על הרי"בש ואולי התם שאני דחזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא מסייע לטענת המגו וכיון דחזקה מסייע להו טוענין ליורשים אפי' אין אביהם נאמן אלא במגו וע"כ צ"ל כן דאל"כ איך טוענין ליורש להוציא מיורש אחר עש"ב וכבר הוכחתי בסי' מ"ו אות ד' דטוענין ליורשים אפי' טענה שאפילו אביהם לא היה נאמן אלא במגו כמ"ש התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכולי ובמציעא ד"יג בד"ה הא וכולי דאפילו לא טענינן ליורשים מזוייף טענינן להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע במגו דמזוייף כמו בשטר כיס דלא טענין להו נאנסו וטענינן להו החזרתי ע"ש אלמא כיון דאביהם נאמן לומר פרוע במגו דנאנסו טוענין ליורשים כן אע"ג דהשתא ליכא מגו ודוקא כשלא היה אביהם נאמן אלא במגו דהכחשה כגון מודים בשטר שכ' כיון דאביהם לא היה נאמן אלא במגו דהכחשה והם מודים דל"ש מגו אין טוענין להם וזה תלוי במחלוקת שכתב הרמ"בן בחי' לבתרא ד"ל גבי הביא עדים דדר ביה חד יומא וכו' עש"ב וא"כ הכא נמי טוענין ליורשים שמא אביהם היה טוען טענה שהיה נפטר מערבות ובל"ה דבריו תמוהים דבמלוה ע"פ לכ"ע טוענ'

ליורשים שפרע אביהם דנאמן בלא מגו ואם הודה בשעת מיתה שלא פרע או בתו"ז דאין טוענין להם פרוע אם כן ליכא מגו אלא דמשכחת לה שמת ביום שנשלם בו הזמן דקי"ל בסי' ע"ח דנאמן הוא בשבועה דעביד אינש דפרע ביום משלם זמניה וכ' מור"ם דוקא אם כשטוען הוא אבל ליתמי דידיה לא טענינן והם דברי הרא"בד וה"ט משום דטענה דלא שכיחא היא שיפרע ע"ש ואע"ג דאין טוענין ליורשים פרוע טוענין להם שמא אביהם היה טוען תנאי היה ביניהם או טענה אחרת שהיה נפטר מהערבות וכיון שאביהם היה נאמן כן במגו טוענין כן להיורשים וכה"ג כ' התוספות ריש גיטין בד"ה ואם וכו' וז"ל אבל בממון טוענין מזוייף לנפרע שלא בפניו ומיתומים ומלקוחות דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפי' לא טענינן מזוייף טעני' להו פרוע כיון שהו עצמו יכול לומר פרוע במגו דמזויי' כמו בשטר כיס דלא טענינן להו נאנסו וטענינן להו החזרתי ע"ש אלמא אע"ג דאביהם לא היה נאמן לומר אלא במגו דנאנסו וליורשים לא טענינן נאנסו טענינן להו החזרתי וכן טענת פרוע במגו דמזוייף וה"נ דכותה אע"ג דאין טוענין ליורשים פרוע ביום שנשלם הזמן דטענה דלא שכיחא היא טוענין להם טענה אחרת שהיה נפטר מהערבות במגו דמזוייף:

ובזה ניחא מה שכתבו התוספות דאפילו לא טענ' להו מזוייף טעני' להו פרוע וכ' מהר"ם דנ"מ במקו' שאין יכול לטעון פרעתי כגון שמת בתוך זמן השטר וק' דהא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה קולא לנתבע כמבו' בסימן ע"ח ואם כן אביהם היה נאמן לטעון פרעתי בתוך זמן במגו דמזוייף והכא נמי טוענ' ליורשיו ולפמ"ש אפשר דנ"מ אם מת ביום שנשלם הזמן דאע"ג דאביהם היה נאמן לומר פרוע ביום שנשלם הזמן אין טוענים ליורשים כן כמו שכתב הנ"י בשם הראב"ד ופסקו מור"ם שם ואם כן לא טענ' להו פרוע ולא מזוייף אבל הכא טוענ' להם טענה אחרת שהיה נפטר מהערבות במגו דפרוע אך יש להסתפק דאפשר דתנאי לא שכיח ואין טוענ' ליורשים שמא התנה אביהם שאינו ערב על של חבירו כיון דמסתמא ערבים הם זה לזה ומהרשד"ם בסימן צ"ח כתב בשם חכם אחד דמלוה על המשכון טוענים ליורשים שמא אביהם התנה עם הלוה שאינו חייב באחריות והביאו הכנ"הג בסי' ע"ב הגב"י אות כ"ז ע"ש ונראה דה"נ טוענין ליורשים שמא אביהם התנה עם המלוה שלא יהיה ערב אבל כבר כתבתי בס' ע"ב דמדברי הנ"י ומ"רן משמע דלא טענינן ליורשים במשכו' שמא אביהם התנה שלא יתחייב דתנאי לא שכיח וכ"כ ה' מנחת יעקב בתשובות סימן ט"ו ע"ש וגם החכם בתשוב' למהרש"דם כמסופק אמרה בלשון אפשר ולכאורה ע"ש.

ג'

שניהם ערבים זל"ז וכו' ה""ד כשבא לגבות מהם אבל אם בא ממון א' מן השותפין לידו יכול לעכב הכל אע"פ שיש נכסים לשותף יכול לומר תלך תגבה משותפך הרד"בז בתשו' חז"ב סי' תרכ"ה ע"ש:

ד' כתב הש"ך ואולי הב"י לא השיג למהרי""ק אלא במה שמשמע מדבריו דבשלוו לצורך השותפות יד שניהם שוה בו והוי כאלו הם ב' לווין וממי שירצה יפרע אע"פ שיש נכסים לכל א' מהם כדי החוב וע"ז השיג דלא וכו' ע"ש וכן ראיתי למהראד"ב בתשו' סי' ק"א שכ' וז"ל אע"ג דכתב מהרי"ק בשורש ק"ך בשלוו שניהם לצורך השותפו' א"ל בזה דכל א' עושה ערב על חצי חבירו אלא שהוא חייב על הכל כבר דחה שם הרב"י דבריו ומחי לה וכו' ע"ש הרי שהבין דמרן השיג על מהרי"ק דס"ל דכל א' חייב הכל והסכים עמו דאינו אלא ערב גם הכנה"ג הגב"י אות י"ז כ' אבל מהרי"מט ח"א סי' קע"ז כ' ומורי ה' בתשו' ח"מ ס' ק"ו הסכים לדברי מהרי"קו ע"ש ובתשו' המב"יט כ' כמהרי"קו דכל א' חייב הכל ומהרי"מט בתחלה דחה דברי מרן הב"י והסכים עם מהרי"קו אבל בס"ד כ' וז"ל לבד ראה זה מצאתי בס' התרומות תשו' הרמ"בן דמוכח מינה דאף שותפין שלוו יש להם דין ערב שהביא מההיא דפרק השואל שותפים שנשאלו וכו' ע"ש ונר' דחזר בו והסכים עם מרן כיון שהרמ"בן ובע"הת ס"ל הכי וכן מבואר בתשו' הרש"בץ ח"א סי' קע"א והרש"בש סי' ט"ל ע"ש:

ה' שנים שלוו בשטר ונשבעו לפרוע לזמן פ' וכשהגיע הזמן פרע א' מהם חצי החוב והמלוה תובע ממנו שיפרע הכל מכח השבועה למ"ד דחייב הכל מדין לוה אם לא פרע זה הכל עבר על שבועתו מיד ולמ"ד שאינו חייב אלא מדין ערב לא עבר על שבוע' עד שלא ימצא לגבות מחבירו דאז אם לא רצה לפרוע עבר על שבועתו ולא אמרי' דשבועה בטעות היא דלאו כ"ע דינא גמירי דא"כ בכל שבו' שבין אדם לחבירו יאמר מוטעה הייתי אלא כיון שהשביע אותו מסתמא לדעתו הוא משביעו כ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקי"ו ע"ש ועי' במהריק"ו שרש ך' שכ' דנאמן לומר טעיתי בדבר שיכול לטעות וכ"כ בתשו' לר' אביגדור כהן גבי מחאה דאם הוא שאפ' לטעות נאמן ואם אין הדעת טועה בו שאין רגילים בני אדם לטעות בכך לאו כ"כ לומר שטעה לאבד חזקתו של זה עיין שם וכה"ג כ' בשרש קנ"ה סימן ג' ע"ש וכבר הביאו הכנה"ג בסימן ע"ט הגב"י אות י"ב וכ' דנר' מדברי ר' אביגדור דאפילו התובע לא טעה בכך נאמן הנתבע לומר שטעה וכן דעת כמה אחרונים עש"ב וכן הוכיח מהרימ"ט ח"מ ס' נ"ב דכי אמרי' דלא טעי ה"ד בדבר ברור וידוע לכ"ע אבל בדבר שאינו ברור אמרי' דטעה ע"ש וה"נ דפלוגתא היא אם חייב הוא מדין לוה או מדין ערב פשיטא דבני אדם טועים בכך ונאמן לומר שלא נשבע רק

על החצי שסבור אינו חייב אלא חצי כמ"ש התוס' במציעא ד' ט"ו במוכר שדהו בשעת היובל דל"א אדם יודע וכולי מה"ט דאינו פשוט כיון דפליגי בהא ע"ש:
ו' מיבעיא לי ב' שלוו בשטר א' וכתבו שהם ערבים זל"ז מי הוו קבלנים כיון דא"ץ לכתוב ערבים זל"ז וכולי הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקפ"ז ע"ש ונר' דלא הוו קבלנים אלא ערבים ולשופרא דשטרא כ"כ אע"ג דל"ץ וכה"ג כ' הרשב"א בתשו' סימן אלף ב' בשטר שהיה בו נאמנות בעיקר המעות המופקדים דאינו אלא שלא יטעון בעיקר הפקדון אמנה היו דברינו או רבית לפי שיש מגדולי הא' שאמ' דמשבי' על כך ואפי' לדעת האומרים שאין בטענתו כלום דשאני שטר פרעון דלפריעה עומד מ"מ לשופרא דשטרא כ"כ וכו' ע"ש וכן מוכח בהדיא בתשו' הרא"ש כלל ע"ד ועי' בהמבי"ט ח"ב סימן כ"ב ועוד נר' פשוט דלא הוו קבלנים דלשון ערבי' לא משמע קבלנים וכבר כ' הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ע"ד והביאו מרן הב"י בסי' ס"א דאין כח בידינו לדון לישנא יתירא במקום שלא אמרו ע"ש והרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקי"ח כ' דמהריק"ו שדן לישנא יתירא לטפויי לא ראה תשו' הרשב"א והנכון דלאוקמי ממונא אמרי' ולא לאפוקי ממון וכן נר' מלשונו וכו' עיין שם וכן כתב מהרי"א סי' ס"א דדוקא להוציא ממון אמרי' כן אבל להעמיד ממון בחזקתו דרשי' לישנא יתירא וכ"כ מהרימ"ט ח"א ססי' ק"ך ע"ש מיהו הרשב"א בתשו' המיוחסות סי' א' כ' על עשרה תלמידים ששכרו רב א' וכו' אפי' כשימצא הרב תלמידים אחרים חייבים לפרוע לו דאמרי' לישנא יתירא לטפויי אתא אפילו להוציא ממון והכנה"ג סימן ס"א תי' בשם האחרוני' דלא אמרי' לישנא יתירא לטפויי אתא אלא כשכתב בשטר דבר שא"ץ דבלא"ה כך הוא אבל כשכתב בשטר דבר שצריך ליכתב אלא שנכפל והוא מיותר לא אמרי' לטפויי אתא עיין שם וא"כ ה"נ כיון דלא צריך ליכתב ערבים זב"ז דבלא"ה הדין כך אמרי' לטפויי לרבות קבלנים מיהו בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ע"ד מבואר דגם בדבר שא"ץ ליכתב דבלא"ה הדין כך אין לנו לדון אלא במקום שאמרו ע"ש ומצאתי בתשו' מהר"י ן' הרא"ש שכ' וז"ל ועוד מדכ' לישנא יתירא שתגבה כל סכום כתובתה תחלה והמותר יהיה לבנותיה ולמ"ל דכ' הכי בלא"ה דינא הכי אלא ש"מ מדכ' לה לישנא יתירא שכך ר"ל וכו' וכה"ג אשכחן בפ' המוכר את הבית דדרשי' לישנא יתירא וכו' וכן מצאתי להרי"ף בתשו' סימן יו"ד שכתב וז"ל וכן במתנה זו כיון דלא צריך לומר אם מת א' יחזור חלקו לאחיו וקאמר אין אנו אומרים שלבטלה אמר אלא לצורך אמר כן מת א' מן האחים והניח אשה ולא הניח בנים שלא תטול אותם הנכסים אלא יחזרו לאחיו כאלו אמר ע"מ שלא תקנה אותם אשתו בכתובתה וכו' ע"ש וכה"ג כ' מהראד"ב בתשו' סי' ל"ג דדרשי' לישנא: ז' לא יתבע וכו' הטור כ' בשם הרמב"ם ביכול לתבוע מי שירצה וכ"כ הרשב"ץ

בתשו' ח"א סי' קע"א ומשמע שכן דעתו ע"ש ועי' בס' זרע יעקב סימן נ"ט שתמה על הרשב"ש סימן ט"ל שהסכים לדעת הרמב"ן שדחה דברי הרמב"ם ולא זכר דברי אביו הרשב"ץ ואפ' שסובר שאביו לא כ"כ אלא לסניף וכו' ע"ש ולא ראה מ"ש הרשב"ש עצמו סימן רכ"ח על דברי הרמב"ן וז"ל ואין כן דעת הרמב"ם אלא שיפרע ממי שירצה וכ"ה סברת הרא"ש וכ"נ שהיא סברת א"א הרשב"ץ בתשו' וכו' ע"ש אבל בסימן י"ב פ' דלא יפרע מהערב תחלה וכן כתב הרמב"ן שכן דעת הרמב"ם ע"ש גם הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקנ"ו סמך על הרמב"ן והרשב"א שכ' שכן נר' דעת הרמב"ם דלא יפרע מהערב תחלה ומ"ש שם דמשמע דיש חי' בין ב' ערבים לב' שלוו והטעם צ"ע ע"ש כבר כ' הנ"י בפ' המפקיד בשם הרשב"א וז"ל דל"ד ב' ערבים לחוב א' שהם כמו משכון א' לאותו חוב ואין השעבוד על המשכון לחצאין ול"ד לב' לווים שכל א' נוטל המחצית ומוצא לעצמו וכו' וכ"כ המ"מ בפ"ה ה' מלוה ולשון הרשב"א הובא בש"מ למציעא ע"ש בלח"מ וכן כתב הרדב"ז עצמו בח"ג סימן תקי"ז עיין שם וראיתי להרי"ף בתשו' סימן ט"ו שכ' וזה לשונו שמעון יש עליו ועל אשתו שטר בזהובים מתה אשתו ונתנה במתנה כל מה שהניחה ונשאר הבעל עני בא ב"ח ותבע את חובו אמרו היתומים אנו נפרע החצי שהוא חלק אמנו ואבינו יפרע החצי שהוא חלקו וכו' תשו' אם המתנה שנתנה אשה לבנים מטלטלים אין על היתומים לפרוע בשביל אמם כלום כי מטלטלי' אינם משועבדי' לב"ח שנוציא אותם מידם ואלו היתומים שרצו לפרוע חצי בשביל אמם עשו לפני' משה"ד ואם זו המתנה מקרקעי יש על הבנים לפרוע כל מה שבשטר אם הקרקעות שוים כ"כ כי ב' שלוו מי שנמצא מהם פורע כמ"ש השותפים אחראי' זל"ז עכ"ל:

ח' ואם פרט א' מהם כל החוב וכולי נראה דאם פרע אחד מהם חצי החוב אינו גובה מחבירו כלום שיאמר לו פרעתיך חלקך וכולי מהריק"ש: ט' חוזר וגובה מחבירו חלקו וכולי ואם טען חבירו פרעתי' נאמן בש"ה כמלוה ע"פ אא"כ הקנה לו מלוה השט"ח בכו"מ מהר"א ששון סימן ג"ן וכן העלה הש"ך בסימן ק"ל סק"א עיין שם באורך וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן מ"א והביאו מרן הב"י סימן ס"ה וז"ל ראובן ושמעון היו חייבים ללאה אמם מנה בשטר משכון על כרם א' לימים נפטרת לאה וראובן ושמעון ויורשי שמעו' מצאו השט"ח הנז' בין שטרות אביהם ותבעו מחצית המנה מיורשי ראובן שאומר שפרע אביהם ללאה אמו וכו' תשובה דברי בני שמעון בטלים הם ואין בהם ממש חדא שאפי' פרע שמעון כל החוב לאמו ואמו מכרה לו השטר הא קי"ל דאותיות אין נקנים במסי' וצריך כו'"מ וכן אם נתנתו לו במתנה ואם פרעו שמעון בלא שתמכרנו לו אמו הו"ל פורע חובו של חבירו שלא מדעתו והניח מעותיו עקה"צ ולא עוד אלא אפילו אמ"ל

ראובן לך פרע ואני אשלם לך חזר מה שנתחייב ראובן בכך מלוה ע"פ ומלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים דשמא פרעו אביהם אא"כ היו מלוה שלא הגיע זמנה עכ"ל הרי דאפילו פרע ברשות חבירו הו"ל כמלוה ע"פ דנאמן לומר פרעתי' אא"כ הקנה לו המלוה השט"ח בכו"מ מיהו מ"ש הרשב"א דאם פרעו בלא מכירה שלא ברשות הו"ל פורע חובו של חבירו שלא מדעתו דהניח מעותיו על קרן הצבי הוא הפך דברי בעה"ת הביאו מרן הב"י בס"ז וז"ל מסתברא וכו' אם פרע א' מהם כל החוב חוזר וגובה מחבירו חלקו ואע"ג דקי"ל שאין הלוה חייב לשלם לערב עד שיאמר לו ערבני ואשלם או שהרשהו שיכנס ערב בשבילו דמסתמא כיון שנעשו ערבאים זל"ז כמי שהרשהו דמי שע"מ נשתתפו בכך עכ"ל וכ' הרא"ש בתשו' כלל ע"ד סימן ה' וז"ל דהא דאמרי' דפורע חובו של חבירו הפסיד מעותיו היינו היכא דמדעתו קם ופרע ולא היה מוכרח לכך דהוי כמו מברי' ארי אבל היכא דמתחלה נעשו אחראי' וערבים זל"ז אין וכולי ע"ש ולכאו' נר' דהרשב"א ס"ל דב' שלוו הוו ערבים ואינו יכול לגבות הכל מא' מהם רק שאינו מוציא לגבות מב' וערב שפרע שלא ברשות הלוה הו"ל כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו כדעת הרמב"ם ואין חי' בין לוה ליורשיו כמ"ש הש"ך וכ"כ הכנה"ג בסי' ש"ה הגב"י אות ט' והפמ"א ח"א סו' קי"א ע"ש וכן הסכים ה' כרם שלמה סי"ב עש"ב:

י' אבל ראיתי להרשב"א בתשו' שם סימן כ"א שכ' וז"ל ואפילו ערב פרע משלו על של חבירו וכדמוכח בשלהי ג"פ דההוא ערבא דיתמי וכולי וכן כתב עוד בסי' שצ"ה וקבלן או ערב שפרע לא הפסיד ואין דנין אותו כפורע חובו של חבירו שלא אמר אלא דפורע שאינו שייך בחיוב ופורע מדעתו שאינו שייך בחיובו כלל וכולי ע"ש וז"ל הרמ"ה בס' ג"פ סימן קל"ג ואי ק"ל וכולי ליהוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו וקיי"ל דהניח מעותיו עקה"צ יכילנא לשנויי לך כגון דא"ל מלוה מעיקרא לערב ערבני ואשלם לך וכולי אלא הכא ה"ט דכי אמרי' פורע חובו של חבירו וכולי ה"מ בעלמא דלא רמי עליה חיובא וכולי אבל ערב דאם לא יכול המלוה לאפרועי חובו מניה מלוה או מיתמי דיליה הוה מחוייב הערב למיפרעיה אע"ג דהוה יכול הערב למדחי המלוה לגבי לוה או לגבי יתמי דלוה ולא דחייה וקדם ופרע לא כפורע של חבירו דמי דלא ניחא ליה למישבקיה לשעבודא דב"ח עילויה דלא לינזי' נכסי' או מחמת מידי אחרי' כמאן דפרע ע"פ דמי וכולי עכ"ל וא"כ ה"נ שנעשו ערבאי' אם פרע א' על חבירו ויש עדים חייב חבירו לשלם לו אא"כ טען פרעתי ועי' במהרשד"ם הי' קע"ו:

י"א ראובן ושמעון שהיו שותפין ומת ראובן ובאו בע"ח ותבעו לשמעון ורצה שמעון שיחזרו על נכסי ראו' לפי שכ' אכלו כל הנכסי' ועוד שאמר בשעת מיתה שכל מה שיאמר

נאמ' בו כ' הרשב"ש סי' רכ"ח וז"ל נמצינו למדים שכ' שותפים שלקח או שלוה א' מהם אפי' בסתם לאמצע וכל א' מהם מתחייב למלוה בכל מחצה שתורת מלוה ומחצה בתורת ערבות וכשפרע אחד מהם הכל חוזר על חבירו במחצה שהוא בתורת ערבות ואם שמעון לא הי"ל נכסים היה ראובן חייב לפרוע הכל למלוה אע"פ שלא לוה הוא ממנו וחוזר על חבירו במחצה וכן הדין עתה שנפט' ראובן ששמעון ישלם הכל ויחזור על נכסי ראובן וכו' וכ"ש בנדון הזה שכבר האמינו וכו' ע"ש ונר' דבלא נאמנות אינו גובה מהיורשי' שהרי כ' הרמב"ם ומרן סימן צ"ג סי"ג וז"ל טען שמעון שיש ללוי עליו חוב מאה השותפו' וכו' אינו נאמן להוציא מיד ראובן או מהסחורה הידועה לשותפות דשמא קנוניא הם עושים שמעון ולוי על נכסי ראובן אפילו היתה המלוה בשטר וכולי טען שמעון שראובן יודע בודאי שזה החוב שעל' מחמת שותפות והחוב אצלנו הוא ישבע ראובן היסת שא"י שחוב זה אצלנו וישלם שמעון החוב משלו ע"כ א"כ אפילו חוב בשטר אינו גובה מהיורשים בטוענים להם שמא אין חוב זה מהשותפו' ואפי' בודאי הוא מהשותפות שמא פרוע וכ"ש אם הוא חוב בע"פ ואפי' טוען שמעון שראובן יודע שעדין חוב זה אצלם כיון שאם היה ראובן חי וטוען שא"י פטור מש"ה טוענ' ליורשי' כן ופטרי' בלא שבו' ועי' בתשו' מרן בס' אבקת רוכל סי' קס"ט וסי' קע"ג ובס' פמ"א ח"א סי' קי"א וכ"כ הר' גו"ר כלל ב' סי' א' דאם הערב או השותף יודע בחוב זה אינו פרוע ודאי דחייב הוא לפרוע והיורשי' פטורי' דנאמן הוא ע"ע ואינו נאמן לחוב ליתומים ע"ש וכן מוכח בהדיא מדברי הרא"ם בתשו' סימן פ"א דאם אין לו טענה שיפטר מהערבות אפילו היא מלוה ע"פ חייב לפרוע שלו ושל יורשים ע"ש ועי' בתשו' מהרא"ש סימן קל"ד וקל"ה ע"ש והביאו הר' כנה"ג אות י"ג: י"ב חוזר וגובה מחבירו חלקו וכו' כתב הרשב"ש סי' רכ"ח דאם מת א' מהם חבירו ישלם הכל וחוזר על נכסי המת ע"ש ונראה דאם היא מלוה ע"פ אינו משלם דאין דינו אלא כערב ואינו מתחייב אלא במה שנתחייב הלוה וכן כתב הראב"ד בספר תמ"ד סי' רצ"ט דאם טען א' שפרע חלקו נשבע שבו' היסת ונפטר וחבירו שהודה בחלקו פטור מחלק חבירו מה"ט ע"ש וה"נ אם מת אחד מהם אין המלוה נפרע מחבירו אלא אם כן הוא בתוך זמן כדלק' סימן קכ"ט דין י"ב בערב וע"ש בהש"ך ס"ק ל"ב שכתב דה"ה בקבלן וכן כתב הרב לחם רב סימן קע"ה והרמ"ך בשו"ת בית יהודה ח"ב סימן מ"ט ע"ש ואם כן ה"נ אפילו למאן דאמר דגובה ממי שירצה דדין קבלן יש לו אינו חייב: י"ג כתב מהר"ם ריקאנטי סימן ש"ב שנים שלוו מא' בתשובות הגאוני' מצאתי דאפילו מת א' מהם היורש נכסיו גם כן חייב לפרוע הכל אם אין לאחר מה לשלם ודוקא כשירש מקרקעי אבל ירש מטלטלי אין לו לפרוע כלל אפילו החצי

ונ"ל דה"ה לדינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אבל מתקנת הגאונים חייב אפילו ירש מטלטלי:

י"ד הגה ודאי פרע בעד חבירו ואם המלוה כפר שלא פרע לו חלק חבירו ישבע זה היסת שפרע הכל וחבירו נפטר מהריק"ש בתשובו' בספר אהלי יעקב סימן ע"ג עיין שם:

ט"ו דין ב' שותפין שלוה א' מהם וכו' ראיתי בתשו' הגאונים ח"ב מח"ד סימן ל"ח שכ' וז"ל היה עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון וכו' מאחר ששמעון העסק חציו כדין מלוה וחציו כדין פקדון הרי בעל הממון פטור מתביעה שיש לו חוב על שהממון בידו כי המפקי' ממון ביד אדם אין ראוי לחייבו לשלם חוב הלוה וכולי עיי"ש מבואר דסביר"ל דעסקא אין דינו כשותפים ואין בעל הממון חייב לשלם

ט"ז ודוקא שהא מודה וכו' אבל אם כפר השותף ואמר שמעולם לא נכנס דבר זה בשתוף וכו' לשון הטור בשם הרמב"ן וכתב הכנה"ג בתשו' סימן ל"א ושמא תאמר לא כ' הרמב"ן רק אלו דוקא כשהשותף טוען בריא שלא נכנס זה בשיתוף וכו' והא ליתא דאפי' שאינן טוענין כן בריא כל שהם אומרי' שאין יודעי' מזה כלום הו"ל כמו שטוען הלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני שנשבע שא"י ונפטר וכן משמע מדברי הרמב"ן שם שכתב עד שיתברר הדבר וכו' ע"ש וכן כת' בהדיא הרמב"ם והטור ומרן סימן צ"ג סי"ג וז"ל אם טען שמ' שראובן יודע שזה החוב שעלה מחמת השותפות הוא והחו' אצלנו הוא ישבע ראובן היסת או ע"י גלגול שא"י שזה החוב אצלנו וישלם שמעון החוב משלו עכ"ל הרי דנשבע שא"י ופטור ודוקא אם טען הלה בריא אתה יודע וכן כתב הרב המבי"ט ח"א סימן י"ד ואף על גב דגבי מנה לי בידך משמע דאפילו תבעו סתם ולא טען אתה יודע צריך לישבע הכא שאני משום דשותף מסתמא לא ידע כמ"ש הב"ח בסימן ע"א וכן הוכחתי שם דכל דלא הי"ל לידע אין צריך לישבע אלא אם כן טוענו הלה ברי' אתה יודע ע"ש וכתב מהר"י בי רב בתשו' סימן כ"ו והביאו הכנה"ג בסימן צ"ג הגה"ט אות ל"ג נראה דאפילו ידע ראובן שחוב זה מחמת שותפות אם לא ידע בודאי שעדיין לא נפרע אינו חייב לישבע אפילו שבוע' היסת וכו' וכן דעת הרב המבי"ט סימן ד' וכן הסכים הר' שי"ט סימן ע"ג עש"ב וכה"ג כתב הרדב"ז בתשוב' ח"א סימן ס"ט באשה שלקחה מלבוש בהקפה ובא בעלה לגרשה והיא אומרת אני חייבת דמי המלבוש והוא אומר א"י וז"ל דדין עם הבעל דהא קי"ל כל מה שבבית האדם הוא ברשותו והממע"ה והוה ליה כאומר מנה לי בידך והלה אומ' א"י שישבע שא"י ונפטר אף בנ"ד ישבע הבעל שא"י וגדולה מזו א"א שאפילו יש עדים בהקפה מ"ל דילמא פרע וקנוני' היא עושה כיון שלא העידו שעדיין הוא עליה חוב ואף ע"ג דקיימא לן מנה לי בידך והלה אומר א"י אם פרעתי'

חייב שא"ה דהוה ליה למידע כיון שהוא בעצמו לוה וכו' עכ"ל ומהכא סייעתיה דאפילו בחוב בשטר וידע שחוב זה מחמת השותפות אם לא ידע שעדיין לא נפרע אמרינן שמא פרעו וקנוניא הוא עושה והרב בתי כהונה בח"ב סימן ל"ה כתב דאם יש עדים שלצורך שותפות לוה והוא מודה שעדיין חייב חוב זה דינו כערב שישבע שאין לו וכו' ויכלול בשבו' שעדיין חייב חוב זה ויפרע חבירו עיין שם וליתא דאף מלוה בשטר יכול לטעון שמא קנוניא הם עושים כמבואר בדברי הר"מ ומרן בסימן צ"ג עיי"ש גם מהרי"ק שרש כ"ב כתב דאם טען השותף בריא שחבירו לוה לצורך השותפות ונפרע מכיס השותפות נשבע ונפטר אפילו היתה הלואה בשטר וכו' והביאו הרב ב"ד סימן כ"ג ע"ש משמע דוקא טוען בריא אבל אינו יודע חייב וליתא והרב מטה יוסף ח"א סימן ז' לא דק בזה ע"ש מיהו כבר כתבתי דה"ד אתה יודע צריך לישבע אבל אם לא טען בריא אתה יודע אין צריך לישבע מהאי טעמא דמסתמא לא ידע וה"נ הבעל אין צריך לישבע אלא אם כן טענה עליו בריא אתה יודע ודלא כנר' מדברי הרדב"ז והכנה"ג ומה שהק' ה' קרית מלך רב ח"ב בתשו' סי' א' כיון שמודה שלוה לצורך השותפות אמאי אינו חייב כשאינו יודע שלא נפרע מ"ש מערב דאפילו במלוה ע"פ אינו יכול לטעון הערב שמא פרע הלוה ע"ש וליתא דערב נמי (עכ"מ):

י"ז כתב מהר"י הלוי סי' קנ"ד דכשהשותף א' מתעסק לבדו לכ"ע משתעבד ואפ' דלא אמרה אלא בצירוף טעם אחר וגם שיש דקדוק בדברי אחרונים שלא כדבריו ודעתי לפשר ביניהם ה' בתי כהונה ח"ב סי' ל"ה:

י"ח

דין

ג' יפרע מאיזה מהם שירצה וכו' ומה שפרע יחזור ויפרע החצי מחבירו הערב הב' כמבואר בסמוך ובסימן קל"ב וע"ש בהש"ך סק"ח שתמה על הרב המבי"ט וכן הרב דרכי נועם ח"מ סימן א' עיין שם באורך:

י"ט דין ה' אין עדותו מחייב את חבירו וכו' כתב הפרישה וז"ל וא"ל יהא המודה נאמן במגו דא"ב כפר בכל או לא היינו שותפים ואינו חייב אלא החצי די"ל דירא לשקר שמא יכחישנו התובע בעדים ע"ש וליתא דהא קיימא לן המלוה את חבירו בעדים אין צריי לפורעו בעדים ואם כן יהא נאמן במגו דפרעתי הכל כמבואר בסימן ס"ט ובכמה דוכתי דאמרינן מגו דפרעתי וכן במגו דלהד"מ דלא אמרינן דירא לשקר שמא יוכחש בעדים והרי קיימא לן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף ולא אמרינן דירא לשקר שמא יוכחש וז"ל מהר"ם בתשו' הארוכות סי' קס"ז נראה לרבי'

שאדם נאמן במגו אף על גב דבמה שטוען השתא אין יכולין העדים להכחישו ובטענת המגו יכולים העדים להכחישו וראיה לדבר מודה בשטר שכ' למ"ד צריך לקיימו נאמן לומר פרעתי במגו דא"ב אמר מזוייף דבפרעתי אין יכולים להכחישו ובמזוייף אין יכולים להכחישו עכ"ל אבל לק"מ דאם היה כופר היה צריך לישבע וא"כ נוגע בעדותו כדאמרינן בפ' הא"מ גבי שלוחים דאמרו דפרענו למלוה דנוגעים בעדותם הם אף על גב דאיכא מגו השתא דתקון רבנן שבו' וכמבו' בסי' קכ"א ועוד דבפ' האשה שנתארמלה די"ח אמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענ' ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב"ח ופי' התוספו' מפני מה אינו נאמן במגו דכופר הכל ומשני חזקה וכו' ע"ש וה"נ אינו נאמן במגו דכופר הכל:

כ' כתב הב"ח נראה דמיירי שזה המודה אין לו נכסי' לשלם והמלוה רוצה שיתחייב הכופר ש"ד ע"פ עדות חבירו דהו"א אינו נוגע בעדות כיון שאין לו לשלם קמ"ל דאפ"ה נוגע בעדות דשמא תשיג ידו אחר כך דאם אותו שהודה יש לו נכסים פשיטא שגובה ממנו ואין צריך הכופר לישבע למלוה על ידי עדות חבירו מיהו התוספו' בפ' חזקת כ' דלא נפסל לעדות בשביל כך כיון דהשתא אין לו נכסים ולא מרווח מידי עכ"ל ועיין בהסמ"ע סי' קכ"ג סקי"ז שכתב דלוה אם אין לו נכסים יכול להעיד על הערב ול"ח נוגע בדברים וכן הסכים הש"ך שם אלא שכ' דנוגע הוא שלא יהא לוה רשע ולא ישלם וז"ל הרמ"ה בפ' ח"ה סימן קע"ה ומסתברא דלוה מעיד לערב ואף על גב דלית ליה ארעא אחריתי להא או לערב ולא חיישי' מפני שמעמידה בפני ב"ח דכי אמרינן אינו מעיד גבי המוכר שרה לחבירו שלא באחריות דניחא ליה דלא ליהוי גבי ב"ח לוה רשע ולא ישלם ואי משום לוקח התם לאו לוה רשע מיקרי דא"ל להכי זבני לך שלא באחריות אבל גבי ערב דאי לא משלם ליה לא ערב מאי דפרע ליה למלוה בשבילו אין לך לוה רשע יותר מזה מעיד דלאו ניגע בעדות הוא וה"ה נמי גבי קבלן וכו' עכ"ל הרי דלוה מעיד לערב ולא מיפסל משום לוה רשע ואם כן ה"נ אם המודה אין לו נכסים יכול להעיד על חבירו כדין שיפרע הכל מדין ערב או לישבע ש"ד:

כ"א ואין חוששין לגומלין א' שתבע לג' שלוה אותם מנה א' והביא שני עדים והם מכחישין בתשו' בשמים ראש סי' שע"א כ' דאפ' דכיון שהם מכחישין הו"ל תרי ותרי ומיהו אפ' דל"ד דהכא העדים הם בפנינו מכחישי' אותם ול"מ בפקדון דכל א' נעשה פסול לעדות אלא אפי' במלוה אינם נאמנים ואין ולאו ורפיא בידיה בין בפקדון בין במלוה ע"ש ומסתברא דכיון שאינם ערבנים זה בזה:

כ"ב דין ו' ומחל לח' מהם לא מחל וכו' היינו משו' דאין א' חייב בחצי של חבירו אלא מדין ערב אבל אם היו קבלנים לזה אם מחל לא' מהם מחל הכל ושניהם פטורים כמ"ש מור""ם וכן משמע בב""י ע"ש ובר"פ הגוזל בתרא אמרי' גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלם ממנו רצה מזה גובה, רצה מזה גובה וכולי וכ' בס' א"ז שם בשם הרמ"ה דאם מחל נגזל לגבי א' לא מיפטר אידך דאכתי לא נפרע נגזל ולמאן דמחל מחל ולמאן דלא מחל וכולי משמע דאם מחל לא' מהם גובה הכל מאידך דלא מחל החוב אלא מה שיכול לגבות הכל ממנו ושיירי הכל לאידך:

כ"ג על ג' שנשתתפו וא' מהם בעיר אחרת ושולח להם סחורות ונתחיי' שם לב"ח ונתפשר עמהם שלשים למאה כמנהג לכאורה נר' דהפשרה לאמצע כדין מוכס שמחל לא' מן השותפי' ע"י פיוס אפילו אמר בפי' שמחל לו הוא לאמצע וכבר תמה הכנה"ג בסימן קע"ח על המבי"ט ח"ג סימן קל"ח שכ' על שותף שלוה מגוי א' מאה פרחים לצורך שותפו' ואח"ך מחלו אין לשות' חלק בהם וכולי דנ"ד מחלו ע"י פיוס דהוי לאמצע וצ"ל כיון דנ"ד היה שהגוי לא ידע השות' האחר רק זה שלקח ממנו אע"פ שמחל ע"י פיוס לו מחל ולא לשותפו ע"ש ודבריו תמוהים שהרי כ' המבי"ט ואפי' ראובן ושמעון שניהם היו לוקחי' המאה פרחים מן הגוי בהלואה ואח"ך היה מוחל הגוי לשמ' בלבד וכולי הרי בהדיא דאפי' ידע המוחל ששניה' שותפי' והלוה לשניהם אם מחל לאחד מהם בלבד אפילו ע"י פיוס בנ"ד לא הוי לאמצע היפך הפוסקי' וא"כ לדידן אפי' לא ידע המוחל או השותף האחר המחילה לאמצע אבל ראיתי למהראד"ב בס' לחם רב סי' ק"א שכ' דה"ד למ"ד שנים שלוו כא' ממי שירצה יפרע אבל למאי דקי"ל דשנים שלוו כא' כל אחד דינו כערב על חצי חבירו לא מחל אלא לו ואע"ג דכ' מהרי"ק דבשלוו שניהם לצורך השותפו' לא הוי כל א' ערב אלא חייב הכל כבר דחה מרן הב"י שם דבריו ע"ש וא"ל שכן סובר המבי"ט דשות' שלוה לצורך שותפו' כיון דאינו אלא כערב על שותפו אם מחלו לא הוי לאמצע ואע"ג דהוא ס"ל כמהרי"ק בח"א סימן קע"ז בב' שלוו לצורך שותפו' אבל אם לוה אלא א' מהם לצורך השותפו' דינו כב' שלוו כא' דאינו אלא כערב על חלק חבירו ולבדו מוחל דהא ליתא:

כ"ד דין ז' הנה אפילו ב' כתובי' בשטר א' הש"ך צידד דשותף יכול למחול ונדחק בתשו' מהר"ם שבתשו' המיי' והמרדכי עש"ב וה' קול אליהו סי' כ"א דחה דבריו והוכיח דאפי' שותף אינו יכול למחול בחלק חבירו עש"ב וכ"כ מהרשד"ם בסי' קל"ו דלא שייך מחילה עיין שם:

כ"ה דין ח' י"א שיכול לגבות כל החוב מהערב הב' וזה הערב שפרע הכל חוזר על הלוה ואם אין ללוה נכסים חוזר הוא על ערב הא' וגובה ממנו חלקו הרדב"ז בתשו' ח"ד סי' ע"ג עש"ב:

כ"ו דין ט' אין שומעין לו עד שיבא חבירו וכו' כ' הסמ"ע דוקא ליתן לו חלקו אינו יכול להכריחו אבל צריך לדון עמו על חלקו אפי' אין שותפו בעיר וכבר דחה הש"ך בס"ק כ"ה דכיון שאינו יכול להכריחו ליתן לו חלקו למה יתחייב לדון עמו אלא דבשותפי' כשנודע שהממון של שניהם בשוה נותני' לו חלקו עש"ב וראיתי בתשו' הרשב"א סי' ט"ל שכ' דהא דאין השותף יכול לגבות אלא חלקו בלבד כשאין שותפו בעיר ה"ד כשיש טענות הודאות וכפירות ועסק שבו' אבל כל שאין ללוה שום טענה יכול השותף להוציא הכל מן הלוה וכן מוכח מל' הרמב"ם וכו' ע"ש משמע דס"ל שהשותף דן על חלקו ומכריח ללוה ליתן לו ואם אין ללוה טענה מוציא הכל ממנו וכ"כ הריטב"א בחי' בפ' שבועת העדות שכן דעת הרמב"ם שיכול לתבוע חלקו וכן מסתברא וכן פוסק מורי הרא"ה והאריך לפרש הירושלמי לסברא זו עש"ב:

כ"ז צריך ליתן לזה התובע הכל וכו' ג' שהיו שותפי' וחלקו השותפו' ונשאר א' מהם חייב להם סך וכתב כת"י מודה אני ע"ע שחייב לפ' ופ' וכו' וכ"ז שכת"י קיים נאמנים הם ובאי כחם עלי ועל ב"ב וכו' ואח"ז הלך א' מהם למ"ה וא' מת והוציאו יורשיו הכת"י בב"ד וטען שכבר פרע כל החוב לשותף שבמ"ה והביא עדים שהודה הודאה גמורה שנפרע הכל לכאו' נראה דהיורשים גובים ממנו אפי' פרע לו בעוד שחבירו קיים והרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י כ' ב' שהלוו לא' ובא א' ותבע מסתברא שיכול לתבוע החוב כולו דכל שהלוו בשטר א' דשותפי' נינהו וכ' מהרשד"ם סימן קס"ב ולכאו' סבור הייתי לומר דכיון שיכול לתבוע החוב כולו אין השותף הב' יכול לתבוע מן הלוה כלום דאם יכול לחזור ולתבוע ממנו לקתה מדת הדין על הלוה שיעמוד עתה בדין עם הא' על הכל ואח"ך חוזר השותף הב' עליו אלא שמצאתי שכן דעת הרא"ש כמ"ש הרשב"א אבל דעת הרמב"ם שאין יכול הא' לכוף אותו אלא על חלקו ולא על חלק חבירו עיין שם ול"ד דהרשב"א סובר דיכול הא' לתבוע הכל וחייב הלוה לפרוע לו הכל אפי' אין חבירו בעיר כמ"ש הר"ן בשמו בס"פ שבועת הדייני' ע"ש וכ"כ בהדיא בתשו' ח"ב סי' פ"ח ובתשו' ח"ד כו' כ"ז ע"ש אבל הרא"ש סובר דוקא אם ב' בעיר יכול הא' לתבוע אבל כשאינו בעיר אין הא' יכול לתבוע אפילו חלקו והרמב"ם ס"ל דאם אינו בעיר יכול לתבוע חלקו ולא חלק חבירו ועכ"פ כל שהיה יכול לפרוע הכל יפרע לו ואין הב' יכול לתבוע מהלוה כלום וא"כ כשהם בעיר דלכ"ע יכול הא' לתבוע הכל ואין הב' יכול לתבוע מיד לוה כלום

כמ"ש הש"ך סס"ק כ"ה ע"ש וכ"מ בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רפ"ז והוסיף שם דאפילו את"ל דמצי דחי ליה מ"מ א"ב למפרע כוליה לחד מנייהו ופרע ומיפטר דהתם לאו משום חבריה לאוקומי בדינא אלא דאי אית ליה טענת' מקבלי' מניה ולא אמרי' שליח שוויה וכו' ע"ש והטור סס"י ע"א כתב תשו' הרא"ש שטר שכתוב בו נתחייב פ' לפ' ופ' והאמין למוציא השטר לאו כ"כ לומר שפרע כ"ז שזו מוציא השטר וכ' הב"ח שם דמ"ש הרשב"א בתשו' דכל מי שהשטר בידו גובה אפילו אין בו נאמנות מיירי שאין הב' אומר שנפרע וכולי וכ"כ הפרישה בשם רש"ל ע"ש הרי דאם חבירו מודה שנפרע אין הב' יכול לתבוע מהלוה כלום אם לא שהאמין למוציא השטר

כ"ח אבל אם חבירו בעיר ושמע ולא בא וכו' כ' הסמ"ע משמע הא אם ידעי' דלא שמע אף שהוא בעיר אין ליתן לזה הבא עד שיודיעו ונר' קצת דוקא אם ידעי' שלא שמע אבל מסתמא אמרי' ששמע ואינו נאמן לומ' שלא שמע אבל מדברי מהרשד"ם סי' קס"ב משמע דנאמן לומר דלא ידע וכן הדין בשותפים שדן א' מהם ויצא חייב דבעי' שיהא חבירו בעיר ושמע ע"ש וע' בהכנ"הג אות כ"ה:

כ"ט דין יו"ד אינה נאמנת אלא במגו דפרעתי' כ' הפרישה ר"ל ואין כל אשה יכולה לומר פרעתי דהא מה שקנתה אשה קנה בעלה אא"כ שאחרים נתנו לה מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה וכו' ע"ש נר' דס"ל דאם נתנו לאשה מתנה סתם בלא תנאי קנה הבעל גוף ופירות וא"כ אינה יכולה לפרוע מהם אבל אם נתנו ע"מ שאין לבעלה רשות בה הגוף שלה והפירות לבעל וכיון שהגוף שלה יכולה לפרוע מהם למכור בטובת הנאה לאחרים או לבעלה ולפרוע לו כמבואר בסי' תכ"ד ע"ש בהסמ"ע ס"ק י"ח דמוכרת נ"מ ולפרוע לו חבלתו וכן נמי במתנה שנתנו לה אחרים ע"מ שאין לבעלה רשות בה דינה כנ"מ דבעל אוכל פירות והקרן שלה וכ"כ בסי' פ"ה וז"ל אחר שנתן לה במתנה אפי' א"ל ע"מ שאי' לבעל רשות בה שלא יהא לבעל כלום אני נותן לך אפ"ה אוכל הפירות וכו' וכ' בהגהת פרישה שם וז"ל ר"ל כשנתן לה המתנה אחר סתם מיד זכתה בה האשה קנה בעלה דידו כידה וכשמוסיף לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה מוציא הגוף מרשות הבעל אבל הפירות הם שלו ע"כ הרי דס"ל דבמתנ' סתם קנה הגוף והפירות אבל כשמוסיף ע"מ שאין לבעל רשות בה אין לו אלא פירות וכיון שהגוף שלה יכולה לפרוע לבעלה אבל הא ליתא שהרי כ' הרמב"ם בפ"ג מה' זכייה וז"ל הנותן מתנה לעבד או לאשה קנה הבעל והאדון אלא אלא שהאדון קונה לגוף והבעל קונה אותם לפירות נתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה ולעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו קנה האדון והבעל וכו' ע"ש הרי אפי' נתן סתם מתנה לאשתו לא קנה הבעל רק הפירות והוסיף דאפי' נתן לה ע"מ

שאין לבעלה רשות בה קנה הבעל הפירות וכ"כ הסמ"ג עשין פ"ב וכ"כ התוס' והרא"ש בפ"ק דקידושין והוכיחו כן מהירושלמי בפ' מציאת האשה דאמרו שם טעמא דמציאת האשה לבעלה שמא תגנוב לבעל' ותאמר מציאה מצאתי ופריך הגע עצמך מתנה ניחוש שמא תגנוב ותאמר נתנו לי במתנה ומשני מתנה יש לה קול ואי במתנה הוי גוף נמי לבעל מה מרווחת לומר נתנו לי מתנה אלא ש"מ במתנה שנתנו לה אחרים אין לבעל אלא פירות ע"ש הרי בהדיא דאפי' נתנו לה סתמא הגוף שלה דהא דאין קנין לאשה בלא בעלה ה"ך שהבעל אוכל פירות וא"כ אין חי' בין מתנה סתם בין אומר ע"מ שאין לבעל רשות בה וכו' אלא דלעולם הגוף שלה והפירות של הבעל כנ"מ ובסי' תכ"ד מבואר דמחבל' בבעלה כופין אותה למכור בנ"מ ובנצ"ב בטובת הנאה ולפרוע לבעלה אם רצה וע"ש בהסמ"ע ס"ק ח"י והרשב"א בתשו' ח"ב סי' ע"ז שכ' וז"ל אבל אם היו לה נכסים בפ"ע כגון שנתנו לה אחרי' במת' ע"מ שאין לבעל רשו' בה חייב' לשלם וכו' ע"ש נר' משום דהוא ס"ל במת' ע"מ שאין לבעל רשו' בה אין לבעל אפי' פירות:

סימן עח

א' דין א' הקובע זמן לחבירו וכו' מבוא' בתשוב' הרא"ש כלל ס"ח דה"ה אם עבר הזמן הזמן ובקש להרויח לו זמן אחר והרויח לו ע"ש:

ב' הקובע זמן לחבירו וכו' מי שחייב לחבירו לזמן וחטף המלוה מהלוה קודם זמנו אם אפ' שיחזיר המלוה ללוה ודאי שבי"ד כופין להחזיר אבל אם א"א להחזיר נראה דחייב המלוה מן הדין לפרוע ללוה מה ששוה אותה המתנה דהיינו שמשערים כמה אדם רוצה שיוותרו לו מחובו שחייב לזמן פלוני כדי לפרוע מיד ה' ב"ד חי"ד ס"ס פ"ו ע"ש ועיין בהכנה"ג ח"ב ריש סי' ע"ג שהוכי' כן דאם באו לידו קודם הזמן אינו רשאי לעכבם ע"ש:

ג דחזקה אין אדם פורע בתוך זמן וכו' א לחקור דהא קיימא לן כשמואל בריש פרק המוכר פירות דאין הולכין בממון אחר הרוב וכתבו התוספ' שם בדבור המתחיל וליחזי וכו' בשם ר"ת דאפי' לרב אין הולכין בממון אחר הרוב אם הוא טוען בריא וכן כ' מהר"י ן' מיגש שם וכן קיימא לן כת"ק דברייתא דשור שהיה רועה וכו' דאין הולכין בתר חזקה ואם כן הכא אמאי מוציאין ממון על ידי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אפילו הלה טוען בריא שפרעו וכה"ג כתב הרמב"ן במלחמות בפ' האשה שנתארמלה גבי הא דאמרינן אי עירעור דגזלנותא תרי ותרי וכו' וזה לשונו דאף על גב דאיכא לאוקמי אחזקה חזקה דממונא עדיפא א"נ שקולים נינהו לא עבדי' עובד' לאפוקי ממונא מחזקת מריה ואיך תעלה ע"ד דמשו' חזק' בעלמא מפקינן ממונא והלא אף בתר רובא לא אזלינן בממון

וכ"ש בתר חזקה והכי מוכח בפרק המוכר פירות וכו' עיין שם וכן כתב בספר הזכות סימן ס"ב עיין שם והתוס' בסהנדרין דף ג' ע"ב בד"ה ד"מ וכו' כתב וז"ל תימא דבריש המוכר פירות אמר שמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לא נילף בק"ו מד"ן כדאמר הכא וא"ל דד"נ גופיהו לא אזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן דהא בריש פרק בן סורר ומורה משמע דבכל דוכתא אזלי' בתר רובא כד"ן כגון רוב נשים לט' ילדן ורובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא וצ"ל דרובא להדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא הילכך לא סמכינן אהך רובא בד"מ עכ"ל וכתב הרב תה"ד סימן שמ"ט דהא דקיימ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב היכא דאיכא חזקת ממון נגד הרוב אף על גב דבשאר דוכתי אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף שאני חזקת ממון דאית בה טעמא דהממע"ה עיין שם ואם כן גם בממון הולכין אחר הרוב אחר רוב גמור בק"ו מד"ן ולא אמר שמואל אלא ברוב שאינו חשוב וה"נ דרו' בני אדם אין פורעי' בתוך זמן רוב גמור הוא ואפשר דאביי ורבא דאמרי תרוייהו דעביד איניש דפרע בגו זימניה מודו דרובא לא פרעי גו זימניהו אלא דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דאינו רוב גמור והלה טוען בריא ור"ל סבירא ליה דרוב גמור הוא אבל התוספו' בר"פ המניח תי' בע"א ומשמע דאין הולכין בממון אחר הרוב אפילו ברוב גמור ודוקא גבי דייני' ילפינן בק"ו ע"ש

ונראה דהכא כיון דבריא בחיובא וס' בפירעון חשיב המלוה כמוחזק כדקי"ל באומר לחבירו איני יודע אם הלויתני דפטור והאומר לחבירו הלויתני וא"י אם פרעתי' חייב וכ' ה' פמ"א ח"ב סי' כ' בשם הר"ח חיון דבספיקא דדינא כשיש ס' על החיוב הלוה הוא המוחזק והמלוה מוציא אבל כשהמלוה הוציא שטר מקויים והלוה מודה בו אלא שטוען פרעתי ומוציא שובר על הלוה להביא ראיה שפרעו לקיים שוברו ע"ש וכ"כ הכנה"ג בתשו' סי' ח"ן ד' ע"ט הטעם דבאומר א"י אם הלויתני פטור כיון שאינו מודה על ההלואה הוי מוחזק בשלו אבל באומר הלויתני וא"י אם פרעתי' כיון שהוא מודה על ההלואה חשיב המלוה כמוחזק וכאלו בא זה להוציא ממנו ע"ש וכן ראיתי להרשב"א בחי' לגיטין בפ' הזורק ד' ע"ח שכ' וז"ל הק' הר"א א"כ הא דקתני נמי לענין החוב מע"מ יחלוקו היינו נמי בב' כתי עדים אמאי יחלוקו אדרבה הול"ל אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונ' ובחזקת מריה ותי' דהכא לתרויהו אית להו חזקה למלוה א"ל אוקי אחזקתיה שהיה מחוייב לו הלוה קודם שנולד הספק ללוה א"ל חזקה דא"ל אוקי ממונא בחזקת מריה הילכך יחלו' וא"ת אדרבה הו"ל כהלויתני וא"י אם פרעתי' או לא דקי"ל דחייב י"ל דש"ה דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל וכו' ע"ש הרי דהלויתני וא"י אם פרעתי' כיון דליכא רגלים לדבר שפרעו א"ל למלוה אוקי אחזקתיה שהיה חייב לו הלוה וא"כ הא

דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"ד בס' בחיוב משום דאיכא חזקת ממון נגד אותו רוב אבל בס' בפירעון אדרבה המלוה חשיב כבמוחזק ואפי' בדליכא רגלים לדבר דלא הוי כהלויתני וא"י אם פרעתי כיון דליכא חזקה לזה וחזקה לזה פשיטא דאזלי' בתר רובא וחזקה דלא אמרי' אין הולכין בממון אחר הרוב אלא בדאיכא חזקה נגד הרוב וא"כ שפיר אמרי' חזקה אין אדם פורע בתו"ז משום דהמלוה הוי כבמוחזק:

אבל ק' מדאמרי' בפ"ב דכתובו' בעדים שאמ' קטנים היינו דאין נאמנים משום דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול ואפי' רבנן לא פליגי חלא משום מגו דא"ב אמר מזוייף וכ"כ הרשב"א דעדים שאמרו שהלוה היה קטן באותה שעה אין נאמני' ופסקו מור"ם בסי' מ"ו סל"ח ע"ש וכן באשה שאמרה לבעלה גרשתני דאמרי' חזקה דאין אשה מעיזה פני' בפני בעלה סובר הרמב"ם דנאמנת אפילו לגבות כתובתה כמבוא' בא"ה סי' י"ז ע"ש וכ"כ בעה"ת והטור ומרן בסימן פ"א שכ"ח מנה לפ' בידי וקפץ ונשבע על הודאתו בפני עדים ובא המלוה ותבעו וטען שלא להשביע את עצמו כיון דנשבע לשקר אין שומעי' לו וכן אם טען שכחתי כשנשבעתי אין שומעי' לו דחזקה אין אדם נשבע לשקר אלא באמת ע"ש הרי בכל הני החזקו' מוציאי' ממון מחזקתו אפי' היה הספק בחיוב וכבר ראיתי למהריק"ו שרש ע"ב וז"ל על אשר כתבת דהסברא נכונה דיש לנו חזקה אוקי ממונא בחזקת מריה נגד חזקה דרב המנונא ידוע כי כמה חזקות יש בתלמוד אשר מחמת' מוציאי' ממון כגון חזקה דר"ל פ"ק דב"ב וחזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול בפ"ב דכתובו' וכהנה רבות ולא החזקה דאוקי ממונא בחזקת מריה תעמוד מנגד והטעם נכון למבין כי א"ל אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקה דאתי ממילא כגון חזקת הגוף אבל היכא דחזקה באה מחמת טעם כגון דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז או חזקה דאין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקה דפ' המדיר פשיטא דאין חזקת ממון עומדת כנגדה שהרי בהיות חזקה ההיא אמתית אין חזקת ממון כלום דא"כ הוא דלא פרעו שהרי בתו"ז היא נמצא זה מחזיק בממון שלא כדין כלום אבל במקום חזקת הגוף פשיטא דחזקת ממון מהניא כנגד חזקת הגוף כגון אוקי בחזקת בתולה שהרי נולדה בתולה ואע"ג דבעולה לפנינו אין אלא מטעם דאין לנו לבדות הנולד והשתנות משעת ראותנו אותו וכולי ומשום כך דין הוא דא"ל אוקי ממונא בחזקת מריה כנגדה דג"כ אין לנו לבדות ההשתנות ממון מיד בעליו כי אם כאשר יוכרח אבל כנגד חזקות התלויות בסברא דקי"ל לרבנן דהכי הוא פשיטא דלא תעמוד חזקת ממונא כדפי' וראיה יש מפ' המדיר עכ"ל הרי שכ' דלא אמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקת הגוף שהיא עשויה להשתנות אבל כל חזקה התלויה בסברא

וקי"ל לרבנן הכי הא עדיפא מחזקת ממון ולהכי אמרי' חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול ומוציאי' ממון וכן אמרי' חזקה אין אדם פורע ומניח השטר ביד חבירו ומוציאי' ממון:

וראיתי להתוס' בפ' הנשרפין גבי הנסקלין בנשרפין כ' וז"ל שאל הריב"ם את ר"ת אמאי קאמר ר"ש ידונו בסקילה שהשריפה חמורה ניזיל בתר רובא להחמיר בד"נ כדאיתא בפ"ק דחולין ותי' דלא אזלי' בתר רובא לחייב אותו שהוא זכאי מכל וכל שלא הרג כלל ול"ד לאותן שהרגו ודאי אלא דלא ידעי' אי טריפה הואי אי שלם הואי וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דגם בד"ן לא אזלי' בתר רובא אלא ודאי וא"כ א"ל דילפי' ד"מ מד"ן ולא אמר דאין הולכים בממון אחר הרוב אלא דוקא התם דס' חייב כלל דבד"נ גופיהו לא אזלי' בתר רובא לחייב שהוא זכאי ובזה ניחא מ"ש התוס' ביומא ד' פ"ה בד"ה לצרי' וכו' תימא דהול"ל כולהו לניזק אם רוב ישראל דנגחי תורא דידן לתורא דידהו וכו' ע"ש וק' דהא קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ומוהר"י ן' חביב נדחק דאליבא דרב דסבר הולכין בממון אחר הרוב ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ג סימן שמ"ח דשאל על הירושלמי שאמר נהרג מטבריא לציפורי חזקה ישראל וז"ל הא מספ"ל דאפ' דאיתא להא דירושלמי משום דבאיסור הולכין אחר הרוב ושמא אף בד"נ כן ועוד מדאמרי' (עכ"מ ושאר הדף קרוע ואח"ך מצאתי דף א' והוא תשלומין להא דלעיל וזה נוסחו) ועדים זוממין וליחוש דילמא טריפה הוה אלמא בד"ן אזלי' בתר רובא ובר"פ בן סו"מ חי' הכי מדתנן א' אומר בשנים בחדש וא' אומר בג' בחדש עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חדש וזה אינו יודע ואמאי ונימא בדוקא קאמרי ונמצא מכחישי' זא"ז אלא ש"מ דאזלי' בתר רובא דרוב אינשי טעו בעיבורא דירחא ע"ש ק' תימא על הרשב"א דלא דייק מגמרין הכי וכן ק' על התוס' בר"פ הנשרפין שכ' דבספק אם הרג כלל לא אזלי' בתר רובא הרי התם ספק אם הרג כלל דעדים מכחישי' אהדדי ואפ"ה אזלי' בתר רובא וי"ל דהתם לקיים עדות העדים אזלי' בתר רובא שלא לפסול אותם ומה"ט בד"מ נמי אזלי' בתר רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא כמ"ש הטור בסי' ל' בשם הרמ"ה ע"ש וכה"ג כ' הריב"ש סי' קצ"ג וז"ל כדאמרי' בפ"ק דפסחי' לאביי דס"ל דלר"מ אין אדם טועה ולא כלום המעשה היה בי' וכו' ואפי' לרבא לא פליג בה"ט אלא דמשום דבד"ן לא לכווני סהדותייהו בהכי למקטל גברא משו' דכתי' ושפטו העדה והצילו העדה אבל בד"מ אפי' וכו' נימא בהכי דהכי הוה עובדא והאי קאמר בסוף והאי קאמר בתחלה כדי לכוון עדותם עש"ב הרי דס"ל דאפילו למ"ד דבד"נ לא אמרי' הכי למקטל גברא משום דכתיב והצילו העדה בד"מ אמרי' הכי כדי לכוין עדותם:

וראיתי למהרימ"ט חא"ה סי' כ"ז שכ' דהא דאמרי' רוב' וחזקה רובא עדיף ה"ד שלא מכח סברא ולא מכח רובא אלא דאמרי' העמד דבר על חזקתו כגון העמד טמא על חזקתו אבל חזקה דאין אדם פורע בתו"ז באה מכח סברא דאנן סהדי שלא פרע דהלואי שאדם יפרע בזמנו ועדיפא מרובא ע"ש וה' הלכות יו"ט ד' ל"ו וד' נ"ב הביא לו ראיה ע"ש וכה"ג אמרינן בפ"ק דפסחים ואין ספק מוציא מידי ודאי והתניא חבר שמת והניח מגורה מליאה פירות אפי' הם בני יומן הוי הן בחזקת מתוקני' והא הכא דודאי טביל הני פירי וספק מעושרים וכו' ופיר"שי משום דרוב חברים מעשרין הם מיד קודם שיניחנה מתחת ידו ומשני התם ודאי מעשרים דאר"ח חוזאה חזקה על חבר שאין מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן ופיר"שי לאו משום דהולכים אחר הרוב אלא חזקה וכו' ע"ש הרי דחזקה עדיפא מרובא וא"כ א"ל אע"ג דאין הולכי' בממון אחר הרוב מ"מ חזקה זו דעדיפא מרובא עדיפא מחזקת ממון דהממעה וכ"כ מהר"אי בפסקים וכתבו בסי' רכ"ט דאזלי' בתר רובא דרובא דממון ע"ש וכן ראיתי בשיט' קידושין בפ' האומר שכ' וז"ל וק"ל הא דמ"ל בפ"ק דב"ב ד' ה' וכו' ולא פשטא ממחלוקת ר' ור"ן וכו' י"ל ההיא חזקה מעליא היא טפי שהיא חזקה דכולי עלמא לא עביד דפרע בגו זמניה ואינו על אדם זה בלבד הילכך לא אתי מ"ל לשקר ועקר לה להההיא חזקה וכו' עכ"ל הרי שחי' בין חזקה שעל אדם זה בלבד לחזקה דכ"ע לא פרעי בגו זמניהו דחזקה מעליא היא מיהו אכתי ק' בשטר דאמרי' זייר ליה אפשיטי דספרא וגרע מעדים וחזקה דצריך שבועה כמ"ש התוס' שם וכן במגו נגד השטר כדאמרי' בפ' המוכר את הבית במפקיד בשטר דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכ' רשב"ם שם אבל מלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי דא"ל אידך שטרך בידי מ"ב דגבי לוה ליכא מגו דאפי' נאנסו צריך לשלם ע"ש אלמא בשט"ח נמי אי איכא מגו נאמן ולמאי דס"ד התם דאין הנפקד נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כ' התוס' שם דאפי' למ"ד מודה בשטר שכ' צריך לקיימו ונאמן לומר פרעתי במגו ולא אמרי' שטרך בידי מ"ב משום דזמנין אפשיטי דספרא זייר ע"ש וא"כ גרע מעדים דלא אמרי' מגו במקום עדים ומחזקה דמ"ל אי אמרי' מגו וא"כ אמאי מוציאין ממון בשטר מכח טענת שטר' בידי מ"ב אע"ג דהרוב אין פורעין ומניחין השטר ביד המלוה כיון דזמנין זייר ליה אפשיטי דספרא והלוה טוען בריא פרעתי לכ"ע אין הולכין בממון אחר הרוב דהך חזקה נמי דאין אדם פורע ומניח השטר אע"ג דגרע מעדים דמיעוטא דמיעוטא הוא עדיף מרובא דמיעוטא דמיעוטא הוא דפורעין ומניחין השטר אפשיטי דספרא וכן חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אע"ג דלא חשיב כעדים דהא מגו במקום עדים לא אמרי' ומגו במקום חזקה מ"ל וקי"ל קולא לנתבע מ"מ עדיף מרוב ואזלי' בתר

רובא דרובא דממון אבל ראיתי להמב"יט ח"א סי' מ"ג שכ' גבי עסקא וז"ל נר' דיכול לומר שלא נתן מה שנתן בשביל ריוח מפני שלא היה ריוח בעיסקא במגו שיכול לומר השתא פרעתי אע"ג דאם לא הוי משום ריוח הוי קרן וחזקה אין אדם פורע בתו"ז הך חזקה היינו כשהמלוה כופר שלא פרע אבל היכא דליכא הכחשה ביניהם במה שפרע אלא שהלוה מחזיק אותו בקרן ומלוה בריוח מהימן בשבועה כיון דאיכא מגו דהך חזקה לאו חזקה אלימתא היא דהא איכא רבוותא דסברי דלא אמרי' דגוב' מן היתומים בתו"ז אלא בגדולים אבל קטנים לא ואפי' בשבו' דשמא אתפשיה צררי כמ"ש המ"מ בפ"יד מה' מלוה וכן שאבד והעדים קיימים שקנה מידו לזמן נאמן לומר פרעתי תו"ז וכו' עכ"ל הרי דס"ל דהך חזקה גרועה היא הפך בנו מהרי"מט וכן ראיתי לה' גופי הלכות סי' רמ"ב וסי' שפ"א שכ' דחזקה זו לאו חזקה אלימתא דכמה אינשי דפרעי גו זמנייהו והראיה דרבא סבר הכי ולא יהא אלא מיעוט אינשי הא איתרע פורתא דחזקה ע"ש ועי' במהרש"דם סי' ס"ו ומצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' ש"ך שכ' וז"ל ראובן לוה משמעון מנה בשטר ובשבועה לפרוע לו לששה חדשים וחזר ולוה ממנו בשטר שלא בשבועה כל זמן שירצה ומתוך זמן השטר הא' פרע סתם מנה א' ועכשיו אחר עבור ששה חדשים תבעו שמעון בשטר השבועה והשיב ראובן דאותו מנה שפרע מחמת אותו מנה שלוה בשבוע ואע"פי שפרעו בת"ז וכו' תשובה הדין עם שמעון התובע דכל שפרע סתם לא על אותו שלא הגיע זמנו פרע דלא עביד איניש דפרע גו זמניה וחזקה זו חזקה גדולה היא עד שאנו סומכין עליה אף ליפרע מן היתומים קטנים וכו' עש"ב הרי דאפי' במקום שבועה דאיכא נמי חזקה ואין אדם עובר על שבועתו אמרי' חזקה אין אדם פורע בתו"ז דחזקה גדולה היא: ד' כתב מהר"י ן' מיגש הובא בש"מ לכתובות על ד' י"ט גבי האומר שטר אמנה וכו' דאם אמר פרוע הוא נאמן במגו דא"ב מחיל ליה וה"ד לאח"ז אבל אם זמן השטר עדיין כיון דקיי"ל חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זמניה לא מהימני' ליה עי"ש ודבריו תמוהים דמגו במקום חזקה בעיא ולא איפשיטא הוא וקיימא לן קולא לנתבע כמ"ש הפוסקים ואם כן התם נמי יהא נאמן שלא להוציא מהלוה ועיין בהש"ך סימן ק"ח ס"ק ז' שכ' לדעת הטור דדוקא התם דא"ב לא אמר כלל שפרע בתוך זמן וקיימא לן הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' ואפש' שזה דעת מהר"י ן' מיגש דאינו נאמן במגו דא"ב מחיל ואפשר דסביר"ל כמ"ש בש"מ לבתרא וז"ל ועוד נר' דהכא מיירי שיש עדים שהלוהו מדקאמר תבעו אחר זמן ולא קאמר תבעו תוך זמן אין נאמן במגו דלהד"מ ולכך כל זמן שהוא תוך זמן עדיף מסברא דשטרך בידי מ"ב אבל כשעבר הזמן תו אינו בחזקת חיוב ולכך מ"ל ול"ד להא דרמב"ח דכל זמן שהשטר ביד זה שכנגדו בחזקת חיוב אמרינן וה"נ בתוך

הזמן בחזקת שהלוהו ואפילו היה לו מגו אינו נאמן עכ"ל גיליון אלמא בתוך זמן בחזקת חייב ואפי' יש לו מגו אינו נאמן וה"נ אינו נאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל ועיין מה שכתבתי בסימן ע"ה על תשו' הרשב"א: ה' לא אמרינן חזקה אין אדם פורע בתוך זמן אלא דוקא אם פרע מעות בעין אבל כל שפורע בסחורה אפ' דבההיא הנאה שמרויח באותה סחורה שפורע בה נתרצה לפרוע תוך זמן מהרש"ך חלק רביעי סי' צ"ו עיין שם: ו' חזקה אין אדם פורע בתו"ז וכו' יש מי שכ' דה"ד כשטוען פרעתי הכל אבל אם טען פרעתי זוזא זוזא אפי' בת"וז נאמן וכבר דחה ה' באר יעקב דא"כ מאי מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה תיפשוט דלא אמרי' מגו במקום חזקה מד"רל גופיה דאל"כ אמאי אינו נאמן לומר פרעתי הכל במגו דפרעתי זוזא זוזא עיין שם ועוד דאם כן אמאי גובה אפי' מהיתומי' ולא טעני' להו שפרע אביהם זוזא וא"ל דטענה זו גרועה היא ואם טען אותה נאמן אבל לענין מגו שיהא נאמן דטענה אחרת במגו דטענה זו אינו נאמן ומהאי טעמ' לא טעני' ליורשים כן דמלתא דלא שכיחא לא טעני' להו וכה"ג כתב הכנה"ג בסימן ע"א הגב"י אות י"ד ואות כ"ב גבי טענת מחילה דלא שכיחא ואם טען נאמן אבל לענין מגו לא מהניא ומה"ט לא טעני' לה ליורשים והביא ראיה מדברי התוס' גבי עובדא דרבא בר שרשום אף על גב דאם טען לקוחה היא נאמן לא הוי מגו ע"ש וכן כתב מהראנ"ח חלק א' סימן כ"א וה"נ דכותה מיהו בסי' ע"ה דין י"ז הוכחתי מדברי התוספו' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' דסביר"ל גבי טענת מזוייף ונאנסו לא שכיחא ואפי"ה מהנו לענין מגו ונאמן לומר פרעתי והחזרתי במגו דמזוייף וה"נ אף על גב דמחילה לא שכיחא מהניא לענין מגו דנאמן לומר פרעתי דמגו דמחילה ע"ש וה"נ א"ל דנהי דטענת פרעתי זוזא זוזא לא שכיחא ולכך לא טעני' ליורשים מכל מקו' מהניא לענין מגו כמו טענת מזוייף ונאנסו במגו דפרעתי זוזא זוזא ואף על גב דנר' דטענת מזוייף ונאנסו שכיחא ולא שכיחא דהא איכא מ"ד דנאנסו מלתא דשכיחא היא וטוענים ליורשים נאנסו כמ"ש בסימן ס"ט ס"ה עיון שם ואם כן אפילו למ"ד דלא טענינן ליורשים מהניא לענין מגו אבל טענת מחילה ופירעון בתוך זמן לא שכיחא כלל ולא מהניא אפילו לענין מגו הרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ה והנ"י בפרק הגוזל בתרא סביר"ל דטוענ' ליורשי' כל מה שיוכל אביהם לטעון אפילו טענה דלא שכיחא כלל כמ"ש בסימן ק"ח ואם כן אמאי גובה מהיתומים ולא טעני' להם שפרע אביהם בתוך זמן זוזא זוזא ועוד דהא גבי נאנסו נשבע וגובה מחצה דאפילו לא שכיחא צריך שבו' יפרע מנכסי יתומי' וה"נ אמאי גובה מנכסי יתומי' בלא שבו' נטעון להם שפרע זוזא זוזא וצריך שבו' לפחות דכל שהיה אביהם היה נאמן אפילו בטענה דלא שכיחא דלא טענינן להו צריך המלוה לישבע לגבות מהם אלא ודאי ליתא.

ז' דחזקה אין אדם פורע בתוך זמן וכו' נרא' דאפי' טען הלוה שהמלוה א"ל שאם יפרע לו כך וכך מהחוב ימחול לו השאר ולכך פרע לו בתוך זמן כדי שירויח מה שמחל לו אינו נאמן דאם כן אמאי מלוה ע"פ תוך זמן גובה מהיתומים נטעון להו הכי ואל תטעה בתשו' הרב פני משה סימן ז' שכתב וז"ל דבשלמא איפרע בצי' ממה שכבר נתחייבו היה צודק דפרעה גו זמנה כדי להרויח וכו' ע"ש מיהו א"ל דמלתא דנא שכיחא היא שיפרע בתוך זמן כדי שימחול לו ואין טועני' ליורשים כן אבל אם טען הוא ברי נאמן: ח' חזקה אין אדם וכו' כתב הסמ"ע דה"ד בטוען טענת בריא וכו' והרב קול יעקב ד' נ"ז ע"ג תמה ממה שכתב הטור סי' ק"ח ס"ד וז"ל אם מת המלוה והיורשים וכו' גובים מהם ע"ש הרי אפילו יורשי המלוה טוענ' שמא גובי' ול"ל התם משו' דשניה' טוענ' שמא והוי כבריא ובריא דה' עצמו בפרישה כתב דאפילו יורשי המלוה באים לגבות מהלוה עצמו דינא הכי ע"ש ולק"מ דמה שטוענים ליורשים טענת בריא חשבינן לה כמו שהוכיח בסימן קי"ח ע"ש אבל אם טען הלוה עצמו שמא ל"א חזקה זו:

ט דחזקה אין אדם פורע בתוך זמן וכו' דהיינו דוקא בטענת בריא אבל אם הלוה טוען בריא שפרע והמלוה אינו יודע פטור כדקיימא לן בסימן נ"ט במלוה שיש בידו שט"ח מקויים וטען הלוה שהוא פרוע והמלוה א"י דאינו גובה בו וכתב בעה"ת ש' כ"ג משום דלוה טוען בריא והמלוה טוען שמא אוקי ממונא בחזקת מריה ואתרע שטרא ול"ד ליורשי המלוה שבאים ליפרע מן הלוה שנשבעי' שבו' היורשים ונועלי' דהיורשים היקלו עליהם מפני שהם אנוסים ולא פשע ולא היה ליה לדקדק מה שאין כן האב ע"ש ואף על גב דא"ל דחזקה אין אדם פורע בתוך זמן עדיף משטר דאין צריך שבועה וטענת דשטרך בידי מ"ב לא מהני לפוטרו משבו' כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ב ע"ש דהא מ"ל אי אמרינן מגו במקו' חזק' או לא וקיימא לן קולא לנתבע ואין מוציאין ממון א"כ מכח מגו עם חזקת ממון דחי' חזקה אין אדם פורע תוך זמן וה"נ אף על גב דבאומר מנה לי בידך והלה אומ' א"י קיימא לן כמ"ד דלא אמרינן ברי' ושמא, ברי' עדיף אלא אוקי ממונא בחזקת מריה וקי"ל מגו להוציא לא אמרי' מ"מ מצרפין בריא ושמא עם מגו ומוציאין ממון דהא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה זו וקיימא לן קולא לנתבע אלמא מצרפין מגו עם חזקת ממון ודוחין חזקה ה"נ במקו' בריא ושמא מצרפין בריא עם חזקת ממון ודוחין החזקה דאין אדם פורע בתוך הזמן וכן אמרינן בפ"ק דכתובות באומרת משארסתני נאנסתי וכו' דנאמנת מהאי טעמא משום דבמקום מגו או חזקה דגופא אמרינן בריא ושמא בריא עדיף וכמ"ש מהר"י ן' פלט בתשו' הביאו בעה"ת שכ"ט ח"ב סי' ך' דבמקום דאיכא תרתי חזקה או מגו בהדי ברי ושמא מדחי' חזקת ממון תרי אנפי עיין שם באורך והכא נמי

כיון דאמרינן מגו בהדי חזקת ממון ומדחי' חזקה דאין פורע בתוך זמן ה"נ בדאיכא חזקת ממון בהדי בריא ושמא דלעולם מדחי' חזקה בתו"ז מקמי תרי אנפי
יו"ד חזקה אין אדם פורע בתוך זמן וכו' עיין בתשו' הרא"ש כלל ע"ז וכתב הרב משנה למלך מהלכות מלוה פי"א אף על גב דאיכא שובר אפ' דס"ל דתלי' שנכתב השובר קודם שטר החוב כיון שלא נתברר איזה מהם מקודם ע"ש ונר' משו' דחזקה עדיפא משטר כמ"ש התוס' בבתרא דף ה' בד"ה מ"י וכו' דבחזקה אין צריך שבו' וטעמא דשטרך בידי מ"ב לא מהני לפוטרו משבו' עיי"ש ולמ"ד המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו משום דא"ל שטרך בידי מ"ב כ"ש דסב"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה דחזקה עדיפא משטר והא דמ"ל מי אמרינן מגו במקום חזקה או לא היינו למאי דקיימא לן המפקיד אצל חבירו בשט' אין צריך להחזיר בעדי' דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דא"ל דבחזקה לא אמרינן מגו משום דחזקה עדיפא משט' והתוס' בשבועות דף מ"ה כתבו בשם ריב"א דהכא צריך להחזיר בעדים משום דשטרך בידי מ"ב אבל בפ' המוכר את הבית דמיירי בעיסקא דפלגא מלוה א"ל דאפשיטי דאספרא זייר ליה עיין שם הרי דסביר"ל דדוקא בפקדון למ"ד אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו מה"ט דשטרך בידי מ"ב אבל במלוה מודה דא"ל דאפשיטי דספרא זייר ליה וכן דעת הגמ"י בפי"ד מה' מלוה דה"ט דשטרך בידי מ"ב לא הוי חזקה אלימתא לגבי הלואה אלא לענין פקדון כמ"ש מהרש"ך ח"ב סימן רל"ו עי"ש ואם כן הא דמ"ל מי אמרינן מגו במקום חזקה או לא אתיא למי כרמב"ח דדוקא במפקיד אצל חבירו סביר"ל דלא אמרינן מגו במקו' חזקה דשטרך בידי מ"ב לפטור משבו' ובחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אין צריך לישבע וכ"ש למאי דקיימא לן המפקיד אצל חבירו בשטר אין צריך להחזיר בעדים דנאמן במגו דנאנסו ובחזקה מ"ל אי אמרינן מגו או לא אלמא חזקה עדיפא משטר ואם כן אף על גב דבשטר ושובר שיצאו ביום א' קיימא לן דיד בעל השטר טל התחתונה ולא אמרינן שטרך בידי מ"ב מכל מקום אם הוא בתוך הזמן תלינן שהשובר נכתב קודם השטר מכח חזקה ועוד אפשר דבמלוה על פי בעדים בזמן והוציא הלוה שובר באותו יום עצמו אף על גב דאיכא חזקה לא תלי' שנכת' השובר קודם חוב זה והרא"ש דוקא בשטר סב"ל דתלי' שנכתב השובר קודם השטר מכח חזקה זו והשטר שבידו דמסייע שלא נפרע: י"א חזקה אין אדם פורע בתוך זמן וכו' כ' הרדב"ז ח"א סי' ץ' דחוב שאינו מבורר חזקה דלא פרע ונפרע מן היתומים והביאו הכנה"ג אות י"ב עי"ש וכן כ' הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תקי"ז דחוב שאינו מבורר אפילו אביהם אינו נאמן לומר החזרתי ואת"ל שאביהם נאמן אין טוענין ליורשים כן דמלתא דלא שכיחא

היא עיין שם ונראה דודאי גובה מיתומי' גדולים דאף ע"ג דאביה' נאמן לומר החזרתי אין טוענין ליורשים כן דמלתא דלא שכיחא ולא טענין טענה דלא שכיחא כמ"ש מרן סי' הדין ה' אם יטענו היורשים על שטר שמוצאין ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה וכו' טענתם טענה אבל אנן לא טענין להו ע"ש בהסמ"ע והש"ך וכ"כ האחרונים ע"ש אבל ביתומים קטנים נראה דאם אביהם היה נאמן טוענין ליתומים קטנים טענה דלא שכיחא וכה"ג כתבו התוספות בכתובות דף צ"ב בד"ה ראובן וכו' בס"ד עיין שם אבל דעת הרדב"ז אפי' אביהם אינו נאמן בחוב שאינו ברור לומר החזרתי דחזקה דלא פרע ואם כן גובה אפי' מיתומים קטנים כגון חוב בתוך זמן וכן כתב מהרימ"ט ח"א סימן ק"ה וז"ל בחובו שהיה ביד אחרים וגבותה היא ונכנסו לרשותה וכו' נראה דלא נאמנת לומר החזרתי כיון דמיעיקרא אמרה שבעלה נתן לה כל הנכסים במתנה ולכך תפיסת' אינה עשויה לחזור דמי יימר דמחייבו ליה רבנן דומיא דההיא בפ"ק דבתרא בחזקת שלא נתן וכו' דאמר מי יימר דמחייבו לי רבנן וכו' וכן מוכח מההיא דפ"ק דמציעא וכו' וסברא גדולה היא דהלואי שיפר' אדם אחר שפסקו דינו שכמה פעמים מתוך שבני אדם מתעצמי' בדין ומעכבים את הממון באים לידי פשרה וכו עיי"ש וכ"כ בסימן קי"ב עיין שם באורך: י"ב דחזקה אין אדם פורע בת"וז וכו' ואפי' נשבע על החוב שיפרעו בזמן ע' וטען שפרעו בתו"הז אינו נאמן והוי חשוד שעבר על שבועתו מהרש"ך ח"ב סימן צ"ו ע"ש ונ"ל ראיה מתשו' הרשב"א ח"ג סי' ש"ך שכתבתי בסימן נ"ח ס"ד עיי"ש וכתבתיו לעיל וכן מתשוב' מהר"י ן' הרא"ש הביאה מרן הב"י בסימן ל"ד ובסימן צ"ד וז"ל אם היתה השבו' כתובה בשטר ולא היה כתוב בה שלא יוכל לטעון שפרע והוא אומר שקיים שבו' ופרע אף על פי שלא היינו יכולים לפוסלו מחמת השבו' שמא פרע מ"מ צריך לפרוע השטר ע"ש הרי דאפי' יש שבו' בשטר ונאמן לומר שפרע לגבי השבו' אינו נאמן לגבי הממון משום דחזקה דשטרך בידי מ"ב וכבר הוכיחו התוס' בפ"ק דב"ב דחזקה זו עדיפא משטר דבחזקה גובה בלא שבו' ובשטר צריך לישבע ע"ש ואם כן דכיון דגובה בשטר אפילו יש בו שבו' וכ"ש חזקה דאין פורע בתו"ז: י"ג דה"ה אפוטרופוס שהיה מתעסק בנכסי יתומים כיון דאין לו הנאה ה' עדות ביעקב ס' מ"ח ע"ש:

י"ד אפי' קטנים וכו' כן הסכמת הפוסקים ועיקר וכ' מהרי"בל ומהרש"דם בתש' דלא מ"ל היתומים קטנים לומר קי"ל וכו' הש"ך וכן הסכים מהר"חש ח"א ס' מ' ע"ש הטעם: ט"ו אפי' קטנים נפרעים מהם בל"ש וכו' ראובן שהתנה עם חתנו שמעון לזון אותו עשר שנים וחיי' עצמו מעכשיו בקנין בסך לשנה אם לא רצה להיות לזון על שלחנו וכו' ומת ראובן והניח יתומים קטנים וכו' פשיטא דקנה ואפי' שמת כשאר חוב דעלמא תדע

דהמקבל עליו לזון את בת אשתו אם היה שם קנין גובה מנכסי' משועבדי' וכו' ולענין אם גובה חוב זה אפי' מיתומים קטנים ל"מ למ"ד כיון שלא הגיע זמן הפירעון לא עביד דפרע בגו זמניה אלא אפי' למ"ד דאפי' שטר שלא הגיע זמנו אין גובין אותו מיתומים קטנים מודה בנ"ד דהתם ה"ט דילמא צררי אתפסי אבל הכא עדין לא נתחייב בחוב זה שהרי היה ניזון על שלחנו ואין אדם מתפיס צררי לחוב שעדין לא בא וכו' הרדב"ז ח"ב סי' תרכ"א ע"ש ומ"ש ה' קול אליהו ח"ב סי' י"ד דכתובה תוכיח דאע"ג דעדין לא הגיע זמן החוב עד שימות הבעל חיישי' לצררי ע"ש כבר כת' התוספות בפ' השולח במתני' דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה וא"ת והא לא נתנה כתובה לגבות מחיים ואר"ל בפ"ק דב"ב חזקה אין אדם פור' בתו"ז וכו' ע"ש:

ט"ז ואפי' מיתמי וכו' אם מת המלוה בתו"ז הפירעון וכשתבעו יורשיו ללוה הוציא שובר חתום בעדים שפרע כל חובו קודם מותו ודאי העדים אלו צריכין דרישה וחקירה שיש קצת אמתלא שהם עידי שקר שחזק' אין דרך בני אדם לפרוע החוב קודם הזמן הקצוב אז לפרוע לכן צריך חקירה יפה אולי יתברר שקרונם ואחר החקירה אין כח בחזקה זו לבטל ב' עדים כשרים ועדותם עדות וכו' הרא"ש בתשו' בס' חזה התנופה סי' נ"א ע"ש. י"ז אפי' קטנים נפרעין מהם בלא שבועה וכו' כן דעת רוב הפוסקים דאפילו מיתומים גובה מהם בלא שבועה מכח חזקה דאין אדם פורע בתו"ז ונר' דמשום דחזקה גדולה היא כמבואר בתשו' הרש"בא ח"ג סי' ש"ך שכתבתי לעיל והתוס' בפ' המפקיד בד"ה ודילמא וכו' כ' וז"ל וא"ת הא דתנן בפ' כל הגט המביא גט ממ"ה והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים וכו' וי"ל דגבי דוקא וכו' אבל הכא אדרבא החמירו בנכסי יתומים וכו' וכבר כ' ה' תה"ד סי' שמ"ט דלאו דוקא גבי גט היקלו משום עיגונא דכל דליכא סברא לא להקל ולא להחמיר דודאי מוקמי' לה בחזקת קיימת ודוקא גבי יתומים החמירו כמ"ש התוס' בפ' כל הגט ע"ש וכ"כ בס' א"ז למציעא בשם תוס' שאנץ וז"ל ונ"ל דאע"ג דבעלמא מוקמי' גברא בחזקת שהוא קיים שא"ה דחשו חכמים לתקנת היתומים טפי וכו' אלמא במקום חזקה חשו לתקנת יתומים קטנים וכה"ג כ' התוס' בכתובות ד' צ"ב בד"ה ראובן וכו' דביתומים קטנים חיישי' טפי ע"ש וא"כ הכא דנפרעים אפי' מיתומים קטנים בכח חזקה דאין אדם פורע בתו"ז צ"ל דחזקה גדולה היא וכן התוס' בפ' האשה שלום בד"ה או"ד וכו' שאין הוה כלל שהוא פורע בתו"ז ע"ש וא"כ ודאי דחזקה זו עדיפא מחזקת הגוף שהרי כ' התוס' בפ' המדיר דחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף ואלו חזקה זו עדיפא מחזקת ממון דמוציאין ממון מכח חזקה זו

י"ח יש להסתפק בנשבע לפרוע בזמן פ' וטען שפרעתי' בתו"ז החוב משום דחזקה אין אדם נשבע לשקר כמ"ש הטור ומרן סי' פ"א אמר מנה לפ' ונשבע על הודאתו ובא הלה ותבעו והשיב שלא להשביע את עצמי נתכוונתי והשבועה היתה לשקר אין שומעין לו דחזקה דאין אדם נשבע אלא באמת וכ' הש"ך שם סק"ח דאפ' לא היתה השבועה בעדים או עבר הזמן דאיכא מגו אינו נאמן ע"ש א"כ חזקה דאין אדם נשבע לשקר אלימא מחזקה דאין אדם פורע בתו"ז דהא הכא מ"ל מי אמרי' מגו במקום חזקה וקי"ל קולא לנתבע ונאמן לומר פי בתו"ז במגו אבל מכח חזקה דאין אדם נשבע לשקר נאמן אפי' במגו אלמא חזקה זו עדיפא וכה"ג כ' הש"ך בסי' קמ"ו ס"ק כ"ה ע"ש א"כ נר' דנאמן לומר פרעתי' בתו"ז אם יש שבועה דחזקה דאין אדם נשבע לשקר מרעא להך חזקה

וראיתי למהרש"ך ח"ד סי' צ"ו שכ' דאפי' נשבע על החוב לפורעו בזמן פ' וטען שפרעתי בתו"ז אינו נאמן והוי חשוד שעבר על שבועתו ע"ש ואפ' דדוקא בשבועה דלעבר אמרי' חזקה דאין אדם נשבע על שקר אבל בשבועה דלהבא לא וכה"ג מחלקו' בסו' ל"ד דעובר על השבועה דלהבא לא נפסל לעדות ולשבועה משום דבשעת שבועה לא יצא מפיו שבועה לשקר שאון בדעתו לקיים שבועתו ע"ש וגם למ"ד דבשבועה דלהבא נמי נפסל משום דס"ס הרי עבר על שבועתו אבל לענין זה אפשר דלא אמרי' חזקה אין אדם נשבע על שקר מיהו מדבר מהרימ"ט ח"מ סי' ס"ה מבואר דאפי' בשבועה דלהבא אמרי' חזקה אין אדם נשבע לשקר ובודאי לא יחזור וה' דבר משה ח"ב סי' יו"ד הכריח דבסי' פ"א מיירי דוקא תו"ז דליכא מגו דפרעתי' שהרי כ' בעה"ת סוף שמ"ב כיון דאמר זה בשבועה הו"ל כאילו נטל לאותן עדים קנין על כך וכו' ובשכ"ח כ' אם המחהו בפני עדים או שקנו ממנו בפני עדים וחזר ואמר טעיתי אינו נאמן וכן אם קבע זמן לפורעו וא"ל בתוה"ז ההמחאה בטעות היתה נאמן אבל אם המחהו שלא בעדים נאמן במגו דלהד"מ וכן אח"ז נאמן במגו דפרעתי ע"ש הרי דאפי' בקין או בשטר נאמן במגו וה"נ (עכ"מ):

י"ט אפי' מיתומים קטנים וכו' ראובן שמת והניח יתומים קטנים ויש עליו חובות בשטרות ושעבד להם מטלטלי אג"מ ואחר שלוה מן האחרון לא קנה מטלטלי ונמצא שלא נשתעבדו הנכסי' אלא לראשון אלא שהוא הגיע זמנו ליפרע ואין נפרעי' מנכסי' יתומים עד שיגדלו והשטר אחרון לא הגיע זמנו ליפרע וכולי תשו' נכסים אלו נשתעבדו למי שקדם שטרו ולא לאחרון כיון שלא קנה נכסים אחר שלוה ממנו ומ"ש אין נפרעי' מנכסי יתומים עד שיגדלו ה"ד לתועלת היתומים שמא יביאו ראיה אבל לא להפסיד את המלוה אשר קדם שטרו לזכות את האחרון שלא נשתעבדו לו הנכסים לכן שורת הדין שרואין כמה הוא חוב הא' ומניחים אותו בב"ד והשאר נותנים אותו לב"ח המאוח'

וכשיגדלו היתומים אם מצאו ראיה שפרע אביהם נותני' אותו לב"ח המאוחר חובו ואם לא ימצאו ראיה נותני' אותו לב"ח הקדום שנשתעבדו לו וכו' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' ע"ט ע"ש:

ך' אפי' מיתומים קטנים וכולי הרא"ש כ' בשם הר"י דאע"ג דלא חיישי' לפירעון בגו זמניה לצררי חיישי' דמשכון עביד איניש דמתפיס בתוה"ז ואף בשעת הלואה ולהכי לא פי' טעמא דאין נזקקין משום פירעון אלא משום צררי לאשמועי' דאף בתוה"ז אין נפרעי' וכו' וק' דהא רב הונא בריה דר"י דפי' טעמא דאין נזקקין משום צררי הוא ס"ל כאביי ורבא דעביד איניש דפרע בגו זמניה וא"כ אכתי ק' אמאי לא פי' טעמא דאין נזקקין משום פירעון ונר' דס"ל דגם לאביי ורבא מלתא דלא שכיחא היא לפרוע בתוה"ז ולא טעני' ליורשים טענה דלא שכיחא אבל ראיתי בס' א"ז לבתרא ד' ל' שכ' הרשב"א וז"ל ותמה ע"ע היאך נעשה לרבא טועה בדבר שהכל יודעי' דטעני' ליורש ומלוה ע"פ אפילו לא עבר זמנה לדברי רבא אינו גובה מיורשים וכולי ע"ש הרי דס"ל דלרבא דאדם פורע בתוה"ז ה"נ טעני' ליורש וכ"כ הרמ"ה בפ' ג"פ סו' קל"ג ע"ש ונר' דהרמ"ה ס"ל דטוענ' ליורשים כל מה שאביהם יכול לטעון אפילו טענה דלא שכיחא דדוקא נאנסו לא טעני' מטעם אחר שכ' בפ' המוכר את הבית ע"ש וכן דעת הרשב"א בתשו' שהביא מהרשד"ם סי' ע"ז ע"ש וא"כ לפרוע בתו"ז אע"ג דלא שכיחא טעני' ליורשים אבל הר"י אפ' דס"ל כדעת התוס' והרא"ש דלא טעני' ליורשים טענה דלא שכיחא וכן ראיתי בס' א"ז בפרק הכותב שכן דעת תר"י בשם רבם ע"ש והב"ח כ' דרשב"ם בפ' חזקת דף ל"ג בד"ה ולכי גדלי וכולי ס"ל דאפי' מת בתוה"ז לא גבי מקטנים בלא שבו' ותמה הכנה"ג בתשו' סי' ע"ד מנ"ל דמיירי דמת בתוה"ז ולא במת לאח"ז אי משום דלאח"ז אינו נוטל בשבועה אפ' דלא פי' כן רשב"ם אלא לדברי אביי דס"ל דלא אמרי' חזקה דפרע בנו זמניה ואביי הוא דאמר התם ולכי גדלי וכו' ע"ש ולכאור' לאביי תוה"ז דינו כלאחז"ז דאינו גובה מלוה ע"פ אפי' בשבועה וע"ש בחי' הרמב"ן ובש"מ אבל לפי מ"ש ניחא דאפילו לאביי דלא אמרי' חזקה דלא פרע בגו זמניה מ"מ מלתא דלא שכיחא היא ולא טעני' ליורשים מלתא דלא שכיחא אבל לענין שבועה בקל רמיא שבועה אפי' בטענה דלא שכיחא ולכך אינו גובה בלא שבועה וכה"ג כתב הרא"ש בריש בתרא שם:

כ"א אפי' קטנים נפרעין בלא שבו' וכולי כ' הר' בית דוד סימן כ"ה מדכת' רשב"ם דף קע"ד וז"ל ואע"ג דקי"ל לקמן בג"פ מלוה ע"פ גובה מיורשי' ה"מ כגון דשמתו' ומת בשמתיה א"נ בחייב מודה ולא כ' נמי בתו"ז ע"ש דהתם קאי אליבא דר"ה בריה דר"י דהוא ס"ל בריש בתרא כאביי ורבא דעביד איניש דפרע בגו זמניה ע"ש וא"כ אינו גובה

מהיתומים: כ"ב אפי' קטנים נפרעין מהם בלא שבו' וכו' אבל חרם סתם נר' למעשה שצריך הר' בית דוד סי' כ"ה ע"ש:

כ"ג אפי' קטנים נפרעין מהם בלא שבו' וכו' והתוס' בפ"ק דב"ב ד' ה' בד"ה ואפי' וכולי כ' נר' דביתומים גדולים מיירי אבל בקטנים לא גבי אפילו בתו"ז וכו' ואפילו לר"ה בריה דר"י דמפ' טעמא משום צררי וכולי אפילו נתקבלה העדות בחיי האב מצית למימר דחיישי' לצררי אפי' בתוה"ז בקטנים כדאשכחן גבי אלמנה בפ' השולח ע"ש וכה"ג כ' התוס' בכתובות ד' צ"ב בד"ה ראובן וכולי וז"ל ותימא הואיל ולא זקפו ליכא למיחש לצררי אם כן למאן דמפרש טעמא וכו' משום צררי משכחת לה דנזקקין כמו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ולא זקפו עליו במלוה ומת ושלם שמעון המעות ליתומים ואח"ך נמצאת שאינו שלו הרי עכשיו חוזר על היתומים ונזקקין הואי' ולא חיישי' לצררי וא"ל רבי דביתומים גדולים לא חיישי לצררי כה"ג ביתומים קטנים חיישי' לצררי עכ"ל הרי דאע"ג דבנדולי לא חיישי' בקטני חיישי' טפי וה"נ אז"ל בתו"ז דלא חיישי' לצררי בגדולים אבל בקטנים חיישי' וכן כתב הג"א בשם מהרי"ח עיין שם:

כ"ד אינו נאמן וכו' התנה הלוה עם המלוה שיהא נאמן לומר שפרעו אם טען הלוה שפרעו בתו"ז נאמן כמ"ש הטור סימן ע"א בשם בעה"ת והכנה"ג נסתפק לדעת הרא"ש דיכול לומר לאביהם האמנתי ולכם לא האמנתי דאפ' דגם אם טען הלוה עצמו פרעתי תוה"ז אינו נאמן דא"ל במלתא דשכיחא האמנתיך במלת' דלא שכיחא לא האמנתיך ע"ש ולי פשוט דהרא"ש מודה דהלוה עצמו אם טען תוה"ז פרעתי' נאמן וכן משמע בהדיא מדברי מרן בסימן ע"א דין כ"ב ע"ש ושו"ר להר' קול יעקב ד' נ"ח ע"ג ע"ש:

כ"ה וגובה בלא שבועה וכולי יש להסתפק אם יש ע"א שפרע לו בתוה"ז אם צריך המלוה שבו' נגד העד דחזקה זו עדיפא דבשטר אינו גובה אלא בשבו' ובהך חזקה גובה בלא שבו' כמ"ש התוס' בריש בתרא ע""ש וא"כ אפ' דאפי' (עכ"מ) וכעין זה מצאתי בס' ארעא דישראל אות כ' שכ' אע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב אם יש ע"א לרוב לתובע הולכין אחר הרוב כמ"ש הרז"ה ברפ"ב דכתובות דאי איכא נמי חזקה הולכין אחר הרוב וה"ה רוב וע"א כמו רובא וחזקה אלא שהביא ראיה דאפי' איכא ע"א אין הולכין אחר הרוב מדתנן אלו נאמנין להעיד בגדלן מה שראו בקטנן וכו' זכור הייתי בפ' שיצאת בהינומ' וראשה פרוע וכו' ואמ' ר"ה בריה דר"י והוא שיש גדול עמו ורוב נשים בתולות נישאות וא"א כיון דאיכא ע"א ורוב נשים בתולות נישאות עדות הקטן למאי בעיא איברא דהרמב"ם ס"ל דר"ה בריה דר"י לא קאי איצאת בהינומא וכולי אבל רוב הפוסקים ס"ל דקאי נמי איצאת בהינומא וכולי וכן כתב מרן בא"ה סימן צ"ו עיין שם וכן י"ל ממתני'

דקתני ואם יש עדים שיצאת בהינומ' וראשה פרוע כתובתה מאתים ואי ע"א בהדי רוב מהני ליתני רבותא דאם יש ע"א שיצאת בהינומא וראשה פרו' כתובתה מאתים מה"ט דאיכא נמי רובא דרוב נשים בתולות נישאות אלא ודאי דאין הולכין בממון אחר הרוב אפי' איכ' ע"א ע"ש ואין זה הכרח דבר"פ המוכר פירות פרכי' מינה לרב טעמא דאיכא עדים הא ליכא לא ואמאי הלך אחר רוב הנשים ורוב נשים בתולות נישאות אמר רבינא משו' דא"ל רוב הנישאות בתולות יש להם קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא ע"ש וא"כ אע"ג דאיכא ע"א אין הולכין אחר הרוב דאיתרע אבל רוב גמור אף ע"ג דלא מהני לחודיה מ"מ בצירוף ע"א מהני והתם דאיתר' ליה רובא אם לא היה עדות הקטן אע"ג דאיכא עד א' לא מהני אבל בצירוף עדות הקטן אע"ג דאיתרע רובא מ"מ רוב נשים בתולות נישאות עדיף מרובא דרוב הנישאות בתולות יש להם קול וסגי בגילוי מלתא בעלמא כמ"ש התוס' שם ומ"ש התוס' שם וז"ל לשמואל דלא אזיל בתר רובא א"ש אע"ג דאיכא רוב גמור אכתי צריך לגילוי מלתא ע"ש א"ל דהשתא לא בעי שמואל גדול אחר עמו גבי יצאת בהינומא ברוב גמור דא"כ ל"ל עדות הקטן אלא בעדות הקטן סגי כיון דרוב גמור הוא בגילוי מלתא סגי אבל למסקנא גם לשמואל מוקי למתני' באין לה קול דאיתרע רובא ואפ"ה חשיב גילוי מלתא ומהני בצירוף עדות הקטן וגדול שעמו:

כ"ו אינו נאמן דחזקה אין אדם וכו' אם יש ב' כתי עדים שפרעו וב' עדים מכחישי' אותם נר' דנאמן המלוה שלא פרעו מכח חזקה וכה"ג כ' מהראנ"ח ח"ב סי' מ' במגו במקום עדים דאם יש ב' כתי עדים המכחישי' זא"ז אמרי' אוקי תרי בהדי תרי ונאמן המלוה בטענת המגו וכן הוכחתי בסי' פ"ב בדיני מגו ע"ש וה"נ אוקי תרי בהדי תרי ונאמן המלוה שלא פרעו מכח חזקה דאין אדם פורע בתו"ז דלא גרע מגו דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אלא דקיימא לן קולא לנתבע שלא להוציא מהלוה אבל גבי מלוה כיון דאמרינן מגו אפילו במקום דעדים מכחישים אותו ה"ז דאמרינן חזקה במקום עדים כיון שעדים אחרים מסייעי' לחזקה וכבר כתבתי בסי' ע"א גדולה מזו דאם השטר ביד המלוה ויש ב' כתי עדים מכחישים בפירעון נאמן המלוה מכח חזקה דשטרך בידי מ"ב ע"ש וכ"ש חזקה זו דאין אדם פורע בתו"ז דאלימא מחזקה דשטרך בידי מ"ב דבשטר צריך לישבע ובחזקה זו א"צ לישבע כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ב ע"ש

כ"ז

כ' מהריב"ל ח"א סי' ט' דבשותפות לזמן ומת ראובן קודם תשלום הזמן טוענ' ליתמי דילמא נחלק השותפות דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז משום דהלואי שיפרע אדם בזמנו אבל לחלק השותפות תו"ז דבר מצוי הוא וכו' ובדברי הטור ומרן סי' ק"א גבי שטר כיס

מוכח בהדיא דבתוה"ז אין טועני' ליורשים החזרתי וז"ל הרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' ע"ז ואע"ג דבין הכי ובין הכי נשבע וגובה מחצה משום חששא דפירעון נ"מ דאי איתברר שלא פרע כגון דמת בגו זמניה א"נ דאודי מגו מרעיה דלא פרע וכו' א"נ היכא דהימניה כל היכא דאמר דלא פרעיה דכה"ג לא מהני' ליה ללוה מגו ליהמניה דפרע וכיון דאיהו לא מהימן ליתמי לא טענ' ולאונסי' לא חיישי' וכו' עכ"ל הרי מבואר דבתוה"ז אפי' הוא עצמו אינו נאמן לומר החזרתי ולכך אין טוענים ליורשים וה' כה"ג הגב"י אות ג' נסתפק בדעת מהריב"ל אם אמרי' בעיסק' חזקה וכ' דעתו נוטה דלא אמר ה' אלא בשותף כיון דיש לו חלק בקנין ליכא חזקא דדילמא בשביל קטטא וכו' אבל בשמתעסק שאין לו קרן אלא חלק בריוח לבד חזקה דסובל כל מה שעושה לו בעל הקרן בשביל הנאת הריוח ע"ש וא"כ א"ש דס"ל בעיסקא כמבואר בדברי הרמ"ה והטור אפ' דמודו בשותפים אבל מהר"ן אשכנזי סי' ד' כ' דלא אמרי' חזקה דוקא ומהריב"ל שכ' טעמא דקטטא לרוחא דמלתא נקטיה ע"ש נר' דס"ל דגם בעיסקא לא אמרי' חזקה זו:

כ"ה אם היא מלוה בשטר וכו' משמע דבשטר א"ן קבלת עדות בחיי אביהם דקי"ל דמקיימים השטר שלא בפני בע"ד וה"ה ביתומים קטנים וכ"כ הע"ש בהדיא ע"ש וכ"כ הרמב"ם בפ' י"ד מה' מלוה והסמ"ג עשין צ"ד ומרן סי' ק"י ס"ו קרקע שהיתה בחזקת קטנים וכו' אין מוציאין אותה מידם עד שיגדלו שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אבל אם הוציא שטר שהיא לקוחה בידו ה"ז מקיים השטר ומוציאין אותה וכו' ע"ש וה"נ מקיימים שטר שהוא בתו"ז להוציא מהיתומים וכ"כ הרמ"ה בפ"ק דבתרא סי' נ' דאי מלוה בעדים היא אע"ג דמת בגו זמניה לא גבי לה מיתמי עד דגדלי דאין מקבלין עדים וכו' ואי מלוה בשטר היא גבי לה אפי' מקטנים דאי משום קבלת עדות שלא בפני בע"ד ליכא וכו' וכיון דקי"ל עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד הו"ל כמאן דאסהידו בהאי מלתא בפני בע"ד וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ד' והובא בב"י בסי' זה ובס"ס רפ"א וז"ל אלא דכל כה"ג דלא הגיע זמן הפירעון בחיי האב מעמידין אפטרופוס וכו' ואי משום אין מקבלין עדים וכו' הא קי"ל מקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד וכו' ע"ש ומ"ש הרשב"א ופסקו מרן בסי' ק"ח סי"ו ואפי' מתקיים השטר בחותמות ואפי' מפי עדים שאמ' אנו חתמניהו ונקב יש בו מצד פ' אין מקבלין מהם לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דכבר מרן בב"ה דשאני התם דרגלים לדבר וכו' וכ' הש"ך שכן משמע בחי' הרמב"ן בפ"ק דב"ב וז"ל אלא דרבינא כבר דמקיימי' השטר שלא בפני בע"ד ומסקנא דכיון דלא אפקי' חיישי' ולא מזקקי' ליה לקיומי עד דגדלי דשטר ריעא הוא לדידן ולא טרחי' ביה לקיומי עכ"ל לכאו' דהרמב"ן מדמי ליה

לשטר ריעא וסובר כדעת הרמ"ה שכ' הטור סי' ס"ג דאפי' אם עידי השטר מעידים שזהו חתימתם אינו מועיל דחיישי' שמא זייף עד שהם סבורים שהיא חתימתם אבל הא ליתא דמדברי הרמב"ן מוכח בהדיא דאם עברו וקיימו השטר גובי' בו שכ' וז"ל ק"ל אם במקויים היכי חיישי' וכו' וסתברא דלא מקויים אלא דרבינא סבר דמקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד וכו' ומסקנא כיון דלא אפקיה חיישי' וכו' דכשטרא ריעא הוא לדידן ולא טרחי' ביה לקיומי עכ"ל משמע דאם נתקיים אפי' בעדים אחרים לא חיישי' למזוייף אלא דלכתחילה לא טרחי' לקיומי כיון דאיתרע ולא מדמי' ליה לשטרא ריעא לגמרי דהתם לכ"ע אפי' הוא מקויים אין גובין בו והכא בדיעבד אם נתקיים קורעים השטר אבל הרשב"א שכ' אפי' נתקיים בחותמיו ואפי' עדים שאמרו וכו' משמע דאפי' נתקיים בדין אין דנין ע"פ עדותם דכל קבלת עדות שלא בפני בע"ד דאפי' בדיעבד אין דנים ע"פ וז"ל הנ"י כ' הרשב"א שאע"פ שמקויים בחותמיו ואפי' העדים כיון דזייף וכההיא דאמרי' בפ' ג"פ וכו' אפי' אמרו העדי' אנו חתמינהו ונקב יש בצד פ' אין מקבלין מהם לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכו' עכ"ל הרי בהדיא דאפי' מקויים כבר חישי' שמא זייף בטוב עד שנר' שהיא חתימתם וס"ל בשטר ריעא כהרמ"ה או דס"ל דאע"ג דשטר ריעא אם העידו עדיו שהם נקבוהו וחתמוהו גובים בו זה גרע טפי דאפי' עידי השטר קיימו אותו חישי' שמא מזוייף בטוב עד שנראה להם שהיא חתימתם וז"ש ואפי' העדים וכו' ר"ל אפי' מקויים מפי העדים עצמם של השטר ומזה מוכח דאע"ג דהרשב"א סבירא ליה דטעמא דמקיימים את השטר שלא בפני בע"ד לפי שלא על מנה שבשטר הם מעדים אלא חתימת העדים אין חי' בין עדים אחרים בין עידי השט' דאף על גב דאם הם עצמם מעידים על חתימתן קי"ל כרבנן דעל מנה שבשטר הם מעידים מקיימים שלא בפני בע"ד משום דס"ס אין מעידין עכשיו על דבר חדש כמ"ש הדרישה בסי' מ"ו ודעת מהרש"ח שם נוטה דלטע' הרשב"א כיון דקיימא לן כרבנן דעל מנה שבשטר הם מעידי' אין מקיימי' בעידי השטר שלא בפני בע"ד וכתבתי שם דברי הרמ"ה דסביר"ל הכי עש"ב וא"כ ה"נ אין מקיימין השיב' מפי עידי השטר עצמם משום דאין מקיימי' שלא בפני בע"ד ואפי' הרשב"א שכתב ואפי' מתקיי' השובר בחותמיו וכו' מדמי ליה לשטר ריעא וסבירא ליה התם דדוקא אם נתקיים מפי עדים אחרים אין גובין בו אבל אם העידו עדים שהם כתבו וחתמו גובי' בו דלא חיישינן שזייף עד שנ"ל שהיא חתימתם והכא נמי אפילו אם נתקיים השובר בחותמיו וכו' ל"מ אם נתקיים מפי עדים אחרים דחיישי' שמא זייף בטוב עד שנ"ל שהיא חתימת העדים אלא אפי' אם נתקיים מפי עדים עצמם דשטר ריעא גובין בו דלא חיישינן לזיוף הכא לא משום דאין מקיימי' שלא בפני בע"ד דקיימא לן כרבנן

דעל מנה שבשטר הם מעידים והו"ל כקבלת עדות דאין מקבלין שלא בפניו אבל מדברי הנ"י משמע דמקיימין אפי' על פי העדים עצמם ודוקא הכא משום דחיישינן לזיוף בטוב עד שנ"ל שהיא חתימתם וכבר כתב הכנה"ג בסימן ק"ח הגב"י אות ס"א ובתשו' ח"א סימן נ"ח דף נ"א דהרשב"א שכ' לפי שאין מקבלין עדותם שלא בפני בע"ד לא קאי למ"ש ואפילו נתקיים בחותמיו אלא למ"ש העדים שאמרו אבל הא דאין מקיימי' אותו לאו מה"ט הוא אלא משום דחיישינן לזיוף כמ"ש הנ"י עיין שם באורך ומהר"ם אלשיך סימן קל"ו כתב דסביר"ל אין מקיימי' השטר על הקטן והביאו הכנה"ג בסי' ק"ח ע"ש ומתשו' הרשב"א ח"ג סימן ר' שכתב וז"ל ולא עוד אלא דכל כה"ג דלא הגיע זמן הפירעון בחיי האב מעמידין אפוטרופוס ליתום כדי לפרוע לב"ח וכו' ואי משום דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד הא קיימא לן מקיימי' את השטר שלא בפני בע"ד וכו' והביאו מרן הב"י סימן זה ובס"ס רפ"א ע"ש נראה לכאורה דסביר"ל דמקיימי' את השטר על הקטן היפך מהרמ"א אבל ראיתי להדרישה בסימן מ"ו שכתב דודאי מקיימי' השטר על הקטן מיהו היינו דוקא לקיימו אבל לא לגבות ממנו מיד ע"י הקיו' דמסתבר לומר דדוקא גדול דידע במילי דאבות אפי' יבא לגבות ממנו על ידי קיום הרי יכול להביא עידי אבותיו לסתור את הדין משא"כ קטן דאינו יכול לחזור ולהביא עידי אבותיו לסתו' את הדין ובזה ל"ק מסי' ע"ח דהתם תו"ז דחזקה שלא נפרע מ"ה נפרעים ממנו דכיון שהוא תוך זמן כגדול דמי וכן כתב הרשב"א בתשו' טעמא דמקיימי' שלא בפני בע"ד משום דלא על מנה שבשטר הם מעידין אלא חתימת העדים הרי דטעמא דכיון שאינו על שחייב לו והבע"ד יכול להביא עדים לסתור את הדין אין קפידא בדבר וממילא ביתום קטן דלא שייך ה"ט אין מקיימין שלא בפניו ע"ש ואם כן מ"ש הרשב"א בתשו' ח"ג דמקיימין השטר על הקטן ה"ד בתוך זמן דנפרעין ממנו אבל בסי' ק"ח לקרוע השטר אין מקיימין השובר כיון דקטן אינו יודע לחקור ולהביא עידי אבותיו אבל מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ב סימן קל"ט שכתב באשה שמכרה ירושתה לא' ומתה והניחה בן קטן וז"ל אבל אם שטר המכר מקוייי' מוציא הלוקח זה הספרים מיד השליח ואם שטר המכר אינו מקוייי' מקיימו ואע"פ שאותו בן היורשה קטן לפי שמקיימין השטר שלא בפני בע"ד וכו' ע"ש הרי בהדיא דס"ל דמקיימין השטר על הקטן ומוציאין ממון ממנו וכן כתב בספר א"ז לקמא דט"ל וז"ל ואף על גב דאמרינן בערכין דכשחייב מודה בפני ב"ד או בפני עדים ואמר כתבו וחתמו דמשעה שכתב נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואי משום קיום עדותם הא אמרינן בפ' הגוזל דמקיימין השטר שלא בפני בעל דין וכו', הרשב"א ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"מ סי' ז':

כ"ט מלוה על המשכון ונאבד באונס וטען הלוה שפרע לו תוה"ז שקבע כדי שיתן לו משכונו ואח"ך נאבד הדבר ברור שהלוה נאמן דאין כאן חזקה דאין אדם פורע בתו"ז שרצה הלוה שלא יהא משכונו ביד אחר ה' קרבן העדה על היורשלמי בקידושי' פ' האומ' ע"ש ואין נר' כן שהרי כתב הבעה"ת סוף ש"א והביאו מרן הב"י סימן צ"ו במשכון בשעה שהחזירו המלוה ללוה דנאמן הלוה לומ' פרעתי' במגו דהחזרתי לך ואם הוא בתו"ז אינו יכול לומ' פרעתי' אע"ג דאית ליה מגו ע"ש אלמא אפי' במשכון אמרי' חזקה אין אדם פורע בתו"ז והכנה"ג שם הגב"י אות כ"ז ע"ז בשם מהרד"ב דבסי' ע"ח משמע דאפי' תוה"ז אמרי' מגו ע"ש וכן הק' מהרש"ף דהא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע ואמאי הכא אינו נאמן ואולי י"ל בדוחק דאינו במגו אלא מעין הטענה שאומ' כגון פרעתי תוה"ז מגו דיכול לומר פרעתי' אחר הזמן אבל בנדון זה שהוא בתו"ז אינו נאמן לומר פרע תוה"ז במגו דהחזרתי דאין המגו מעין הטענה וכו' ע"ש ואין נר' כן מדברי הרשב"א ח"ד סי' י"ט שכ' על ראובן שנתחייב ע"פ ב"ד לפרוע לשמעון לאח"ז תבעו בב"ד שיש לו על ראובן מנה שגבה ממנו ר"ק מסתברא דאינו נאמן דחזקה אם היה כדבריו לא היה מקבל עליו בפני ב"ד לפרוע ואע"ג דאית ליה מגו דא"ב אמר פרעתי במקום חזקה אלימתא כי האי דלא אמרי' מגו ואע"ג דבעיא היא בריש בתרא אי אמרי' מ"ל לשקר במקום חזקה או לא דמסתברא דחזקה דרובא עדיפא ואלימא ע"ש משמע דאפילו מטענה לטענה אמרי' מגו במקום חזקה אם לא בחזקה אלימתא כי התם וכ"כ הרשב"ץ ח"א סימן קנ"ב וז"ל דאפילו בחזקה גמורה היכא דאיכא לא סמכי' אחזקה דהא בפ' השותפי' מ"ל אי אמרי' מ"ל לשקר במקום חזקה או לא ומספק לא מפקי' ממונא וכן פסק הרי"ף וכולי ומעתה את"ל דחזקה מעולה היא זאת היכא דאיכא מגו לא סמכי' לאפוקי ממונא ובודאי דהכא מגו מעליא איכא שהרי לוי יכול לפטור עצמו בטענת נאנסו וכו' הרי דס"ל דאפילו במקום חזקה נאמן במגו דנאנסו דלאו ממין הטענה הוא וכן מוכח מדברי התוס' בפ' השותפין בד"ה מי וכו' ע"ש ולדברי הכנה"ג ניחא מ"ש מהר"י ן' מיגש בס' א"ז לכתובות גבי האומר שטר אמנה וכו' דאם אמר פרוע הוא נאמן במגו דא"ב מחיל ליה וה"ד אח"ז אבל אם זמן השטר עדיין כיון דקיימא לן חזקה דלא עביד איניש דפרע גו זמניה לא מהימנא ליה עיי"ש דמביר"ל דלא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה וקיימא לן קולא לנתבע אלא דוקא באומר פרעתיך תוך זמן במגו דפרעתיך אחר זמן אבל אינו נאמן לומר שפרע בתוך הזמן במגו דיכול למחול דאין המגו מעין הטענה וקרוב לזה תי' הפרישה בסימן צ"ז וז"ל דשאני התם דאם אמר אחר הזמן פרעתי' היה נאמן ומשום דשפת יתר דסיים ואמר בתוך זמן א"ל מגו המגו דהחזרתי והוה ליה מגו

במקום חזקה אבל אכתי ק' דבסימן ע"ח כתב רבינו והוא פשוט לכ"ע דאם אין עדים בהלואה ובקביעות הזמן נאמן לומר פרעתי במגו דלהד"מ וכו' ע"ש ואם כן א"ל שכן דעת מהר"י ן' מיגש דדוקא לאחר זמן נאמן לומר פרעתי בתוך הזמן במגו דא"ב אמר פרעתיך ושתיק ומ"ש דהא אין עדים בהלואה ובקביעות הזמן נאמן לומר פרעתיך ואפילו בתוך הזמן במגו דלהד"מ אפ"ל דמגו דלהד"מ אלים דהוי כמגו דא"ב שתיק וכן הוכיח מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ה דמגו דלהד"מ אמרינן אפילו להוציא והסכים עמו ה' נתיבות משפט דף קפ"ח וכן כתב עוד דף ק"ט דאמרי' מגו דלהד"מ לפטור משבו' לכ"ע מה"ט דהוי כמגו דאי בעי שתיק ע"ש אלמא אף על גב דקיימא לן דלא אמרי' מגו להוציא ולא מגו לפטור משבו' מגו דלא הד"מ אלים טפי ונאמן אפילו להוציא ולפטור משבו וה"נ אף על גב דלא אמרינן מגו במקום חזקה מגו דלהד"מ אמרי' דהוי כמגו דא"ב שתיק מיהו בסי' פ"ב וסי' צ"ג דחיתי דברי מהר"ם הלוי והוכחתי דאפילו מגו דלא הד"מ לא אמרינן להוציא ולא לפטור משבו' עש"ב אך מ"ש הפרישה דפשו' לכ"ע דאם אין עדים בהלואה וכו' לא ראה מה שכ' ר' ירוחם נתיב ל' ח"ב וז"ל ואם אין עדים כשקבע לו נאמן במגו דיכול לומר לא קבעתי ויש מי שכתב דאינו נאמן לומר פרעתי דמגו במקום חזקה וכו' עיין שם ואפש' דיש מי שכ' ס"ל הכי דדוקא לאחר זמן נאמן לומר פרעתיך בתוך זמן במגו דאי בעי אמר פרעתי ושתיק אבל בתוך זמן אינו נאמן אפילו במגו דלהד"מ או דס"ל דכל שהוא בתוך הזמן בחזקת חייב הוא כמ"ש בספר א"ז לבתרא שם הנ"י וכמש"ל ואפשר שזה דעת הר"י הברצלוני ולכך הטור כתב סתם דנאמן במגו ולא חי' משמע אפי' בתוך זמן נאמן במגו דאכתי ק' על בעה"ת שהביא דברי ר"י הברצלוני ובשער ט"ז כתב דאם אין עדים בהלואה או בקביעות הזמן נאמן לומר בתו"הז במגו דלא היו דברי' מעולם עיין שם:

ל' ובלבד שיש עדים בהלואה ובקביעות הזמן וכו' ואם יש ביד המלוה כת"י הרי הוא כאילו יש עדים שקבע לו זמן מהריב"ל הביאו הכנה"ג אות כ"ט ע"ש ועיין בספר א"ז לכתובות דף כ"א בד"ה ותנן וכו' וא"ת לפי דעת הרמב"ם שסובר דכל כת"י יכול לומר פרעתי מאי חששא איכא הכא וכו' ועוד תירץ הרא"ה דדילמא כתב ביה זמן דלא יכול למימר פרעתי וכו' עיין הרי דכת"י הוי כעדים וגם שאר פוסקים שלא תירצו כן כבר כתבתי בסימן ס"ט דסבי"ל דהתם אביי קאמר לה והוא סביר"ל בפ"ק דבתרא דגם בתוך הזמן נאמן לומ' פרעתי עש"ב או משום דמיירי אפילו לא כתב בו זמן דומיא דמתני' דמייתי' עלה הוציא עליו כת"י עש"ב אבל למאי דקיימא לן כר"ל דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן ודאי דכת"י שיש בו זמן הוו כעדים וכן קיימא לן בסי' ע"ט דאם הוציא עליו

כת"י שהוא חייב לו וא"ל להד"מ ואין זה כת"י אם הוחזק כת"י בבית דין או שבאו עדים שהוא כת"י הוחזק כפרן ומשלם עיין שם וה"נ אם טען פרעתי ונתקיים כת"י שהוא בתוך זמן הוחזק כפרן אבל אם לא נתקיים אפילו הודה שהוא כת"י והוא בתוך זמן נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף דאין זה סותר הודאתו דאפילו בתוך זמן נאמן במגו במקום חזקה דזה פשוט דהודאתו כק' הדים דמי והרא"ש בתשובות הביאו הטור בסימן ע"א ס"ך על שטר שיש בו נאמנות והלוה הוציא כת"י למלוה שקצתו פרוע והמלוה מעסק אחר הוא אינו נאמן דהא יש עדים שפרעו אינו נאמן לומר סטראי נינהו וה"נ כת"י מעיד שקבל ממנו הממון דהודאת בע"ד כק' עדים דמי עיי"ש הרי דכת"י הוי כעדים ומבטל השטר ואינו נאמן לומר סטראי נינהו וה"נ כת"י הוי כעדים בהלואה ובקביעות הזמן וכ"כ בס' א"ז לכתובות:

ל"א ובלבד שיש עדים בהלואה וכו' משמע דוקא שיש ב' עדים אבל אם לא היה רק ע"א בהלואה ובזמן אפי' הוא מודה אלא שטען פרעתי נאמן במגו שהיה מכחיש העד וכ"כ בסי' פ"ט גבי שכיר דנשבע ונוטל וכו' בד"א כשיש ב' עדים ששכרו אבל אם לא היו שם ב' עדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך וכו' משמע בהדיא דלא היו ב' עדים אפי' היה ע"א נאמן במגו דלא שכרתי' וכ"כ הרמב"ם בהדיא בפי"א מה' שכירות דין ו' וכ' המ"מ שכן נר' דא"א דע"א סגי לא היו אומרי' בגמ' שכרו בעדים וכו' ע"ש אלמא אמרי' מגו שהיה מכחיש העד ולישבע ואף שיש לומר דשאני שבועת שכיר דתקנת חכמים היא ובמגו כל דהוא אוקמוה אדיניה כמ"ש הרא"ש בפ' כל הגט והמ"מ שם מ"מ נר' מדנקט הכא שיש עדים בהלואה וכו' משמע דוקא ב' עדים אבל אם היה ע"א נאמן במגו שאין מכחישו וא"ל כיון שטוען פרעתי בתוה"ז נגד חזקה דאין אדם פורע בתו"ז והוי כמכחיש העדים אמרי' מגו דלהד"מ שאינו מכחיש רק ע"א אך ק' דהא דמי לשטר בע"א שפסק הרמב"ם ומרן בסי' נ"א ואם טען הלוה פרעתי ה"ז מחוייב שבועה ואין יכול לישבע ומשלם אבל חם טען לא לויתי נשבע להכחיש את העד ונפטר וכ' הריב"ש סי' שצ"ב דס"ל כיון שאם היו ב' בשטר היו מחיבי' אותו ממון ואינו נאמן לומר פרעתי אף ע"א בשטר מחייבו שבועה וכיון שהוא מודה שלוה ואינו מכחיש תת העד הו"ל כב' בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' ק' ע"ש וה"נ כיון שחם היו ב עדים בהלואה ובזמן, היו מחייבי' אותו ממון ואינו נאמן לומר פרעתי אף ע"א מחייב אותו שבועה וכיון שהודה בהלואה והזמן אינו מכחיש העד אינו נאמן לומר פרעתי אבל הרשב"א בתשו' חלק על הרמב"ם בשטר בע"א דכל מקום שב' מחייבי' אותו ממון בעדותם ממש כגון שהעידו ב' שהלוהו מנה והלה אומר לא הלויתי

ה"ז מתחייב ע"פ עדותם וכו' אבל כשהוציא עליו שטר שחתומי' בו ב' עדים והוא אומר שפרע אינו מחוייב לשלם משום עדותם ממש שהרי אין מעידים שלא פרעו והם אינם יודעים אם פרעו אם לא ולא מחמת עדותם אנו מחייבי' עכשיו אלא משום חזקה דשטרך בידי מ"ב וכו' ע"ש וה"נ אם היו ב' עדים בהלואה ובזמן והוא אומר שפרע לח מחמת עדותם אנו מחייבי' אותו אלא משום חזקה דאין אדם פורע בתו"ז א"כ אם היה ע"א נאמן לומר פרעתי ולכאו' נר' דגם שחולקי' בשטר בע"א דנאמן לומר פרעתי היינו מטעם כיון שאין בו רק ע"א לא חשש להניחו בידו וליכא חזקה דשטרך בידי מ"ב אבל הכא דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז אינו נאמן לומר פרעתי אלא במגו שהיה מכחיש העד וכ' התוס' בבתרא דל"ד גבי נסכא דר"א בד"ה הוי וכו' וא"ת ולהימניה בשבועה במאי דאמר דידי חטפי במגו דא"ב אמר לא חטפי וכו' ואור"י דודאי אם לא העד מחייבו שבועה היה נאמ' במגו וכו' אבל השתא דמחייבו שבועה לא מהימן בשבועה ע"י מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו אבל ק' וכו' לכן נר' כמ"ש ריב"ם דודאי הוי מגו וכו' ור"א סבר אע"ג דאית ליה מגו כיון דאיכא ע"א המחייבו שבועה מ"ה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר וכו' עכ"ל וא"כ לדעת ר"י דלא אמרי' מגו בטענה שהעד מכחישו ומחייבו, שבועה, ה"נ כיון דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז ואינו נאמן לומ' פרעתי אלא במגו דלהד"מ אם היה ע"א לא אמרי' מגו מטענה שהעד מכחישו ומחייבו שבועה אבל לריב"ם דהוי מגו אלא אפי' איכא מגו כיון דע"א מחייבו כן הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ולא יועיל מגו ליפטר הכא:

ל"ב שאם אין עדים נאמן וכו' ואם תפס המלוה נר' דאין מוציאין מידו דה"נ מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה ותפיסתו תפיסה כמ"ש הש"ך ס"ק י"ט ע"ש וא"ל דהכא ודאי אמרי' מגו במקום חזקה כיון דליכא עדים והפה שאס' הוא הפה שהתיר ואפ' תפס מוציאי' מידו דלא מ"ל אלא לאח"ז והתוס' שכ' וז"ל דהל"ה נאמנים שפרעו בתו"ז במגו וכו' ולקמן מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה וכו' אפ' דר"ל דמיירי בדליכא עדים ואפ"ה אינו נאמן מאי מ"ל דהא אפי' ליכא עדים דהוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר לא אמרינן מגו כ"ש לאח"ז אלא ודאי דמיירי כשיש עדים אבל כשאין עדים פשיטא דאמרי' מגו במקום חזקה והיינו דל"מ לן אלא לאח"ז דליכא הפה וכו' אבל הא ליתא דה"נ תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתוה"ז הוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאי אמר פרעתיך ושתיק ובעה"ת סוף ש"א הביאו מרן הב"י סי' צ"ז כ' גבי משכון בשעה שהחזיר המלוה ללוה דנאמן הלוה לומר פרעתי' במגו דהחזרתי לך ואם הוא בתו"ז אינו יכול לטעון פרעתי' אע"ג דח"ל מגו ע"ש והק' הפרישה מהכא דנאמן לומ' פרעתי' בתוה"ז במגו דפרעתי' עתה

ה"נ אפי' בתוה"ז יהא נאמן לומר פרעתי במגו דהחזרתי לך המשכון ותי' דשאני התם שאם חמר אחה"ז פרעתי' היה נאמן ומשום דשפת יתר דסיים וחמר בתו"ז לא הפסיד זכותו מאחר דיש לו מגו משא"כ כאן דאין נאמן לומ' פרעתי' כיון שהוא בתו"ז א"ל מכח המגו דהחזרתי והו"ל מגו במקום חזקה אבל אכתי ק' דהא לכ"ע אם אין עדים בהלואה או בקביעות הזמן נאמ' לומר פרעתי' במגו דלהד"מ או לא קבעת לי זמן וצ"ל דס"ל וכו' ע"ש הרי דס"ל דלאח"ז דנאמן לומר פרעתי' בתוך הזמן במגו עדיף ממגו דלהד"מ מיהו א"ל דמגו דלהד"מ נמי אלים דהוי כמגו דאי בעי שתיק דהפה שאסר הוא הפה שהתיר שהרי כ' התוס' בפ' האשה שנתארמלה גבי עדים שאמ' כת"י הוא זה אבל אנוסי' היינו וכו' וז"ל וא"ת ולמה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכו' וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאנהו גופיהו אמרו תכ"ד קטנים או אנוסי' היינו אבל לקמן חשבי' להו כב' עדים כיון דכבר מקויים וכו' ובד"ה אין נאמנים וכו' כ' הכא ל"ל דלהמניה במגו דא"ב אמרו פרוע כיון דמקויים הוי כמגו במקום עדים עכ"ל הרי דבמקויים אינם נאמני' במגו דהוי מגו במקום עדים אבל כשאינו מקויים לא חשיב מגו במקום עדים דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר וכ"כ התוס' בקמא ד' ע"ב בד"ה אין וכו' דהא לאו מגו הוא שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר הוא הפה שהתיר כדאמרי' בההוא פירקא מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר ל"ל קרא סברא הוא וכבר הוכיח ה' נתיבות משפט ד' קפ"ח דכל טענה נאמנים העדים במגו דמגו דמזוייף כגון יש נאמנות בשטר שנאמנים הם לומר פרוע במגו דמזוייף והסכים שם עם מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א דמגו דלהד"מ דהפה שאסר וכו' אלים ואפי' להוציא ממון אמרי' מגו דלד"מ עש"ב וכ"כ ד' שכ"א והביא ק' ראיה מדברי, הרמב"ן בחי' בפ' ח"ה גבי אי טעין לפירות ירדתי נאמן וכו' אבל אם אמר לקוחה היא בידי אינו נאמן במגו דלפירות ירדתי דמגו לגרוע לא אמרי' וכו' דהא לא אמר לפירות ירדתי מפני שהוא רוצה לעצמו אף בגוף של קרקע וא"ת והא והא אמרי' דהיכא דליכא סהדי דאכל נאמן לומ' אכלי ודידי אכלי מגו דא"ב אמר לא אכלי וכו' דהתם כיון דליכא סהדי דאכל ואי שתק איהו מיפטרי כי אמר אכלי ודידי אכלי הוה ליה הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואף ע"ג דאי טען לקוחה היא בידי אלמיה לטענתיה מהימן שהרי כל עצמך אינך יכול לתובעו פירות אלא על פי הודאתו אבל היכא דצריך טענה כגון באו עדים שאכל לא אמרי' מתוך שיכול לגרוע טענתו נאמן וכו' הרי דיש חילוק בין מגו דצריך טענה להפה שאסר וכו' ע"ש וכ"כ עוד בד' קנ"א דאמרינן מגו דלא היו דברים מעולם לפטור משבו' לכ"ע מה"ט דהוי כמגו דאי בעי שתיק ע"ש

וכן נר' לכאורה ראיה ממ"ש הרמב"ן במלחמות בפרק ק"ה גבי קריביה דרב אידי וכו' שכתב וז"ל וע"ד ל"ג דאיהו מקריב טפי משום דלא אמרינן הכא מ"ל לשקר במקום עדים לא אמרי' אימשו' הא לא אריא דהכא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ול"ד למ"ל לשקר דלעיל וכו' הרי דסביר"ל דאמרינן הפה שאסר הוא הפה שהתיר אפילו במקום דנאמן במגו דלא היו דברים מעולם ואם כן כ"ש דאמרינן הפה שאסר וכו' במקום חזקה דהא מהני אפילו להוציא ממון מיהו בפ' האשה שנתארמלה דאמרי' אליבא דר"מ דאין נאמני' לומר הטעם משום דאמרי' חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול כ' התוס' הכא משמע דלא אמרי' מגו במקום חזקה ולרבנן אמרינן מגו במקו' חזק' וצ"ע דבעיא היא וכולי משמע מגו דמזוייף הוי בעיא דאל"כ לא קשה לרבנן ובשיטה מקובצת לכתובות סוף דף י"ח כתב וז"ל ואם תאמר ולר"מ נמי היכי מפקינן ממונא משום דאיכא מגו וכו' מ"ל בריש פ"ק דבתרא וכו' וא"ד אפי' תימא מגו במקום חזקה אמרי' אבל הפה שאסר וכו' לא אמרי' דכיון שהעידו שזה כתב ידם וחזקה שאם הוא כתב וההלואה אמת לא היו קטנים וכו' כי הדרי ואמרי פסולי עדות היינו לא מהימני שהרי הם כסותרים עדותם ודבורם הא' וכחוזרים ומגידים דהא דבורא קמא משמע בכח חזקה שלא היו קטנים עכ"ל שיטה ישנה ע"ש הרי שכ' דהפה שאסר וכו' גרע ולא אמרי' במקום חזקה וא"כ ה"נ א"ל דאם אין עדים לא אמרי' מגו במקום חזקה דכיון שהודה בהלואה ושקבע לו זמן וחזקה שאם ההלואה אמת וקבע עליה זמן לא פרע בתוא"ז כי חזר ואמר פרעתי אינו נאמן דהרי הוא כסותר דבריו וא"כ נר' דהתוס' דבתרא ס"ל דאין חילוק ולא דהפה שאסר וכו' עדיף לאפושי פלוגתא וכן משמע מדברי הנ"י בפ' מי שמת והובא בש"ך סי' פ"ב ס"ק ג' דאפי' הוי הפה שאסר וכו' דיכול לטעון מזוייף מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה שכ' וז"ל דהא דאמרי' חזקה אין העדים חותמין אא"כ נעשה בגדול ה"ד בשטר מקויים אבל בשטר שאינו מקוים נאמן לומר קטן היה במגו דמזוייף ואע"ג דמ"ל בעלמא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרי' מגו או משום דאין כל החזקות שוות או משום דנוקי ממונא בחזקת מריה וכו' ע"ש הרי דאפי' מגו דמזויף מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה אלא דאין כל החזקות שוות וא"כ רבנן דס"ל דנאמנים לומר קטנים היינו במגו דמזוייף במקום חזקה דאין העדים חותמין וכו' משום דלא הוי חזקה גמורה ולא מ"ל אלא גבי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן דחזקה אלימתא היא וכה"ג כ' התוספות בפרק האשה שלום בדבור המתחיל א"כ וכו' וכן מוכח מדאמרי' בפ"ק דכתובות וליתני ומודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתי ממך וכו' משום דבעי למיתני סיפא ואם יש עדים וכו' ואי בדליכא עדים פשיטא דאמרינן מגו במקו' חזקה אכתי קשה ליתני ומודה ר"י

באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיך בתוך הזמן דנאמן דהפה שאסר וכו' ואם יש עדים שלוה אינו נאמן אפילו אחר זמן דאיכא מגו ומדלא קתני הכי תפשוט דאמרינן מגו במקום חזק' אלא ודאי אין חי' דאי אמרי' מגו במקום חזקה אפילו יש עדים נאמן ואי לא אפי' ליכא עדים אינו נאמן והריטב"א והרא"ה הובאו בש"מ שם כת' וז"ל והא דלא קתני לה באומר לחבירו כך בתוך הזמן דהשתא אם יש עדי' שלוה ממנו אינו נאמן י"ל הא נמי פשיטא דלא עביד איניש דפרע בגו זמניה ולא הוה בסיפא שום רבותא עכ"ל ונר' דסב"ל דה"נ בדליכא עדים מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה והיינו דק"ל תפשוט דלא אמרינן מגו במקום חזקה דאם לא כן ליתני באומר כך מן במגו דלא היו דברים מעולם ואם יש עדים שלוה והוא בתוך הזמן אינו נאמן דליכא מגו ותי' דליכא רבותא בסיפא אבל לא ק"ל איפכא דתיפשוט דאמרינן מגו במקום חזקה דאל"כ ליתני ואם יש עדים שלוה אבל אין מעידין על הזמן דאינו נאמן אפילו במגו דאם כן ברישא אמאי נאמן דאי לא אמרי' מגו במקו' חזקה אפילו ליכא עדי' דהוה ליה הפה שאסר וכו' אינו נאמן דאין חי' כמ"ש וראיתי לה' נתיבות משפט דף רס"ו שהק' על התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' שכתב וז"ל אבל בממון טוענים מזוייף לנפרע מיתומי' ומלקוחות דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפילו לא טענ' להו מזוייף טענ' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע במגו דמזוייף וכו' דאם כן ק' הא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא תפשוט דע"כ אמרינן מגו דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לזייף שטר בתוך זמן ומזוייף לא טענינן ופרוע נמי דהוי מגו במקום חזקה ול"ל דשאני מגו דמזוייף דאין כאן חזקה שהרי כתבו התוס' שם דמיירי בשיש עדים שחייב לו וקבע לו זמן דאל"כ נאמן שפרעו במגו וכו' ולקמן מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה ע"כ נראה מדבריהם דמגו דלא היו דברי' מעולם בכלל הבעיא וה"ה מגו דמזוייף ע"ש ונר' דמדברי התוספ' (עכ"מ) וכן דעת מהרח"ש ח"א סימן א' עיי"ש ומהראד"ב בתשו' סימן נ"ב כתב דחזקה דבעיר מפותה עדיפא מחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן תדע שהרי כ' מגדל עוז לקיים דברי הרמב"ם מה תועלת בחזקה זו אם שניהם מודים בבעילה והיא אומרת אנוסה ויש לי צער והוא אומר מפותה ואין לה צער דסמכי' אחזקה דבשדה אנוסה ובעיר מפותה כיון שאין עדים רק שניהם מודים אם כן כשהוא אומר בשדה מפותה אמאי יהא בצער נאמני' במגו דלהד"מ דאף על גב דהוי מגו במקום חזקה קי"ל קולא לנתבע ואין מוציאין ממון מיד המוחזק אע"כ דחזק' דסתם שדה אנוסה עדיפא מחזקת ובחזקה אלימתא לא אמרינן מגו כמ"ש התוס' דכתובות עיי"ש הרי דסביר"ל דמגו דלא הד"מ דהפה שאסר וכו' מ"ל אי אמרינן מנו במקום חזקה או

לא ואין מוציאין ממון מיד המוחזק וכן כ' הרמ"ה בפרק השותפין סי' ן' וז"ל ודוקא נמי במלוה בעדים ואצ"ל במלוה בשטר א"נ אף על גב דליכא שטר או עדים והוא דמודו יתמי דאוזפיה לאבוהון ומת בגו זמניה דקבע ליה ולא ידעי אי פרעיה אי לא אבל היכא דליכ' שטר ולא עדים וקטעני יתמי אין יזיף ופרע בגו זמניה כה"ג מ"ל לקמן ולא איפשיטא אי אמרינן במקום חזקה או לא ומספיקא לא מפקי' ממונא וכ"ש מיתמי וכו' עכ"ל הרי דאפילו במגו דלא היו דברים מעולם מספקא ליה ואין מוציאין ממון:

ל"ג

ואם תבעו תו"ז וא"ל פרעתיך וכו' ז"ל המרדכי וזה מספק"ל לרבינו יקר היכא דתבעו תו"ז וא"ל השתא פרעתי' ובזה אינו נאמן ולאחר זמנו בא ואמר השתא פרעתי' אי נאמן או לא אמרי' הוחזק כפרן כיון שמתחלה כפר גם עתה כופר או"ד זה יכול לומר ודאי פרעתי בתו"ז מיהו מאחר שלא הייתי נאמן אמרתי בלבי אפרע לו לאח"ז וכן עשיתי ונר' לומר הוחזק כפרן וכו' ע"ש וכ"כ הרמ"ה בחו' לסנהדרין ד' כ"ט וז"ל ק"ל דהכא משמע דהודאה בב"ד ככת"י וכו' והתם בפ' ב' אוחזין בטלית אסיקנא בין צא תן בין חייב אתה ליתן ואמר פרעתי נאמן בא מצוה לכתוב אין כותבין ונותנין לו והתם הודאה בב"ד קאי וכו' וכ"ת דילמא בקובע זמן לחבירו ותבעו תו""ז וכו' ה"ד אלישנא בזמנו וא"ל פרעתיך היכי משכחת לה דא"ל ב"ד צא תן לו והוא אכתי לא מטא זמניה ועוד כי הדר ואמר פרעתי אמאי נאמן והרי הוחזק כפרן מתחלה וכו' ע"ש הרי דס"ל דהאומר פרעתי' בתוך הזמן ודאינו נאמן הוחזק כפרן ואינו נאמן לומ' פרעתיך אחר זמן ומ"ש הש"ך צ"ע דהא יכול לומר ודאי פרעתי' בתו"ז אלא דמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפורעך, אחר זמני ומה"ט נסתפק הר' יקר עכ"מ:

ל"ד הגה ואם היו מעות מופקדין בידו וכולי הג"א בס"פ השואל כ' בשם ר"י דפקדון שאסור ליגע בו אע"פ שקבל עליו להיות נפקד עד אותו זמן יכול לומר החזרתי לך בתו"ז וכ' מהר"ר צבי אשכנזי סי' ד' דבלאו הכי הא קי"ל המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ובחזקה זו קי"ל דבמקום מגו נאמן וא"כ ודאי הנפקד נאמן לומ' החזרתי במגו דנאנסו אפי' היה יכול ליגע בפקדון דהא קיי"ל כר"ן בס"פ המפקיד דעד שלא נשתמש בהם פטור מן האונסים ע"ש וליתא דמדברי הטור לקמן ס"ח גבי שטר כיס נראה דבתו"ז אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו והש"ך שם ס"ק ז' תמה דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע וצ"ל דדוקא התם ודאי דא"ב לא אמר כלל שפרע בתו"ז והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' ע"ש וכה"ג כ' הרמב"ן בפ' המוכר פירות גבי שטר כיס עש"ב וכ"כ הרמב"ן במלחמות בפ' חז' גבי קריביה דרב כו' וז"ל

ומ"ד ל"ג דאיהו מקרב טפי משום דלא אמרי' הכא מ"ל לשקר במקום עדים לא אמרי' אי משום הא לא אריא דהכא הפה שאסר הוא הפה שהתיר ול"ד למ"ל לשקר דלעיל וכו' ע"ש הרי דס"ד דאמרי' הפה שאסר הוא הפה שהתיר אפי' במקום עדים ועוד נר' דס"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה אלא כשטענת המגו שכיחא וז"ל מהר"ם בתשו' הקצרות סי' ע"ו וכן הא דאמרי' חזקה אין אדם פורע בתו"ז אמאי לא מהימן במגו דמ"ל מחלת לי ותפשוט מינה דלא אמרי' מגו במקום חזקה אע"כ טענ' מחילה גופה טענה גרועה היא דלא שכיחא וכו' ע"ש אלמא אם טענת המגו גרועה היא ולא שכיחא פשיטא דלא אמרי' מגו במקום חזקה וה"נ טענת נאנסו דלא שכיחא היא כמ"ש התוס' והרא"ש דה"ט לא טענינן ליורשים אינו נאמן לומר פרעתי בתו"ז במגו דנאנסו מיהו במגו דנאנסו מודה מהר"ם כמ"ש הפרישה בסי' ק"ח גבי שטר כים אע"ג דאין טוענין ליורשים נאנסו דלא שכיחא מ"מ חשיב מגו גבי טענת החזרתי לגבי אביהם משום דטענת החזרתי אלו היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו וכ"כ בסמ"ע שם ס"ק י"ז ע"ש הרי דאע"ג דלא אמרי' מגו בטענה דלא שכיחא מ"מ החזרתי במגו דנאנסו אמרי' משום דטענת נאנסו עדיפא דליכא העזה וה"נ איכא למימר דבתו"ז אינו נאמן במגו דמחלת לי משום דבשני הטענות איכא העזה ובמקום חזקה לא אמרי' משום דטענה גרועה אבל מגו דנאנסו אמרי' במקום חזקה משום דבטענת החזרתי אלו היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת דנאנסו ובס' א"ז לכתובות ד' י"ט וז"ל גבי שטר, אמנה וכ' כ' מהר"י בן מיגש דאם אמרו פרוע הוא נאמן במגו דא"ב מחיל ליה וה"ד לאח"ז אבל אם זמן השטר עדיין כיון דקי"ל חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זמניה לא מהימניה ליה ע"ש וק' דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע והר"ן בפ' האומר גבי האומר בשעת מיתתו יש לי בנים וכו' כ' דה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל מגו דבידו כעדים דמי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בחי' שם וא"כ אפי' בתו"ז יהא נאמן לומר פרוע במגו דבידו שהיה יכול למחול ולדברי הש"ך ניחא דה"ד התם דהפה שאסר הוא הפה אבל בתו"ז לא אמרי' מגו במקום חזקה ואפ' דס"ל דאע"ג דאמרי' מגו במקום חזקה במפקיד בשטר דאיכא נמי טעמא דשטרך בידי מ"ב אע"ג דלאחר זמנו נאמן במגו דנאנסו מ"מ בתו"ז דאיכא חזקה והשטר שבידו מסייע שלא נפרע לא אמרי' מגו במקום חזקה דלא מהני מגו נגד שטר וחזקה ועוד נר' עיקר דמהרי' ן' מיגש לא אמרה אלא התם דחב לאחרים דלא עדיפא טענת פרוע בתו"ז מטענת שטר אמנה דאינו נאמן במגו דמשום דטענה גרועה היא וה"נ בטענת פרוע אינו נאמן במגו לחוב לאחרים ואדרבה הלוה שטען אמנה נאמן כמבואר בסי' מ"ו וכבר כ' הב"ח אע"ג דמשים עצמו רשע מ"מ כיון דמפסיד

מעותיו נאמן בטענתו במגו דלא גרע מטוען רבית הוא דנאמן במגו ע"ש וגבי חזקה דאין אדם פורע בתו"ז מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה וא"כ כיון שאומ' מלוה שטר אמנה הוא אינו נאמן כשחב לאחרים וכ"ש דאינו נאמן לומ' פרוע בתו"ז בחב לאחרים אבל הלוה שטען פרעתי בתו"ז נאמן לגבי המלוה במגו:

מו"מ נר' לדעת הג"א דאינו נאמן שהחזיר הפקדון בתו"ז במגו דנאנסו דלא אמרי' מגו במקום חזקה אלא התם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר או משום דטענת נאנסו טענה גרועה היא ולא אמרי' מגו במקום חזקה אלא אם טענת המגו טובה היא וכדמוכח מדברי מהר"ם כמ"ש ור"י במישרים נתיב ג' ח"ב כ' וז"ל ואם אין עדים כשקבע לו זמן נאמן במגו דיכול לומ' לא קבעתי ויש מי שכ' דאינו נאמן לומר פרעתי דמנו במקום חזקה וכו' ע"ש ונר' דס"ל כדעת הגי' שכ' בס' א"ז לבתרא וז"ל ועוד נר' דהכא מיירי כשיש עדים שהלוהו מדקאמר תבעו לאח"ז ולא קאמר תבעו בתו"ז אם נאמן במגו דלהד"מ ולכך כל שהוא בתו"ז עדיף מסברא דשטר בידי מ"ב אבל כשעבר הזמן תו אינו בחזקת חייב ולכך מ"ל ול"ד להא דרמב"ח דכל זמן ששטר ביד זה שכנגדו לחזקת חייב אע"ר וה"נ בתו"ז בחזקת שהלוהו ואפי' הי"ל מגו לא מהימן עכ"ל ואפשר שזה ג"כ דעת מהרי ן' מיגש והג"א דכל שהוא בתו"ז בחזקת חייב הוא ואינו נאמן במגו ודוקא בתבעו לאח"ז מ"ל וקיי"ל קולא לנתבע

וראיתי בס' א"ז לכתובות סוף ד' י"ח וז"ל וא"ת ול"רמ נמי היכי מפקי' ממונא משום דאיכא מגו וכו' וא"ד אפילו תימא מגו במקום חזקה אמרי' אבל הפה שאסר וכו' לא אמרי' דכיון שהעידו שזה כת"י וחזק' שאם הוא כת"י וההלואה אמת לא היו קטנים וכולי כי הדרי ואמרי פסולי עדות היינו לא מהימני שהרי הם כסותרי' עדותם ודבורם הא' וכחוזרים ומגידים דהא דיבורא קמא משמע בכח חזקה שלא היו קטנים עכ"ל הרי שכ' דהפה שאסר וכולי גרע ולא אמרינן במקום חזקה ובזה ניחא מ"ש התוס' בקידושין דף מ"ג בד"ה והשתא וכו' וז"ל הא אמרינן בפרק האשה שנתארמלה ל"ש אלא דאמרו אנוסי' היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים ומק' התם ר"י אמאי לא יהיו נאמנים לומ' אנוסים מחמת ממון במגו דאי בעו אמרו אנוסים היינו מחמת נפשות ותי' ר"י דבב' עדים לא אמרינן מגו וכו' וכן כתב ר' שמשון בס' כריתות ע"ש וק' דלהאי לישנא אם אמרו אנוסו היינו מחמת ממון אפי' אין כת"י יוצא ממקו' אחר דאיכא אין נאמני' משו' דאין אדם משי' עצמו רשע ואם כן אימא דה"נ מה"ט לא מהימני במגו אנוסי' מחמת נפשות ומה שתירץ הרב יבין שמועה אין נראה דאדרבה דתרי מגו גריעי ע"ש ואפשר דס"ל כדעת השיטה והפה שאסר וכו' גרע ואם כן אפילו אין

כת"י יוצא ממ"א דאיכא מגו כיון שהעידו שזה כת"י ואם כת"י חזקה שלא היו אנוסים מחמת ממון ופסולי עדות אין נאמנים שהם כסותרי' עדותם אבל במגו שיכולי' לומר אנוסי' היינו מחמת נפשו' היו נאמנים אלא דבב' עדים ל"ש מגו וא"כ א"ל דה"נ אפילו אין עדים לא אמרי' מגו במקום חזקה דכיון שהודה בהלואה ושקבע לו זמן ואם הוא כן חזקה שלא פרע בתוך זמן אינו נאמן לומר פרע דהרי הוא כסותר דבריו אבל אינו מוכרח שהרי כתב הרשב"א בתשו' סימן ד' על שטר מתנה מוקדם שטעה הסופר וז"ל ואם אין כת"י יוצא ממ"א הוחזק השטר כבר בבית דין שוב אינם נאמנים דעדים אינם נאמנים במגו מכל מקום ראובן הקונה נאמן לומ' טעות היה משום מגו וכו' ע"ש הרי דאפילו אין העדי' נאמנים במגו קונה נאמן:

ל"ה דין ב' וי"א שצריך וכו' זה דעת רב האיי והרא"ש וז"ל בעל העיטור בסוף דיני אחריות לרבי' האיי שטר דנפיק בגו זמניה לא גבי מנכסי' משועבדים אלא בשבועה והא היכא דאודי בשעת מיתה דלא פרע למלוה גבי מיתמי בלא שבועה ואפ"ה אינו נפרע ממשועבדים אלא בשבועה ה"נ ל"ש עכ"ל ונר' דבמלוה בשטר קאמר לאח"ז דאם הודה בה הלוה בשעת מיתה גובה מהיורשים בלא בלא שבו' ואפ"ה אינו נפרע מן המשועבדים אלא בשבו' כמ"ש בס' המקח שער כ"ז ובס' משפטי השבועות שער ט' דהודאת הלוה בשטר לא מהני לפטור המלוה לטרוף מהלקוחות בלא שבועה משום חשש קנוניא ע"ש וה"נ שטר בתו"ז אינו גובה מהלקוחות אלא בשבועה אבל הרמב"ם בפ' י"ד מה' מלוה דמלוה בשטר בתוך הזמן גובה מהלקוחות בלא שבועה וכ' המ"מ בתו"ז דמשום דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז לקוחות ויתומים שוים ע"ש ונראה דלכ"ע מלוה ע"פ אפי' יש עדים על הלואה ובתוך הזמן אעפ"י שהוא גובה מהיורשים אינו טורף מלקוחות אע"ג דשיעבודא דאורייי' רבנן הפקיעו השעבוד משום פסידא דלקוחות והרי הטור בסי' ק"ד כ' אם יש מלוה בשטר ומלוה ע"פ שהיא מוקדמת למלוה בשטר כ' ר' האיי שמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר לגבות מבני חרי כיון שעדים מעידים שקדמה ורב אלפס כ' שמלוה בשטר קודמת אע"פ שהיא מאוחרת ששעבוד שטר דינו כמכר וכשם שמלוה אינו גובה מלקוחות מאוחרים מפני שאין לה קול כך וכו' ע"ש משמע דרב האיי ס"ל דאין מלוה בשטר כמכר כיון שמחוסר גוביינא אבל לכ"ע מלוה ע"פ אע"ג דשעבודא דאורייתא אינו גובה מלקוחות והתם מיירי במלוה בתוך הזמן דאי לאח"ז פשיטא דמודה רב האיי דבעי השטר גובה דשמא פרוע הוא וחיישי' לקנוניא כמ"ש בעה"ת בשם הראב"ד וכבר האריך ה' בית חדש בתשו' סי' ס"ג ע"ש וא"כ ש"מ אפי' היה ודאי בתו"ז אינו עורף מלקו': ל"ו

וי"א שצריך לישבע וכו' כ' הרמב"ן בשם רב האיי דבעי שבועה ואפשר הא דחיישינן לפירעון טפי מביתמי משום דא"א דפרע הוה פקיד בעידן דמת וכו' הרא"ש ויש להסתפק אם טענו היורשים או אפוטרפו' שצוה אביהם כן בשעת מיתה שפרע אם צריך המלוה לישבע ובפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דאמרי דדייני גולה ס"ל א"א דפרעיה מימר הוה אמר וכו' כ' הראב"ד הביאו הרז"ה והרשב"א בספר א"ז שם וז"ל דהכא ביתומי גדולים עסיקינן וטוענין אבינו צוה שהחזיר וכו' ודחי' לה דכ"ע ל"מ א"ל שטרך בידי מ"ב אלו טען האב בעצמו אבל הם אינם נאמנים דא"א דפרעיה מימר הוה אמר כלום' בשעת מיתה בפני עדים ודייני א"י אמרי דנאמני' דהא דלא אמר בפני עדים אימא דמלאך המות הוא דאנסיה וכו' ע"ש ואפ' דה"נ אמרי' א"א דפרע היה מצוה בשעת מיתתו בפני עדים והם אינם נאמנים ואע"ג דקי"ל בדייני א"י ה"ד גבי שטר כים דהא משמע אפי' הם מודים שלא נאנסו ולא טעני' שצוה אביהם שהחזי' טוענין' להם החזרתי ולא אמרי' דא"א דפרעי' הוה אמר מה"ט דמלאך המות הוא דאנסיה ולא צוה אפי' ליורשיו ואלו הכא אמרי' א"א דפרעיה הוה פקיד ולא אמרי' מלאך המות הוא דאנסיה כיון דחזקה דאין אדם פורע בגו זמניה היה לו להודיעם דפרע וא"כ לכ"ע אמרי' א"א דפרעיה הוה מצוה כן בפני עדים מיהו הרא"ש בפ' הכותב גבי ההוא גברא דאפקיד ז' מרגינתא וכו' כת' וז"ל ודווקא היכא שהיתומים טוענין' שמא אבל אם טוענים ודאי אבינו ז"ל שהוא שלו משתבעי דקושטא קאמרי ולא מפקי' מנייהו וכן היה אומר הר"ם בר יוסף מרנבונא והביא ראיה מדקאמר ולא פקיד הא אי פקיד אע"ג דלא אמיד לא מפקי' מנייהו וכ"כ תר"י בס' א"ז שם אלמא אפי' לא צוה בפני עדים נאמנים היורשים שצוה להם אבל לדעת הראב"ד אפ' דה"נ ולא פקיד בעדים קאמרי' אבל הם אינם נאמני' לומ' שצוה כן בלא עדים ול"ל דדוקא גבי שטר כיס אמרי' דמלאך המות הוא דאנסיה ולא צוה כדי שלא להוציא מהיורשי' אבל הכא דבלא"ה גובה בשטר מהני סברא זו דא"א דפרעיה הוה פקיד שלא להשביעו ולא אמרי' מ"ה הוא דאנסיה לחייבו שבועה דלא מסתבר דאדרבה לגבי שבועה בקל רמיא שבו' ומהר"ם בתשובות דשייכי לס' משפטים סימן ל"ח גבי נאמנות כתב וז"ל ואין לחלק מדעת הכרח לומר דל"ד דהתם אי טוענ' דילמא פרע אבוה לא פסלי' שטרא אלא דמזדקי' לאשבועי למאריה דשטרא ותו לא אבל שטר לא מיפסל בהכי אבל הכא דהאי טענתא פסלי' לכת"י דהא לאו דחייה היא כלל דהאי כדיניה וכו' עכ"ל הרי דסבר לחלק להפך דלפסול השטר לאו טענינן אבל להשביעו טוענים ואפשר דהכא לענין שבו' לכ"ע אם טענו היתומים או אפוטרפו' שצוה אביהם כן בשעת מיתה שפרע צריך המלוה לישבע דבקל רמיא שבו' ואף ע"ג דקיימא לן בסימן ע"ה דאם טענו א"ל אביהם שאתה

חייב לו מנה דהוי טענת שמא ואין צריך לישבע ה"ד במקום תובעי' דאין חילוק בינו ליורשים אבל גבי נתבע יש חילוק בינו ליורשיו אלא דהכא מכח דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אמרינן א"א דפרעיה היה מצוה בשעת מיתה והיו היתומים טוענין כן אבל כשטענו שצוה אביהם כן וכ"ש אם יש עדים שצוה כן צריך לישבע ואפ' שזה תלוי במחלוקת ורש"י בפרק השולח ובפרק הכותב טעמא דאין נפרעי' מנכסי יתומים אלא בשבו' משום דטוענין להם מה שהיה אביהם יכול לטעון ואי הוה טוען השבע לי דלא פרעתיך צריך לישבע וכן כתב רשב"ם בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס וכן כתב מרן הב"י והסמ"ע סי' ק"ח ס"ק ט"ו עיין שם ואם כן לדעת הרי"ף והר"י ן' מיגש דגם מהלוה שטוען ברי' גובה בלא שבו' ה"נ אפילו שצוה בשעת מיתה שפרע גובה מהיורשים בלא שבו' אבל למ"ד כשבא ליפרע מהלוה צריך שבו' ה"נ כשצוה בשעת מיתה אינו גובה מהיורשים אלא בשבו' אבל התוספות בשבועות דף מ"א בד"ה וכי מה וכו' כ' דאפילו לא היה יכול אביה לטעון טענינן ליתומי' דעבוד רבנן תקנתא ליתמי במקום שאין האב יכול להשביע ע"ש ואם כן אפילו למ"ד גובה גם מהלוה בלא שבו' א"ל דאם צוה בשעת מיתה אינו גובה מהיורשים אלא בשבו' דעבוד רבנן תקנתא ליתמי במקום שאין האב יכול להשביע אלא הכא במקום חזקה אמרינן א"א דפרע היה מצוה ליורשיו ואם כן כשצוה כן צריך שבו' ואפשר דהרא"ש סביר"ל כפרש"י דטעמא דאין נפרעי' מנכסי יתומים אלא בשבוע' משום דטוענים להם מה שהיה אביהם יכול לטעון שהיה יכול להשביעו וה"נ אם אין הלוה נאמן לומר שפרע בתוך זמן ולא היה יכול להשביעו ואפילו צוה כן בשעת מיתה גובה מיורשיו בלא שבו' וה"נ מלקוחות ולזה סיים הרא"ש דאי טעין פרעתי' בתוך זמן אף על גב דאין נאמן יראה שצריך לישבע וכו' דמה"ט אינו גובה מלקוחות אלא בשבו' וגבי יורשים אין צריך שבו' משום דמוכחא מלתא שלא פרע דא"א דפרע היה מצוה בשעת מיתה ואין משביעין אותו מספק וא"כ אם טענו היורשים אבינו א"ל שפרע צריך לישבע דטענת בריא מקרי כמ"ש הרא"ש בפ"ק הכותב ואפשר דרב האיי משום דסביר"ל דא"ל אבא טענת בריא מקרי כמבואר בטור סימן ע"ה וכן דעת הרא"ש והטור שם לכך מחלק בין יורשים ללקוחות דדוקא ביורשים אין צריך לישבע דא"א דפרע היה מצוה בשעת מיתה אבל לדעת הפוסקי' דא"ל אבא טענת ספק מקרי ה"נ אפילו טענו אבינו א"ל שפרע אין צריך לישבע ואם כן אין חיל' בין יורשיו ללקוחות

ל"ז כתב הרב כנה"ג בתשו' בספר בעי חיי ח"ב סימן ל"ו בראובן שחלה באמצע זמן החו' ואמר בשעת מיתה לבניו אל תפרעו לשמעון כלו' שכב' רעתי וזה החשבון אני נותנו לפני ה' אלהי השמים והארץ דאינו נאמן דלא אמרינן אדם משטה בשעת מיתה אלא

לחייב המודה אבל לפטור את עצמו לא אמרי' הכי דאלת"ה מלוה בתוך זמן אמאי נפרע מיתומים קטנים נטעון להם שהיה אביהם יכול לומר פרעתי בשעת מיתה ונאמן משו' דאין אדם משטה בשעת מיתה וטעני' ליתמי וכי' אלא ודאי אפילו היה טוען פרעתי בשעת מיתה לא היה נאמן משום דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן וכיון דהוא לא היה נאמן לא טענינן ליורשיו עש"ב ואין זה הכרח דא"ל דאם טען הוא כן בשעת מיתה נאמן אלא דאין טוענים ליורשין דלא גרע ממלתא דלא שכיחא דלא טענינן להו אבל אם טענו אבינו א"ל כן נאמנים דטענת ברי' מקרי וכה"ג כת' מהרימ"ט בתשו' ח"א סימן נ"ו גבי ש"מ שאמ' מנה לפלוני ואמרו היתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנים וכו' דאם מת טוענים ברי שכך חזר ואמר לנו שטעה אינם יכולים לטעון מספק שטעה אף ע"פ שהוא ש"מ דמלתא דלא שכיחא הוא ע"ש וכן כתב מרן בתשו' בספר אבקת רוכל סימן צ"ב וז"ל וכתבת עוד כיון דלא פסיד אפ' דטעני' ליתמי וכו' דברים אלו שלא בהשגחה דאם כן למה הצריך שאמרו היתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי וכו' אלא ודאי כל שלא אמרו כן חייב לשלם וכן כתב הרי"ף וכו' עיי"ש וכה"ג כתבו התוספות בשבועות דף מ"א בד"ה כל האומר וכו' ע"ש ומרן הב"י סי' ל"ב כתב דאם הודה בשעת מיתה אפילו קם על רגליו אינו נאמן לטעון משטה דאם היה יכול לטעון היינו טוענים ליורשיו ע"ש והכה"ג דחה שם דמשטה בשעת מיתה מלת' דלא שכיחא היא ודוקא אם טען הוא נאמן אבל ליורשיו לא טענינן מלתא דלא שכיחא דומיא דשטר כיס עיי"ש וכה"ג כ' הרב שם הגה"ט אות מ"ג דבאומר אתם עדי מלתא דלא שכיחא היא לומר שלא להשביע את עצמו הודה מיהו אם טוען כן שומעין לו אבל אם מת ולא טען כן אין טוענים ליורשיו מלת' דל"ש ע"ש וה"נ א"ל דאם מת ולא טען כן אין טוענין ליורשיו אבל אם טען כן בשע' מית' שפר' בתו"ז נאמן דחזק' אין אדם משטה בשע' מית' מרע' לחזק' דאין אדם פור' בתו"ז ואפילו לא אמר כן בפני עדי' שהיורשי' טענו אבינו א"ל כן נר' לכאו' דטענת ברי מקרי ונאמני' כמו באומר מנה לפ' בידי ואמרו חזר ואמר לנו אבא פרעתי דנאמנים אם טענו כן ברי' ומרן בסימן ע"ב סל"ה ראובן שהניח משכון ביד שמעון ומת שמעון והניח בנים קטנים וכו' וטוענים היתומי' צוה שהוא ממושכן בק' וכו' ע"ש בסמ"ע שם ל' בעה"ת וכ' וז"ל מוכח מזה דטענה זו שאביהם צוה שחייב לו לאו טענ' ודאית היא וכן מוכח וכו' ובני' קטני' לאו בני צואה נינהו ולאו בני טענה ודאית והש"ך חלק עליו דיתומים אפילו קטני' טוענים ודאי וכשיגדלו ועומדים בטענותם נשבעים וגובי' וכן כ' הט"ז שם דמה שהאב צוה הוי טענת בריא עיין שם באורך אלמא מה שצוה הוי טענת בריא וגם הסמ"ע דוקא ביתומים קטנים דלאו בני צואה נינהו אבל ביתומי' שטענו אביהם צוה כן הוי

טענת בריא ואפי' להוציא עיין שם בפרישה וכ"ש דנאמנים להחזיק וכן כ' הרא"ש בפ' הכותב גבי ההוא דאפקיד שבע מרגינתא וכו' וז"ל ודוק' היכא שהיתומים טוענים שמא אבל אם טוענ' ודאי אבינו א"ל שהוא שלו משתבעי דקושטא קאמר ולא מפקי' מנייהו וכן היה אומר הר"מ בר יוסף מרנבונא והביא ראיה מדקאמר ולא פקיד הא אי פקיד אף על גב דלא אמיד לא מפקי' מנייהו וכן כתב תר"י בספר א"ז שם אלמא אף על גב דאין טוענים ליורשים טענה זו דלא שכיחא מכל מקו' אם טענו הכי בריא אבינו צוה נאמנים מיהו נר' דהם ס"ל הוי בריא כדעת רב האיי והראב"ד דא"ל הוי טענת בריא כמסקנת הטור בסימן ע"ה אבל הרמב"ם שם סובר דא"ל אבא טענת ס' מקרי ול' הרמב"ם פ"א מה' טוען א"ל אבא וכו' או צוה לי בפני עדים וכו' מבואר דאפי' שיש עדים שצוה כן הוי טענת ספק ואין צריך לישבע אלא כשתבעו בפניו דמעיז ואם כן א"ל דה"נ אם טוען בשעת מיתה שפרע בפני התובע נאמן אבל ביורשים אין נאמנים וכן מסתבר דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז לא מרעי' לה אבל ראיתי להרא"ש פ"ק דגיטין סימן י"ז שכ' וז"ל וק"ל הא דאמרינן בפר' ג"פ ש"מ שאמר תנו מנה לפ' ואמרו היתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי אין נאמני' דא"א דפרעיה לא הוה אמר תנו משמע דוקא יתומי' הוא דאין נאמנים וי"ל דאיהו גופיה נמי לא מהימן מטעם מגו דאי הוי מהימן יתומים נמי ליהמנו בהאי מגו וכו' אלא משום דש"מ אין דעתו צלולה עליו ורגיל לטעות וכו' וליורשים נמי אין טוענים שטען משום דלא שכיחא וכו' ע"ש וכן כתב מהר"ם בתשובות הארוכות סימן תתקל"ה ע"ש וא"א כיון דאין טוענים ליורשים מלתא דלא שכיחא מה הכרח דאי הוא מהימן יתומים נמי ליהמנו בהאי מגו אימא דלא שכיחא שטעה דהוא נאמן במגו אבל ליתומים לא טענ' טענה דלא שכיחא:

ל"ח וי"א שצריך לישבע וכו' כ' הרמב"ן בשם רב האיי דבעי שבועה ואפ' דהא דחיישי' לפירעון טפי מביתמי משום דא"א דפרע הוה פקיד בעידן דמת וכו' הרא"ש ויש להסתפק אם טענו היתומי' הו האפטרופוס שצוה אביהם כן בשעת מיתה שפרעו אם צריך המלוה לישבע ובפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דאמרי' דדייני גולה סברי א"א דפרעי מימר הוה אמר וכו' כ' הראב"ד הביאו הרז"ה והרא"ש בס' א"ז שם וז"ל דהכא ביתומי' גדולי' עסיקי' וטוענ' אבינו צוה שהחזירו וכו' ודחי' לה דכ"ע לא מצי אמרי שטרך בידי מ"ב אלו טען האב בעצמו אבל הם אינם נאמני' דא"א דפרעיה מימר הוה אמר כלומר בשעת מיתתו בפני עדי' ודייני א"י מברי דנאמני' דהא דלא אמר בפני עדים אימא דמלאך המות הוא דאנסיה וכו' ע"ש אפ' דה"נ אמרי' דפרע היה מצוה בשעת מיתה בפני עדי' והם אינם נאמני' ואע"ג דקיי"ל כדייני א"י בשטר כיס דטוענים להם החזרתי ולא אמרי' א"א

דפרע הוה אמר דמלאך המות אנסיה ולא צוה אפי' ליורשיו נר' דהיינו דוקא גבי שטר כיס דנראה אפי' הם מודים שלא נאנסו ולא טענו שצוה אביהם שהחזיר טוענ' להם החזרתי ולא אמרי' א"א דפרע וכו' ואלו הכא אמרי' דא"א דפרע הוה פקיד ולא אמרי' דמלאך המות הוא דאנסי' כיון דחזקה אין אדם פורע בתו"ז הו"ל להודיעם מיהו נר' דגבי שטר כיס אם מודים שלא נאנסו תלוי במחלוקת שכ' התוס' בבתרא ד' ל' בד"ה לאו וכו' וז"ל ובעובדא דידן אי הוה מייתי המחזיק סהדי ודר בה חד יומא נר' להרשב"א לאוקומי ארעא בידיה אע"ג דליכא מגו מ"מ טוענ' ללוקח מאחר שהיה המוכר נאמן נאמן לומר זבינת' מנך במגו דאי בעי אמר לא היתה שלך מעולם ואע"ג דהאי לוקח ידע שהיתה שלו וכו' וכה"ג מצינו בסוף המוכר גבי המפקיד אצל חבירו בשטר דאע"ג דלא טענ' ליתמי נאנסו אפ"ה טוענ' להם החזרתי וכו' ואור"י דל"ד להוא דהמוכ' את הבית וכו' ע"ש הרי דהרשב"א ס"ל מאחר שהמוכר נאמן לומר שלקחה ממנו במגו דלא היתה שלך מעולם טוענ' ללוקח אפי' הוא מודה שהיתה שלו ס"ל כיון דהוא מודה דלא שייך מגו לא טענ' להו וכן דעת רשב"ם שם והרמב"ן שם כ' עליו וז"ל ונר' שדעתו לומר דכי אמרי' טוענ' ללוקח כשאין אנו צריכין להכחשה וכו' דהא לא הוה מהימן אלא משום מגו דיכול לומר לאו דידך הוא והשתא אזיל ליה ההוא מגו וכו' וסברה זו צריכה לפנים ומדומה לזה המפקיד אצל חבירו בעדים ומת ותבע המפקיד את היורשים והודה שהיה בידם מאביהם דאיכא עדים ולא ראה הוא מי לא טענ' להו אנן מאי דמצי טעין אבוהון החזרתי ולקחתיו ממך דהא נאמן במגו דהחזרתיו לך ואע"פ שהם מודים בפקדון וכו' ובס' א"ז שם כ' הרשב"א דזה צריך ראיה ומסתברא דאז בזו מוציאין מיד היורשי' ונותני' למפקי' ודחה ראיות בעל העטור עש"ב ומר"ן בסי' קמ"ו העתיק לשון הרמב"ם דנראה דס"ל דאם לא החזיק שני חזקה כיון שהודה שהיתה של המערער אין טוענ' לו כמ"ש המ"מ בספי"ד מה' טוען ע"ש א"כ ה"נ אם מודים היורשי' שלא נאנסו אין טוענ' להם החזרתי דכיון לא היה נאמן אלא במגו דהכחשה והם מודים דלא שייך מגו אין טוענ' להם ועיין בהנ"י בפ' ח"ה שכ' שיש מגדולי האחרונים מספקי' גם בדין זה של יורשי נפקד והש"ך בסי' רצ"ז כ' לא ידעתי היכן נסתפקו בזה (עכ"מ): ט"ל הג"ה וי"א דאינו צריך שבועה וכו' כתב הש"ך דה"ד לאחר הפירעון דלא נמצא בשום פוסק שישבע קודם הפירעון ע"ש אבל מדברי הפרישה משמע דנשב' קודם הפירעון שכ' וז"ל ואם בתו"ז וכו' ורבינו שכ' שמת ל"ד נקט וגם הרא"ש לא כ' שמת וי"ל דלרבותא כ"כ דאפי' בשמת דגובה מיתמי בלא שבו' ואפ"ה מלקוחות אינו גובה אלא בשבועה וכ"ש כשבא לגבות בחיי המוכר דגם מהמוכר לא היה יכול לגבות אלא בשבועת היסת לדעת הרא"ש ע"כ משמע

בהדיא דצריך לישבע היסת קודם הפירעון כמו מלקוחות נמי ישבע היסת גם מרן הב"י כ' דהרמב"ם לא ס"ל כהרא"ש שכ' דעד א' מעיד שהוא פרוע אם הוא בתו"ז נפרע שלא בשבועה והא ודאי הלה טוען בריא לי שפרעת ואפ"ה פסק שנוטל בלא שבועה ע"ש ואם הוא אחר הפירעון גם הרמב"ם מודה דצריך לישבע גבי שכירות ופסקו מרן בסי' שי"ז ע"ש אלא ודאי דהרא"ש ס"ל דצריך לישבע היסת קודם הפירעון אבל הרמב"ם ס"ל דא"צ לישבע קודם הפירעון מיהו מרן בסי' פ"ד כ' דע"א שהוא מעיד פרוע אם הוא בתו"ז נפרע שלא בשבועה אא"כ טען הלוה השבע לי וכו' עמ"ש וא"כ ה"נ במלוה ע"פ אם טען הלוה השבע לי צריך לישבע בנק"ח וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ב סברא זו וז"ל מסתברא דא"י בגו זמניה כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי ואי א"ל אשתבע לי משתבע ליה ואיכא מ"ד חרם ור"ח אמר רחיקא מלתא לדחויי משבועה דרבנן עכ"ל משמע דלסברא קמא נשבע קודם הפירעון בנק"ח אם א"ל השבע לי דלא פרעתיך מיהו ק' מפ"ק דבתרא והילכתא כר"ל ואפילו מיתמי ואע"ג דאמר מר אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה חזקה וכו' אלמא דאע"ג בשטר אין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה תו"ז נפרעי מנכסי יתומים בלא שבו' ורש"י בפ' השולח ובפ' הכותב כ' הטעם דאין נפרעין מנכסי יתומים בלא שבועה משום דטעני' להו מה שהיה אביהם טוען ואם טוען השבע לי דלא פרעתי' צריך לישבע וכ"כ רשב"ם בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס ע"ש וא"כ ה"נ בתו"ז דהלוה היה יכול להשביע אח המלוה אמאי נפרע מיורשי' בלא שבועה ואפ' לומר דאין הלוה יכול להשביעו אלא במלוה ע"פ משום דבלא חזקה לא היה המלוה גובה וא"כ חזקה אהניא ליה לגבות אלא צריך לישבע אבל במלוה בשטר דבלא"ה היה המלוה גובה אהניא ליה חזקה לגבו' שלא בשבועה וכה"ג כ' הרשב"א בפ' כל הנשבעין גבי שכיר שיש בידו משכון דנוטל בלא שבועה משום דאפי' בלא משכון נשבע ונוטל משא"כ בעלמא ולכך כל שהמשכון בידו אסקי' דרגא דבעלמא אינו נוטל אלא בשבועה והשכיר נוטל בלא שבועה ע"ש והכא נמי במלוה בשטר שהיה גובה בשבועה בתו"ז דאיכא נמי חזקה מסקי' דרגא ונוטל בלא שבועה וכה"ג הר' מש"ל בפ"ה מה' שאלה דין ו' גבי ע"א דפוטר אפי' משבועה דאפי' למ"ד דפוטר הלוה משבועה דאוריי' הייני משום דבלא העד היה הלוה נשבע מדאוריי' ונפט' לכך מהניא עדות העד לפוטרו משבועה אבל באו' איני יודע דבלא העד היה חייב לשלם דמשאיל"מ וא"ק חבירו לישבע מהניא עדות העד לחיי' חבירו שבו' ע"ש וה"נ במלוה בשטר שהיה גובה בשבועה בתו"ז מהני חזקה לפוטרו משבועה וכן מסתבר דהא י"א בסימן פ"ז בנשבע ונוטל אם יש ע"א מסייע נוטל בלא שבו' ע"ש בהש"ך ס"ק ח"י וא"כ כ"ש בחזקה כיון דשטר בלא"ה גובה בשבועה אם חזקה

מסייעתו א"ץ לישבע ושו"ר לה' נחפה בכסף סי' י"ג שכ' נלע"ד דבתו"ז דא"ץ לישבע ה"ד במלוה בשטר דאית ליה למלוה תרי חזקות חזקה דאין אדם פורע בתו"ז וחזקה דשטרך בידי מ"ב אבל במלוה ע"פ דליכא אלא חזקה דאין אדם פורע בתו"ז אינו גובה אלא בשבו' כון שהלוה מכחישו וטוען בריא שפרעו ודוקא מיתומי' שטוענ' שמא גובה בלא שבו' וכה"ג כ' הש"ך ס"ק ט"ו אלא דלא מסתבר לחלק כן ושוב דחה מדכ' הש"ך דלא נמצא בשום פוסק שישבע קודם הפירעון ובשבוע' דאחר הפירעון לא מסתבר לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ עש"ב וכבר הוכחתי מדברי בעל העיטור והב"י והסמ"ע דצריך לישבע קודם הפירעו' וא"כ מסתבר לחלק בין שטר לע"פ מיהו לפ"ז צ"ל דה"נ במלוה ע"פ תו"ז אינו גובה מיתומי' אלא בשבו' דטוענ' להם מה שאביהם יכול לטעו' והש"ס לא מיירי אלא במלוה בשטר וזה דוחק לכן נ"ל דס"ל כיון דמלתא דלא שכיחא היא כלל לפרוע בתו"ז אע"ג דאם טען אביהם אישתבע לי דלא פרעתי' צריך לישבע מ"מ אין טוענ' ליורשי' טענה דלא שכיחא להשביעו מספק אבל מלוה בשטר אע"ג דאיכא טעמא דשטרך בידי מ"ב ולא שיפרע ויניח השטר ביד המלוה מ"מ זימנין זייר ליה אפשיטי דספרא ומש"ה טוענים ליורשים ואין נפרעים מהם אלא בשבו' דחזקה עדיפא משטר ובעל העיטור לא קאמר בגו זימניה כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי אלא לגבי הלוה עצמו שטוען ברי' וכ' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב דהא דטוענ' ליורשי' ה"ד שלא להוציא מיד היורשי' אבל לא לחיי' שבו' על הספק שכנגדו וכן פ' הרמב"ם ומרן בסי' קל"ג ס"ו בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר שמוציאין מהיורשי' ואין משביעי' למערער אפי' היסת אע"ג, דהמחזיק היה יכול להשביעו לא טענ' ליורש להשביעו אפי' מספק ע"ש ונר' דלחיי' שבו' נמי טוענ' ליורש כמו במלוה בשטר דאין נפרעי' מהיורשי' אלא בשבו' משום דטוענ' להם מה שהיה אביהם היה יכול לטעון להשביעו אלא דה"ד בנשבע ונוטל שהיא בנק"ח אבל בשבועת היסת דאינה אלא לאחר הפירעון אין נשבעי' היסת על טענת שמא כמ"ש הש"ך בסימן קל"ג ס"ק י"א ע"ש וכן פ' הב"ח דאין צריך לישבע קודם הפירעון אבל אחר הפירעון צריך לישבע היסת וכן הסכים הש"ך ע"ש אבל ה' בית שמואל בא"ה סי' צ"ו ס"ק א' דמדברי הרי"ף ובעה"ת והרשב"א משמע דא"ץ לישבע אפי' אחר הפירעו' שכ' דלאו טענה היא וכן עיקר דהא שבועת היסת תקנתא דרבנן היא ובפלוגתא אוקמא אדינא ע"ש ונר' דהיינו כמ"ש התוס' בשבועו' ד' מ"א בד"ה מאן וכו' בשם ר"ת השתא דלא איתמר הילכתא בחד מהנך לישני לא משביעי' ליה מס' דהממע"ה וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב והטור בסי' צ"ז ע"ש מיהו י"ל דה"ד להחזיק ממש אבל הכא שהלוה מוחזק ולא רצה ליתן אלא שב"ד כופין אותו ליתן מכח חזקה דאין אדם פורע

בתו"ז כשטוען עליו אחר הפירעון צריך לישבע וכה"ג כ' הש"ך בסימן ע"ב ס"ק קמ"ב וז"ל דאפי' לדעת החולקי' שם היינו משום דהתם כיון דהמערער בא להוציא מיד היורשי' חשיב כמו להחזיק ביד היורשי' לכך טעני' ליורשי' משא"כ הכא וכו' ע"ש ועמ"ש בסי' פ"ב דין יו"ד ומ"ש הש"ך דגם הרי"ף בתשו' אפ' דלא אמר אלא דאין צריך לישבע על כתובתה קודם הפירעון אבל אחר הפירעו' צריך לישבע ע"ש ליתא דבעה"ת שכ' בשם הרי"ף דנותן לה כתובתה ויחרים סתם וכו' וכ"ה בתשו' הרי"ף בסי' מ"ח ויחרים סתם מי שגבה ממנו כתובתה זו כלום שלא כדין שיודה וכו' משמע אחר הפירעו' יחרים סתם מי שגבה שלא כדין אבל אין צריך לישבע ואפ' דהרי"ף דוקא בשטר כתובה קאמר דבמלוה בשטר כיון דבלא"ה גובה מהניא חזקה דבתו"ז לגבות בלא שבו' אבל במלוה ע"פ אפ' דסובר דצריך לישבע אפילו קודם הפירעון בנק"ח כדעת בעל העיטור דלא מהניא חזקה אלא לגבות אבל לישבע דחזקה בשטר ובשבועה דקודם הפירעו' בפלוגתא דרבוואתא קי"ל דמספק אין מוציאין מהמוחזק אלא בשבו' כמ"ש בתשו' כלל ע"א סי' ח' בנאמנות לגבי לקוחות כיון דפלוגתא דרבואתא לא מפקי' ממונא עד שישבע המלוה ע"ש וכן בפוגם שטרו בעדים ואפילו בפחות משו"פ קי"ל בסי' פ"ד ובא"ה סי' צ"ו דלא יפרע אלא בשבו' וכ"כ הרא"ש והר"ן הביאם מרן הב"י שם וכנר' דמספק אין מוציא' מיד המוחזק אלא בשבו' מיהו בתובע לאח"ז וא"ל פרעתי' בתוה"ז דקי"ל נאמן במגו יש להסתפק אם ה"ד במלוה ע"פ דנאמן במגו ליפטר אבל במלוה בשטר וטען הלוה פרעתי בתוה"ז וא"ל השבע לי אפ' דא"ץ לישבע כיון דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז מסייעת לשטר או דילמא כיון דאיכא מגו מרעא לחזקה וצריך המלוה לישבע:

מ' דין ד' נאמן במגו דפרעתי' היום הרמב"ם השמיט בעיא זו ואפ' דס"ל דנפשטה הבעיא דאמרי' מגו במקום חזקה מדאמרי' בפ' האשה שנתארמלה ת"ר אין נאמני' לפוסלו דר"מ וחכ"א נאמנים בשלמא לרבנן הפה שאסר וכו' אלא לר"מ בשלמא קטנים כדר"ל דאמר חזקה אין העדים חותמי' בשטר אא"כ נעשה בגדול וכו' אלמא דר"מ ס"ל דלא אמרי' מגו במקום חזקה ורבנן ס"ל דאמרי' מגו אף במקום חזקה דודאי רבנן מודים בחזקה דר"ל דאין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול ולא נחלקו על ר"מ אלא משום שיש מגו וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רל"ז ע"ש וכבר הק' התוס' שם דתיפשוט בעיין מהכא וה' ג"ה סימן רמ"ב תי' לפי מ"ש התוס' בכ"מ דזימנין ליכול למפשט הבעיא מהאמורא ולא פשיט משום דלא בעי למפשט אלא ממשנה או מהברייתא ע"ש ואפ' משום דלמסקנא טעמא דר"מ דאין נאמני' לפסול דס"ל דמודה בשטר שכתבו א"ץ לקיימו וא"כ קטנים נמי מהאי טעמא הוא ורבנן דס"ל מודה בשטר צריך לקיימו וא"כ לא שמעי'

חזקה זו דאין העדים וכו' אלא מדר"ל ולדידיה ע"כ רבנן ס"ל דאמרי' מגו במקום חזקה אלא דאמ' דהתם לא בעי למפשט אלא או ממשנה או מברייתא והרמב"ם פ"ג מה' עדות פ' כרבנן דנאמני' לומר קטני במגו דמזוייף ואע"ג דחזקה שאין חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול כמ"ש בפכ"ד מה' מלוה וה"נ מלוה גופיה דייק ואינו מחת' עדים קטנים א"כ ש"מ דאמרי' מגו במקום חזקה ואפ' שזה דעת המרדכי בפ"ב דייני גזירות שכ' וז"ל נסתפק ה' הכהן אם אדם הוציא שט"ח על חבירו ואמר הלה פרעתני כו"ך בזה השבוע והוא השיב לו אמת כדבריך אבל האמנתיך אם נאמן במגו דיכול לומ' לא פרעתי לך שום דבר כי לא הייתי חייב לך כלום נאמן ודאי לומר פרעתיך חובך אבל אתה חייב לי א"נ מגו דיכול לומר עדיין לא הגיע זמני לפרוע ובשביל כך פרעתי כי אמר נמי הגיע זמני ואפ"ה פרעתי' נאמן ור"ת אומר דנאמן וכ"כ הג"א ע"ש וכבר תמה ה' פמ"א סימן כ"ב דבעיא היא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע וא"כ היכי אמרי' הכא מגו במקום חזקה להוציא ותי' דבשלמא הכא משום דאיכא נמי חזקה דשטר קיים ביד המלוה וגבי לוה ליכא אלא חזקה לבדו הך בעיא ליכא אלא מנו לבד גבי לוה וחזקה לבדה גבי מלוה ע"ש וליתא דהתם איכא חזקת ממון גבי לוה ואפ"ה איבעיא לן שמא לא אמרי' מגו במקום חזקה וכ"ש הכא דאיכא חזקת ממון גבי לוה וחזקה וקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי אלא נראה העיקר דס"ל לר"ת הבעיא נפשטה מההיא דפ' האשה שנתארמלה וכמ"ש והר' הכהן שנסתפק בזה משום דאפ' דא"ל דחזקה זו אלימתא היא ובחזקה אלימתא לא אמרי' מגו כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סי' י"ט ע"ש אבל ר"ת ס"ל דלא עדיפא מהחזקה דאין אדם פורע בתו"ז וחזקה דר"ל דאין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול ואפ"ה אמרי' מנו ועמ"ש בסי' ע"ט דין י"ד:

ושוב ראיתי לראב"ן בספרו ד' ק' ע"א שכ' וז"ל אבל אם בא אח"ז לתבוע חובו ואמר שמעון פרעתי' בתו"ז נאמן דאמרי' מ"ל לשקר מגו דא"ב אמר פרעתי' בזמנו ונאמן כי אמר נמי פרעתי' בתו"ז נאמן דאיבעיא להו וכו' ת"ש האומר לחבירו מנה לי בידך וא"ל הן למחר א"ל תנהו לי א"ל נתתיו לך פטור והעמידה ר"א נתתיו לך פטור דא"ל פרעתי' בתו"ז דנאמן ובשבוע' וכוותיה קי"ל דהוא בתרא וכו' ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"ם הארוכות סי' תרפ"א ע"ש נר' דס"ל דר"א דאמר מאי און לך בידי להד"מ לאו דחייה בעלמא אלא הכי ס"ל וא"כ רישא דקתני נתתיו לך פטור היינו אפי' אמר לו פרעי' בתו"ז דאל"כ הא דקתני סיפא אין לך בידי חייב ליתני אפי' א"ל נתתיו לך וזה נר' דעת הרמב"ם אבל הרמ"ה שם סי' נ"א וסי' נ"ד כ' דבעיא דלא איפשיטא היא דר"א דחויא בעלמא קאמר אלא דהממע"ה וכ"כ הרי"ף שם ונ"מ דאם תפס אין מוציאי' מידו ע"ש וה' כנה"ג בכללי

המגו אות קי"א כ' דהשה"ג בפ' החובל כ' דלראבי"ה מגו במקום חזקה אמרי' והם דברים תמוהי' ע"ש ואפ' דראבי"ה ס"ל כדעת ראב"ן שכתבתי ובלא"ה י"ל כיון דבעיא וקי"ל קולא לנתב' שפיר קאמר ראבי"ה דאמרי' מגו במקום חזקה שלא להוציא ממון אבל ק' על מהר"ם שכ' שה"ג שם דמגו במקום חזקה לא אמרי' וכ"כ הנ"י בפ' החובל דאינו נאמן במגו דהוי מגו במקום חזקה ע"ש והא בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע ואפ' דס"ל דהתם חזקה אלימתא היא דמגו במקום חזקה אלימתא לא אמרי' כמ"ש התוס' בפ"ק דכתובות ד' ט' בד"ה לא וכו' ע"ש:

מ"א כ' התוס' בפ"ק דבתרא ד' ה' בד"ה ואפי' וכו' נר' דביתומי' גדולים מיירי אבל בקטני' לא גבי אפי' בתו"ז וכו' ואפי' לר"ה בריה דר"י דמפרש טעמא משום צררי וכו' ואפי' נתקבלה העדות בחיי אביהם מ"ל דחיישי' לצררי אפי' תוה"ז בקטני' כדאשכחן גבי אלמנה בפ' השולח וכו' ע"ש וכה"ג כ' התוס' בכתובו' ד' צ"ב בד"ה ראובן וכו' וז"ל ותימא הואיל ולא זקפו ליכא למיחש לצררי א"כ למאן דמפרש טעמא וכו' משום צררי משכחת לה נזקקי' כמו ראוב' שמכר שדה לשמעון באחריות ולא זקפה עליו במלוה ומת ושלח שמעון המעות ליתומי' ואח"ך נמצאת שאינה שלו הרי עכשיו חוזר על היתומי' ונזקקי' הואיל ולא חיישי' לצררי וא"ל נהי דיתומי' גדולים לא חיישי' לצררי כה"ג ביתומי' קטני' חיישי' טפי עכ"ל הרי אע"ג דבגדולים לא חיישי' לצררי בקטני' חיישי' וה"נ א"ל בתו"ז דלא חיישי' לצררי בגדולי' אבל בקטני' חיישי' וכ"כ הג"א בשם מהרי"ח ע"ש:

מ"ב הגה אבל ליתמי דידיה לא טעני' שפרע ביומא דמשלם זמניה דטענה דלא שכיחא לא טעני' וכ' הש"ך דלמ"ד בסי' ק"ח דטעני' ליורשי' טענה דלא שכיחא ה"ה הכא ע"ש ורוב הפוסקי' ס"ל דאין טוענין ליורשים טענה דלא שכיחא וכ' ה' בתי כהונה, ח"ב סי' ל"ז דהכי נקטי' ע"ש וכן פסק מרן בסי' ס"ה ס"ד דאם טענו היורשים על שטר שמוציאי' ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה וכו' טענתם טענה אבל אנן לא טעני' להו מטעם דלא שכיחא ע"ש בהש"ך א"כ ה"נ לא טעני' ליתומי' שפרע אביו ביום משלם הזמן דאפי' יתומי' קטני' לא טעני' להו טענה דלא שכיחא ומהרימ"ט ח"מ סי' כ"ה כ' דגבי יתומים קטנים אשכחן דטעני' להם מה שאביהם לא מהימן למטען בלא ראיה כדאמרי' בפ' שום היתומי' דאין נזקקי' לנכסי יתומי' משום צררי ואפי' במלוה בשטר דאילו אביהם אינו נאמן לטעון הך טענה דצררי בלא ראיה מ"מ גבי יתומי' אמרי' אי אביהם קיים קא מייתי ראיה לטעון הך טענה דלאפוקי ממונא לא מפקי' כל היכא דאיכא למיחש אפי' חששא רחוקה וכו' ע"ש וא"כ אם טוענין ליתומי' קטני' אפי' טענה שאביהם לא היה נאמן בלא ראיה ק"ו טענה שאביהם היה נאמן בלא ראיה דטוענין להם דאפי'

חששא רחוקה חיישי' שלא להוציא מיתומים קטנים וכה"ג כ' התוס' בכתובו' ד' צ"ב בד"ה ראוב' וכו' דאפי' בדבר דלא חיישי' לצררי ביתומי' גדולים בקטני' חיישי' ע"ש א"כ ה"נ ליתומים גדולים לא טעני' טענה דלא שכיחא אבל ביתומים קטנים אפילו לחששא רחוקה חיישי' והא דתניא בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומי' דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו וכולי כ' התוס' וא"ת אכתי אמאי גובה כולו נטעון להם ליתמי נאנסו וי"ל דמלתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי אע"ג דאביהם היה נאמן לומר נאנסו ע"ש נר' דמיירי דוקא ביתומים גדולים אבל ביתומים קטנים לכ"ע אינו גובה מהם דהא קי"ל דאין נזקקי' לנכסי יתומים קטנים אפי' במלוה בשטר דחיישי' לשוכר או לצררי וא"כ בשטר כיס אפילו פלגא מלוה אין ובי' מהם:

אבל ראיתי בס' א"ז לבתרא שם שכ' הרשב"א וז"ל ושמעת שהאונס אינו מצי וכו' אבל הראב"ד כ' ד"א דהכא ביתומים גדולים עסיקי' וטועני' אבינו צוה שיחזי' הפקדון וכו' והא' ששמעתי נ"ל עיקר דהכא שטר היוצא על היתומים סתם אמרו בין גדולים בין קטנים וכו' הרי דמוקי לה אפי' בקטנים וא"ה טוענים להם נאנסו משום דלא שכיחא וק' דהא אין נזקקי' ליתומי' אפי' בשטר מלוה וכבר הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' כ' דסתם יתומים בין גדולים בין קטנים ומצינו יתומים סתם דוקא גדולים בפ' בתרא דב"ב ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלאודועי ליתמי הא אודועי ליתמי היו היתומים עומדים בדין עם המלוה או עם הערב אלמא גדולים נינהו אלא ודאי גדולים וקטנים בכלל יתומים זולת מקומות ידועים בתלמוד דמיירי או בגדולים או בקטנים דוקא ע"ש אלמא אע"ג דסתם יתומים גדולים וקטנים מ"מ מצינן שאמרו יתומים סתם ודוקא גדולים וכ"כ הראב"ד והרז"ה בפ' ג"פ גבי ההוא ערבא וכו' כ' שהראב"ד מוקי לה ביתומים גדולים ואין בכל התלמוד לשון יתומים האמור בסתם שיוצאי הקטנים מכלל וכו' ע"ש הרי דהראב"ד ס"ל דאמרו יתומי' סתם על הגדולים דוקא והא נמי דדוקא שטר כיס היוצא על היתומים וכו' בגדולים דוקא מיירי אבל הרשב"א סוב' כהרז"ה דלא מצינו יתומי' סתם שיוצאים הקטנים מכלל ולדידהו ק' איך גובים שטר כיס מיתומי' קטנים הא אין נזקקי' לנכסי יתומי' קטנים

עוד כ' הש"ך והיינו שכ' הנ"י דין זה בל' כ' הראב"ד משום דהנ"י גופיה ס"ל בפ' המוכר את הבית דטעני' ליתמי נאנסו וכו' ע"ש וליתא שהרי הראב"ד ג"כ ס"ל דטעני' ליתמי נאנסו וכן הר"ן הובא בש"מ לבתרא בפ' המוכר את הבית ע"ש והנ"י כ' בשם הר"ן שיש להראב"ד סמך בריש בתרא ע"ש ודברי הראב"ד הובא בש"מ בס"פ השואל וז"ל ויש דמות ראיה דלא טענינן מדאמר ר"ל הלואי שיפרע וכו' אלמא מלתא רחיקא היא טובא דמפרע

מקמי דמשלם זמניה הילכך לא טעני' ליור' אבל אי טען אבוהון נאמן ע"ש ונר' דס"ל דדוקא טענת נאנסו דאינה רחוקה כ"כ טעני' אבל פירעון דטענה רחוקה היא טובה לא טעני' וכ"כ ה' משפט צדק ח"ב סי' ע"ג דכ"ע מודו בטענה רחוקה וכ"כ הש"ך בסי' ס"ב סק"טו ע"ש ומהרימ"ט ח"א סי' ע"ב כ' דגם הרי"ף והרמב"ם ס"ל לא טעני' ליתמי טענה דלא שכיחא ונאנסו שכי' היא ע"ש ואיברא דהרמב"ן בס' תמ"ד סי' רכ"ו ובמלחמות בפ' הגוזל בתרא והנ"י בשם הרא"ה שם הוכיחו דכל מה שהיה אביהם יכול לטעון טוענ' ליורשי' אפי' טענה רחוקה וכבר מהרימ"ט עצמו חזר בו בסי' קי"ב והביא דברי הרמב"ן וכ"כ בחה"מ סי' ק"ך ע"ש אבל הראב"ד נר' דס"ל טענה רחוקה לא טעני' אבל טענת נאנסו אינה רחוקה או שכיחא היא כמ"ש הש"ך בסי' פ"ב בדיני מגו אות כ"ב ע"ש אבל לדעת הרמב"ן והרא"ה והנ"י דאפי' טענה רחוקה טעני' להו ה"נ טעני' להו שפרע בזמנו כיון שאביהם היה נאמן ועיי' בתשו' מהרא"ש ח"א סי' ל"ב:

דין ה' נשבע הלוה היסת ונפטר ואם היא מלוה בשטר הרי"ף בתשו' סי' מ"ח והביאה בעה"ת שער ו' ח"ב סי' ה' כ' וז"ל אם גרש אשתו ותבעתו כתו' וא"ל פרעתי' וכו' אינה טענה לפי שלא נתנה כתו' לגבות מחיים וכו' אבל אם טען פרעתי לאחר גירושין טענתו יפה שאפ' שפרעה הילכך נשבע ונוטל כדין מי שיש בידו שטר וטען חבירו שפרעו עכ"ל וכ"כ ה' גד"ת שם דאפי' אחר הגירושי' דאיכא מגו אפ' דלא אמרי' מגו לחייב שבועה כי היכי דלא אמרי' מגו לפטור משבוע' והביאו הכנה"ג בסי' פ"ב אות ק"ע ע"ש וכ"כ ה' בית שמואל בא"ה סי' צ"ו ס"ק ח' מתשו' הרי"ף ע"ש ואינו מוכרח דא"ל דתכף סמוך לגירו' תבעה כתו' וא"ל פרעתיך דליכא מגו כמ"ש ה' גד"ת שם וכ"כ הכנה"ג חא"ה סי' צ"ו אות מ"ט הגרושה אין משביעי' אותה אפי' טוען הבעל פרעתי' וה"ד כשבאה להתגרש ותכף תבעה כתו' אבל אם נתגרשה היום ותבעה כתוב' למחר ואמר פרעתי' צריכה לישבע הרדב"ז ח"ב סי' ע"ב בשם הרי"ף ע"ש הרי שכ' דה"ד כשבאה להתגרש ותכף תבעה כתו' אבל אם תבעה למחר משמע דאפי' אמר פרעתי' קודם הגירושי' צריכה לישבע מיהו בתשובו' הרדב"ז קי"ב סי' תכ"א כ' אם גרשה היום ותשעה כתו' למחר וא"ל פרעתי' אחר שגרשתיך וכו' משביעי' אותה וכו' ע"ש והתימה על ה' כנה"ג שכ"כ בשם הרדב"ז ולא זכר דבעה"ת ג"כ הביא תשובת הרי"ף:

ומ"מ נראה דלא אמרינן מגו לחייב שבו' ואם תבעו בשטר אחר זמן וטען פרעתיך תוך הזמן א"צ המלוה לישבע שהרי כ' הרמב"ם והטור בסי' פ"ב הוציא עליו שטר מקויים והלוה אומר חוב זה רבית הוא וכולי שאין שומעין לו להשביעו וכו' משמע אפילו אח"ז דיכול להשביעו על טענת פרעתי אין יכול להשביעו על טענת רבית או אמנה ואמאי

אינו נאמן במגו דהא קיימא לן כמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן הלוה לומ' פרעתיך במגו דמזוייף חלמא אמרינן מגו נגד השטר ועי' בפרישה סימן נ"א שכתב גבי שטר בע"א דאם טען הלוה לא לויתי נשבע ונפטר אבל אם טוען פרעתי לח אמרי' דנאמן בשבועה במגו דלא לויתי וכו' דהו"ל מגו במקום חזקה דאין אדם פורע ומניח השטר ביד המלוה והא דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף שא"ה כיון דאין יכול לקיימו לא מחשב כלל ע"ש הרי דסביר"ל דלא אמרינן מגו נגד השטר אלא דוקא במגו דמזוייף משום דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר מיהו כבר הוכחתי שם דאמרינן מגו נגד השטר ובפרק המוכר את הבית מסקינן דהמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרי' שטרך במ"ב וכ' רשב"ם שם אבל מלוה את חבירו בשט' ל"מ טוען לוה פרעתי דא"ל שטרך בידי מ"ב דגבי לוה ליכא מגו דאפי' טען נאנסו צריך לשלם דמלוה להוצאה נתנה ע"ש אם כן בשט"ח נמי כי איכא מגו נאמן ולא אמרינן שטרך במ"ב וכיון דאמרינן מגו נגד השטר אמאי אינו יכול להשביעו בטענת רבית או אמנה במגו דפרעתי אלא ודאי לא אמרינן מגו לחייב שבו' וגם הרא"ש והטו' בסימן צ"ג דסביר"ל דאמרינן מגו לפטור משבועה סב"ל הכא דאין משביעין על טענת אמנה או רבית משום דלא אמרינן מגו לחייב שביעה כמו דלא אמרינן מגו להוציא ממון אלא להחזיק וכה"ג כתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב דאין טוענין ליורשים אלא להחזיק מה שבידם ולא להוציא ולא לחייב שבועה לאחר ע"ש:

והפרישה בסי' פ"ד שכ' בפוגם שטרו דאפי' תבעו לאח"ז וא"ל הלוה שפרע בתו"ז צריך לישבע במגו שהיה יכול לומ' פרעתי אח"ז דאמרי' מגו לחייב שבועה אפ' דה"ד בשבועה דפוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלי' דצריך המלוה לישבע בב"ד בלא טענה וכה"ג חי' הט"ז בסי' פ"ב והדרישה בא"ה הביאו הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ט ע"ש וכה"ג כ' מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ד גבי שבועת הלוה שאין לו מה לפרוע דבטענת פירעון השטר שאין המלוה חייב שבועה עד שיטעון הלוה השבע לי אין לעכב שבוע' הלוה שאין לו אבל בפוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלים אע"ג דתקנת חכמים כיון שצריך לישבע בב"ד בלא טענה א"כ לא מחייב הלוה במעות אלא אחר שישבע המלוה וכל שלא נשבע לא נתברר חיוב הממון ולכך יכול המלוה לעכב שבועתו עד שיתברר חיוב הממון עליו עש"ב א"כ כל הנשבעי' ונוטלי' שצריך המלוה לישבע בב"ד כל שלא נשבע עדיין הממון בחזקת הלוה ומה"ט קי"ל בכל ספק בשבוע' אין מוציאי' מהלוה שהוא מוחזק אלא בשבוע' כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ע"א סי' ח' ומהריק"ו שרש צ"ב ע"ש וכן בפוגם שטרו בעדים ובפחות משו"פ קי"ל בסי' פ"ד ובא"ה סי' צ"ו דלא יפרע אלא בשבוע' דמספק אין מוציאי'

ממון מהלוה בשבוע' אלמא הלוה חשיב מוחזק לחייב שבוע' למלוה וה"נ אמרי' מגו לחייבו שבועה שלא להוציא ממון מחזקת הלוה אלא בשבוע' אבל בטענת פרעתי בשטר דא"ץ המלוה לישבע בב"ד בלא טענה נתברר חיוב הממון על הלוה והמלוה הוי כמוחזק ואין הלוה יכול להשביעו בטענה גרועה אפי' איכא מגו דלא אמרי' מגו לחייב שבוע' ובתשו' בשמים ראש סי' שי"ד כ' דאין אומרי' מגו דא"ב מעיז לחייב לזה השתא שבוע' דרבנן ע"ש משמע דוקא משום דהוי מגו דהעזה לא אמרי' מגו לחיי' שבועה אבל מגו טוב אמרי' לחייב שבוע' ואפ' משום דס"ל דאמרי' מגו לפטור משבוע' וה"ה לחייב שבוע' אבל למאי דקי"ל דלא אמרי' מגו לפטור משבוע' כ"ש דלא אמרי' מגו לחייב שבועה:

ושוב ראיתי להכנה"ג בסי' מ"ו הגב"י אות כ"ה שכ' דאם נאמן מטעם מגו למה אינו נשבע קודם שיטול אלא ודאי דס"ל דאין כאן מגו כיון דאין השטר עומד לטענת אמנה או רבית הוי כמגו במקום עדים וכו' ע"ש ונר' דס"ל דאע"ג דקי"ל דנאמן לומ' על השטר אמנה וכולי במגו כמבואר ברס"י מ"ו וברס"י פ"ב ה"ד במגו דמזוייף שלא נתקיים השטר אבל בשטר מקויים הוי כמגו במקום עדים וכה"ג כ' התוס' בפרק האשה שנתארמלה במתני' דהעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסי' היינו וכו' וז"ל וא"ת למה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסי' וכו' וי"ל כיון שהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום וכולי ובד"ה אין נאמני' וכו' כ' דהכא ליכא לאקשויי דליהמניה במגו דא"ב אמרי פרוע כיון דמקויים הוי כמגו במקום עדים ע"ש הרי דבמקויים אינן נאמני' במגו דהוי כמגו במקום עדים אבל כשאינו מקויים לא הוי מגו דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר ואפ' עוד לומ' דס"ל להרי"ף דלא אמרי' מגו במקום חזקה אלא במלוה ע"פ דמגו מרע לחזקה אבל בשטר בתו"ז כיון דאיכא תרי חזקות חזקה דאין אדם פורע בתו"ז וחזקה דשטרך במ"ב הוי כחזקה אלימתא ובמקום חזקה אלימתא לא אמרי' מגו כמ"ש בדיני מגו ע"ש וכן דעת מהר"י ן' מיגש הובא בס' א"ז לכתובו' ד' י"ט ע"א גבי האומ' שטר אמנה הוא וכו' שכ' וז"ל דאם אמר פרוע הוא נאמן במגו דא"ב מחיל ליה וה"ד לאח"ז אבל אם זמן השטר עדיין לא נשלם כיון דקי"ל חזקה לא עביד אינש דפרע בגו זמניה לא מהימני' ליה ע"ש וק' דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע אלא דס"ל דמקום חזקה ושטר לא מהני מגו דהוי כחזקה אלימתא וא"כ אפי' למ"ד דאמרי' מגו לפטור משבו' כמו בממון מודה הכא דלא אמרי' מגו בשטר לחייבו שבוע' מה"ט דבחזקה אלימתא א"ץ לישבע וכה"ג כתבתי בסי' ע' בא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' דא"ץ המלוה לישבע על השטר כיון דבלא"ה היה המלוה גובה בשטר בשבוע' אהני תנאי זה לפוטרו משבו' אבל במלוה ע"פ דבלא תנאי היה הלוה נאמן אהני תנאי למלוה

לגבות מיהא בשבו' וכה"ג חי' הש"ך בסימן זר ס"ק ט"ו בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אלא דלא מסתבר לחלק כן לענין שבו' היסת אחר הפירעו' ע"ש: מ"ד דין ז' ואבד ממנו ותבעו תו"ז וכו' דוקא אבד השטר אבל גרר אחורי השטר אינו פסול גמור ואם הוא תו"ז גובה את שטרו ולא חיישי' לפירעו' מהר"ץ בהגהותיו על הט"ז סי' נ"ו ע"ש:

דין ח' אבל בסתם הלואה וכו' וכן הסכים הריטב"א בחי' למכות ד' ג' ע"ב ע"ש אבל הרמ"ה בפ' ג"פ סי' פ"ז כ' וז"ל אבל היכא דאוזפי' בשטר וליתיה לשטרא גבי מלוה דאיכא ריעותא גביה אפי' בגו זמניה נמי חיישי' לפירעון וכו' תדע דגרסי' בפ' ב' אוחזין אר"א אר"י המוצא שט"ח בשוק וכתוב בו הנפק וכתוב בו זמנו בו ביום יחזירו לבעלים דלפריע' ב"י לא חיישי' טעמא דב"י הא למחר וליומא אחרא חיישי' ואמאי הא מסתמא דבגו תלתין יומין בגו זמניה הוא וכו' ע"ש מבוא' דס"ל דגם בסתם הלואה אי ליכא ריעות' שהשטר לפנינו אינו נאמן לומ' פרעתי:

סימן עט

א' דין א' וכפר בב"ד וכולי אם אינם ג' ב"ד הוי כחוץ לב"ד והכופר בפניהם ואח"ך באו עדים לא הוחזק כפרן אפי' קיבלו עליהם כמ"ש הרא"ם בתשו' הביאו הכנה"ג סי' ג' הגה"ט אות י"א ע"ש אבל הרשב"ץ בתשו' ח"א סי' אלף קכ"ו כ' דכיון שקיבלו עליהם אפיל' נדון יחיד כל מה שטוען או שהודה בפניו הרי הוא קיים ואינו יכול לחזור מחיוב לפטור והכופר בפניו ואח"ך באו עדים הוחזק כפרן ע"ש וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תק"ט דאם קיבלו עליהם בע"ד או שביררו אותו הציבור הוי כה"ג ב"ד לכל דבר ע"ש ועי' בס' בית שלמה סו' כ"ו:

ב' הטור כ' בשם הר"י דאפי' כפר חוץ לב"ד אינו נאמן לומר אח"ך פרעתי ודברי הר"י באו בס' א"ז לבתרא ד' ו' ודף ל"א ומבוא' שם אפי' לא אמר אתם עדי' ע"ש ועי' למהרימ"ט סי' ל"ו:

ג' ואמר להד"מ וכו' דוקא כשאמר להד"מ אבל אם אמר לא היו דברים ולא אמר מלת לעולם לא הוחזק כפרן דמ"ל לפ' שהחזרתי או מחלת לי מהרשד"ם סימן ס' עיין שם:

ד' ובאו ב' עדים וכולי כ' הר' ב"ח מדברי הנ"י ריש מציעא נראה דבאומר לא לויתי אפילו אמר פרעתי קודם שבאו עדים אינו נאמן והביאו הכנה"ג ע"ש וזה כדעת הרמ"ה שכ' הטור בסימן פ' דאם באו עדים והכחיש בטענה א' אינו נאמן בטענה בלא ראיה וכו' וכ' מרן הב"י הטעם דאמרי' מה שחזר מטענה א' לפי שהיה יודע שיש עדים בדבר ע"ש וז"ל הרמ"ה פ' ח"ה סימן ט"ל אבל היכא דאתו סהדי בתר הכי ואכחשוה בטענה

קמייתא מחיי' ולא משגחי' בטענה בתרייתא עד דמייתי ראיה דהא ל"ל מגו וכו' ועוד הגע עצמך דטעין מעיקרא לא לויתי והדר טעין אין לויתי ופרעתי דכיון דקיי"ל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הו"ל כמאן דאודי מעיקרא דלא פרע ותו ליכא ליהמניה דלוה ופרע אלא קמי דלא אתו סהדי דאיכא ליהמניה משום מגו אבל היכא דאתו סהדי וכו' עש"ב ועמ"ש בדין ט': ה' הרי זה חייב לשלם וכו' כ' המבי"ט ח"א סי' י"א דה"ד כשעמד בטענת לא לויתי אבל אם חזר ואמר כבר פרעתי קודם והביא עדים ע"ז נאמן והש"ך כ' דא"נ כן מסתימת הפוסקים וכן משמע מדברי הסמ"ע בסי' זה ס"ק י"ז ע"ש ולא זכר שכ"כ הסמ"ע בסי' זה ס"ק י"ב ע"ש וכ"כ הר' גד"ת בשער י"א וי"ב דדוקא אם יביא עדים שפרעו אחר התביעה הוא דנאמן עיין שם מבואר בדבריהם דהמבי"ט ס"ל דאפי' עד אחד ששמע שאמרו העדים שפרע נאמן אבל הסמ"ע והש"ך וה' גד"ת ס"ל דאפילו חזר קודם ששמע מפי העדים נאמן מיהו מסתימת הפוסקי' אין ראיה דכבר הוכיח כן המבי"ט מדכ' הרמב"ם בסו' פ"ז מה' טוען דמודה בב"ד וא"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו נאמן וכ' המ"מ שהמפרשי' הקשו מדכ' בפי"ד מה' מלוה ולוה המוציא שט"ח וכו' מלוה אומר לא נפרעתי ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שנפרע כולו נשבע הלוה ונותן מחצה ולמה לא יחזור ולומר נזכרתי שפרעתי הכל והרי העדים מעידים ותי' לדעת רבי' דהתם בעומד על דבריו הא' אבל אם חזר ואמר נזכרתי ה"ז יכול לטעון כיון שהעדים מסייעין אותו הא קמן דיש חי' בין עומד בכפרנותו למי שאינו עומד בכפרנותו וכו' ע"ש וכן הסכים הש"ך בסימן פ"ב ס"ק ט"ל ע"ש הרי אע"פ שכ' סתם מיירי דוקא בעומד בדבוריו אבל אם חזר ואמ' פרעתי נאמן ועיין בספר א"ז למציעא דף ג' שהר"ן הוכיח הפך דברי הרמב"ם וכתב הרשב"ץ עליו וז"ל ולי אין כאן צ"ע שהם דברי טעם ואין ראיות אלו מכריעות כלו' דהא דאמרינן הכא דבפיו ליכא הכחשה והזמה היינו עומד אבל אמר נזכרתי ועדים מעידים כדבריו עדותן מועלת וא"ת אי עומד בדבורו מאי אולמיה דפיו מתנה הוא דקא יהיב ליה ואיהו רוצה ליזוק בנכסיו הא ל"ק דמשכחת לה בעומד בדבורו ולא מצי יהיב ליה במתנה כגון שאחר שהודה לחבירו שחפץ זה שלו הוא נתן כל נכסיו לאחר בקנין והלה תובע חפץ זה שהרי עדים מעידים שהוא של נותן והרי הוא בכלל כל נכסיו והנותן אומר שהוא של התובע כמו שהודה לו שמעינן מהכא שכיון שמתחלה הודה לנתבע תו ליתיה בהכחשת עדים וכו' אבל אם אמר נזכרתי אפילו בכה"ג נאמן כיון שהעדים מעדים כדבריו והיא דפרק יש נוחלין נמי לא מכרעא דלעולם אימא לך דבעומד בדבורו היא וקמ"ל דלא משיב אבידה הוא וכו' אבל אם חזר ואמר נזכרתי שפרעתי הכל והרי אלו עדים נאמן וכן ההיא דפ"ה ש"ה אלו חזר ואמר

עכשיו נזכרתי שלויתי ופרעתי כדברי העדים היא נאמן וכו' ע"ש הרי דסבי"ל להרמב"ם דאם חזר ואמר פרעתי כדברי העדים נאמן ולא מיירי אלא במי שעומד בדיבורו ועיין בהלח"ם פ"ו מה' טוען שדחה כן ראיית המ"מ שם דמיירי בעומד בדיבורו אבל אם חזר וטען אחר העדים שפרע פטור מיהו כבר הלח"מ כתב ואולי דסביר"ל להמ"מ דמיירי אפילו כשחזר וטוען דסתמא דמלתא הכי הוא דכשיראה שב"ד חייבו יטעון כן עיי"ש וכה"ג כתב המ"מ בספ"ז מה' טוען כההיא י"ן עיין שם וגם לתי' המפרשים בההיא י"ן דמיירי בעומד בדבורו אפ' דדוקא התם כשחזר ואמר פרעתי כדברי העדים נאמן שהרי כתב בעה"ת בשער ח' סימן ג' וז"ל שהק' הא' שהרי אמרי' שהם עדים מכחישים והוא בעצמו הכחישם למה יבטל כח השטר על פיהם וי"ל אלו אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשים אבל עתה כשאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה אלא באדם שאומר ע"כ אני זכור והעדים מעידים זכורים יותר ממך כי פעם אחרת פרע' לו מחצה אחר עכ"ל וכ"כ הרשב"א בשם הראב"ד בספר א"ז לבתר' דף קכ"ח ע"ש וא"כ א"א נזכרתי שפרעתי הכל נאמן אבל אם אמר בפי' לא פרעתי יותר אינו יכול לחזור באומר לא לויתי דבאומר לא פרעתי דמי אינו נאמן לו' נזכרתי וכן כתב בעה"ט בדיני חוב דף ס"ו ע"ב וז"ל והיכא דאמר להד"מ ואתו סהדי דאוזפי' חייב וכו' ואף על גב דסהדי אמרי אוזפיה ופרעיה וכו' לא מצי למימ' אשתלאי כההיא אודיתא ואף על גב דאיכא סהדי דמסייעי ליה וכו' ע"ש הרי בהדיא אינו נאמן לומר נזכרתי שפרעתי אף על גב דהעדים מסייעי ליה כתב עלה בשם ה' מהר"י ן' מיגש דמאן דאודי לחבריה וכו' אף ע"ג דאייתי סהדי דלית ליה גביה מידי ל"מ לטעון דאשתלאי בההיא אודית' דכיון דאודי אודי וכו' ע"ש וכן כתב הרשב"א והר"ן שכן ראוי להורות שלא כדברי הרמב"ם וכן סיים הרשב"ץ שם וכן כתב הרב חקות הדיינים סי' מ"ט ע"ש הרי דמהר"י ן' מיגש ובעה"ט והרשב"א והר"ן וה' חקות הדיינים ס"ל דאינו נאמן לומר נזכרתי שפרעתי וגם הרמב"ם דסבי"ל דמי שהודה בב"ד נאמן לומר נזכרתי אם הביא עדים וקיימא לן הכי הרי כבר כתב הנ"י בריש מציעא דה"ד משום דחזר בו קודם שהכחישו העדים אבל הכא שלא חזר בו אלא אחר הכחשת העדים אינו נאמן וז"ש ואינו כאומ' לא לויתי מעולם וכן כ' הרדב"ז בל' הרמב"ם סי' קע"א ע"ש וה' גד"ת בריש שער י"א כ' דמשמע מדבריו דהא דאינו נאמן ה"ד כשאמרו העדים שפרע שחזר מפני העדי' ששמע שאומרים כן אבל אם לא אמרו העדים שפרע אלא שהוא חזר ואמר פרעתי והביא עדים על זה מהימן עיין שם וליתא דמדברי הנ"י שם משמע דאפי' לא אמרו העדי' שפרע ולא הכחישו רק בהלואה וחזר וטען נזכרתי שפרעתי והביא עדים אינו נאמן כיון שלא חזר אלא אחר שהוכחש בטענתו הא' ודוקא

במודה בב"ד וחזר בלא הכחשת העדים הוא דנאמן וכן כ' הנ"י בסוף בתרא דאם טען על השט' מזוייף הוא ואחר כך נתקיים השטר שוב אינו נאמן להביא עדים שפרע שכל האומר מזויף הוא ולא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ"ל הרי דאפילו לא סייעוהו העדי' אלא אחר שחזר אינו נאמן וכן הסיק הרב גד"ת וכן הסמ"ע בס"ק י"ב וי"ז ע"ש: ו' הרי זה חייב לשלם וכו' א' שהיה חייב לקרובו מנה ופרעו ותבעו לדין בפני גוים דבדינם אם יטעון פרעתי נשבע שכנגדו ונוטל כ' הרשב"ש בתשו' סי' ק"י דאם ישביעו אותו שלא לוה ממנו אע"פ שחזר ופרעו אינו יכול לישבע לשקר שלא לוה אבל אם ישביעו שאינו חייב לו כלום יכול לישבע באמת אם פרעו שאינו חייב לו כלום ע"ש ונראה דה"נ יכול לישבע שאין בידו כלום כדקי"ל כרוב הפוסקים דאין לך בידי לא הוי כמו להד"מ אבל לישבע שלא לוה הוי שבועת שקר והרא"ש כלל ח' סימן י"ג במי שמשכן ליהודי משכון בתנאי שאם לא יפדנו לזמן פ' יהיה שלו כ' וז"ל דע כי בדיני הגוים צריך לישבע להכחיש העד שלא משכן לו כלום וזו השבוע' איני מורה בה היתר אבל אם יוכל ליפטר במה שישבע אין לו בידו משלו כלום זו שבוע' מותרת כי בדיני הגוים אסמכתא קניא ע"ש ונר' דבדיני ישראל יש אסמכת' במשכון אבל בדיני הגוים אסמכתא קניא כמ"ש הראב"ד בהשגות פ"ד מה' חמץ גבי ישראל שהרהין חמצו אצל הגוי וכו' דאם הגיע זמנו קודם הפסח אפי' לא אמר מעכשיו קנאו שאין דין אסמכת' לגוי וכ' המ"מ דס"ל דיש דין אסמכתא במשכון כמ"ש בפי"א מה' מכירה אלא בגוי קונה דאין בו דין אסמכתא והרמב"ם ס"ל להפך ע"ש וא"כ הרא"ש נראה דס"ל כהראב"ד שיש אסמכתא במשכון אבל בגוי אין בו דין אסמכתא ולכך יכול לישבע שאין לו בידו משלו כלום כיון שקנה המשכון ישראל מגוי ואין בו אסמכתא אבל לישבע שלא משכן לו אסור וכבר כתבתי בי"ד סי' רל"ב דהריטב"א ורבו ס"ל דשבו' לשקר אסורה באונס וכן דעת הגאונים ורבי' ישעיה הא' וכ"כ הרדב"ז בל' הרמב"ם דס"ג ודחה מרן הב"י שם וא"כ אפי' שכן סובר הרא"ש ולכך לא היתר לישבע לגוי שלא משכן לו דשבועה לשקר היא ואסו' אפי' באונס וזה כדברי הרשב"ש דאם לוה מנה מחבירו אסור לישבע שלא לוה ממנו דאסור לישבע לשקר אפי' באונס מיהו נראה דאם יחשב בלבו היום מותר לישבע באונס ושוב ראיתי למהר"י באסן בתשו' סימן מ"ו שכת' וז"ל דאפילו שבועה דלעבר דמוציא שקר מפיו מות' לישב' לאנסיה וכו' מיהו דה"ד האנס דאינו מכיר בשקרו ומ"מ נראה דבאונס יכול לישבע שלא לוה ומחשב בלבו שלי עמד בהלואתו אלא שפרע שהרי כתבו התוספ' בשבועות דף מ"א בד"ה כל וכו' וא"ת ואמאי לא מתרצי' דיבוריה הכא לא לויתי כלל ולא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי כמו בפ' א"ל גבי לא נטמאתי וכו' ואומר ריב"א

דהכא לא קאמר לא לויתי אלא להד"מ דלא שייך לתרץ לישניה אבל בפ' הכותב ק' וכו' וי"ל דהאב יכול לטעון ולתרץ דיבוריה אבל ליתומים לא טענ' מלתא דלא שכיחא ועוד י"ל דהכא כשטוענ' עליו בבית דין יש להשיב בענין שיפטר ואין לו לתרץ דבריו עכ"ל נראה דסביר"ל דהאומר להד"מ אינו יכול לתרץ דבריו אבל האומר לא לויתי יכול הוא לתרץ דבריו לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי אבל אם הוא לא טען אין טוענ' לו ואפילו ליתומים אין טוענ' להם דהוי מלתא דלא שכיחא והתוספו' בכריתות כתבו בשם ריב"א דאינו במקום עדים להפסיד את חבירו אפי' במתרץ דבריו ע"ש ובספר א"ז לכתובות בפר' הכ' וז"ל פי' ריב"א שאם אמר מתחלה לא לויתי ואחר כך חזר ואמר לא לויתי וכו' שכבר פרעתי אינו נאמן ונפרעין ממנו שלא בשבועה ואי ק"ל הא אמרינן במסכת כריתות א"ל שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי שיכול אחר כך לתרץ דיבוריה ולחזו' ולומר לא אכלתי שוגג וכו' י"ל דהתם איכא הוכחה שהרי כשאמרו לו אכלת ר"ל אכלת בשוגג ואתה חייב להביא קרבן ואם כן מוכחא מלתא כי כשהשיב לא אכלתי ר"ל לא אכלתי שוגג אלא מזיד וכו' תר"י עי"ש הרי בהדיא דאפילו הוא מפרש דבריו לא לויתי שכבר פרעתי אינו נאמן ומה שנראה מדברי התוס' ותר"י דהתם נמי דוק' אם פי' הוא דבריו נאמן אין נראה כן מדאמרינן שם דנ"מ לטומאה וכו' דא"כ הו"ל נ"מ לאומר לא אכלתי בשגגה וכו' ע"ש וגם לדעת הרי"ף והרמב"ן והרא"ה והני' בפ' הגוזל בתרא דטוענ' ליתומים כל מה שהיה יכול אביהם לטעון אפילו טענה דלא שכיחא צ"ל דהכא אין האב נאמן אפילו מתרץ דיבוריה דאל"ה טוענ' ליורשים כן וכן כ' התוס' בריש ב"ב דף ו' בד"ה כל וכו' וכן דעת הרמ"ה שם וכן כ' המרדכי והג"א בס"פ הכותב וז"ל מכאן הוכי' ה"ר שמריה דהאומר לחבירו בבי"ד לא לויתי אינו יכול לתקן דבריו וכו' לא לויתי היינו שלא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי דא"כ היו ב"ד טוענ' ליתומים וכו' וכן משמ' בשער אלפסי וכן פי' ר"ח בפ' השותפין עכ"ל:

ז' אין משביעי' אותו היסת וכו' כ' הב"ח דה"ה אם רצה להחרים על מי שנטל ממונו שלא כדין ג"כ מוחין בידו ומ"ש הטור בסי' פ"ב בשם הראב"ד דאין מוחי' ה"ד גבי שטר משום וכו' עש"ב ונר' דס"ל דמ"ש הטור לקמן בשם הרי"ף גבי מי שהוחזק כפרן דאין עליו רק חרם סתם שנטל ממונו שלא כדין ה"ד בהוחזק כפרן שטען שפרע אח"ך וה"נ אם רצה להשביע אחר הפירעון פרעתיך ב' פעמי' צריך לישבע היסת כמ"ש הרב בסי' פ"ב גבי שטר ע"ש וכ"כ הש"ך לקמן בס"ק ח"י אחר הפירעון יכול להשביעו היסת שלא נפרע ממנו ב"פ חוץ מאם טען שפרעו קודם לכן וכו' ע"ש וכן מצאתי להרמ"ה בתשו' בסי' רס"א שהסכי' עם הרי"ף דמי שהוחזק כפרן נוטל בלא שבוע' וסיים וז"ל מיהו איבעי

ליה בתר הכי לאשתבועי היסת מחמת דאיפרע מיניה מחד ממונא תרי זמני מצי משבע ליה מידי דהוה הכל תביעות דעלמא עכ"ל ותשו' הרי"ף היא בסי' פ"ב ומהר"ם ריקאנטי העתיק בקיצור וז"ל שאלה שראיתי לרבי האיי גאון ז"ל בס' שבועות כי מי שהוחזק כפרן ישבע שחזר בו ממה שכ' בס' שבועו' ואמר אין עליו אלא שבו' היסת תשו' מה שראיתי לרבי האיי גאון בס' שבועו' ובתשו' הוא ט"ס שכל האומ' לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ומי שאומר לא פרעתי אין על שכנגדו לא שבוע' דאוריי' ולא שבוע' דרבנן אלא חרם סתם וכו' ע"ש ונר' דרב האיי שחזר בתשו' וסבר דישבע היסת היינו אחר הפירעון שלא מצינו שבועת, היסת ליטול כמ"ש מהר"י ן' מיגש והריטב"א בחי' לשבועו' ד' מ"א גבי טוען פרעתי בשטר ע"ש וז"ל רב האיי גאון בתשובות הגאוני' בספר שערי צדק בשער ד' סי' ח' אם חזר כך ואמר כבר לויתי ממנו כמו שאמרו העדים אלא שאח"ך פרעתי אין שומעי' לו וכו' וטענה זו שאתה טוען כי נתתה יש לך עליו שבוע' היסת כשתשלם לו מה שנתחייבת וכו' ע"ש משמע דשבוע' היסת אחר הפירעון קאמר ועל זה השיב הרי"ף דט"ס הוא דאפי' אחר שכנגדו שבועת כעין דאוריי' ויטול ולאחר מצאתי תשובה, הפירעון אין צריך לישבע היסת רק חרם סתם מיהו מדברי רבי האיי בתשו' שם נר' דמיירי דחזר מיד לאחר שהכחישו העדים בב"ד אין לויתי וחזרתי ופרעתי דאי טוען פרעתי אחר שחייבו בב"ד כתבו אח"ך ועלה כ' הרי"ף דט"ס הוא דאין עליו רק חרם סתם וכן משמעות לשון הרי"ף והטור דבכל מי שהוחזק כפרן קאמר וכ"כ הש"ך כאן דאין דברי הב"ח נראין ע"ש וכ"נ מדברי הסמ"ע לקמן ס"ק י"ט שכ' נוטל בלא שבועה וכו' חזר וכ' כאן ללמדנו דכל מי שהוחזק כפרן באיזה ענין שיהיה דינו כן וגם לכתוב עליו דאפי' אם ירצה להטיל חרם אין בידו כי אם חרם סתם דקאי החרם אכ"ע ע"ש משמע בהדיא דכל מי שהוחזק כפרן דינו שוה ואשמעי' דאפי' חזר וטען שפרע אחר התביעה לא יחרים על המלוה בפרט אלא סתם ובסי' פ"ב ס"ק י"ט נדחק הסמ"ע אמאי חזר וכ' גבי שטר ולא כ' אשמעי' דיכול להחרים סתם וכ"כ בפרישה שם ס"ד וז"ל וי"ל מה חידש ר' בדברי הראב"ד הא כ' בריש סי' ע"ט דין מי שהוחזק כפרן וכו' וא"ל דכ' לשון הראב"ד ללמדנו דיכול להחרים סתם דזה פשוט וכו' ע"ש וא"כ נר' דכל מי שהוחזק כפרן אין צריך לישבע אחר הפירעון רק חרם סתם והרמ"ה שכ' דמשבי' אחר הפירעון אפ' דס"ל כדעת בעל העיטור שהביא בעה"ת בשי"א ואפ' דרב האיי בתשו' הכי ס"ל: ה וכן אם הוציא עליו כתב ידו וכו' תבעו מנה וכפר הכל והוציא כת"י שלוה נ' וחזר וטען פרעתי דלא הוחזק כפרן אלא בנ' וישבע היסת על השאר אם יש נאמנות בכ"י דאינו נאמן לומר פרעתי שפ' מרן בסי' פ"ח ס"ק כ"ט דכת"י שיש בו נאמנות כיון שאינו טורח ממשעבדי

דינו כחייב שבוע' דאוריי' כמו במלוה ע"פ ע"ש א"כ ה"נ בתבעו מנה וכפר בכל והוציא כת"י בנאמנות שלוה ן' וחזר וטען פרעתי הכל דלא הוחזק כפרן אלא בנ' וישבע על הנ' האחרים שבוע' דאוריי' כמבו' בסי' ע"ה ס"ד כפר בכל ועדים מעדים שחייב לו חמשי' ישלם חמשי' וישבע מן התורה על השאר וכו': ט' דין ד' מנה הלויתיך בפני פו"פ וכו' כ' הב"ח דתבעו מנה הלויתיך בפני פו"פ וא"ל לא היו דברים מעולם יכול לתרץ דבריו להד"מ שהיה הלואה אלא מתנה ודוקא באומר מנה הלויתיך וא"ל להד"מ דמשמע לא מנה לו מעולם הוחזק כפרן וכן הסכים הש"ך ע"ש והריטב"א בחי' לשבועות דף ל"ג ע"ב כתב וז"ל שהתובע לחבירו מנה לי בידך והלה אומר להד"מ וא"ל והרי פ' ופ' ראו שמניתיך מנה וא"ל לא הד"מ ואומר התנא וכו' שהוחזק כפרן ול"ד למאי דאמרינן בפרק שבועת הדייני' הב לי מנה וא"ל פרעתיך בפני פ' ופ' וכו' דהתם הוא דלא רמי אנפשיה לפני מי הוא פורע וכולי אבל שפיר אית ליה למרמי אנפשיה אם מנה לו מעות אם לאו וכו' ע"ש משמע דדוקא אם מנה לו מעות וא"ל בפני פלוני ופלוני:

יו"ד הוחזק כפרן וכו' נראה דאין המלוה צריך לישבע כדלקמן סעיף ה' אבל הרב חוקות הדיינים סי' מ"ח כתב דמכל מקום צריך המלוה לישבע שבועת היס' שחייב לו אותו מנה ונוטל עיי"ש אבל באומר לא הד"מ והעידו העדים שלוה ממנו בסימן מ"ז ובסימן מ"ט כת' דאין המלוה צריך לישבע עיי"ש ודעת הטור ומרן דה"נ אין צריך המלוה לישבע שכ' לקמן כל מי שהוחזק כפרן וכו' ע"ש בסמ"ע ס"ק י"ט:

י"א אבל במתנה היו וכו' מהרשד"ם סימן ס' כתב דל"ד טוען בריא אלא אפי' אמר א"י אם הלויתני ונאמן במגו שהיה יכול לומר החזרתי והיה פטור עכשיו שאמר א"י נאמן אלא שי"ל דאין זה מגו טוב דהוי מגו דהעזה דאומר א"י אין התובע מכיר בשקרו אבל כשאומר החזרתי הוי העזה שמכיר התובע בשקרו ועכ"ז הוי מגו אלא צריך לישבע ע"ש ונראה דאי מדמי לאיני יודע אם הלויתני ודאי דאיכא מגו שהרי כתבו התוספות במציעא דף קי"ב בד"ה שכיר וכו' וז"ל ותימא דהיכי נאמן במגו דהא מפרש בגמרא טעמא דשכיר נשבע משו' דבעל הבית טרוד בפועליו ואנן חושבים אותו כאילו אמר א"י וכו' וא"כ מה מועיל מגו דאילו אומר א"י לא הוה מהני' שום מגו והוה חייב דהוה ליה כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב וכו' ע"ש משמע דוקא באומר הלויתני וא"י אם פרעתיך אפילו איכא מגו שיכול לומר לא הלויתני השתא שמודה בחיוב ומסופק בפירעון חייב אבל באומ' א"י אם הלויתני הוי מגו טוב דמגו דהעזה אמרי' בשבוע' מיהא כמ"ש הרמב"ן והרשב"א והר"ן והריב"ש סי' שצ"ב וכמ"ש בסי' פ"ב בדיני מגו ע"ש ומהרשד"ם עצמו סי' ט"ו דחה דברי רב א' שכ' דא"א מגו אלא בטענות שקולות וכו' דכבר כ' הר"ן בתשו'

בשם המפ' דהא דלא אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז כדי שלא יתפטר מן השבוע' אבל בשבוע' מיהא נאמן וכו' ע"ש ואפ' דהכא לכ"ע אמרי' מנו שהרי כ' התוס' בפ' השואל ד' צ"ז בד"ה ביום וכו' וז"ל וא"ת היכי מגלגלי' שבוע' לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במגו דא"ב אמר א"י וי"ל דאין זה מגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק כי אז נר' שהתובע אומר אמת שטוענו בריא והוא טוען א"י וכו' ע"ש וכ"כ הר"ן בפ' כל הנשבעי' דמגו דא"י לא אמרי' והביא ראיה לדבריו ע"ש אלמא טענת בריא עדיפא מטענה א"י וא"כ כשטוען א"י דנאמן במגו דהחזרתי דאילו משקר לא היה טוען א"י שנראה שהתובע אומר אמת שטוען בריא והוא טוען שמא וכה"ג כ' הפרישה בסי' ק"ח גבי שטר כיס אע"ג דאין טוענים ליורשי' נאנסו דלא שכיח מ"מ חשוב מגו גבי טענת החזרתי לגבי אביהם משום דבטענת החזרתי לא היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק י"ז ע"ש הרי אע"ג דלא אמרי' מגו משום דטענתו עכשיו גרועה דאיכא העזה ה"ד כשטענתו עכשיו טובה אבל הכא אמרי' אילו היה משקר לא הוה טוען א"י שנר' שהתובע אומר אמת שטוען בריא הי"ל לטעון בריא החזרתי:

מיהו נר' דטוען א"י אם הלויתני אפי' ליכא מגו פטור כמו בטען בריא להד"מ ורש"י בסו' ב"ק כ' שצריך לישבע היסת שאינו יודע דלא עדיף מאילו היה כופר בכל ע"ש בהתוס' וכ"כ התוס' בפ' השואל דאל"כ כל נתבע יאמר א"י ויפטר לגמרי ע"ש משמע דבלא מגו פטור ואם אינו נאמן אלא במגו דלהד"מ או פרעתי פשיטא דצריך לישבע כמי בטענת המגו וא"כ ה"נ אי דמיא לא"י אם הלויתני בלא מנו נאמן שלא באו לידו מיהו הכא שמנה לו מעות בפני עדים ולא ידעו אם בהלואה או מתנה נר' דאם טוען א"י אינו נאמן כמו בהלויתני, וא"י אם פרעתיך דאפי' הלוהו שלא בפני עדים דאיכא מגו דלא הלויתני או א"י אם הלויתני כיון דהשתא מודה בחיוב ומסופ' בפירעון חייב ואינו נאמן במגו כדברי התוס' דמצי' ה"נ שמנה לו מעות בפני עדים ולא ידעו אם בהלואה או במתנה אם טען א"י נר' דכיון דודאי באו המעות לידו וספק במתנה אמרי' בריא ושמא בריא עדיף שהרי כ' בעה"ת שמ"ו ח"ד סי' ג' גבי המקבל מעות מחבירו בפירעון חובו או בהלואה ונמצא יתרון במעות דמסתברא כי שתיק ולא תבע אבל אי אתי בתר הכי ואמר טעיתי אעפ"י שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דילמא מעיקרא יהבינהו ניהליה בתורת מתנה וכו' אפ"ה מחזירים לו דאיהו בריא ואידך שמא וקי"ל בריא ושמא בריא עדיף ע"ש:

עוד כ' מהרשד"ם בתשו' שם וז"ל הא דקי"ל בסי' נ"ח במי שהוציא שט"ח על חבירו וטען הלוה פרעתי' בפני פו"פ אם העדים שראו שנתן לו המעות ולא ידעו אם בתורת פירעון

אם פקדון אם מתנה וטען המלוה דפירעון של חוב אחר הוא ונשבע ונוטל וגם החולקי' ש היינו משום דמגו להוציא לא אמרי' אבל לאוקומי ממונא מודו דהנתבע נאמן וראיה מדין זה ע"ש ולא ראה מ"ש הרא"ש בפ' שבוע' הדיינים והביאו מרן הב"י בסי' נ"ח וז"ל וכ"ת דל"ד התם נאמן במגו להחזיק מה שבידו אבל הכא מגו להוציא הוא כי דייקת שפיר לאו להוציא הוא דהני סהדי לאו אגופא דשטרי וכו' הילכך השטר במקומו עומד לגבות ועל המעות נאמן במגו להחזיק המעות שבידו והרמב"ן לא הודה לו דמנ"ל דנאמן לו' במתנה נתנם לי וכו' ול"ד להיא דפ' ש"ה דהתם לא היה חייב תחלה כלום וכו' אבל הכא שהיה חייב לו מעות וכו' ודאי לשם פירעון השטר נתנם ונראין דבריו דמתנה לא שכיחא וכו' ע"ש הרי דלכ"ע התם נמי הוי להחזיק ולא חלקו על מהר"י ן' מיגש אלא מטעם דכיון שהיה חייב לו ודאי לשם פירעון נתנם ומתנה לא שכיחא אבל הכא שלא היה חייב לו נאמן לו' דבמתנ' נתנם לו או בפירעון חוב אחר ולמאי דקי"ל בסי' נ"ח כמהר"י מיגש אפי' במלוה בשטר שפרע בפני עדים ולא ידעו אם בפירעון או במתנה נאמן המלוה לו' שהם מתנה ונשבע וגובה שטרו וכ"כ הרשב"א בתשוב' המיוחסו' סי' ל"ו וז"ל יעקב ואשתו לאה מכרו כרם א' שהיה ליעקב וכתוב בשט' מכירה שקבלו יעקב ולאה מאתים זהובים מדמי הכרם ואח"ך מת יעקב ובאה לאה לגבות כתובתה מנכסי יעקב וראובן ן' יעקב טוען שכבר קבלה היא מנכסי יעקב מאה זהובים וכו' תשו' הדין עם האלמנה וכו' ועוד שאפי' נודע באמת שהיא קיבלה מחצות המעות ושהוצאתם בצריכו' או נתנתם לאחר אפ"ה אין מנכין לה מכתובת' כלום חדא דאפשר שהבעל נתנם לה במתנה או שהיה חייב לה שלוה ממנה ממעות שנתנו לה אחרים ע"מ שאין לבעלה רשות בהם וכו' ולא עוד אלא אפי' היה הבעל טוען בבריא והיא אומרת במתנה נתנם לי נאמנת כל זמן שלא הזכיר פירעון וכענין שאמר בפ' ש"ה וכו' עש"ב הרי דאפי' בשטר נאמן המלוה לו' במתנה נתנם לי וגובה שטרו ואפ' דבמלוה בשטר בתו"ז או בכתובה כ"ע מודו דנאמן המלוה לומר דבמת' נתנם לו והשטר בחזקתו דחזקה אין אדם עשוי לפרוע תו"ז כמ"ש הרשב"א בתשו' וא"כ אע"ג דמסתמא כיון דחייב לו לשם פירעון נתנם לו ומתנה לא שכיחא כיון שלא הגיע זמנו אפ' לומר דבמתנה נתנם והשטר בחזקתו אבל אנן קי"ל אפי' במלוה בשטר אח"ז שפרעם בפני עדים סתם נאמן המלוה לומר דבמתנה נתנם לו והמש"ל בפט"ו מה' מלוה ולוה כתב דאפי' נתנם לו בפני עדים בפירעון סתם כנר' מדברי הרא"ש בתשו' דאם חוב השטר בתו"ז נאמן המלוה לומר שעראי נינהו מכח חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן ע"ש ואף שכתבתי בסימן נ"ח אות כ"ח דבתשו' בשמים ראש סימן מ"ב מבואר דאפילו לא הגיע זמן השט' אינו נאמן ע"ש מ"מ דאם לא ידעו

העדים אם בתורת פירעון או בתורת מתנה נתנם לו אפש' כיון דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן לכ"ע נאמן דהא איכא מגו ואיכא חזקה מסייעי' אמרי' מגו אפילו להוציא כמ"ש הגמר' בפ' קמא דב"מ והרא"ש בפרק ח"ה ומהר"ם בתשו' הארוכות סי' תתקס"ב ע"ש ובעה"ת הובא בב"י סימן ס"ז ע"ש:

י"ב

כתב בשו"ת בשמים ראש סימן רפ"ד על אחד שנתן מעות לנער וב' עדים ראו מן החלון וזה טוען שנתנו לו לאביו ולאחיו בפירעון חובו והלה או' שנתנו לו במתנה בפ' ש"ה אמר' וכו' אי דאמר מתנה נתתה לי כי עדים רואים מאי הוי פי' הרי לא שמעו דבר וזה אומר אתה אמרת לי לשם מתנה אתה נותן מיהו ה"מ דאיכא אמתלא וסברא דאפ' שכן הוא אמנם אם אין ביניהם שום קורבה ואין דרכו של זה ליתן מתנה לנער שאין לו שייכות עמו ודאי לא מהימן כיון דליכא מגו עכ"ל נראה דסביר"ל דדוקא אם טען שנתנו לו במתנ' בפירוש אבל אם נתנו לו סתם לא אמרינן לשם מתנה נתנו אלא הלואה ובמקדש אחותו פליגי רב ושמואל רב סבירא ליה אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם פקדון ושמואל סבירא ליה דגמר ונתן לשם מתנ' וקיימא לן כשמואל דמעות מתנה כמ"ש הש"ך בסי' שנ"ו ס"ק ז' שכן דעת הרמב"ם ומרן בא"ה סימן ן' עיין שם אבל במקדש נכרית קיימא לן כרב דמעות פקדון אם כן כי איכא אמתלא וסברא שהיו מתנה נאמן כשמואל אבל אם אין ביניהם קורבה אינו נאמן לומר מתנה הם כיון דליכא מגו אבל הכא אפילו ליכא אמתלא וסברא נאמן במגו דפרעתיך וכבר כתבתי בסימן נ"ח אות כ"ה דמדברי הרמב"ם ומרן בא"ה סימן ן' משמע דמקדש אחותו ל"ד אחותו אלא בכל העריות המעות מתנה אם כן אין חי' בין נכרי' לאחותו כמ"ש הרב נתיבות משפט והמש"ל בפ' ד' מה' עבדים ע"ש ונראה דגם הרמב"ן והרא"ש שכת' בפ' ש"ה דהא דנאמן לומר במתנה נתנם לי משום דלא היה חייב לו תחלה כלום אבל הכא שחייב לו מעות ודאי לשם פירעון השטר נתנם לו וכ"נ דמתנה לא שכיחא עיין שם ה"ד אם היה חייב לזה שנתנם לו אבל אם היה חיי' לאחר וטוען שנתנם לזה להוליכם לב"ח וזה טוען שנתנם לו במתנה נאמן דאדם עשוי ליתן מתנה אף על פי שהוא חייב לאחרים אבל אין דרך ליתן מתנה למי שהוא חייב לו ובודאי לשם פירעון נתנם לו: י"ג אבל אם טען אני לא קבלתי ממנו אלא בפירעון שלי וכו' בסימן נ"ח אות כ"ב כ' דנראה דטענה זו גרועה היא ואינו נאמן אלא במגו דפרעתיך אבל אין נאמן לומר מתנה הם במגו דפרעתי דהוה ליה מגו במקום עדים ע"ש וכ"כ הגד"ת ד' ס"ט א"ל אם מת הלוה אם טוענ' ליורשיו כדהוה טעין אבוהון או לא מסתברא דבעידי ראיה בלא ידיעה טענ' להו דאבוהון שקיל ההוא מנה לפירעו'

חובו דמלתא דשכיחא היא אבל כשראו מבחוץ שנתנם דרך הלואה לא טענ' להו דילמא אבוהון לא היה יכול ליפרע ממנו ולהציל את שלו הודה שמקבל בתורת הלואה דודאי מלתא דלא שכיחא היא ע"ש וכן קי"ל דאין טוענ' ליורשי' טענה דלא שכיחא כמו שפ' מרן סי' ס"ה דאם טענו היורשי' על שטר שמוציאי' ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה ולקחו במשכון טענתם טענה אבל אנן לא טענ' ליתמי וכ' הסמ"ע משום דלא שכיחא ע"ש בהש"ך וכן תפסו רוב האחרוני' דאין טוענ' ליורשי' טענה דלא שכיחא וכן כ' הרב ב"ד ח"ב סימן ל"ז דהכי נקטי' ע"ש ואם כן ה"נ כשראו עדים מבחוץ שנתנם לו דרך הלואה נהי דאם טען הלוה לא היה יכול ליפרע ממנו ולהציל את שלו הודה שמקבל בתורת הלואה נאמן מ"מ אין טוענים ליורשים כן דטענה דלא שכיחא היא ואם כן נראה דגם הוא ג"כ שטען בריא אינו נאמן אלא במגו דפרעתי וכה"ג כתב מהראנ"ח ח"א סימן כ"א גבי טענת מחילה והביא תשו' מהר"ם דכל הטענות הגרועות לא מהימנא להו אלא במגו כההיא דשטראי נינהו וכן הא דאמר חזקה אין אדם פורע בתוך זמן אמאי לא מהימן במגו דמחלת אלא ע"כ טענ' דמחילה טענה גרועה היא דלא שכיחא ולא מהימני' לשום אדם אלא במגו דמ"ל פרעתיך או להד"מ ע"ש א"כ נר' דה"נ טענה זו דלא טענ' לה ליורשים משום דלא שכיח' כיון שטענה גרועה היא אפילו הוא שטוען כן בבריא לא מהימני' ליה אלא במגו והכנה"ג בסי' זה הגב"י אות י"ו כתב על דברי הגד"ת ואני אומר דאפילו למ"ד דנאנסו לא טענ' ליתמי בהא מודה דהא שכיחא וטענ' ליתמי דלהציל מידו הודה שקבלם דרך הלואה וכו' ע"ש אם כן הוא שטען בבריא כן נאמן אפי' בלא מגו והש"ך כ' נ"ל דדוקא הכא כיון שהעדים לא ראו ההלואה ממש בעיניהם רק שמעו שנתנם לו דרך הלואה הילכך כיון שאינו חייב אלא מכח פיו יכול לומר לא חששתי להודות וכו' אבל אם העדים ראו ההלואה ממש בעיניהם אינו יכול לטעון שום טענה וכו' וכ"ה בני חיי וק' דיהא נאמן במגו דפרעתי כמ"ש מרן בסימן ע"ה סי"ז דאפילו ב' מעידים שהלוהו ואין יודעים שפרעו נאמן בהיסת לומר יש לי בידך כנגדו וכו' ודוחק לומר דמיירי כשהוא בתוך זמן או שידעו העדים שלא פרעו דהא הכא מיירי בדין מוחזק כפרן וכו' עיין שם באורך הרי מבואר דסביר"ל דאם לא ראו ההלואה. רק שמעו אפילו בתוך זמן דליכא מגו דפרעתי נאמן לו' לא חששתי להודות כיון שלא ראו עדים אבל אם ראו עדים ההלואה נאמן בדאיכא מגו דפרעתי

י"ד דין ה' וחזר ואמר פרעתי' הוחזק כפרן וכו' בס' א"ז למציעא סוף ד' י"ו גבי שט"ח שנפל כ' הרשב"א וז"ל מסתבר' לי דאפי' הוחזק כפרן לאותה מלוה הו"ל למיחש כיון דנפל ואיתרע כדחיישי' לשטר בתו"ז דאע"ג דאינו נאמן לומר פרעתי וגובה אפי' מיתמי

אפי' בלא שבוע' אפ"ה כיון דנפל ואיתרע חיישי' ע"ש אבל מדברי רש"י שם משמע דאם הוחזק כפרן באותה מלוה אינו נאמן לומר פרעתי ע"ש:

ט"ו ראובן לוה מנה לשמעון בלא עדים ואח"ך תבעו וא"ל אין לך בידי אלא נ' וראובן הביא עדים שראו ששמעון קנה סחורה וא"ל מנין לך מעות וא"ל של פ' שנתן לי מעות לקנות סחורה אפי' אם טען שמעולם לא לוה ממנו רק נ' נאמן ונשבע שבועה דאורייי' ככל מודה מקצת ומה שהודה בפני עדים אינה הודאה דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו ואמר כן כשהוא קונה סחורה שלא להחזיקו אותו עשיר הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תר"א ע"ש ועי' בהב"י סי' ע"ה מחו' ה' שתמה על תשו' הרא"ש שחייב לר' עוזיה הרי יכול לומר שלא להשביע את עצמי הודיתי ותי' דבתבעו והודה מיירי:

ט"ז כתב ראב"ן בתשו' בסוף הספר ראובן תבע ס' שלי בידך השיבהו לא כי לא מכרתיו לך ולא משכנתיו לך ענה שמעון אין בידי שום ס' שלך ענה ראובן יש לי עדים שראוהו בידך וכו' והביא ע"א שהעיד ראובן זה שלחני לשמעון שיחזיר לו ס' שראה בידו והשיב לי שמעון יתן לי ראובן נ' כסף שהלויתי לאשתו על ספר זה בהיותו במ"ה ואני אחזיר לו הספר אמר ראובן לב"ד עדיין אביא עדים שראו הספר בביתו והיה רוצה ראובן לילך להביאם וכשראה שמעון כן הודה ודאי יש לי בידי אותו ספר אבל לאשתו הלויתי עליו וכו' אם שמעון זה הוחזק כפרן שכפר בתחלה אין בידי שום ס' שלך אלא שמפני עדות העדים הודה שממושכן הוא בידו וכו' דעתי נוטה שאין זה כפירה דהא קאמר שאין בידי ס' שלן דכל זמן שלא פדאו אינו שלו ולבסוף פי' דבריו כשאמר ממושכן הוא בידי והעד אשר שלח ראובן אליו מסייעו שגם אליו אמר כדבריו האחרונים וכו' וגם חוזר וטוען אינו כיון דלא חזר מטענתו הא' כדאמרי' דהרי אמר' בח"ה זה אומר של אבותי וכו' ה"נ כשפי' לבסוף ואמר ממושכן הוא בידי אינו סותר טענתו הא' אלא מפ' הוא בסוף ואמר אין בידי ספר שלו משום דממושכן הוא בידי ולא פדאו וכו' עכ"ל ועמ"ש בסי' צ':

י"ז אבל לא לממון אחר וכו' כ' הרשב"א בתשו' סי' תתק"ה במי שהוציא שטרות על ראובן ובירורה אלמנתו שגנב מקצתם אחר מיתת בעלה מן הבית שהוחז' כפרן לכולם שכשם שהוציא מקצתם כך הוציא כולם וכו' והא דאמרי' בפ' אלו נערות האי שטרא ריעא לא מגבי' ביה ואוקי' כגון דאמרי' לדידן א"ל זייפו ליה שטרא דמשמע דוקא האי שטרא אבל שטרי אחרינא לא שאני התם דלא ידעי' אי זייף או לא אבל הכא דודאי ידעי' שגנב מבית ראו' יש לחוש ג"כ לכל השטרות והביאו הב"י בסס"י ס"ו והסמ"ע כאן בקיצור ע"ש ונר' דס"ל דה"נ גבי שטר ריעא אם נתברר בעדים שזייף שטר זה יש לחוש ג"כ לכל השטרות שיוציא וכ"כ מהר"י ן' מיגש סי' קס"ד מי שנתברר עליו שהוא

זייף שטרא הוא פסול לעדות להיות גזלן כיון שבקש דרך א ליקח מה שאין לו ליקח מן הדין או לפטור עצמו מחוב שעליו ע"ש ונראה משום דנתברר שזייף דהוי גזלן ופסול לעדו' ולשבועה אבל אם באו עדים ששאל להם לזייף כיון דלא נודע שזייף לא נפסל לעדות כמ"ש הרשב"א וכ' הב"ח בסימן ס"ג דאם הוציא ב' שטרות על שמעון וכל אחד מזה הסכום אין לפסול אלא א' מהם ומספק אינו טורף מלקוחות בשטר שזמנו מאוחר ע"ש ונראה דהרשב"א מיירי בהוברר איזה שטרות שגנב דאם לא נודע איזה מהם גנב בלא"ה נפסל שהרי כתב הרא"ש בפרק אלו נערות י"מ דכל שטרותיו בחזקת מזייף וכו' אבל אם העדי' לא הזכירו שם הלוה וסכום המעות מסתבר קצת שחשוד לזייף כל שטרותיו ותלי' דזייף שטרא ולא ידעינן היניהו וכתב הדרישה בסימן ס"ג לכאורה נראה דעתו טעמא דהרא"ש אינו אלא משום דאין אנו יודעים וכו' ויש נ"מ אם היה למלוה ב' שטרות על לוה א' דלטעם י"מ אין גובי' שום א' מהם ולטעם הרא"ש גובין הקטן מהם כמ"ש רבינו לעיל ר"ס ל"א בב' כתי עדים המכחישות זה א"ז ובס"ס ס"ה באומר שטר בין שטרותי פרוע והיה לא' ב' שטר חוב עליו וכו' אלא דאם כן לא הוה ליה להרא"ש לסתו' אלא לפרש דבכה"ג גובים הקטן שבשניהם כמ"ש בשני כתי עדים המכחישות זה א"ז ואדרבא מדברי רבינו מוכח דאין גובי' שום א' מהם וכו' לכן צ"ל דה"פ הרא"ש בתחלה כ' שבזה לא זכרו העדים מסתבר קצת לומר שחשוד הוא שזייף כל שטרותיו וזהו מסתבר קצת אבל עוד ט"א לפסול שטרותיו והוא דאף דלא חשוד אלא א' מכל מקו' כיון דלא ידעי' היניהו הממע"ה ומ"ה סתמו הרא"ש והטור דבריהם וכו' ע"ש ונראה דבלא"ה לא דמי לאומר לחבירו שטר לך בידי שהוא פרוע הגדול פרוע והקטן אינו פרוע דהתם ודאי א' מהן מן השטרות פרוע כמ"ש הרשב"א בתשוב' סימן תתק"ה וז"ל וא"ת והא אמרינן בפ' כל הנשבעים מלוה ולוה ושני שטרות א' ממנה וא' ממאתים גובה של מנה שאני התם דודאי א' מן השטרות כשר עי"ש וא"כ הכא דיכול להיות שזייף כל השטרות ואין א' מהשטרות ודאי כשר אינו גובה כלל וכן לשון קיצור פסקי הרא"ש שם אבל אם העידו שבא להם שזייף לו ולא פיר' להם השטר כל שטרותיו בחזקת פסולים והב"ח שם כ' דהרא"ש מסופק בזה מי חשוד לזייף כל שטרותיו או תלינן דזייף א' ולא ידעינן הי מיניהו וכן הבין הטור לכן כ' דבספ' ממונא הוי קולא וכל שטרותיו איתרעו ע"ש וא"נ דא"כ אם תפס המלוה אין מוציאין מידו מספק והלא בשטר א' ששאל לעדים לזייף דאין גובי' בו אפילו תפס מוציאין מידו כמ"ש הסמ"ע שם וא"א ששאל לזייף שטר סתם מספק' ליה וקולא לנתבע ואם תפס המלוה אין מוציאין מידו הוה ליה לפרש:

י"ח אבל לא לממון אחר וכו' כ' הרשב"א ח"א סי' תתק"ה א' שבירר עליו שגנב שטרי מבית ראובן הוחזק כפרן עי"ז על כל שטרות שמוציא על ראו' וכו' וכתב הש"ך אפשר משום דכיון שגנב מקצת נעשה חשוד שגנב כולו וסב"ל כמ"ד בסימן צ"ב דחשוד שמוציא שטר שכנגדו נשבע היסת ונפטר וכאן כיון שמת ראובן האלמנה פטורה ואם כן למאי דקיימא לן כסברא אחרונה דחשוד גובה בלא שבועה כיון ששטר מקויים בידו הכא נמי לא הוחזק כפרן בשאר שטרות ע"ש ומתשו' הרשב"א סימן תתקע"ז שכתב בשטר שהמלוה מודה שנפרע מקצתו ומקצת אינו יודע כיון שהודה שקבל ממנו מקצת כבר פגם שטרו ותנן הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבו' והוה ליה מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם וכ"כ במיוחסות סי' פ"ה עיי"ש נראה לכאורה דסביר"ל דחשוד נמי שמוציא שטר אינו נוטל דהוה ליה מחוייב ואי"ל אבל ראיתי לה' דברי אמת בקו' ה' דף ל"ו ע"ב שכתב דאין ללמוד כן מתשו' הרשב"א דשאני הכא כיון שהוא מסופק בפירעון אינו גובה משא"כ חשוד שטוען בריא באנו למחלוקת ע"ש ולא זכר דברי הש"ך בכאן שהכריח מתשוב' הרשב"א זו דסביר' דחשוד אינו נוטל מיהו אפשר דהרשב"א מיירי בבא לגבות מן היתומים והחשוד שמוציא שטר על היתומים כיון שאין נפרעין מן היתומים אלא בשבועה והוא אינו יכול לישבע מפסיד ואפילו למ"ד דגובה מהלוה בלא שבועה ביתומים מודה כמ"ש האחרונים בסימן צ"ב עש"ב ואף שהוכחתי שם מדברי הראב"ד והריב"ש להפך דחשוד אפי' אינו גובה מהלוה עצמו שטוען בריא גבי מהיתומים כיון שהוא טוען בריא והם טוענים שמא ע"ש מ"מ אפ' דהרשב"א סובר הכי דנוטל בלא שבו' הכא להוציא מהיתומים חשוד שאינו יכול לישבע יפסיד אבל מצאתי להרשב"א בתשובות ח"ה סימן קצ"ט דמיירי בראובן נתן מתנה לאשתו קרקעות ידועים ואחר מותו הוציא קרובו שטרות שהיה חייב ראו' קודם המתנה לבנו וכו' ובירר האלמנה שמקצת שטרות גנב אותם ופסק דהוחזק כפרן על השאר וכו' א"כ אפי' לא בא להוציא מהיתומים אלא מהאלמנה מקבלת המתנ' נעשה חשוד על הכל מיהו נראה דהא דקיימא לן דחשו' גובה בשטר מקויים שבידו ה"ד חשוד על השבועה או על עבירה אחרת אבל זה שגנב מקצת שטרות נעשה חשוד שגנב הכל דנחשד באותה עבירה אבל נר' דהא דקי"ל דלא הוחז' כפרן לממון אחר להחזי' שלא יתחיי' ממון אחר אבל הכא הוחז' כפרן בכל השט' שלא להוציא בכל מיד המוחז' וכן ל' הרשב"א בתשו' אבל הכא דודאי הוברר שגנב מבית האלמנה והא נעשה בשטר שאינו ודאי יש לחוש ג"כ לכל השטרות שיוציא ע"ש ועי' בתשו' בית יעקוב סי' ע"ז א"כ להוציא בשטר שאינו ודאי מספק חיישי' וכן גבי שטר ריעא קי"ל בסי' ס"ג דאם לא אמרו העדים ששאל להם לזייף שטר זו אלא שטר

סתם כל שטרותיו של זה שבקש לזייף איתרעו והיינו שלא להוציא ממון מספק וכן אם הוברר בעדים דזייף שטר זה ה"נ אינו יכול להוציא ממון בשטר אחר משום דשמא זייף ודוקא התם שלא נודע שזייף אלא ששאל להם לזייף שטר זה אבל הכא להחזיק שלא להוציא ממון מידו אמרינן דלא הוחזק כפרן אלא לממון זה ולא לממון אחר:

י"ט דין ו' הוציא המלוה שטר בעדים שהלוהו הוחזק כפרן וכו' אם תבעו מנה והוציא המלוה שטר בנ' לא הוחזק כפרן אלא בנ' שכ' בשטר ואם כ' בשטר סילעי' או דינרים סתם נר' דלא הוחזק כפרן אלא לב' סילעי' שכ מרן בסימן מ"ב סי"ב כ' בשטר סילעי מלוה אומר ה' ולוה אומר ב' נותן לו ב' ונשבע לו היסת על השאר ואם תפס מפקי' ממונא וכ' הסמ"ע היינו בתפס בעדים דאל"כ נאמן במגו וכו' דל' השטר מסייע ללוה דסתם סלעים אין במשמע יותר מב' וכו' וכ"כ הלבוש שם א"כ נר' דלא הוי כעדים ממש דא"כ אפי' אין עדים למה מהימן במגו דהוי מגו במקום עדים והרשב"א בתשו' ח"ב סי' שנ"ה כ' דכל שכ' בשובר שפרע דינרי' וזה אומר השטר מסייעו כדאמרי' בפ"ק דמציעא דשטר מסייע ללוה כלומר שהעדים החותמים על השטר מעידים כדבריו שלא היו אלא ב' לפיכך לא פי' מניינם אלמא כודאי משוי' ליה ויש מגדולי הא' שאמרו דלגמרי מסייע ליה שטרא לפוטרו אף משבו' היס' כאלו העדי' מעידי' כדבריו ולזה דעתי נוטה ומ"מ אין בנו כח להוציא ממון בכך משום דקיי"ל בכ"מ יד בעל השטר על התחתונה וכו' עכ"ל והמבי"ט ח"א סי' רפ"א כ' שכ' הרשב"א בתשו' על מי שתבע מחבירו ק' קפיזים מלח והוא אמר להד"מ והוציא כת"י שחייב לו מלח ולא נז' שום סכום וחזר הנתבע ואמר לא היו אלא ב' קפיזים דהוחזק כפרן וחייב בכל שהרי הוכחש ע"י הכתב ואין בכתב כך ידוע לפי' נתפשטה ההכחשה בכל ע"כ ונר' דה"ד לפי שלא נזכר בכתב שום סכום אלא מלח סתם אבל אם כתוב בו קפיזים מלח הוא מסייעו כדאמרי' בפ"ק דמציעא גבי סילעי' דינרי' מלוה אומ' ה' ולוה אומר ג' דהוי כמשיב אבדה ופירש"י מדהל"ל ב' והשט' מסייעו דכיון דלא פי' ניכרים הדברים שב' היו לכך לא צריך לפרש דמיעוט סילעי' וכו' ע"ש:

כ' דין ז' וכן אם הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו וכו' נר' דאפי' כת"י שאין בו נאמנות דקי"ל בסי' ס"ט דנאמן לומ' פרעתי ותבעו בע"פ וטען להד"מ והוציא עליו כת"י הוחזק כפרן ושוב אינו נאמן לומר פרעתי והרשב"א בתשו' בס' תולדות אדם סי' ש"ט על ראובן תבע לשמעון בב"ד במנה והוציא עליו כת"י וכו' ומה שחזר וטען פרעתי אם באותו מעמד חזר ואמר פרעתי וזה דבר פשוט שאינו נאמן ולא מטעם שהוחזק כפרן אלא משום דהודה מתוך כפירתו שלא פרע וכדקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואפי' אם יצא מב"ד אחר שחייבוהו ב"ד וחזר וטען פרעתי אינו נאמן משום דהוחזק כפרן

וכו' עכ"ל מבו' דאם חזר ואמר פרעתי באותו מעמד בב"ד אינו נאמן משום דכבר הודה שלא פרע מדאמר לא לויתי דמי כאומר לא פרעתי ולא צריך לטעמא דהוחזק כפרן אלא אם יצא מב"ד וחזר ואמר פרעתי אח"ך דאפ"ה אינו נאמן דהוחזק כפרן ולדעת הרשב"א דבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי ה"נ דא"ק המלוה לישבע דאם לא הוחזק כפרן אע"ג דאין הלוה נאמן לומר פרעתי היה יכול להשביע את המלוה שלא נפרע השתא דהוחזק כפרן אינו יכול להשביעו כמו מרן דאם טען להד"מ והוציא המלוה שטר בעדים שהלוהו הוחזק כפרן ואין המלוה צריך לישבע וכו'.

כ"א כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תש"ו על ראובן שכ) לשמעון כת"י שהוא חייב לו כו"כ בל' מעכשיו אם ישאר ביד האלתזם של המלך יר"ה ושאר האלתזם בידו אלא שהוסיפו עליו וכו' וז"ל ולענין מה שטען שלא היה בדעתו אלא א"כ ישאר האלתזם כמו שהיה בתחי' בזה איני רוצה את דבריו כיון דמלתא דשכיח' היא דמוסיף האלתזם הו"ל לאתנויי בפי' וכיון דלא פי' אין שומעי' לו ומה שטען דאית ליה מיגו אם כתוב בכת"י נאמנות הדבר פשוט שאינו נאמן לומ' פרעתי וכו' אבל אם אין כתוב בו נאמנות שהוא נאמן לומ' פרעתי יש לדון דלא אמרי' מגו מטענה טובה לטענה גרועה ואם הממון הוא גדול פירעון כזה קלא אית ליה לפיכך אינו טוען ברצון פרעתי ולפיכך אין זה מיגו טוב שלא יאמינוהו העולם ואפי' היה הממון דבר מועט אני אומ' שאין זה מגו דבשלמא אם היה טוען בפי' התניתי אם ישאר האלתזם כמו שהוא עתה וחבירו מכחישו היה ראוי להאמינו במגו דא"ב אמר פרעתי אבל כיון שהוא מודה שלא התנה בפי' אלא שכך היה בדעתו ואנו אומרי' שאין שומעין לו משו' דהו"ל לפרושי מה מעלה ומוריד המגו לזה וזה דבר פשוט עכ"ל וכבר הוכחתי בסי' ע' אות כ"ב דדברים שבלב אינם דברים אפי' איכא מגו דנאמן היה שכך היה דעתו ע"ש:

כ"ב

דין

ח' נוטל בלא שבוע' וכו' הטור כ' דרב אלפס העיד דרב האיי חזר ואמר שאין עליו אלא חרם סתם ע"ש ובתשו' הרי"ף סי' פ"ב מבואר בשאלה דרב האיי היה סובר דחייב שבועה דאורייי' וחזר בו בתשו' ואמר שאין עליו אלא שבוע' היסת וכ' הרי"ף דהכל ט"ס שאין עליו אלא חרם סתם וכ"כ מהר"ם ריקאנטי סי' רס"ט ע"ש וכ"כ המ"מ בפ"ו מה' טוען שכן דעת הרמב"ם וקצת מפרשים והביאו הב"י ברס"י זה וכ"כ הרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סי' קצ"ג ע"ש וכ"כ ה' חקו' הדייני' סי' מ"ז והרשב"א בתשו' ח"ב סי' צ"א דנוטל בלא שבו' כלל ע"ש גם הסמ"ג עשין צ"ה כ' וז"ל וכ"מ שתמצא הוחזק כפרן בכופר הכל

לא שישבע שכנגדו ויטול אלא שישלם וכו' וכן פי' מורי בשם ר"י ודלא כפי' רב אלפס שישבע ויטול גם ר"ת הגיה בס' רב אלפס שאין כאן שבו' על התובע ע"ש ומ"ש דר"ת הגיה בס' רב אלפס וכו' אפ' דט"ס דרב האיי סב"ל הכי ורב אלפס הגיה ומ"מ הרי דעת הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג ומהר"ם ריקאנטי וה' חקות הדייני' והרשב"א דכל שהוחזק כפרן נוטל שכנגדו בלא שבועה וכ' הכנס' הגדול' שכ"כ רי"ו נתיב ג' הביאו הב"י סי"ג בשם התוס' ושם כתוב שהוא סובר דנשבע ונוטל ע"ש וליתא דז"ל רי"ו בח"א הוחזק כפרן באותה תביעה שכנגדו נוטל בלא שבוע' כגון מנה לי בידך והלה אומ' אין לך בידי כלו' והעדי' מעידי' אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי שכנגדו נוטל בלא שבוע' הרי דס"ל דנוטל בלא שבו' ובח"ב נר' דט"ס הוא שהרי חזר וכ' אח"ך הדין וסיים וכ' התוס' כשהוחזק כפרן נוטל שכנגדו בלא שבועה ע"ש ועי' להרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תקנ"ג שכ' דרש"י ס"ל שכנגדו מ ונוטל והוא נמשך אחר הגמרא אבל הרא"ש שם כ' דרש"י לא פי' כן אלא בחייב אתה ליתן לו למ"ד דאינו נאמן לומ' פרעתי אבל בהוחזק כפרן נר' דס"ל דנוטל בלא שבוע' ע"ש ועי' בתשו' מהר"ם ב"ב סי' ל"ש:

כ"ג כתב הש"ך דאחר הפירעון יכול להשביעו היסת שלא נפרע ממנו ב' פעמי' חוץ מאם טען שפרעו קודם לכן וכו' וכן ראיתי להרמ"ה בתשו' סי' רס"ה שהסכי' עם הרי"ף דמי שהוחזק כפרן נוטל שכנגדו בלא שבוע' וסיים ומיהו א"ב בתר הכי לאשתבועי היסת מחמת דאיפרע מניה מחד ממון תרי זמני מצי משבע ליה מידי דהוה הכל תביעות דעלמא עכ"ל הרי בהדיא דנוטל בלא שבוע' קודם הפירעון אבל אחר הפירעון יכול להשביעו היסת שלא נפרע ממנו ב"פ ול' הרי"ף בתשו' אין על שכנגדו לא שבוע' דאורייי' ולא שבוע' דרבנן ואין עליו אלא חרם סתם בלבד וה"ה למי שאמר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא ן' והשאר איני יודע מתוך וכו' ואין על התובע לא כעין דאורי' ולא כעין דרבנן ולא בהיסת אלא ח"ס בשם מי שנטל ממני מה שאין לו אצלי עכ"ל ונר' דרבי' האיי שכ' בתשו' דנשבע היסת היינו לאחר הפירעו' וז"ל רבינו האיי בתשובות הגאונים בספר שערי צדק בשער ד' סי' ח' ואם חזר אח"ך ואמר כבר לויתי ממנו כמו שאמ' העדי' אלא שאח"ך פרעתיו אין שומעין לו וכו' וטענה זו שאתה טוען כי נתת יש לך עליו שבוע' היסת כשתשלם לו מה שנתחייבת וכו' משמע דשבוע' היסת אחר הפירעון קאמר וע"ז השיב הרי"ף דהכל ט"ס הוא דאין עליו לא שבועה דאורייי' ולא שבוע' היסת רק ח"ס וא"כ אפי' לאחר הפירעון א"ץ לישב' ועי' בתשו' ה' פני' מאירות ח"ב סי' פ"ו ובתשו' הרדב"ז ח"א סי' תקכ"ג מוכח בהדיא שבו' היסת קודם לפירעון הוא שכ' מסתברא שלא יטול אלא בשבוע' דהוי פלוגת' וכיון דזה מוחזק מצי למימר כי הנך רבוותא ס"ל ע"ש

וק' דלא מצינו ש"ה ליטול אלא כשהפכה הנתבע לתובע כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' טוען דין ו' וכ' המ"מ כדברי רבו מהר"י ן' מיגש ודברי מהר"י ן' מיגש הם בחי' לשבועו', ד' מ"ה גבי הטוען פרעתי בשטר וז"ל שבוע' כעין דאוריי' היא דהא וכו' ועוד דהא נשבע ונוטל ונקוט האי כללא בידך דלא מ"ל לעולם ש"ה בנשבע ונוטל אלא היכא דאחייב בה הנתבע והפכה על התובע אבל שבועה דהויא מעיקרא הדין על התובע דמשתבע ושקיל לא הויא אלא כעין דאורי' עכ"ל ועי' בחי' הריטב"א שם וא"כ נר' דכל שהוחזק כפרן א"צ לישבע אחר הפירעו' רק ח"ס והרמ"ה שכ' דמשביעו אחר הפירעון אפ' דס"ל כדעת בעל העיטור שהביא בעה"ת בשי"א ואפ' דרבי' האיי גאון בתשו' הכי ס"ל:

כ"ד דין ט' אם לא היתה הכפירה בב"ד לא הוחזק כפרן וכו' הטור כ' בשם הר"י אפי' כפר חוץ לב"ד אינו נאמן לומ' אח"ך פרעתי' וכ' הט"ז הנר' יותר דהר"י לטעמיה שכ' הטור בסס"י קמ"ו בשמו ההודאה אפי' חוץ לב"ד שהיא חובה מכלל טענה שבא לזכות בו כק' עדים דמי וה"נ אפי' לא אמר אתם עדים הויא הודאה מה"ט ע"ש ואיברא שכ"כ הר"י בעליות בס' א"ז לבתרא דל"א וז"ל ונר' בעיני שאם טען חוץ לב"ד של אבותי ולא של אבותי' הרי הוא כמי שטען לא לקחתיה ממך לעולם כגון הא דקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכו' אע"פ שלא אמר אתם עדי שהרי לפטור עצמו הוא בא וכ"כ בפ"ק דב"ב ד' ו' ולענין התובע את חבירו מנה וא"ל חוץ לב"ד להד"מ וכו' והכי אדם מחייב עצמו בהו דאתו חוץ לב"ד הן בהודאת חיוב גמור הן בהודאת חיוב הבא מכלל פטור כגון זה שהוא בא לפטור עצמו ולטעון להד"מ וכו' עיון שם הרי בהדיא דסב"ל דהודאה חוץ לב"ד לחיוב מכלל פטור הוי הודאה אפי' לא אמר אתם עדי ומהרימ"ט סימן ל"ז והרב פנים מאירות חלק א' סימן ע"ד נסתפקו בזה ע"ש ומרן בסימן קמ"ו כת' יש מי שאומר וכולי ויש מי שחולק ודעתו כמי שחולק שהוא בתרא וכמו שסתם כאן שכן דרכו בכ"מ:

כ"ה אבל הטוען להד"מ וכו' חזר וטען פרעתי וכו' כ' הכנס' הגדול' ח"ב אבל בפסקי מהר"ם ריקאנטי סי' רפ"ד כ' על דברי הראב"ד אבל הכופ' בב"ד ואח"ך אומר שפרע אין שומעין לו שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי יראה דס"ל דדוקא באומר דמי יראה דס' אומר א"י שאינו סותר הדיבור הא' בודאי נשבע שאינו יודע אבל הטוען לא פרעתי שסותר דבריו הא' אינו נאמן שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וק' שזה היפך כל הפוסקי' וכו' ע"ש ובחי' הריטב"א בשבועו' ד' מ' ע"ב כ' וז"ל אבל מורי הרא"ה ס"ל דאינו טוען וחוזר וטוען כיון דקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הו"ל כשחוז' וטוען פרעתי כחוזר בו מחיוב לפטור שהרי בכלל טענתו הא'

שלא פרע וכן נראין הדברים וזכורני שהרבה דנתי לפני מורי הרשב"א ע"ש הרי דרא"ה והריטב"א ס"ל דאם כפר ואח"ך אמר שפרע אפי' לא הוכחש בעדים הוי כחוזר מחיוב לפטור ואין שומעי' לו וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ב סי' ש"ט וז"ל ומה שחזר וטען פרעתי אם באותו מעמד שכפר בו חזר ואמר פרעתי זה דבר פשוט שאינו נאמן ולא מטעם שהוחזק כפרן אלא משום דהודה מתוך כפירתו שלא פרע כדקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואפי' אם יצא מב"ד אחר שחייבוהו ב"ד וחזר וטען פרעתי אינו נאמן משום דהוחזק כפרן וכו' ע"ש שכ' אם חזר ואמר פרעתי אינו נאמן ולא משום שיש לו כתב ידו דא"כ הוחזק כפרן אלא משמע אפי' לא הוחזק כת"י בב"ד דלא הוחזק כפרן אפ"ה אינו נאמן מטעם דכיון שהודה מתוך כפירתו שלא פרע דכל האומ' לא לויתי כאומ' לא פרעתי דמי מיהו בתשו' הרשב"א ק"ב סי' של"ה מבוא' דכל שלא באו עדים וחזר וטען פרעתי נאמן והביאו מרן הב"י בסי' פ' ע"ש וכ"כ הרמ"ה בפ' ח"ה סימן ט"ל ע"ש וז"ל מהר"י ן' הרא"ש בתשו' על ראו' שתבע שמ' מנה והוציא עליו כת"י שחייב לו ושמ' השיב להד"מ ואינו כת"י וא"ל ראובן שישבע שאינו כת"י ליפט' ולא רצה שמעון לישבע והודה בבי"ד שהוא כת"י וחזר וטען פרעתי נ"ל שהדין עם שמעון והא דאמרינן שאינו נאמן לו' שפרע לאחר שכפר ה"ד כשהכחישוהו עדים בטענתו א' ואינו יכול לזכות בה וכ"פ רבינו יונה וז"ל בפ' ח"ה על ההיא דטוען וחוזר וטוען במד"א שאין הטוען חוזר וטוען לסתור דבריו הא' במקום שהוא מתחייב בדין בטענתו א' אבל זכה בדין אילו עמד בטענתו הא' יכול לחזור ולטעון ולזכות עצמו בטענה אחרת כיצד היה טוענו במנה וא"ל להד"מ ואין שם עדים שלוה יכול לחזור ולטעון לויתי ופרעתי וא"א הרי הודה מתחלה שלא פרע שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ועכשיו מודה שלוה והרי הוא חייב אלא כיון שאילו עומד בטענתו הא' היה זכאי יכול לזכות עצמו בטענה ב' וכן כתב הר"י ן' מיגש וכן פ' א"א הרא"ש עכ"ל וכן כתב הרי"ף בתשו' סימן פ"א ומהר"ם אלשיך בתשו' סימן ט"ל ע"ש:

כ"ו ובאו ב' עדים והכחישוהו וכו' אם הכחישו לזה כתב הטור ישבע היסת שפרע וכו' וכת' הסמ"ע שכ"כ לדעת הרשב"א ולכך מרן השמיטו משום דקיימא לן כהרמב"ם דהוי מחוייב שבועה שאי"ל ומשלם וכמבואר בהטור ומרן בסימן ע"ה סי"ג ע"ש והש"ך כ' בשם גאון דשאני הכא שהעד בא לאחר שחזר וטען פרעתי דהוי מפיטור לפיטור ונכון הוא וכ"כ הב"ח עיי"ש וכבר כ' הפרישה תירוץ זה בשם רש"ל וכ' הב"ח והדרישה שם דהטור כתב כן לדעת הרמ"ה דסבירא ליה דאם באו ב' עדים אחר שחזר וטען פרעתי אינו נאמן אשמועינן דבע"א לא הוחזק כפרן ונאמן אבל אנן קיימ"ל דאפילו באו שני עדים

אחר שחזר וטען פרעתי נאמן כמו שפ' מרן בסי' ף' עיי"ש והרשב"א במיוחסות סימן ץ' נשאל על דברי הרמב"ם בפרק ד' מה' טוען שכתב מנה לי בידך והרי ע"א מעיד עליו והטוען אומר כן הוא אבל אתה חייב לי כנגד אותו מנה הרי זה מ"ש ואין יכול לישבע ומשלם וכו' וז"ל ומה ששאלת אם לאחר ששאלוהו וזה השיבו יש לי כנגדו בידך כך וכך והעיד העד אם נאמר הוי מחויי' שבועה או לא דע שאין הפרש בין שבא קודם מכאן בין שבא אחר מכאן שהרי כ' מחייבי' אותו ממון בכענין זה וכו' אף ע"א מחייבו שבועה ואם איל"מ ולא עוד אלא אפילו חייבו אותו ש"ה עד שלא בא העד ונשבע ואח"ך בא העד חוזר הוא לדינו וכו' ע"ש הרי דסביר"ל אפילו בא העד אחר שחזר וטען פרעתי אמ' משאוכל"מ א"ק דאם כן סבירא ליה כהרמ"ה דאם באו ב' עדים אחר שחזר וטען פרעתי אינו נאמן דכ"מ שב' מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם והא ליתא דהרשב"א בספר תולדות אדם סימן של"ה כת' דמפיטו' לפיטו' יכול לחזור ולטעון כל שלא באו עדים ודוק' א"ל מנה לי בידך ואמר לא היו דברים מעולם ובאו עדים שאמרו שלוה וחזר וטען אין לויתי ופרעתי אינו נאמן אבל קודם שבאו עדים חזר וטען שלוה ופרע נאמן עיין שם הרי דאם קודם שבאו עדים חזר וטען פרעתי לא הוחזק כפרן ואם כן אין א' מחייבו שבועה אלא נראה דשם משום דמיירי כגון שהעד מעיד שהמנה עדיין בידו וכגון שלא זזה ידו משעת הלואה עד עכשיו א"נ כשמעיד שקבע לו זמן והוא בתו"ז דאילו ב' בכענין זה מחייבי' אותו ממון כמ"ש הרשב"א במיוחסו' שם לזה בא העד אחר שאמר יש לי כנגדו בידך כך וכך כיון דאילו ב' מחייבים אותו ממון ואינו נאמן בטענתו עד א' מחייבו שבועה וכיון שהודה לדברי העד ואינו יכול לישבע משלם אבל לענין זה דאין ב' מחייבים אותו ממון אלא מתוך כפירתו שאמר תחילה לא לויתי:

כ"ז הגה ואפי' במקום דא"ל דמה שהודה וכו' הטור בסי' פ' כ' בשם הרמ"ה דאם באו עדים אח"ך והכחישוהו בטענה א' אינו נאמן בטענה ב' בלא ראיה וכ' מרן הב"י הטעם משום דאמרי' מה שחזר בו מטענה א' לפי שהיה יודע' שיש עדים בדבר אבל מהר"י ן' מיגש והרמב"ם ס"ל דאפי' באו עדים והכחישו בטענה א' כיון שלא באו קודם שטען טענה ב' נאמן וכ' הב"ח שכן פ' האגודה בשם מהר"ם ע"ש וכן מצאתי בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תנ"ז בשם רבי' האיי דמי שאמר להד"מ כיון שנתחיי' שבו' וחזר ואמר פרעתי לא הוחזק כפרן עד שיכחישוהו העדים וכו' וכן אם הודה מעצמו אינו כפרן עד שיעידו בו העדים ובעוד שלא העידו בו העדים אע"פ שראה עדי' שממשמשין ובאין וחזר והודה מחמת ביעתות' דעדי' לא הוחזק כפרן בכך מאחר שהודה קודם שיעידו

בו עדים וכן דן מו"ר כחכמים דפליגי עליה דרשב"ג גבי גנב וטבח ומכר ע"פ ע"א בפ' מרובה עכ"ל הרי דאפי' ראה עדים ממשמשי' ובאי' נאמן בטענה ב' והב"י כאן כ' שכן מ"כ ע"ש ודברי הרמ"ה הם בפ' ח"ה סי' ט"ל ונראי' דבריו כסותרים זא"ז דבתחי' כ' וז"ל ודוקא היכא דלא הדר מטענתי' קמיית' אלא לבתר דאתו סהדי דמכחשי' ליה דמוכחא מלתא דמחמת סהדותא דאכחשוה הוא דהדר וטען טענתא אחריתא אבל היכא דהדר ביה מטענ' קמיית' מקמי דאכחשוה סהדי וטעי' טענתא אחריתא אע"ג דלא יהיב אמתלא לטענה קמייתא ואע"ג דאשתעי מילי מעיקרא בבי דינא ולא טען להאי טענתא בתרייתא ונפק אבראי והדר ואתא לבי דינא וטעי' לה מקבלי' לה מניה דע"כ כל כמה דלא אתו סהדי אמרי' מגו דא"ב קאי בטענתא קמייתא דאכתי ליכא סהדי דמכחשי ליה כי עקר לה לטענה קמייתא וטען טענתא אחריתא דמיפטר בגווה מהימן וכו' מבוא' בהדיא דדוקא אם באו עדים קודם שחזר הוא דאינו נאמן אבל אם חזר בו מקודם נאמן אע"פ שבאו עדים אח"ך ואילו בסוף דבריו כ' וז"ל ועוד הגע עצמך בטען מעיקרא לא לויתי והדר טעין אין לויתי ופרעתי דכיון דקי"ל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הו"ל כמאן דאודי מעיקר' דלא פרע ותו ליכא ליהמניה דלוה ופרע אלא כל כמה דלא אתו סהדי דאיכא ליהמנוה משום מיגו אבל היכא דאתו סהדי ואכחשוה בטענת' קמייתא אע"ג דלא אתו סהדי אלא לבתר דהדר איהו מינה לגבי סהדי דאכחשוה בגווה כהודאה דמיא כמאן דטעין מעיקרא הודאה דמחיי' בה ממונא והדר וטעין מילתא דמיפט' בה דלא מקבלי' לה מיניה אלא בראיה דהא ליתא למגו כלל עכ"ל הרי דבאומר לויתי ובאו עדים והכחישוהו אפי' חזר ואמר קודם שבאו העדים לויתי ופרעתי אינו נאמן וז"ל רבי' האיי בשערי שבועו' שער י"ב וכן אם אחר שכפר ובאו עדים שהעידו בעיקר המלוה וחזר והודה ואמר אמת שלויתי זה המעות אלא שאח"ך חזרתי ופרעתי אינו נאמן ואפי' אם הודה מקודם ואמר פרעתי ואח"ך באו עדים הואיל וכפר מבתחי' ועתה בראותו העדים חזר והודה ועתה מרמה לינצל אינו נאמן שכבר הוחזק כפרן עכ"ל ומ"מ דעת מהר"י ן' מיגש והרמב"ם והנ"י ומהר"ם והאגודה כל שלא באו עדים אלא אחר שטען טענה ב' נאמן דלא בטל המגו וראיתי להר"ב בס' א"ז לכתובות ד' כ"ג שכ' בשם בעל ההשלמה וז"ל ומאי דאמרי' גבי נשביתי וטהורה אני אם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא וכו' א"ל אי אמרי' הכי גבי שדה כי אמר מעיקרא של אביך היתה ולקחתיה ממנו והימנוה משום הפה שאסר וכו' ואח"ך באו עדים שהיא של אבותיו אי מפקי' מניה דמחזק או לא ונראי' הדברים דלא מפקי' לה מניה כיון דהמנוה המנוה וכו' וכבוד רבי' במקומו מונח דא"ל ממונא מאיסורא לא ילפי' ומה יעשה זה שלא היה יודע שהיו לו עדים מתחי' ואח"ך

מצא לו והביאם יפסיד נחלת אבותיו בשביל כך ומהא דאמרי' בסנהדרין בפ' ז"ב משמע דאמרי' דכ"ז שמביא ראיה סותר את הדין וצ"ע ה' המעילי עכ"ל הרי דבעל ההשלמה ס"ל דאם לא באו עדים עד לאחר שהימנוה ב"ד אין מוציאי' אותה מידו אבל ה' המעילי ס"ל דמוצואי' מידו וכ"כ הר"ב במתני' סוף ד' ט"ו לדעת רש"י וז"ל והכא קא אתא לאשמעי' דאע"ג דמהמי' לוה כבר יכו' אם שוב באו עדים שהיא של אביו לא מיהמי' ליה מאי דטעי' מעיקרא לקחתיה ממנו ומוציאי' השדה מידו עד שיביא ראיה לדבריו ואע"ג דתנן לקמן נשביתי וטהורה אני נאמנ' שהפה שאסר וכו' ואם יש עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני אינה נאמנת ואם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא ואמרי' בגמרא לא נשאת נשאת ממש אלא כיון שהתירוה לינשא וכו' שבויה שאני דבשבויה הקילו ע"ש הרי דס"ל דמתני' היא גופא אתא לאשמעי' דאפי' באו עדים אחר שהאמינוהו ב"ד מוציאי' אותה מידו וכ"כ עוד שם בד' י"ז ע"ב עיין שם ומהר"י קצבי בתשו' בס' פני משה ח"א סימן ס"ז כ' דההיא דכתובות קי"ל כמאן דמתני לה אסיפא דוקא דבשבויה הקילו ועוד אמרו שם ואי אשמעי' הני תרתי משום דממונ' אבל א"א דאיסור' אימא לא נשביתי וטהורה אני ל"ל משום דקבעי למיתני ואם משנשאת באו עדי' ה"ז לא תצא הניחא למאן דמתני לה אסיפא וכו' אלמא למאן דמתני אסיפא לא תני ואם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא אלא דבשבויה דהקילו בה אבל כל הנך דתני לעיל דנאמן במגו ואם יש עדים אינו נאמן בין בממונא בין באיסורא דינם שוה דהיכא שבאו עדים על הדבר אינו נאמן עש"ב ואינו מוכרת דא"ל משום רישא דאיסורא דא"א דאם באו עדים אפי' נשאת תצא אשמעי' סיפא דהקילו באיסור שבויה אבל בממונא אימא כל שכבר הימנוהו ב"ד והחזירוהו בשדה אין מוציאי' אותה מידו מיהו אפי' למאן דמתני אריש נר' דה"ט משום דמסייע ליה חזקה דאין האשה מעיזה פניה אפי' שלא בפני בעלה אבל בממונא אפ' דלכ"ע אם באו עדים אח"ך מוציאי' השדה מידו כיון דליכא מגו והתוס' ביבמות ד' קי"ו ע"ב בד"ה באותה שעה וכו' כ' וז"ל ועוד י"ל דההוא אמורא דאמר שלא בפניו אינה מעיזה ה"ד אמתני' שאומ' א"א הייתי וגרושה אני שיש להאמינה מטעם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואע"ג דאיכא איסור א"א כיון דשלא בפניו אינה מעיז וכולי עיין שם הרי דס"ל דאפי' באו עדים כיון שקודם שבאו עדים הי"ל מגו נאמנת אלא משום דאיכא איסור א"א צריך לטעמא דאינה מעיזה אפי' שלא בפני בעלה א"כ משמע דבממון אמרי' מגו וכן דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סי' של"ה וז"ל אבל מפטור לפטור יכול לטעון ולחזור ולטעון כל שלא באו עדים כיצד הרי שא"ל מה אתה בתוך שלי השיבו הוא מפני שבית זה של אבי היה והביא הטוען עדים שמת אביו מתוכה מעתה אין הטוען נאמן לומר אין של אביך

היה ולקחתיו ממנו וכן אם א"ל מנה לי בידך ואמר להד"מ ובאו עדים שלוה וחזר וטען אין לויתי ופרעתי אינו נאמן אבל אם קודם שבאו עדים חזר וטען שלוה ופרע נאמן וזה היא שאמר הרב לא זולת זה עכ"ל משמע בהדיא דכל קודם שבאו עדים חזר וטען אין לויתי ופרעתי אפי' באו עדים אח"ך לא הוחזק כפרן:

כ"ח דין יו"ד אם אמר אין לך בידי סתם וכו' כן דעת הרמב"ם בפ"ו מה' טוען ובעה"ת והרא"ש והמ"מ והטור של' אין לך בידי אינו כמו להד"מ ונר' דס"ל דר"י בפ"ק דמציע' מיירי שאומ' בפי' להד"מ וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ה וז"ל בפ"ק דב"מ אר"י הרי שטען עליו שהלוהו מנה והשיב זה ואמר להד"מ ואח"ך הביא הטוען עדים וכו' אבל אם השיב אינו חייב לך כלום או אין לך בידי כלום וכו' ע"ש וכ"כ הרי"ף בתשו' סי' פ"א וז"ל אם הפרש בין מי שאמר להד"מ בין מי שאמר אין לך בידי לענין הוחזק כפרן וכו' תשו' דין מי שהוחזק כפרן אינו עד שיכחישו אותו עדים וז"ש ר"י מנה לי בידך והלה אומ' אין לך בידי כלום וכו' לא בא לומ' אין לך בידי ממש אלא להד"מ תדע וכו' שאינו מוחזק כפרן עד שיאמר להד"מ וכ"כ מהר"ם ריקאנטי סי' רס"ט ע"ש וכ"כ בעל העיטור בדיני קבלת עדות ד' ל"ז ע"ב ע"ש והמ"מ כ' דרבי' מפ' דהא דר"י בעדי' מעדים שיש לו עכשיו בשעת תביעה וכו' והיינו כגון שעדים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו או שהוא תו"ז דחזקה שלא פרעו והק' הלח"ם דא"כ צ"ל דמיירי שחזר ואמר פרעתי אחר התביעה ומאי אירייא ב' עדים אפילו ע"א נמי הו"ל משאיל"מ כמ"ש רבי' לעיל בפ"ד וכו' ונר' דס"ל דמ"ש הרמב"ם בפ"ד וכן כפרן שבא עליו עד וטען שפרע וכו' ופי' המ"מ כגון שטען בתחי' להד"מ וכו' ה"ה אם טען בתחי' פרעתי והכחישו העד שלא זזה ידו מתחת וכו' וחזר וטען פרעתי אחר התביעה הו"ל מחויי' שבו' ומ"ש המ"מ שם דאם העד מעיד שעדיין חייב לו ישבע להכחיש העד ויפטר וכו' ה"ד כשעמד בטענתו א' אבל אם חזר והודה לדברי העד שלא פרעו בזמן התביעה אלא אחר התביעה פרעו ודאי הו"ל משאי"ל וא"כ מאי אירייא דנקט ב' עדים ונר' דאלו לר"י בפ"ק דמציעא א"ל דס"ל כרב ושמואל דנאמן במגו דלא אמרי' משאיל"מ כדאיתא בפ' כל הנשבעי' ע"ש בתוס' אבל על הרמב"ם גופיה ק' שכ' הרי שטען עליו ואמר שהלוהו מנה והשיב זה ואמר להד"מ והביא עדים שהלוהו בפניהם וחזר וטען ואמר כן היה שלויתי וכו' מאי אירייא ב' עדים אפי' ע"א והוא פסק כר"א אלא דלק"מ דלא אמרי' בעד מתוך וכו' אלא כששנים היו מחייבי' אותו ממון וא"כ אי לא אמרי' דהוחז' כפרן בב' עדים כ"ש בע"א דפטור כשחזר ואמר פרעתי לכך אשמעי' דבב' עדים הוחזק כפרן וממילא בע"א אמרי' מתוך וכו' ובלא"ה צ"ל כן דאמרי' התם צא תן לו ואמר פרעתי ועדים מעידים אותו שלא פרעו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו

ממון ופסקה הרמב"ם בפ"ח מה' טוען ע"ש במ"מ דמאי אריא ב' עדים הא אפי' ע"א נמי הוי מחויי' שבו' שאינו יכול לישבע דמשלם ושו"ר להרשב"א בתשו' ח"ג סי' מ"ט שהוכיח מכאן דלא הוחזק כפרן בע"א מדלא אשמעינן ע"א וכ"ש ב' וכ' והא דאמרי' כ"מ ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבוע' ה"ד כשהעדים מחייבים אותו בעדותם ממש אבל כאן אין העדי' מחייבי' אותו שהמלוה את חבירו בעדי' א"צ לפורעו בעדי' אלא כפרנותו הוא שמחייבתו וסיים ומ"ש הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה ולוה הכופר במלוה ע"פ ב"ד ובא ע"א ואמ' פרעתי ה"ז משאיל"מ כשכפר בב"ד ואמר שלא לוה ובא ע"א והכחישו וחזר וטען קודם שיצא מב"ד אין לויתי ופרעתי וכו' הרי דדוקא כשכפר שלא לוה ובא ע"א והכחישו:

ומ"מ הרי דעת הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג ובעה"ת ומהר"ם ריקאנטי ובעל העיטור והרא"ש והמ"מ והטור דלשון אין לך בידי כלום אינו כמו להד"ם אבל רבי' האיי הובא בבעה"ת והטור ס"ל של' אין לך בידי כלום כמו שאומר להד"ם וכ"כ המרדכי בפ"ק דמציעא ועיי' בתשוב' רבי' האיי בס' שערי צדק שער ד' סי' ח' דהכי ס"ל וה' קהלת יעקב סי' רנ"א ד' קמ"ח ע"א כ' דהתוס' בשבועו' ד' מ"א ע"ב בד"ה כל האומ' וכו' נר' דס"ל כרבי' האיי ודעמיה ע"ש וז"ל התוס' ואביי לית ליה הא דתנן למחר א"ל תנהו לי אין לך בידי חייב וטעמא כיון דאמר לא לוה הוי כמודה שלא פרע התם ליכא עדים וכו' ונר' דס"ל דלרבא ניחא דמיירי דאומ' להד"מ דהא ר"י דאמר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי וכו' כ' הרי"ף ובעל העיטור דלאו אין לך בידי ממש אלא להד"ם ובריש בתרא אמרי' עלה דמתני' מאי לאו און לך בידי דא"ל פרעתי בתו"ז וקתני חייב אלמא במקום חזקה לא אמרי' מה לי לשקר לא מאי אין בידי להד"מ וכו' כ' הר"ב בס' א"ז בשם הראב"ד דס"ד מדאמר אין לך בידי ולא אמר להד"ם משמע דאין לך בידי עכשיו אבל היה לך בתחי' וכו' ומשני אין לך בידי דאמר להד"מ כגון שפי' ואמר אין לך בידי מעולם ע"ש וא"כ אפ' שזה דעת התוס' ובזה ניחא מה שהק' מהרש"א שם דאכתי באין לך בידי אמאי לא מתרצי' דיבוריה און לך בידי לפי שפרעתי לך ע"ש דא"ל דמיירי באומר און לך בידי מעולם כמו להד"מ גם רבי' האיי בתשו' הגאוני' ח"ב שער ה' סי' ח' כ' וז"ל אמר תובע מנה לי בידך ואמר נתבע אין לך בידי חוקרים אותו בב"ד ופירשי' את הדבר אם אמר להד"מ והעדים מעדים שלוה ממנו בפניהם או שהודה לו בפניהם שלוה ממנו וכו' ואם חזר אח"ך ואמר לויתי ממנו כמו שאמרו העדי' אלא שאח"ך פרעתיו שלא בעדים אין שומעי' לו וכו' ודוקא שאמר באותו מושב להד"מ וחזר ואמר אחר שהעידו העדים פרעתי' ואלו אמר און לך בידי ולא וכו' ואמ' כבר פרעתי' וז"ש אין לך בידי כי עכשיו בשעה זו אין לך

בידי פטור אא"כ אמרו העדים כי אנו מעדים שעכשיו יש לו בידו והיאך תהיה זאת או שאמרו לו היום הודית לו בפנינו בעדות והרי אתה בפנינו משעה שהודית עד עכשיו או שיאמר הנתבע פרעתי ביום פ' ומאח"ך לא היה לו בידי כלום ויבאו העדים ויעידו כי אחר היום ההוא הודה לו דקי"ל כרבא וכו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א בחי' בפ"ק דמצי' והובא בס' א"ז וז"ל והעדי' מעדי' שיש לו בידו וא"ת והיאך הם יודעי' שלא פרעו וכו' ואי משום שמעידים שלוה בפניהם הא לא אמר שלא לוה אלא דקאמר אין לך בידי כלום דמשמע אין לך בידי עכשיו לפי שפרעתיך וי"ל כגון שטען שפרעו ביום מסויים ואלו מעדים שלא זזו ממנו כל אותו היום ולא פרעו והנכון דהכא בשטען בפי' להד"מ וכו' וכן פי' בשם רבינו האיי גאון וכן פי' מורי בשם רבי' הרמב"ן עכ"ל הרי דגם הריטב"א ורבותיו ס"ל דאין לך בידי כלו' היינו עכשיו לפי שפרעתי' ודוק' בשטען להד"מ ושזה דעת רבי' האיי גאון וכ"כ בהגמי"י שכן דעת רבי' האיי גאון עיי"ש:

כ"ט שכול לתקן דבריו הא' וכו' מל' בעה"ת שי"ב כ' וז"ל אם לא שאלוהו ב"ד מהו:

ל' וה"ה אם אמר איני חייב לך וכו' עיין בתשו' הרמב"ם בס' פאר הדור סי' קצ"ג:

ל"א דין י"א ובאו עדים אח"ך יכול לטעון וכו' נר' לכאו' דאין טוענין לו כן עד שיטעון הוא וכן ל' הרא"ש בפ' שבוע' הדייני':

ל"ב

דין

י"ב הוחזק כפרן וכו' הראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ז ד' נ"א כ' וז"ל מדלא קאמר הוחזק כפרן אלמא חייבי' במאתן בלחוד קאמר ותנ"ה מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי והעדים מעידים שיש לו ן' ישבע על השאר אלמא אין מחזיקים אותו בכפרן אלא על מה שהעדים מכחישי' אותו וא"ת ולחייב רבא שבו' על ד' מאה כההיא דר"ח ל"ד דהתם בגוף ההלואה הם מעידים שיש לו מקצת ומש"ה לא תהיה הודאה גדולה מהעדאת עדים אבל הכא אין העדים יודעי' כלו' לא בהלואה ולא בפירעו' אלא שהכחישוהו בשער העפצים עכ"ל: דין י"ד אינו נאמן וכו' כ"כ הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י מחו' כ"ב על ראובן שנתחייב ע"פ בית דין לפרוע לשמעון ואחר זמן תבעו בב"ד שיש לו על ראובן מנה שגבה ממנו ר"ק מסתברא דאינו נאמן דחזק' אלו היה כדבריו לא היה מקבל עליו בפני ב"ד לפרוע ואף על גב דאית לה מגו דא"ב אמר פרעתי במקו' חזק' אלימתא כי האי לא אמרינן מגו ע"ש ונראה דהמרדכי בפרק שני דייני גזירות חולק שכתב שנסתפק הר' הכהן אם אדם הוציא שטר חוב על חבירו וא"ל הלה פרעתי כך וכך בזה השבוע והשיב האמנתיך אם נאמן במגו דיכול לומר לא פרעתי לך שום דבר שלא הייתי חייב לך כלו' נאמן לומר

פרעתיך חובך אבל אתה חייב לי א"נ מגו שיכול לומר עדיין לא תגיע זמני ליפרע ולכך פרעתי' כי אמר נמי הגיע זמני ואפי"ה פרעתיך נאמן ור"ת אומר דנאמן וכ"כ הג"א ע"ש אלמא נאמן במגו במקום חזקה גם המרדכי בפרק האשה שנפלו על אפטרו' שתבעת לאה שכוין שאשילה לו רחל וכו' וז"ל וראבי"ה כתב אם בודאי היו הנכסים של הבעל יפה וכו' אבל אם החזרתיו לאחר שנשאת לשמעון וגם אחר שנתחייב לי שמ' החוב ושוב בא לידי מכח שמעון ואני מעכבו לא אמר כלום וכולי דכיון שהחזירו לרחל ולא עיכבו בחוב בעלה אילו היה בעלה חייב לו לא היה מחזירו כדתנן וכו' ואם נפשך לומר ה"מ כשיש שטר או עדים שהחזירו וכו' אבל כי ליכא עדי' יהיה נאמן לומר עדיין חייב מגו דא"ב אמר לא החזרתיו או לא בא לידי מעולם לאו מלתא היא דלא אמרי' מגו אלא בדבר שהיה יכול לפטור עצמו בטענה גלויה לכל שהיה פטור וכו' וכן משמע בכמה דוכתי וכך מקובל אני מרבותי אבל הכא ליכא מגו שהיה סבור שאילו טעון לא החזרתיו לרחל היה מחוייב להשיב וגם מגו שלא בא לידי או החזרתיו דהוי מגו בעדים דהא וכו' ע"ש משמע דמגו טוב היה נאמן במקום חזקה זו וכ"כ הרב פליטת יהודה סימן י"ז ע"ש והרב פמ"א ח"א סימן כ"ב כתב דשאני נדון הרשב' דמגו של רבית שגבה התובע ממנו לא לפירעון קאי והנתבע א"א ליפרע ממנו רק לכפור ממנו בבי"ד וכיון שהודה חזקה אלימתא היא אבל נדון המרדכי טוען שיש לו חוב דלפירעון קאי עש"ב וליתא דתשו' הרשב"א היא בח"ד סימן י"ט וז"ל ואף על גב דבעיא בריש בתרא אי אמרינן מגו מ"ל לשקר במקום חזקה או לא מסתבר' דחזקה דהכא עדיפא ואלימא דהא חזקה כגון זו מרעא לשטרא שהרי שנינו המוציא שטר חוב על חבירו והלה מוציא שמכר לו את השדה וכו' ואמרינן עלה באתרא דיהיב ליה זוזי והדר כתבי שטרא כ"ע לא פליגי דמצי א"ל היה לפרוע את שלך אלמא במקום חזקה זו מרעינן לשטרא דחזקה אלימתא היא הילכך אפילו מגו במקום חזקה זו לא אמרינן וכ"ש שטענתו גרועה דמשוי נפשיה רשע שא' המלוה וא' הלוה עוברים בל"ת עכ"ל אלמא אפילו בטענ' חוב קאמר כיון דחזקה זו מרעא לשטרא אפילו במקום חזקה זו לא אמרינן מיהו ק' דמה ראיה דחזקה אלימת' כיון דמרעא לשטרא שהרי התוספו' בפ"ק דב"ב הוכיחו דחזקה עדיפא משטר דבחזקה גובה בלא שבועה ובשטר' צריך לישבע עיי"ש אלמא אף על גב דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן עדיפא משטר נאמן במגו נגד חזקה ואם כן אימא דה"נ בחזקה זו נאמן במגו: ומ"מ אפילו בטענת חוב קאמר וכן לשון רמ"א כאן ואחר כך בא ואמר כבר היה חייב לי משמע אפילו חוב שאינו רבית וכן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן קס"ו וז"ל ולא זו בלבד שיש לראובן עדים כדבריו שהעמיד לו שמעון ערב עבור מעותיו דלאו כ"כ דשמעון

לו' לפני מש"ה עשיתי אלא אפילו אין לראובן עדים שהעמי' לו שמעון לא מהימן שמעון בטענתו' במגו דא"ב אמר לא עמדתי לך ערב דלא הודיתי לך מעולם דמגו במקו' עדים הוא דאנן סהדי דאינו אמת מה שטוען לפני מש"ה עשיתי שהעמדתי לך ערב דא"א דיהבי ליה לא הוה מוקי' ליה ערב ומגו במקום עדים לא אמרינן כמ"ש ר"ח ור"ת בספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי וכו' עש"ב ועיין בספר לחם רב סימן צ"ז ובה' פליטת בית יהודה סי' י"ז:

וראיתי לה' באר יעקב סי' פ"ב דף ק"ב ע"ד שהק' מתשו' הרשב"א שהביא הב"י שם שנשאל על שמ' שהוציא שטר חוב על ראובן וראובן טוען שהוא פרוע והא ראיה שלא כתב חוב זה במזכרת נכסיו כשנשבע לתת מזכרת כל נכסיו לגבאי המס והשיב שהדין עם שמעון ואין ראיה ממה שלא כתב במזכרת המס דשמא שכחו ע"ש אם כן כמו דאמרי' לענין שבו' שמא שכח מכ"ש דנימא הכי דקבל בפני ב"ד לפרוע שמא שכח ותי' דלא אמרי' שמא שכח אלא דוקא בשטר דאיכא חזקה דמסייע ליה דהניח שטרו בידו ע"ש וכן ראיתי להרב דברי אמת בקונט' ד' כ"ט ע"ד שתירץ כן לסתירה אחרת בתשו' הרשב"א עיין שם באורך אבל הכא ליתא שהרי הרשב"א הוכיח כן ממתני' דהמוציא שטר חוב על חבירו וכו' דחזקה זו מרעא שטר' אלמא אפי' איכא חזקה דשטר שהניחו בידו חזקה זו מרעי' לה ואם כן אמאי לא אמרינן שמא שכח כמו גבי שבו' וכן משמע קצת מדברי מהרשד"ם סימן קס"ד וז"ל אי מפני השבועה שנשבע זה המוריש שלא היו נכסים אחרי' אלא אותם שהיו לו בחנות עם השותפים אינה טענה כלל מלבד וכו' מצאתי תשו' להרשב"א על שמעון שהוציא שט' על ראובן שחייב לו מנה וטען ראובן שהוא פרוע והא ראיה שלא כ' זה כאשר נשבע וכו' הדין עם שמעון ואין ראיה שלא כ' במזכרת המס שמא שכחו וה"נ א"ל טענ' זו ע"ש וא"א אימא שאני התם דאיכא חזקה דמסייע ליה שהניח השטר בידו מיהו תשובת הרשב"א במזכרת המס היא בח"ב סימן ש' וכתב שם וז"ל ואלו שאלו הגבאים חייב לך אדם אחר יותר מזה ואמר אין אדם חייב לי יותר אפשר שהפסיד חוב זה שהרי הודה שאין אדם חיי' לי יותר מזה וי"ל שגבאים אלו כב"ד הן לדבר זה ומודה בזה בפניהם כמודה בפני ב"ד ובראיה אחרונה דאמר אין לי ראיה שוב אין מקבלין ממנו וכו' ואפשר כי גם בענין שאמר שאין לו אלא מה שראה כתוב אינו מפסיד בכך דהפרש יש בין אומר בכלל נכסיו שאין לו יותר ובין שמודה בענין פרטי שאין לו כגון מודה שאין לו ראיה על דינו זה שבענין א' פרטי אדם עשוי לזכות אם יש לו ראיה עליו אם לא אבל מה נעשה לא' שנכסיו מרובים ואין עשירים יודעים וזוכרים כל

אשר להם וכו' ע"ש ואם כן לק"מ דהכא שנתחייב ע"פ ב"ד לפרוע לשמעון הוי כמודה בענין פרטי ועיין בהט"ז סס"י כ"ב:
ל"ד כתב הרב פנים מאירות ח"ב סימן פ"ו דצריך לישבע היסת והביא ראיה ממ"ש הש"ך בסימן ע"ח ס"ק ט"ו דאם הלוה חי ואמר שפרע דא"צ שבועה דה"ד קודם פירעון אבל לאחר תוך זמן הפירעון צריך לישבע וטעם הדבר דהך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן משוי ליה כאלו המלוה מוחזק בממון ודומה לחזקת ג' שנים דמקרי חזקה כיון דלא מיחה שלש שנים חזקה שמכר לו או שהוא שלו ואפילו הכי צריך לישבע היסת אלמא לא אלימא חזקה לאפוקי משבועת היסת וה"נ א על גב דאינו חייב לשלם מכח חזקה דאם היה חייב לו הי"ל לפרוע צריך לישבע היסת ע"ש ואין נ"ל דהרי כת' הב"ש בא"ה סימן צ"ו ס"ק ח' דמדברי הרי"ף ובעה"ת והרשב"א נראה דאין צריך לישבע אפילו אחר הפירעון שכ' דלאו טענה היא וכ"נ עיקר וכו' ע"ש וגם הב"ח והש"ך בסי' ע"ח שפסקו לאחר הפירעון צריך לישבע היסת אפ' דה"ד התם דלאו חזקה אלימתא היא דהא מיבעיא לן באומר פרעתיך תוך זמן אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא וקיימא לן קולא לנתבע אבל חזקה זו אלימתא כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סימן י"ט דאינו נאמן במגו במקום חזקה זו דאלימתא ועדיפא מחזקה דאין אדם פורע תוך זמן ועוד חזקה זו הוי כעדים כמ"ש מהר"ם בתשו' קצרות סימן קס"ו וכתבתיו לעיל ע"ש ואפילו למאן דאמ' התם דאם הלוה חי צריך לישבע מודה הכא דאין צריך לישבע והא דמיא לטענת פרוזבול דנאמן בלא שבו' מכח חזק' דלא שביק היתר' וכו' ודעת הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ח"י נוטה דאפילו חרם סתם אין צריך דכודאי משוינן ליה עיין שם.

סימן פ

א' דין א' מי שטוען בב"ד וכו' טען אין לך בידי אלא ן' והשאר איני יודע וכשראה שהוא מתחייב בדין חזר ואמר נזכרתי שאין לך בידי רק כך חייב דכל דבר שאדם טוען איני יודע שוב אינו יכול לחזו' בו מחיוב לפיטור הרשב"א בתשוב' ח"ב סימן ג' עיי"ש משמע בהדיא דאפילו היה סבור שהוא פטור וכשראה שמתחייב בב"ד חוזר הוי מחיוב לפטור וכן נראה מלשון הטור ומרן אבל מהרי"א סימן קמ"ט הביאו הכנסת הגדו' הגב"י אות ה' כתב דדוקא כשטוען טענה שהטוען עצמו יודע שנתחייב בו אבל כשטוען טענה שהוא סבור שפוטר את עצמו בה אע"פ שהדין מחייבו יכול ולחזור ולטעון ע"ש:
ב'

אבל אם בא לתקן וכולי עיין בתשובות הרדב"ז ש חלק ג' סימן תקע"ג: ג' יכול לחזור ולטעון אפי' לסתור וכו' כן דעת הרא"ש וז"ל הרמ"ה מסתברא דאפילו טען אבראי של אבותי ולא של אבותיך והדר וכו' ומצי א"ל האי דאמינ' לך אבראי של אבותי ולא של אבותיך משטה הייתי בך וכו' ע"ש אבל בש"מ לבתרא כתב בשם ר"י דאם טען חוץ לב"ד של אבותי ולא של אבותיך הוי כמו שטוען לא לקחתיה ממך לעולם בהדיא דקיימא לן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והודאת ב"ד לחובתו אפי' חוץ לב"ד הוי כק' עדים ואינו יכול לטעון משטה הייתי בך אפילו לא אמר אתם עדי שהרי לפטור עצמו הוא בא והרי הודה בחובתו מכלל טענה שבא לזכות בה את עצמו וכ"כ הגמ"י בפ' יו"ד מה' טוען וכ"כ הרב המאירי בשם הגאונים ע"ש וכ"פ הרדב"ז בתשו' ח"א סימן קל"ז באומר לא היו דברים מעולם או לא לויתי חוץ לבית דין ובאו עדים שלוה הוחזק כפרן ואינו נאמן וכן דעת הראב"ד והתוספות עיין שם:

ד' ואף על פי שיצא מבית דין וחזר וכו' נר' דאפי' יש בין טענה א' לטענה אחרונה זמן מרובה וכו' אבל הטור כ' דוקא תכ"ד וכו' כ"כ הרשב"ש בתשו' סימן תק"ה עי"ש ודבריו תמוהים דמפטור לפטור אפילו אחר זמן רב יכול לחזור ולטעון ובהכי מיירי הרמב"ם והטור בנתחייב בדין בטענה הא' או הוכחש בעדי' דאינו יכול לחזור ולטעון אלא דוקא בתכ"ד:

ה' מפיטור לפיטור וכו' כתב הריטב"א בחידושיו לשבועות דף מ' ע"א אבל מורי הרא"ה סבירא ליה שאינו טוען וחוזר וטוען דכיון דקיימא לן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הוה ליה כשחוזר וטוען פרעתי כחוזר בו מחיוב לפטור שהרי בכלל טענתו א' יש שלא פרע וכן נראי' הדברים וזכורני שהרבה דנתי לפני מורי הרשב"א ע"ש אבל הרשב"א בתשו' ח"ב סימן של"ה והביאו מרן הב"י כתב דאם טען לא היו דברים מעולם וחזר וטען שלוה ופרע נאמן ע"ש וכן כ' הרמ"ה בפ' ח"ה סי' ט"ל עש"ב וכן מבואר בדברי הטור ומרן בסימן ע"ט ע"ש וז"ל מהר"י ן' הרא"ש בתשו' על ראו' שתבע שמעון מנה והוציא עליו כת"י שחייב לו ושמעון השיב לא היו דברים מעולם ואינו כת"י ואמר לו ראובן שישבע שאינו כת"י ויפטר ולא רצה שמעון לישבע והודה בבית דין שהוא כת"י וחזר וטען שפרע נ"ל שהדין עם שמעון והא דאמרינן שאינו נאמן לומר שפרע לאחר שכפר ה"ד כשהכחישוהו העדים בטענתו א' ואינו יכול לזכות בה וכן פ' רבינו יונה וז"ל בפרק ח"ה על ההיא דטוען וחוזר וטוען בד"א שאין הטוען חוזר וטוען לסתור דבריו הא' במקום שהוא מתחייב בדין בטענתו הא' אבל זכה בדין אלו עמד בטענתו ראשונה יכול לחזור ולטעון ולזכות עצמו בטענה אחרת כיצד היה טוענו במנה וא"ל להד"מ ואין שם

עדים שלוה יכול לחזור ולטעון לויתי ופרעתי וא"א הרי הודה מתחילה שלא פרע שכל האומר לא לויתי כאומ' לא פרעתי דמי ועכשיו מודה שלוה והרי הוא חייב אלא כיון שאלו עומד בטענתו א' היה זכאי יכול לזכות עצמו בטענה ב' וכן כתב הר"י ן' מיגש וכן פ' א"א הרא"ש עכ"ל וכן כתב מהר"ם אלשיך בתשו' סימן ט"ל עיין שם מיהו כתב הרדב"ז בתשובו' ח"ב סימן תשפ"ט דאם לא נכתבו טענותיהם יכול לחזור כגון לא לויתי וחזר וטען לויתי ופרעתי אבל אם כתבו טענותיהם לפני הדיינ' שוב אינו יכול לחזו' ולטעון אפי' מטענ' פטו' לטענ' פטו' דכיון דלא חזרו בהם עד שנכתבו בודאי בדוקא אם טוענים ע"ש:

ו' נסתפק הרח"ש ח"א סי' כ"ד בהא דקי"ל דטוען וחוזר וטוען כגון שאמר לא לויתי וכו' דשמא ה"ד לגבי נתבע שבא לפטור עצמו אבל לגבי תובע שבא להוציא לא ואפ' דבהא תליא פלוגתא דרשב"ם והרא"ש בפ' ח"ה גבי ערער וחזר וערער וכו' שכ' רשב"ם דה"ה למוחה ג' מחאות בתוך ג' שנים המכחישות זא"ז דאין כאן מחאה כלל וכ' הרא"ש ולא נ"ל דאין אדם מוחזק כפרן אלא ע"פ עדים וכו' ולכאור' תמיה מלתא לומ' דס"ל לרשב"ם הוחזק כפרן ע"פ עצמו נגד כל הפוסקי' ע"כ נ"ל דרשב"ם ס"ל דלא אמרי' טוען וחוזר וטוען אלא לגבי נתבע שבא לפטור עצמו אבל הכא חשיב כתובע שבא לערער להוציא מיד המחזיק והרא"ש סבר דאדרבה המחזיק הוא שבא להוציא מיד בעל השדה ותובע שלקחו ממנו ובעל השדה פוטר עצמו בטענת מחאה ולכך טוען וחוזר וטוען וכו' באופן דאפש' דלעולם לא אמרי' הכי גבי תובע הבא להוציא ע"ש וליתא שהרי כ' הרא"ש פ' ח"ה סי' י"ב גבי ההוא דא"ל האי שטרא זייפא וכו' וז"ל ותי' הריב"ם דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא ואע"ג שהוא מוחזק בקרקע אין זו חזקה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכו' דלא אמרי' מגו אלא לאוקומי ממונא וכו' אם יש לו ראיה בשטר או חזקה ושכנגדו בא לפוסלו והוא יכול לקיימה ע"י מגו וכו' וכגון זה אומר של אבותיו וזה אומר של אבותיו ואייתי חד מניהו סהדי דאכלה שני חזקה מהמני' ליה להאי דאית ליה שני חזקה במגו וכו' עש"ב מבו' דס"ל דאם יש לו שני חזקה הרי היא בחזקתו והמערער חשיב כתובע וכ"כ גבי עובדא דרבה בר שרשום והטור בסי' קמ"ט דאם צריך להביא עדים על חזקתו אע"פ שהיה המערער קטן מקבלין העדו' כיון שהחזיק כראוי ועתה היא בחזקתו ע"ש ועוד הא דטוען וחוזר וטוען איתמר בפ' ח"ה גבי זה אומר של אבותי ואייתי סהדי דאבהתי היא ואידך אייתי סהדי דאכלה שני חזקה המחזיק חוזר וטוען ואם המחזיק חשיב כתובע ובא להוציא מיד בעל השדה ש"מ אפי' גבי התובע אמרי' הכי ואפ' דרשב"ם והרא"ש פליגי בהכי דרשב"ם ס"ל דלא אמרי' הכי אלא התם דהמחזיק הוא נתבע כיון שעתה

היא בחזקתו אבל הרא"ש נר' דס"ל דאין חי' דהא בפ' ח"ה אמרינן דהמחזיק חוזר וטוען נגד בעל הקרקע והכא גבי ערער וחזר וערער וכו' דלא הוחז' כפרן א"כ ממ"נ אם המערע' חשיב תובע או המחזיק ש"מ דאפי' תובע טוען וחוזר וטוען וכבר ראיתי להב"ח סי' קע"ו שכ' דרשב"ם דוקא גבי מחאה קאמר כיון דדבריו מכחישי' זא"ז יכול המחזיק לטעון לא חששתי למחאתו שהרי הוחזק כפרן בדברים ול"ד הוחזק כפרן בדין קאמר אלא כלומר הוחזק שקרן ולא חששתי למחאתו ע"ש וכן נר' מדברי הרמ"ה בפ' ח"ה סי' ק"ג עש"ב וכן משמע מדברי הרשב"ש בתשו' סי' תק"ה דגם התוב' טוען וחוזר וטוען עש"ב גם הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תק"ג כ' בא' שטען על חבירו שערב לו ואח"ך כששמע דשלא בשעת מתן מעות אינו כלום חזר וטען דערב לב"ד הוא דאינו חוזר וטוען אלא מפיטור לפיטור אבל מחיוב לפיטור אינו חוזר וטוען וה"נ הוי מפיטור חבירו לחיוב חבירו שהרי בטענתו הא' חבירו פטור מהערבו' ובטענתו אחרונה חייב בערבו' ע"ש הרי דאם טענתו הא' נמי לחיוב חבירו יכול לחזור ולטעון מחיוב חבירו לחיוב חבירו והתוס' בפ' ח"ה ד' ל"ב ע"ב בד"ה אמאי וכו' כ' וז"ל תימא דליהמני' במגו דא"ב אמ' שטרא מעליא הוא וכו' א"נ מש"ה לא אמרי' הכא מגו משום דהוי חוזר וטוען דמיעק' טען והא שטרא ועתה חוזר בו ומודה דחספא הוא אלא שטרא מעליא הו"ל עכ"ל וכן תי' הרא"ש בס' א"ז שם ע"ש ונר' דס"ל דאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הא' כדעת הריטב"א בחי' לשבועו' ד' מ' ע"ב בשם רבו הרא"ה דכיון דקי"ל דכל האומ' לא לויתי כאומ' לא פרעתי דמי הו"ל כשחוזר וטוען פרעתי כחוזר בו מחיוב לפיטור שהרי בכלל טענתו א' שלא פרע ע"ש וה"נ דכוותא או דרב יוסף סבר כנהרדעי דאינו טוען וחוזר וטוען ומ"מ הא מסקי' התם הילכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי אלמא בתובע אינו טוען וחוזר וטוען אבל בארעא טוען וחוזר וטוען אפי' לא החזיק ג' שנים דלאוקמיה ממונא הוא:

ז'

עד שיבואו עדים וכו' הטור כ' בשם הרמ"ה דאם באו עדים אח"ך והכחישוהו בטענה א' אינו נאמן בטענה ב' בלא ראיה וכ' מרן הב"י משום דאמרי' מה שחזר בו מטענה א' לפי שהיה יודע שיש עדים בדבר אבל מהר"י ן' מיגש והרמב"ם ס"ל דאפי' באו עדים והכחישוהו בטענה ראשונה כיון שלא באו קודם שטען טענה ב' נאמן ובסימן ע"ט כתב שכן מ"כ וכ' הב"ח שכן פ' האגודה בשם מהר"ם ע"ש ועיי' מ"ש בסי' ע"ט דין ט' ובפ' האשה שנתארמלה במשנה דהעדים שאמ' כת"י זה אבל אנוסי היינו וכו' פירש"י שהיו מעידים על חתימתם לקיים השטר וכ' ה' בס' א"ז וז"ל ונשמר רש"י שלא נפרש העדים שאמרו וכו' שלא בשעת הקיום אלא אינהו מנפשייהו אתו למימר על האי שטרא כת"י

וכו' אבל אנוסי היינו וכו' כדי לאחזוקי האי שטרא בפסול ושוב לא יועיל בו קיום כלל דהא ודאי ליתא דאם שוב נכיר אנו מעצמינו החתימו' לא יועילו דבריהם כלל ונתקיים השטר שפיר מיהו אם כשבאו לקיים השטר נפל זה ההפרש ואמרו כת"י וכו' כיון שכבר נפסל השטר ואתרעאי לפני ב"ד שוב אין לו תקנה אע"ג דשוב נמצא כת"י יוצא ממ"א ומאי דקתני מתני' ואם יש עדים וכו' אינם נאמני' אין לפ' דה"ק דאם לאחר שאמ' כת"י וכו' והימני' להו שוב באו עדים וכו' אינם נאמני' במאי דאמ' מעיק' כת"י וכו' דהאי פירושא ליתא וכדכתי' אלא ה"ק ואם יש עדים וכו' פי' אם כשבאו לקיים את השטר ואין אנו צריכי לעדותם אלא היינו יכולים לקיים את השטר ע"פ עדים אחרים וכו' וכן פי' רש"י וכן פי' הגאוני' וכו' עכ"ל הרי דאפי' נתקיים השטר אח"ך כיון שכבר שבשעת העדות לא נתקיים נאמני' ולא בטל המגו ולכאו' ק' ממ"ש הרמב"ם והטור ריש סי' פ"ב מלוה שהוציא שטר שאינו מקויים ואינו מוציא לקיימו והלוה מודה שכתבו אלא שטוען פרעתי נאמן שהפה שאסר וכו' ואם אח"ך מצא המלוה עדים לקיים השטר הרי הוא כשאר שטרות וגובה בו אלמא אם באו עדים אח"ך בטל המגו ודוחק לומ' שאני עדים דאלימי ומרעי לשטרא כדאמרי' בפ' מ"ש למ"ד מודה בשטר שכתבו א"ץ לקיימו דעדים אלימי ומרעי לשטרא וה"נ אע"ג דקי"ל מודה בשטר שכתבו נאמן במגו ה"ד כ"ז שלא נתקיים אבל כשנתקיים אח"ך בטל המגו משא"כ העדים דאלימי לאורועי שטרא לגמרי אפי' בנתקיים דמנ"ל לחלק בכך דמשמע למאי דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אין חי' בין הלוה לעדים ואי ק"ל מדין זה דס"ל להרמב"ם דנאמן בטענה ב' ואפי' באו עדים אח"ך לא בטל המגו י"ל דשטר שאני דקי"ל עדים החותמי' על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד אלא דרבנן אמרו צריך קיום ונאמן לומ' פרעתי כ"ז שלא נתקיים אבל אם נתקיים אח"ך אוקמוה אדאורי' וכן תי' מהר"י כולי בתשו' בס' עזרת נשים ד' מ"ה ע"ב ע"ש וכה"ג כ' התוס' בב"ב ד' קכ"ח בד"ה נשבע וכו' למ"ד מודה בשטר שכתבו א"ץ לקיימו דאינו נאמן במגו משום דהוי שטר גמור דעדים החותמי' על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ע"ש וה"נ למאי דקי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו א"ל דלא הקילו חכמים אלא כ"ז שלא נתקיים אבל כשנתקיים השטר דהוי שטר גמור בטל המגו:

ועוד נר' דדוקא לענין דלא הוחזק כפרן ס"ל להרמב"ם דאפי' באו עדים אח"ך נאמן דלטענתו א' לא חשש לעדים אבל לענין מגו דטענה אחרת ס"ל כיון דבאו עדים אח"ך הפך טענת המגו אמרי' דלא רצה לומ' טענת המגו משום דראה עדים ממשמשי' ובאי' וליכא מגו וזה נר' דעת הפרישה בסי' קמ"ט סכ"ד שכ' באומ' שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו דנאמן במגו דה"ד כ"ז שלא ידוע לנו שהיתה של אביו אבל אם אחר זמן

נתברר בעדים שהיתה של אביו חוזרים ומוציאי' אותה מיד המוחזק ע"ש ודלא כמהר"י כולי שם ע"ש:

ומה שתי' עוד מהר"י כולי דהתם רגלים לדבר שלא פרעו דשטר ביד המלוה מ"ב ולכך אינו נאמן אלא כ"ז שלא נתקיים ע"ש ליתא דהא בטענת אמנה וכו' אם נתקיים השטר בטל המגו והתם לא שייך ה"ט וכה"ג כ' התוס' בכתובו' ד' י"ט בד"ה מודה וכו' אבל אין לפרש דאינו נאמן לומ' פרוע במגו משום דאם פרעו שטר בידיה מ"ב דהא כי טעין נמי אמנה הוא מסקי' דאינו נאמן והתם לא שייך ה"ט ע"ש:

וראיתי להר"ב בס' א"ז לכתובו' ד' כ"ג שכ' בשם בעל ההשלמה וז"ל ומאי דאמרי' גבי נשביתי אם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא וכו' א"ל אי אמרי' הכי גבי שדה כי אמר מעיקרא של אביך ולקחתיה ממנו והימנוה משום הפה שאסר וכו' ואח"ך באו עדים שהיא של אבותיו אי מפקי' מיניה המחזיק או לא ונראי' הדברי' דלא מפקי' לה מיניה כיון דהימנוה ואע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר דאמ' ר' מנחם ב"י אימתי אני אומ' תצא בזמן שבאו עדים ואח"ך נשאת אבל נשאת ואח"ך באו עדים לא תצא ע"כ וכבוד רבינו במקומו מונח דא"ל דממונא מאיסור' לא ילפי' ומה יעשה זה שלא היה יודע שהיו לו עדים מתחי' ואח"ך נודע לו והביאם יפסיד נחלת אבותיו בשביל כך ומהא דמס' סנהדרין בפ' ז"ב משמע דאמרי' דכ"ז שמביא ראיה סותר את הדין וצ"ע ה' המעילי עכ"ל הרי דבעל ההשלמה ס"ל דאם לא באו עדים עד לאחר שהימנוה ב"ד אין מוציאי' אותה מידו ומדמה לה לב' אומרי' נתגרשה דאמ' ר"מ ב"י דאם נשחת ואח"ך באו עדים שלא נתגרשה לא תצא וכן ראיתי להכנה"ג בחא"ה סי' קנ"ב הגב"י אות א' שכ' וז"ל אר"מ וכו' אע"ג דבנדון זה לא נפק"ל מידי דהלכה כת"ק דאפי' דבאו עדים ואח"ך נשאת לא תצא מ"מ דין זה הילכת' היא והיכא שהדין נותן שאם נשאת תצא אם באו עידי האיסור אחר שנשאת לא תצא וכן מבוא' מדברי מהר"ם אלשקר סי' י"ז ע"ש ותמהני דהא מתני' דקתני אם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא איכא דמתני לה אירישא דאמרה א"א הייתי וגרושה אני דאם נשאת ואח"כ באו עדים לא תצא משום חזקה דרב המנונא דאין אשה מעיזה פניה אפי' שלא בפני בעלה ואיכא דמתני לה אסיפא בשבויה דוקא דבשבויה היקילו אבל ברישא לא ע"ש הרי אפי' למאן דמתני לה אירישא אינה נאמנת אלא מכח חזקה דאין מעיזה פניה אפי' שלא בפני בעלה וכ"ש למאן דמתני לה אסיפא דק"ל כוותיה כמ"ש הרא"ש שם שכן פ' ר"ח כמאן דמתני לה אסיפא וכן משמע מתוך רב אלפס וכו' וכ"כ הר"ן שם ע"ש א"כ דוקא אסיפא דבשבויה הקילו אבל ברישא באיסור א"א אפי' באו עדים אחר שנשאת תצא וכמבו' בא"ה שם והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תי"א כ' כיון

דאמרי' אם נשאת תצא ודאי דבניה מן הא' ממזרים ואי לאו דמסתפינא ה"א דהוי ממזר מן התורה דכיון שהיא בחזקת א"א ע"פ העדים והיא אינה נאמנת לומ' גרשתני מוקמי' לה אחזקתה וכו' ע"ש מיהו הר"ן שם כ' דחיישי' לא צריכה גט מן הב' וכן דעת הרמב"ן עיי"ש א"כ בניה מן הא' אינם ודאי ממזרים ומ"מ באיסו' א"א אפי' לא באו עדים עד אחר שנשאת תצא א"כ אפי' הימנוה ב"ד במגו וחזקה מסייעא לה תצא משום דאח"ך בטל המגו וההיא דרמב"י שאני דאיכא עדים שנתגרשה ומה"ט ס"ל לת"ק דאפי' נשאת אחר שבאו עדים לא תצא ודברי מהר"ם אלשקר בס"ס ט"ז הם לענין תרי ותרי שכ' וז"ל וידוע הוא דהא דרמב"י דבאו עדים אחר שנשאת ע"כ דהלכה היא והתם בפ' ח"ה אקשי' מינה וכמ"ש מהר"י ן' מיגש שם אבל נשאת ואח"ך באו עדים ה"ז לא תצא אלמא אע"ג דאתו סהדי השתא דא"א היא ואילו אתו מעיקר' מקמי דאנסיבת לא הוה שבקי' לה לאנסובי וכיון דבתר דאנסיבת הוא דאתו להו הני סהדי ואכתי ס' א"א היא מספיקא לא מפקי' לה מתותיה גברא דהא איכא סהדי דנשאת על פיהם דקא מסהדי דלאו א"א היא וה"נ וכו' ע"ש א"כ דוקא התם מס' לא תצא לפי שנשאת ע"פ עדים דלאו היא והרמ"ה בפ' ח"ה סי' מ"ג כ' דלית הילכתא כרמב"י דהא ר"ן פליג עליה ועבד עובדא לבסוף בשמעתי' וסלקא שמעתא כוותיה הילכך אי הוה ס"ל דכי באו עדים ואח"כ נשאת תצא אפי' נשאת ואח"ך באו עדים נמי תצא אלא אנן כת"ק ס"ל דאפי' באו עדים ואח"ך נשאת ה"ז לא תצו וכו' עיין שם ואם כן אי מדמי' שדה לא"א כל שבאו עדים אחר כך בטל המגו ומוציאין אותה מידו וכ"כ הר"ב בס' א"ז שם סוף דף ט"ו וז"ל והכא אתא לאשמעינן דאע"ג דמהימי' ליה כבר משום הפה שאס' וכו' אם שוב באו עדים שהיא של אביו לא מהמני' ליה במאי דטעין מעיק' לקחתי' ממנו ומוציאין השדה מידו עד שיביא ראיה לדבריו ואע"ג דתנן לקמן נשביתי וטהור' אני נאמנת שהפה שאסר וכו' ואם יש עדים שנשבית וכו' אינה נאמנת ואם משנשא' באו עדים ה"ז לא תצא ואמרי' בגמרא לא נשאת נשאת ממש אלא כיון שהתירוה לינשא וכו' שבויה שאני דבשבויה הקילו ע"ש הרי דס"ל דאפי' באו עדים אחר שהאמינוהו ב"ד מוציאי' אותה מידו וכ"כ עוד שם ד' י"ז ע"ב ע"ש ומה שהק' מהר"י כולי שם דלדעת רש"י נאמן משום דא"ב שתיק מה סברא היא לומר משום דבאו עדים מוציאין אותה מידו דהא לא שייך לומר דמפני העדים לא שתק כיון דאין תובעו שתיקותו יפה מדיבורו דאפ' שלא יערערו עליו עד עבור זמן חזקה דיכול למיטען בפה מלא לקחתיה ממך ע"ש י"ל שהוא מערים סבר אי שתקית עד דתבעו לי בפה צריך לישבע לכן טען עכשיו שיהיה כמשיב אבידה דא"ץ לישבע וכדאמרי' בפ"ק דמציעא ד"ד ע"ב ע"ש:

ח' הגה וכל זה דוקא לאחר כדי דיבור וכולי כ' הרשב"א סי' אלף וס' התוב' לחבירו מנה בפני ב"ד והודה וא"ל התובע אל תפרעני אלא בפני עדים ובתכ"ד חזר הנתבע וטען יש לי בידך משכון אין בדבריו כלום דכיון שהודה אין חוזר וטוען ולא אמר' תכ"ד כדיבור דמי אלא בתכ"ד עצמו אבל תכ"ד של חבירו לא וכ"כ בתשו' ח"ב סי' קל"ו ע"ש והרמב"ם בפ"ב מה' שבועות כ' מי שנשב' וחזר בו מיד תכ"ד ה"ז מותר וכן אם א"ל אחרים חזור בך וכו' וקיבל מהם תכ"ד ואמר הן או חזרתי הרי זה מותר כתב הראב"ד אינו מחוור שאין אחרים נזקקים לנדרו שתאה מחאה שלהם סומכת נדרו לחזרתו ונראה דסבירא ליה דבעי תכ"ד של עצמו ולא של חבירו דאף על גב דאמרינן גבי שכפרו ב' כל א' בתכ"ד של חבירו חייבים התם שאני דאין כפירת העדו' נגמרת לחיוב עד שיכפרו שניהם וכעדות א' היא וכן בעדי' זוממי' ההתראה צורך עדות כמ"ש הרשב"א בתשו' וא"כ הכא דאין אחרים לנדרו לא מהניא חזרתו תכ"ד שלהם אלא תכ"ד של עצמו ונר' דגם הרמב"ם מודה הכא דלא מהניא חזרתו בתכ"ד של חבירו דכבר כתב מרן הכ"מ שם והרדב"ז בלשון הרמב"ם דף ס"ג ע"ג הטעם דכיון דאחרים החזירו אותו תכ"ד לשבועתו והוא קיבל מהם תוך כדי דבור כחזרה אריכתא דמיא דהכל ענין א' עיין שם בהלח"מ אבל הכא ודאי דלא מהניא חזרתו תוך כ"ד ש חבירו וכן כתב הריטב"א בחי' למכות ע"ש וכ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תשנ"ו דה"ד לענין שאינו נאמן אבל פורע חובו וחוזר וטוען עליו משכון פ' יש לי אצלך ואם לא יודה ישבע היסת ומסתברא שיבא לעכב הפירעון עד שישב' חבירו על, המשכון דלא דמי לשטר מקויים וכו' ע"ש:

ט' אבל תכ"ד יכול וכו' הוא כדי שיאמר שלום עליך ר' ומורי אחר שישתוק הרשב"ש סימן תק"ה ע"ש משמע דאם לא שהה אלא שיעור כ"ד ממש לא הוי הפסק ושיעור כ"ד הוא ד' תיבות שלום עליך ר' ומורי וכבר כתבתי בחי"ד סימן ר"י דלפי טעם ר"ת שכתבו התוספות בקמא דף ע"ג בד"ה כי וכו' לא הוי הפסק אלא יותר מכ"ד מיהו שיעור כ"ד הוא ג' תיבות שלום עליך ר' כדקאמרינן בפרק מרובה וכן משמע בש"מ דנזיר אבל דעת רש"י והתוס' בנזיר דבעי' תכ"ד דאם שהה שיעור ג' תיבות הוי הפסק וכן דעת הרמב"ם ע"ש:

סימן פא

דין א' משטה הייתי בך וכו' ואפי' מנה לו בפני עדי' וכשתבעו הודה בפני עדים ואח"ך אמר משטה הייתי בך ומה שמניתי לי מתנה היא נאמן ה' המאירי בחי' לסנהדרין ד' כ"ט וע"ל בסי' ע"ט ס"ד

ב' ואפי' לא טען משטה הייתי בך אלא להד"ם פטור וכו' כ' מהרימ"ט ח"א סי' קט"ו דדוקא כשחז' וטען משטה וכו' ודקדק כן מל' הרמב"ם בפ"ו מה' טוען שכ' לפיכך אם אמר להד"מ לא הוחזק כפרן ול' הוחזק כפרן המוזכר בכ"מ הוא מטענה לטענה ולא מצינו בשום פוסק דס"ל בפירוש דיועיל לו להכחיש העדים עש"ב וזה דעת הרמ"ה בחי' לסנהדרין אבל ל' הרמב"ם שם דין ז' ודין ח' והסמ"ג עשי' צ"ה מוכח דאפי' לא חזר וטען משטה וכו' אלא להד"מ לבד נאמן וכ"כ מהראנ"ח ח"ב סי' ח"י שכן דעת הרי"ף והרמב"ם ע"ש וז"ל ה' חקות הדייני' סי' ל"ה אעפ"י שלא אמר משטה הייתי בך וכו' אלא שכפר ואמר להד"מ ה"ז פטור וזה שלא טען משטה הייתי בך אתמול הוא מפני שלא היה זכור וכו' וכן דעת הרמב"ם אבל יש מי שאומ' דדוקא כשחזר וטען לאחר שאמר להד"מ אמת משטה הייתי בך רציתי לומר לך ולפיכך לא הוחזק כפרן אבל אם לא טען כן ה"ז הוחזק כפרן ומ"מ אין לנו לזוז מדברי הרמב"ם עכ"ל הרי שכ' דהרמב"ם ס"ל דאפי' לא חזר וטען משטה פטור ומינה לא תזוז והביאו ג"כ המבי"ט ח"א סי' קט"ו ע"ש וכ"כ הר"י בחי' שם וז"ל י"א שצ"ל שכוח הייתי כשאמרתי להד"מ וכו' אין הדברים נראים כן אלא כי אמר להד"ם פטור דאין טענת משטה גדולה מזו שהרי הוא מבטל עכשיו הודאתו ואומ' להד"ם ואותה הודאה כאלו אינה כיון שהוא אומ' שלא היתה הודאה כאלו אמר שכחתי מפני שלא היתה אלא השטאה בלבד וכו' ע"ש וכן נר' מדברי ראב"ן בספרו ד' קי"ב ע"ג ע"ש וכן דעת מהרשד"ם סי' קמ"ב ע"ש גם הרדב"ז בתשו' ח"א סי' קמ"ג כ' דאם טען משטה הייתי בך כ' קצת פוסקי' דמשבעי' ליה וכו' ונ"ל באם טען להד"מ פטור אפי' משבועה כיון דלא דכיר וכו' ע"ש ואם אינו נאמן אלא כשחזר וטען משטה וכו' צריך לישבע שהוא משטה אלא ודאי דס"ל דבטענת להד"מ לבד פטור אפי' משבוע' מיהו מדברי הר"י שכתבתי מבוא' דטענת להד"מ לא מהניא אלא משום דהו"ל כאלו אמר שכחתי' מפני שהייתי משטה וא"כ למ"ד בטענת משטה צריך לישבע ודאי דה"נ אם טען להד"ם צריך לישבע וכ"כ הרמב"ם והסמ"ג בהדיא וז"ל אבל אם טען ואמר משטה הייתי בך או להד"ם או שלא להשביע את עצמי נתכוונתי פטור ונשבע היסת עכ"ל

ג' כ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' ש"ו דאפי' חזר וטען הודיתי ופרעתי לא הוחזק כפרן וכ"כ הר"ד תלמוד הרמב"ן וז"ל ולא עוד אלא אפי' אמר פרעתי אחר ההודאה נאמן אע"ג דהשתא לא הוי מלתא דכדי כיון שהוא אומר שאח"ך פרעו מ"מ הטענה בעצמה היא מילתא דכדי שלא היה מתחיי' עליה ואינה כדאי שיהיה מוחזק כפרן עליה והיינו דקאמר תלמודא בסתמא שלא הוחזק כפרן עכ"ל ונר' משום שאין אדם נעשה כפרן ע"פ עצמו אלא א"כ הכחישוהו העדים וכיון שטענתו מצד עצמה אין בה הכחשת העדים

ולא יתחייב בה לא הוחזק כפרן וכה"ג כ' הלח"ם בפ"ו מה' טוען לדעת המ"מ גבי אין לך בידי ע"ש אבל בעה"ת שי"ב והביאו הטור בסי' ע"ט ס"ל דאפי' מצד הטענה לא היה מתחייב אם גילה דעתו נעשה גזלן ע"ש ועיי' בגד"ת וה"נ דכוותא: ד' דין ב' אבל ש"מ שתבעו וכו' משמע דאפי' לא היה למצוה מחמת מיתה והודה במקצת נכסיו לחבירו הויא הודאה גמורה משום דאין אדם משטה בשעת מיתה אבל מדברי הרמ"ה בפ' מ"ש סי' ג' שכ' וז"ל הא מתניתא לא מתוקמא אלא בש"מ דמחלק כל נכסיו א"נ דמצוה מחמת מיתה דמקנו באמירה דעלמא ומהני ביה האי לישנא דאם ילדה יטול אבל בבריא א"נ בש"מ במקצת וכו' אסמכתא לא קניא וכו' וכ"ת מ"ש ש"מ מבריא וכו' דהא אסמכתא מי לא קניא בבריא ה"נ היכא לא מטי ממונא לידא דמקבל מתנה אבל היכא דמטי ממונא לידא דמקבל מתנה וכו' וה"ה גבי ש"מ וכו' דהא דברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמי וכמאן דמטא לידיה דמי ועוד מ"ט אמור רבנן אסמכתא לא קניא דסמכא דעתיה דלא מקיים תנאיה ולא גמר ומקני ה"נ ש"מ כאן דמצוה מחמת מיתה מגמר גמר ומקני דאין אדם מצוה מחמת מיתה וכו' עכ"ל משמע דלה"ט נמי דאין אדם משטה בשעת מיתה דוקא במחלק כל נכסיו או במקצת מחמת מיתה אבל בש"מ במקצת דינו כבריא לענין אסמכתא וא"כ נר' דה"ה גבי הודאה דהא דאין צריך קנין במתנת ש"מ או במצוה מחמת מיתה ה"ט משום דגלי דעתיה שסובר שהוא מת ולכך נתן כל נכסיו אבל במקצת ולא היה מצוה מחמת מיתה דצריך קנין לא היה סבור שמת לכך שייר לעצמו וא"כ ה"נ לא אמרינן אין אדם משטה בש"מ אלא במצוה מחמת מיתה וכו' לכאו' מדאמרינן נמי דאצ"ל כתובו משום דדבריו ככתובי' וכמסורים דמי דה"ד במצוה מחמת מיתה:

ה' הגה או שתקו לצואתו הוי כהודאה וכו' ואפילו לא היו עדים בצואתו אם הוא מודה שכך הוא חייב המרדכי וכתב הש"ך דהא דאינו נאמן במגו נראה לי הטעם דהוי כמגו במקום עדים דאנן סהדי דשתיקתו ודאי הודאה וכיון דהודה לית ליה מגו וכה"ג כתב מרן הב"י בסימן ע' עיין שם וכעין זה כתב מהר"ם בתשובו' דשייכי לס' ניזקין סימן י"ב וז"ל ואפילו אין עדים שקצץ נטיעותיו לא מהימן לומר אתה אמרת לי לקוצו במגו דא"ב אמר לא קצצתי וכו' וא"ת אמאי לא מהימני' ליה במגו וי"ל דהוה ליה מגו במקום עדים דאנן סהדי דמשקר דאין אדם נותן רשות לקצוץ בנטיעותיו שאין עומדי' ליקצץ וכו' וכן כ' הנ"י בפרק החובל אינו נאמן במגו דלהד"מ דהוי כמגו במקום חזקה ופסקו מור"ם בסימן שכ"ב עיין שם וכבר כתב הכנה"ג שם אף על גב דמגו במקו' חזקה בעיא היא הכא חזקה אלימתא ובמקום חזקה אלימתא אמרינן מגו ע"ש וה"נ אינו נאמן במגו דלא היו דברים מעולם דהוי כמגו במקום עדים או במקום חזקה אלימת' ועמ"ש סימן קכ"ו

דין י"ג וכתב עוד הש"ך ומשמע מכאן דכל היכא דהוי הודאה כגון שאמר אתם עדי אפי' אין מודה שהודה אלא שטוען שאינו חייב לו כלום אינו נאמן במגו וכן נ"ל להוכיח ממ"ש בעה"ת והטו' ומרן סי' ע"ה סי"ז ואם טען לחבירו הודית לי בעצמך שאתה חייב לי כו"כ ואמרתי לעדים אתם עדי או אתה אמרת אתם עדי ואין העדים כאן זהו טענת בריא ויכול להשביעו היסת שלא אמר לעדים אתם עדי וכו' משמע להדיא הא אם מודה שאמר לעדים אתם עדי חייב לשלם אף ע"פ שאין העדי' כאן ולא אמרינן שיהא נאמן שאינו חייב לו במגו דאב"א לא הודיתי ע"ש ולי נר' דמיהא יש לדחות דלא הוי מגו טוב דירא לומר לא הודיתי שמא יבואו העדים היום או למחר ויכחישו אותו וכה"ג כתבו התוספות בפרק קמא דכתובות דף י"ט ע"א בד"ה מודה וכו' וז"ל וא"ת מ"ט לא מהימן במגו דא"ב אמר מזויף וי"ל דשמא ירא לומ' מזוייף פן יכחישוהו העדים וליכא מגו ע"ש וה"נ ירא לו' לא היו דברים מעולם פן יבאו העדים ויכחישוהו ואף על גב דקיימא לן כמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו כבר כתב הכנה"ג בח"ב סימן פ"ב הגב"י אות ב' דמ"ד דנאמן לאו מטעם מגו דמזוייף דלאו מגו הוא דירא פן יכחישוהו העדים דל"ל דר"ג חולק בזה אלא נ"ל דסבירא ליה דכמו דבמלוה על פה נאמן לומר פרעתי בלא מגו ה"ה בשט' שאינו מקויים דמ"ל פרעתי בלא מגו ואף ע"פ שהמלוה אמת וכו' מ"ל פרעתי דכמלוה על פה היא והני עדי המלוה החתימם שלא מדעתי וכו' ע"ש אם כן לכ"ע לא אמרינן מגו גרוע שירא פן יכחישוהו העדים:

איברא דהתוס' בריש גיטין בד"ה ואם וכו' ובפ"ק דמציעא דף י"ג בד"ה הא וכו' כ' דטעמא דמ"ד דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו משום דנאמן לו' פרוע הוא במגו דא"ב אמר מזויף ע"ש וכן משמע בתשו' מהר"ם הארוכות סימן קס"ז שכתב וז"ל נר' לר' שאדם נאמן במגו אף על גב דבמה שטוען השתא אין יכולים העדים להכחישו ובטענת המגו יכולי' העדי' להכחישו וראיה לדבר מודה בשטר שכתבו למ"ד צריך לקיימו דנאמן לו' פרעתי במגו דא"ב אמר מזויף אף על גב דבפרעתי אין יכולים להכחישו עכ"ל הרי שכ' דמ"ד מודה בשט' שכתבו צריך לקיימו סבירא ליה דאמרינן מגו אף שהעדי' יכולים להכחישו אם כן בהכי פליגי דמ"ד אין צריך לקיימו ס"ל דאינו נאמן במגו דמזויף שירא פן יכחישוהו העדים ומ"ד צריך לקיימו סבירא ליה דאמרינן מגו אם שיכולי' העדי' להכחישו ודלא כה' כנה"ג מיהו א"ל דה"ד התם דהשתא מיהא ליכא עדים אבל הכא דאיכא עדים: ו' כתב מרן הב"י בסימן ל"ב דאם הודה בשעת מית' אפילו קם על רגליו אינו נאמן לטעון משט' דאם הוא יכול היינו טוענים ליורשיו והכנה"ג שם בהב"י אות י"א דחה דמשטה בשעת מיתה מלתא דלא שכיחא היא ודוקא אם טען הוא נאמן אבל ליורשיו

לא טענינן להו מלתא דלא שכיחא והוכיח דטענת השטאה לא שכיח' ממ"ש התוס' דלבניו טוענים מדאמרינן טעמא דאין אדם משטה בשעת מיתה ואי הוי מלתא דשכיחא פשיט' דטוענ' ליורשים כל מה שיכול לטעון הוא אלא ודאי סבירא ליה דאפילו שלא בשעת מיתה הוי מלתא דלא שכיחא עיי"ש ובאמת שכן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן ע"ו דטענ' גרועה היא וכ"כ בתשו' המיי' השייכי' לס' משפטים סי' ס"ד דלא שכיח כלל שיודה אדם לחבירו בפני עדי' להשטאה בעלמא ולכך לא טענ' ליה אי לא טעין איהו גופיה עיין שם ונראה דסבירא ליה דה"נ דלא טענ' ליורשים דמלת' דלא שכיחא לא טענינן להו והא דאמרינן טעמא דאין אדם משטה בשעת מיתה נ"מ להיכא דעמד על רגליו דאינו יכול לטעון כן או דסבירא ליה דאפילו מלתא דלא שכיח' טענינן ליורשים כל מה שהיה יכול אביהם לטעון כמו שהוכיחו הרמב"ן והנ"י בשם הרא"ה בפרק הגוזל בתרא ע"ש אבל התוס' צ"ל אי סבי"ל דאפילו מלתא דלא שכיח' טענ' ליורשיו אם כן אפי' הודה בשעת מיתה כיון דהוא יכול לטעון אמאי לא טענ' ליורשיו ואי סבירא ליה דלא טענ' ליורשים מלתא דלא שכיחא אפי' בהודה שלא בשעת מיתה לא טענ' להו והתוס' בפ' המוכר את הבית ובפ' הכותב ובריש גיטין בד"ה כל וכו' הוכיחו דלא טענ' להו ליורשים טענת נאנסו וטענת מזוייף דלא שכיחי עיין שם וכה"ג כתבו התוספות בשבועות דף מ"א בד"ה כל וכו' באומר לא לויתי דאם טען הוא ומתרץ דיבוריה לא עמדתי בהלואתי נאמן אבל אין טוענים ליורשים כן דמלתא דלא שכיחא היא ע"ש ואם כן ה"נ אי טענת השטאה לא שכיח' אפילו בהודה שלא בשעת מיתה אמאי טוענ' ליורשיו וצ"ל דשכיחא ולא שכיחא אבל בשעת מיתה לא שכיחא כלל וכי ה"ג כתב הכנה"ג עצמו בסימן ס"ו הגב"י אות ל"ה וז"ל, דבשלמא כשהלוה בחיים וטוען למלוה פרעתי מהימני ליה אבל כשמת לוה נהי דאנן טענ' ליתמי כן להצריך שבו' ללוקח ולמוכר אבל לא לענין שאם מת המלוה אחר כך יאבד הלוקח מעותיו כדין מת לוה בחיי מלוה וכולי כיון דלא שכיח שיפרע למלוה אחר מכירת השטר דומיא דשט' כיס היוצא על היתומים דלא טענ' ליתמי נאנסו משום דלא שכיח מיהו בשטר כיס היוצא על היתומים לא טענ' להו הכי אפילו להצריך שבועה למלוה משום דלא שכיח כלל אבל הכא דשכיח ולא שכיח לענין להצריך שבו' למלוה טענ' אבל לא לענין שיכנס בסוג מת מלוה בחיי לוה וכו' עש"ב הרי דדוקא טענה דלא שכיחא כלל לא טענ' ליורשים דומיא דשטר כיס אבל טענת שכיחא ולא שכיח' טענ' ליורשים להשביע המלוה בשטר וה"ה לפטור היורשי' ואם כן ה"נ א"ל דטענת השטאה במודה בשעת מיתה לא שכיחא כלל ולא טענינן ליורשים אבל שלא בשעת מיתה שכיחא ולא שכיחא וטענ' ליורשים

ולזה הוצרכו התוספו' להוכיח דטעני' ליורשים טענת השטאה מדאמרינן טעמא דאין אדם משטה בשעת מיתה משמע דוקא בשעת מית' דלא שכיחא כלל לא טעני' להו אבל שלא בשעת מיתה דשכיחא ולא שכיחא טענינן להו ימה שהקשה ה' דאם ס"ל דהוי מלתא דלא שכיחא דלא טענינן ליורשים נימא אכתי איצטריך לטעמא דאין אדם משטה בשעת מיתה להיכ' דהיורשי' טענו א"ל אבא משטה הייתי אבל אם הם אינם טוענים אנן לא טעני' להו ע"ש י"ל דס"ל להתו' כמו שהוא עצמו נאמן לטעון משטה ה"נ אם טענו היורשים א"ל אבא משטה הייתי נאמנים ולא אמרי' אין אדם משט' בשעת מיתה אלא לענין דאין בית דין טועני' להם ולכאו' אפי' נימא דטענת משטה לא שכיחא ולא טעני' להן ליורשי' טעני' להו פרוע כמ"ש התוספות פ"ק דמציעא דף י"ג בד"ה הא וכו' וא"ל דחיישינן שמא יוציאנו שלא בפניו או על הלקוחות והיתומים ולא להם נטעון מזוייף משום דלא שכיח כמו שאין טוענים ליתמי נאנסו וכו' הא ליתא דאפי' לא נטעון להם מזוייף נטעון להם פרוע כדאמרינן בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס וכו' ע"ש ונראה דנ"מ אם הודה שחייב לו לזמן ותבעו בתוך הזמן נאמן לומר פרעתי במגו דהיה יכול לומר משטה כדקיימא לן בסימן ע"ח דאפילו בתוך הזמן נאמן במגו ע"ש ואם כן אע"ג דנאמן הוא לומר פרעתי במגו מכל מקום לא טעני' ליורשי' טענת פירעון בתוך זמן דמלתא דלא שכיחא היא וס"ד דה"נ לא טענינן משטה דלא שכיחא ולזה הוכיחו דטעני' להו משטה מדאמרינן אין אדם משטה בשעת מית' משמ' דוקא בשעת מיתה דל"ש כלל אבל בברי' טעני' להו אבל רי"ו נתיב כ"ו ח"ג כתב טוענים ליתומים וכו' כל דבר שהיה אביהם יכול לטעון בדבר מצוי כגון בפקדון שמא יחזיר או שמא לקח או משטה היה בך וכו' זולתי ממ"ש בשעת מיתה דאין אדם משטה בשעת מיתה וכו' עיי"ש משמע דטענת השטאה שכיחא היא ולכך טעני' להו:

ז' דין ה' לא מהניא טענת השטאה אלא כשתבעו והודה וכולי וכן הא דקיימא לן אין צריך קנין וכו' אם עמד מעצמו ואמר חוב שיש לי אצלך מחול לך אפילו לא אמר אתם עדי הרי החוב מחול דל"ש הכא משטה אני בך ושלא להשביע את עצמו אבל אם הלה תובעו ואמר חוב שאני חייב לך מחלת אותו או מחול אותו ואמ' מחול אם אמר אתם עדי דרך הודאה הרי הוא מחול ואם לא אמ' דרך הודא' אפי' יש עדי' אינו מחול דשייך לו' משט' אני בך לפי שתבעתי' דבר שאין דרך לעשותו ועוד שישמעו שאין אני עשיר שיש לי חובות על אחרי' וכן נר' מל' הרמב"ם בפ"ה מה' מכירה שאפי' במחילה צריך שיאמר בדרך הודאה ולא בדרך השטאה שכ' זה שנהגו וכו' הרדב"ז בתשו' ח"ד סי' ש"א פ"ו עיין שם:

ח'

דין

ז' אבל כששתק מתחילה ועד סוף וכו' עיין מ"ש בסימן ע"ה דין ט': ט' כתב בשו"ת בשמים ראש סימן ק"ל בראו' שאמ' לשמעון ולוי מנה לי בידכם ואמר שמעון אין ווי שתק מי הוי הודאת שמעון ושתיקת לוי הודאה לגבי לוי תשו' אף על גב דלמקצת ענינים שתיק' כהודא' בהאי ענינא דממונא אפילו אמר אין לא מהני עד שיאמר אתם עדי וזה ישתוק לא זולת ואפילו היה שמעון כשר לעדות נגדו אין זה ענין לא"ל ע"א נטמאת אשתך דהתם כשהוא אינו יודע מן הענין וכאן זה אומר עכשיו ודאי והאי דשתק משום דלא איכפת וכו' ע"ש הרי דסביר"ל דשתיק לא הויא הודאה ואפילו יש ע"א נגדו ומ"ש דל"ד לע"א שא"ל נטמאת אשתך ושתק דהתם משום דאינו יודע מן הענין וכו' לכאורה ק' דבר"פ א"ל מבוא' דע"א א"ל אכלת חלב ושתק חייב וכן כתב הרמב"ם פ"ג מהלכות שבועות דאפילו א"ל אשה אכלת חלב ושתק חייב עיי"ש משמע אפילו הוא יודע הענין שתיקה כהודאה:

יו"ד דין ח' דרך הודאה גמורה וכו' ז"ל בה"ג דקי"ט ע"א כל היכא דאמ' עדים בפנינו הודה לו עדות מעלייתא היא דתנן אם אמ' הוא א"ל שאני חייב לו איש פ' א"ל שהוא חייב לו לא אמר כלום עד שיאמ' בפנינו הודה שהוא חייב לו וכו' ואמור רבנן כל היכא דאמ' בפנינו הודה לו ל"צ למימר אתם עדי וכו' ע"ש ובכ"מ ברפ"ז מה' טוען אבל הר"ן בחי' שם כ' וז"ל ולא עוד אלא אפי' הכמין לו עדים וכולי מהכא שמעי' שבכל הודאה שע"י התביעה אע"פ שאמ' במוסר יכו' הוא לומ' משטה אני בך וכו' שלא אמרו אם כמוסר עדותו עדות וכדאמרי' לקמן אלא שלא ע"י התביעה שהיא מטעם השבעה דאם אמ' כמוסר ודאי לא אמ' משום השבע' הוא וכ"ת א"כ למה אמר הכמי' לו עדים אחורי הגדר שאף אם היו העדים בפניו הרי אינם כלום אם לא א"ל אתם עדי ואף כשאמר כמוס' י"ל שהוא יכול למימר משטה אני בך וכדכתי' ליתא דכל עיקר ל' הכמי' לא אתא אלא ללמד שאם היו העדים בפניו אע"פ שלא א"ל אתם עדי אם אמר כמוסר דבריו קיימים שאחר שאמר בפני ב"ע אין אדם משטה ע"ז שמתירא הוא מן העדים וכך הם דברי הרמב"ם פי"ז מה' עדות עכ"ל מבוא' דס"ל דהרמב"ם למד אם אמר בדרך הודאה אינו יכול לטעון משטה מההיא דהכמי' וכו' דמשמע דאם היו העדים בפניו חייב ולכך כ' הרמב"ם בפי"ז מה' עדות דין זה סמוך להההיא דהכמין ע"ש ובזה ניחא דשמעי' מינה נמי דבפני התובע אינו יכול לטעון אפי' טענת השבעה דהא מיירי בפני התובע וקתני אפי' הכמין וכו'

משמע דאם היו העדים בפניו חייב משום דאינו יכול אפי' טענת השבעה ועי' להרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' קנ"ז ולמהרימ"ט ח"א סי' מ"ד ומ"ב ולכנה"ג בסי' ל"ב הגב"י אות י"ז:
מיהו מ"ש הר"ן דאין טענת השבעה מהניא כמוס' אפי' לא היו העדים בפניו אין כן דעת הרמב"ם ברפ"ז מה' טוען דסביר"ל דאפילו הודה בפני עדים יכול לטעון טענת השב' ע"ש בל"מ ובפ"י מה' זכיה ועוד נר' דסביר' ליה דאין חילוק בין ש"מ לבריא דכל שהודה בדרך הודאה מסתמא הכי הוא ולא שלא להשביעו נתכוון אלא דאם טען הוא נאמן אבל אין טוענים לבניו דהוי כמלת' דל"ש דלא טעני' ליתמי וכה"ג כתב הש"ך בסק"ז עי"ש הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תר"א כ' בראו' שהלוה מעותיו לשמעון שלא בעדים ואחר כך א"ל תן לי מעותי שהם ק' והשיב לו שמעון אין לך בידי אלא ן' והלך ראובן והביא עדים שראו את שמעון קונה סחורה וא"ל מנין לך מעו' ואמר של פ' הם שנתן לי ק' פרחים לקנות סחור' דאפי' אם יטעון שמעון שמעולם לא לוה ממנו אלא ן' ישבע שבו' דאורייתא כשאר כל מודה במקצת ומה שהודה בפני עדים לא חשיב הודאה דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו שהרי לא בתורת הודא' היה אומר דאפ' שמפני שראו אותו קונה סחורה הרבה אמר של פלוני הם כדי שלא יחזיקו אותו עשיר משמע דס"ל דאם אמר בדרך הודאה גמור' הלשון חסר (עכ"מ) ומדברי הר"ן שכתב מוכח דסביר"ל דאפילו לא הזמין העדים כיון שהודה בפניהם כמוסר חיי' וכתב עוד שם וז"ל ומ"מ נראה וכו' אם הודה בפני ג' הודאתו הודאה אף על גב דלא א"ל אתם עדי וכו' דמאחר שהוא מחזר לעשות ההודאה בפני ג' הרי הוא כמוסר בתור' עדות וכו' ועוד כתב ה"ר דוד דאפילו בשנים אם חזר אחריהם כדי שישמעו ההודאה הודאה שלא הצריכו לומר אתם עדי אלא כדי שיזמינום לדבר זה הן בדבור הן במעשה דין א' להם וכו' עיי"ש מבואר דסבירא ליה דאם חזר אחריהם אפילו לא מסר דבריו בתורת עדות ואם אמר כמוסר אפילו לא חזר אחריהם הוי הודאה אבל ראב"ן בספרו דף קי"ב ע"ד כתב וז"ל ראו את אביהם וכו' אם כמוסר דבריו להם שקראם וא"ל ראו שאם אמות או אשכח אלו מעות של פ' וכו' נראה דסבירא ליה דבעי' שיזמין שמוסר דבריו בתורת עדות וכ"כ הסמ"ג ובעה"ת הביא דבריהם הש"ך בסקי"ט עיי"ש ועיין בתשו' מהר"ש צרור בספר חוט המשולש סימן ל"ד:
י"א
נראה דאפי' לא אמר מודה אני מהני מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' פ"ב וע"ש עוד בסי' צ"ג ועיין במהריב"ל ח"ג סי' ל"ח ובהש"ך ס"ק ח"י וכן משמע בתשו' הריב"ש סי' ע"ח ע"ש:

י"ב אע"פ שלא אמר אתם עדי וכו' הש"ך הוכיח דאם אמר אתם עדי אפי' שלא בפני התובע אינו יכול לטעון שום טענה דאין לאחר אתם עדי כלום וכ"כ בהדיא הרמב"ן במלחמו' ע"ש וז"ל רבי' יונה בחי' איכא מ"ד וכו' שאמר בפני עדים חייב אני מנה לפ' ואתם עדי אינו כלום אלא אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ואיכא מ"ד דהא דקתני בסיפא אלא וכו' לאו משום דבעי' שהודה בפניו אלא קמ"ל דברישא אפי' א"ל בפניו של מלוה אינו כלום כיון שאמר מעצמו אבל לעולם אתם עדי סגי בין בתר טענה בין קודם טענה בין בפני מלוה בין שלא בפניו וכן נר' מדברי הרז"ה שכ' אבל אם מעצמו הודה בין בפניו בין שלא בפניו ולא אמר אתם עדי אפי' לא טען טענה טוענים לו משמע דאם אמר אתם עדי חייב שאין אחר אתם עדי כלום עכ"ל הרי דגם הרז"ה ור"י ס"ל דאם אמר אתם עדי אפי' שלא בפני המלוה ולא תבעו אינו יכול לטעון כלום ודלא כנר' מדברי הרא"ם בתשו' סי' ס"ח ע"ש ועי' במהריב"ל ח"ג סי' ל"ח:

עוד כ' רבי' יונה וז"ל וא"ל דהא דתניא בתוס' הודאת בעל דין כק' עדים דמי אימתי בזמן שתבעו והודה אבל אם הודה מעצמו יכול לחזור בו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ה"ד אי דאמר לעדים אתם עדי כשהודה מעצמו אמאי יכול לחזור בו הא קאמר אתם עדי ואי כשלא אמר אתם עדי היכי קתני בתבעו והודה דהודאתו כק' עדים דמי הא מ"ל משטה וכו' ואיכא דדייקי מהכא דבמודה מעצמו אע"ג דאמר אתם עדי אמרי' אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ומפ' לברייתא באמר אתם עדי ולא נ"ל דמאי הפה שאסר הוא הפה וכו' והרי אפי' לא טען טעני' ליה ועוד מאי הפה שאסר והרי הוא טוען שהודאתו לאו כלום היתה ולא אשכחן כי האי הפה וכו' ואינו אלא תוך כ"ד אבל כאן אפי' לאחר כמה שנים יכול לטעון להשביע וכו' ונ"ל דהא דתניא בתוס' לא שייכא הכא כלל ולא במודה בפני עדים עסיקי' אלא במודה בפני ב"ד וה"פ הודאה בע"ד כק' עדים דמי כשתבעו בב"ד והודה לו ושתק שוב אינו יכול לטעון בשעה שהודיתי כבר פרעתי וכו' אבל אם הודה מעצמו יכול לומר בתוך כ"ד פרעתי שהפה שאסר וכו' וכיון דמ"ל פרעתי יכול לחזור כמו כן ולומר טועה הייתי במגו דא"ב אמר פרעתי ול"ד הודה מעצמו אלא ה"ה כשתבעו והודה יכול לחזור בו תכ"ד אלא מפני שנאמנותו אינו אלא מפני שהודה מעצמו קאמר וכן משמע מסיפא דברייתא דכולה משום מגו הוא וצ"ע עכ"ל נר' דס"ל דבהודה בפני ב"ד מעצמו אינו יכול לטעון להשביע וכו' אלא טעיתי וכן הסכים הש"ך בס"ק נ"ו והכריח כן פי' התוס' כדברי ר"י אלא שהעלה דאם תבעו והודה בב"ד אינו יכול לחזור בו בכל ענין אלא תכ"ד ואם הודה מעצמו יכול לחזור ולומר טעיתי בהודאתו אבל אינו יכול לטעון משטה ע"ש אבל ר"י ס"ל דבהודה מעצמו אינו יכול לחזו' בו לו' טעיתי אלא תכ"ד דה"ט

דהפה שאסר וכו' אינו אלא תכ"ד וא"כ אם תבעו והודה אינו יכול לחזור אפי' תכ"ד אבל בש"מ למציעא ד' י"א מהספר כ' דאם הודה מעצמו אפי' בב"ד אינו חייב משום דאדם עשוי שלא להשביע וכו' ע"ש:

י"ג דין יו"ד הודאה בפני ע"א הויא הודאה וכו' הרז"ה כתב דהודאה בפני עד אחד לא הויא הודאה כלל אפילו אמר לו אתה עד וכתב ה' כנסת הגדולה בסי' ל"ב הגה"ט אות נ"ח וז"ל יש להסתפק אם הודה בפני ע"א ואמר אתה עד ושוב הודה בפני ע"א ואמר אתה עד אי מצטרפין וכו' ושו"ר שאין מקום להסתפק בזה דהא קי"ל כנהרדעי וכו' ואפי' לרב וכו' בהודאה אחר הודאה ובהודאה אחר הלואה מודה דמצטרפין וה"ד הודאה אחר הודאה כגון שא' אמר בפני הודה לו ביום א' שחייב לו מנה והב' אמר בפני הודה לו ביום ב' שחייב לו מנה וכו' ע"ש ולא ראה מ"ש הרמב"ן והרא"ש בפ' ח"ה וז"ל והראב"ד כ' דהודאה בפני ב' דוקא וכו' והא דקאמר הודאה אחר הודאה מצטרפין כגון שכל א' אומר בפני ובפני אחר הודה וכ"כ הרמב"ן במלחמות בפ' ז"ב ע"ש וכ"כ הרשב"ש בתשו' סי' תקס"ד ע"ש הרי דס"ל דאם הודה בפני ע"א ואח"ך בפני עד אחר לא מצטרפין אלא דוקא אם כל א' מעיד דבפני ובפני אחר הודה לו וכ"נ להגיה בדברי ר' ירוחם וכ"כ מהרשד"ם סי' קמ"ב ומהרימ"ט ח"א סי' ע"ב ע"ש ודלא כהכנה"ג שצידד בדברי מהרשד"ם דסי' ל"ז ע"ש ומה שהק' הרמב"ן דא"כ ליפלוג וליתני פטור באומר בפני הודה לו ע"ש נר' דס"ל להרז"ה דאם הודה בפני ע"א אם לא טען אין טועני' לו ומתני' קתני אם אמר הוא שאני חייב לו לא אמר כלום דאפי' לא טען אין טוענין לו ולכך לא קתני פטור וסיפא מילתא אחריתי קתני דאם הודה לו אע"ג דאין טועני' לו יכול הוא לטעון טענת השטאה עד שיאמר בפנינו הודה דהוי הודאה בפני ב' אבל הודה בפני ע"א יכול לטעון טענת השטאה אבל אין טועני' לו וכן משמע מדברי הרז"ה שם וכה"ג כ' ר"י כתבתיו לעיל דין ה' ע"ש ובזה ניחא מה שהק' עוד ולדידיה מי ניחא כיון דמעצמו הוא אפילו לב' לא אמר כלום ולא קתני א"ל ע"ש די"ל דקתני א"ל למידק דוקא א"ל לא אמ' כלום דטועני' לו הא אם הודה אפי' בפני ע"א אין טוענים לו אבל הוא יכול לטעון משטה עד שיאמר בפני ב' והש"ך תי' בענין אחר ופי' דברי הרז"ה דאפי' הודה לבדו מצטרפי' כיון דס"ס ב' עדים הם נר"ל מדין השטאה עש"ב וז"ל ר"י מה שדקדק ממשנתינו מדקתני סיפא בל' רבים דהא הוא דהודאה אחר הודאה מצטרפין וטעמא משום דס"ס תרי סהדי נינהו והוה ליה הודאה בפני ב' ונ"ל מדין השטאה ואם כן במתני' הו"מ למתני בפני הודה לו דהא איכא אחרינא בהדיה ול"מ היכא דתרוייהו חזו כחדא אלא אפילו בזה אחר זה דיינו ועדיין לא היה צריך סיפא לשנות בל' רבים וא"ת משום דשני בדיבוריה הוא

דאשמועינן דב' בעי ולא משום דאיצטריך בפנינו כגון דאיכא אחר בהדיה כמה דחוק וכו' עכ"ל מבואר שהבין דברי הרז"ה דאפילו הודה לכל א' לבדו מצטרפי' ולכן ק"ל אמאי קתני מתני' בפנינו וכ"כ הרב המאירי דאיכ' מ"ד הכי ע"ש ואפשר שזה הכרח הראב"ד והרמב"ן דבעי' שיאמר בפני ובפני אחר הודה לו מדקתני מתני' בפנינו ומהרימ"ט סימן ח"י כתב דמ"ש הראב"ד בההיא דהודא' אחר הודאה שכל אחד אומר בפני אחר דמשמע דאיכא תרי סהדי יש להעמידו משום דההיא דהודאה אחר הודא' משמע נמי אף בב' הודאות דעל מה שהעיד זה לא העי' זה כיון דתרוייהו מחייבים ליה מנה מצטרפים ובהא הוא דצריך שכל אחד יאמר בפני ובפני עד אחר הודה אבל כששניהם מעידים על ד"א מצטרפי' ע"ש והרמב"ם בפ' ד' מה' עדות כתב אמר הא' בפני הלוהו ביום פלו' או בפני הודה לו ואמר הב' וכן אני מעיד שהלוהו בפני או הודה לו ביום אחר הרי אלו מצטרפין ע"ש נרא' דאפילו העיד א' שהודה לפניו ביום פלו' ועד הב' אמר שהודה בפניו ביום אחר מצטרפין ועיין בתשו' הרדב"ז חלק שני סימן תרל"ב:

ט"ו דין

י"ג אבל אם שתק שהיא הודאה וכו' משמע אפי' לא ראו אותו העדים אלא שמעו קולו בלבד והכירו אותו מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קמ"ט ע"ש

ט"ז דין

י"ד לא תבע שום אדם אלא הוא בעצמו הודה דהך הודאה וכו' כ' המאירי בחי' לסהנדרין וז"ל ואף בזו אם אמר להד"מ לא הוחזק כפרן ומ"מ גדולי המחברים כ' דוקא כשאמרו דרך שיחה ובמערי' אבל אם אמרו דרך הודאה ואמר להד"מ אין שומעין לו אלא א"כ אמר אחר כך שלא להשביע את עצמי נתכוונתי וכו' עכ"ל נראה דסב"ל דאם הודה דרך שיחה וכשתבעו כפר ואמר לא היו דברים מעולם לא הוחזק כפרן אפי' לא חזר וטען טענת השבעה אבל אם הודה דרך הודא' וכפר כשתבעו ואמר לא היו דברים מעולם הוחזק כפרן אא"כ חזר וטען שלא להשביע את עצמי נתכוונתי:

י"ז שלא להשביע וכו' כתב הרדב"ז בתשובות ח"א סימן קע"ג בא' שקנה בית ואמר שקנה בית ואמר שקנה אותה להקדש דאינו יכול לטעון טענת השטאה דאין אדם משטה להקדש ולא עשוי שלא להשביע את עצמו כי ירא הוא מן ההקדש וכו' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכו' ע"ש והרב קהלת יעקב דף קפ"ח ע"א דקדק כן ממ"ש המרדכי ופס' רמ"א לעיל ס"א מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך ואני משלם לך פטור כיון דלאו עני הוא ובלא"ה חייב ללמוד עם בנו יכול לומר משטה הייתי בך וכו' משמע דאם היה עני לא מצי טעין טענת השטאה וכו' ע"ש ליתא דהתם ה"ט דאם היה עני לא מצי

טעין טענת השטאה וכו' משום דליכא תביעה ולא אמרי' משטה אלא כשתבעו אבל היה עשיר אע"ג דליכא תביע' שייך טענת השטאה כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ו ע"ש:
והרב כנסת הגדולה בסימן ל"ב הגה"ט אות כ"ח כ' דאשתמטיה להרדב"ז הא דתניא בפ' זה בורר א"ל א' ראיתי את אביכם שהטמין מעות ואמ' של מעשר שני הם בבית לא אמר כלו' הרי שראו את אביה' שהטמין מעות ואמר של מעשר שני הם אם כמערים לא אמר כלום וטעמא משום דאפשר דאמר כן שלא להשביע את עצמו ע"ש נראה דמרישא ודאי דלק"מ שהרי כתב הנ"י שם דאפילו כמוסר לא אמר כלום דמ"מ עד אחד הוא וע"פ לא נוציא ממון מחזקתו ע"ש ובסמ"ע ס"ס רנ"ה ס"ק פ"ז וא"כ אע"ג דל"ש טענת השבעה לא אמר כלום אבל מסיפא ק' ואפ' דמערים דוקא קתני אבל מן הסתם אינו תולה בהקדש כדי שלא להשביע את עצמו ודינו כמוסר ומה שדקדק ה' לחם רב סי' קל"ז מדקתני אם כמוסר הא סתמא נעשה כמערים ע"ש י"ל דק"ק אם כמוסר דבריו קיימין אפי' אמר של פ' הם ואם כמערים לא אמר כלום אפי' באומר של הקדש הם אבל בסתמא יש חילוק דאם אמר של פ' הם דינו כמערים ואם אמר של הקדש הם דינו כמוסר ולכך לא קתני אם כמוסר דבריו קיימי' ואם לאו לא אמר כלום וכה"ג משני' בקידושי' ד"ה ע"ב ע"ש ועי' במהרימ"ט ח"א סו' ע"ג אבל הר"ן בחי' שם כ' וז"ל עוד י"ל דטעמא דמלתא דבבית לא אמר כלום לפי שרואין מן הסתם שלא אמר כמוסר אלא שלא להשביע את עצמו הא אם אמר כמוסר ממש נאמן כיון דאיכא צד איסור אבל בשדה וכו' כיון שבידו ליטלן הילכך מן הסתם אמרי' דכמוסר א"ל ונאמן ע"ש נר' דס"ל דהיכא דאמר של פ' הם בבית אפי' אמר כמוסר ממש אינו נאמן דאין מוציאי' ממון מחזקתו ע"פ ע"א אבל אמר של מעשר ב' הם דוקא מן הסתם אינו נאמן אבל אם אמר כמוסר ממש נאמן כיון דאיכא צד איסו' וא"כ סיפא דקתני אם כמוסר דבריו קיימי' וכו' דוקא מוסר ממש קתני אבל מן הסתם רואין אותו שלא אמר אלא שלא להשביע עצמו ודינו כמערים מיהו י"ל דה"ד דמעשר ב' אבל הטור שכ' דין זה בהקדש אפ' דס"ל כמ"ש ועי' מה שאכתוב עוד בזה לקמן דין טו"ב:
י"ז כתב ה' פני משה ח"א סי' ח' דלא שייך שלא להשביע אלא כשמודה לאדם שיודיע האמת אבל אם אמר ליורשי' חייב אני לאביכם מנה הוי הודאה כיון שהיורשי' אינם יודעי' השומעי' הודאתו יחשבו שהוא אמת עש"ב וכ' ה' בני חיי סי' ל"ב דמה שהק' המורה מדברי בעה"ת שער מ"ב ח"ו והטור בסס"י זה גבי מתעסק ע"ש לע"ד י"ל דטענת השטאה שאני כיון שהיא ע"י תביעה כן דרך להשטות לחבירו ואינו חושש לשמא יסבור האמת כן ויתבענו דהא בלא"ה כבר תבעו אבל בטענת שלא להשביע דמעצמו הוא מודה

חושש להודות למי שאינו יודע האמת שיתבענו ע"ש וכ"מ מדברי ה' פני משה שם שתי' תשו' הרא"ש דל"ש שלא להשביע וכו' בהודאה כיון שהודה ליורש וגם טענת השטאה לא שייכא דהודאתו לא היתה ע"י תביעה היפך מ"ש מרן הב"י בסי' ע"ה ע"ש משמע דאם הודה ע"י תביעה אפילו ליורש שייך טענת השטאה ומה שהק' ה' מבריית' דפ' ז"ב הרי שראו את אביהם שהטמין מעות וכו' ע"ש י"ל שאני התם שהיה מטמון וכשרא' בניו רואי' אותו נתירא מהם ואמר כן דאיכא הוכחה דשלא להשביע א"ע אמר כן כמו שאכתוב לקמן בדין טו"ב להרדב"ז דס"ל דבהקדש לא שייך טענת השבעה דה"ד מן הסתם אבל הכא דאיכא הוכחה שהיה מטמין וכו' אפי' גבי הקדש אמרי' שלא להשבי' וכה"ג כ' ה' מח"א בה' זכיה סי א' עש"ב:

י"ח כתב הרא"ש בתשו' ופסקו מרן בסי' ס' ס"ט שטר שהיה כתוב על שם ראובן וכתו' בסופו אלו המעות הם מחכירות הקהל וטוען ראובן דכיון שכתובי' על שמו שלו הם וכו' והקהל מכחישי' אותו הדין עם הקהל וכ' הלבוש הטעם דאינו יכול לטעון טענת השבעה משום שאין דרך היחיד לתלות מעותיו בקהל ע"ש ועוד נראה לכאו' דהרא"ש ס"ל דלא שייך טענת השבעה אלא מודה על חוב שחייב לפ' אבל במודה בדבר מסויי' שהוא של פ' לא וכ"מ להמביט ח"א סי' רס"ט שכ' דבפקדון לא שייך טענת השטאה ולא השבעה דהודאת פקדון הוי הילך דברשות מריה קאי עיי"ש וכן תי' מהרשד"ם סי' קמ"ב קושית מרן הב"י סי' ע"ה על תשו' הרא"ש כלל צ"ט דס"ל הכי דבפקדון ל"ש טענת השטאה ולא טענת השבעה אלא שכ' דלא ראה שום פוסק דמחלק כן ע"ש וכבר תמה עליו הכנה"ג בסי' ל"ב אות ט' מדברי רשב"ם והנ"י והמרדכי בפ' מ"ש ע"ש ועי' בתשו' (עכ"מ):

י"ט בין שהיה ש"מ וכו' המ"מ ס"ל כדעת הרמב"ם דבריא שהודה דרך הודאה מהני לענין שאינו יכול לטענן משטה אבל יכול שלא להשביע את עצמי אבל ש"מ שהודה דרך הודאה כיון דבלא"ה אין אדם משטה בשעת מיתה מהני הודאתו לטענת השבעה וההיא דראו את אביהם שהטמין מעות ואמר של פ' הם אם כמוסר דבריו קיימי' לא מיירי אלא בש"מ דאלו בבריא לא מהניא דהוי כמוסר אלא לטענת השטאה ולא לטענת השבעה וכ"כ הלח"ם פ' יו"ד מה' זכייה ע"ש ומהרח"ש ח"א סי' י"ג נמשך אחר המ"מ בש"מ שהודה דההודאה מהניא וכ' וז"ל ועוד היה נר' לכאו' דלכ"ע הודאה גמורה היא מדתניא בפ' ז"ב וכו' אמנם יש לדחות דהתם שראו את אביהם שהטמין שהיה הדבר לבינו לא אמרי' שלא להשביע אלא בפני סהדי אחריני דלא אמרי' שרוצה שלא להחזיקוהו בעשיר מפני העין ומאי דאמרי' התם אם כמערים לא אמר כלום פירש"י שמתירא שלא יטלום בניו בחייו או שלא יחזיקוהו בניו כעשיר להוסיף על יציאותיו עכ"ל ונר' דס"ל דדוקא

בפני אחרים אמרי' שלא להשביע א"ע שלא יחזיקוהו כעשיר מפני העין אבל בפני בניו לבד לא שייך אלא שלא יחזיקוהו כמעשר להוסיף על יציאותיו וה"ד בבריא אבל ש"מ שהודה בפני בניו אפי' שלא כדרך הודאה לא שייך טענת השבעה ובריית דראו את אביהם וכו' מיירי בבריא דחושש לבניו שהוסיפו על יציאותיו ואם כמוסר דבריו קיימין משום דלא שייך טענת השבעה עם בניו לבד כ'

בין שהיה ש"מ דאמרי' אדם עשוי שלא להשביע את בניו שלא יחזיקו אותו עשיר והניח לבניו ובבת' דנ"ח אמרי' ההוא דאמ' חביתא דעפרא לחד בהאי וכו' כ' ה' ח"א כי רשב"ם שאמ' כן שלא יבינו הכל שהוא עשיר וכולי וק"ק למ"ד בסנהדרין דאין אדם שלא להשביע בשעת מיתה וכו' וי"ל שעשה כן שאם יעמוד חוזר בכל צוואתו כדין ש"מ ולא ידעו כל הבנים וכו' ועדיין ק' בההוא דאמר פו"פ מסקי בי זוזי:

כ"א דין טו"ב הגה ודוקא כת"י שביד חבירו וכו' כן דעת רוב האחרונים כמ"ש הכנה"ג בסימן ס"ה הגה"ט אות ל"ח ע"ש ומשמע דל"ד ביד חבירו שחייב לו אלא כל שיצא מתחת ידו ומסרו לאחרים ל"ש טענת השבעה וכ"כ מהרשד"ם חי"ד סימן פ' הטעם דלא יצא מתחת ידו גרע לפי שבידו לשורפו ולאבדו וכ"כ בחא"ה סימן ק"ס ע"ש א"כ כל שיצא מתחת ידו דאין בידו לאבדו ואפי' לא יצא מתחת ידו אם הוחזק בב"ד שראוהו ל"ש טענת השבעה דהוחזק בב"ד אין בידו כמבואר בסי' מ"ז ע"ש בהש"ך א"כ כל שיצא מתחת דאין בידו לאבדו אפי' אינו ביד חבירו שחייב לו ל"ש טענת וכ"כ בהדיא מהרימ"ט ח"מ סי' קנ"ד ע"ש ודלא כנראה מדברי מהר"ש הלוי סימן כ"ב דל"ה ע"ג ע"ש ובסימן י"ט:

ומה שהוכיח הש"ך מתשו' הרא"ש ריש כלל ס"ה דאפילו בכתב שתחת ידו לא אמרי' שלא להשביע כבר כ' מהר"ש הלוי ומהרימ"ט שם דדוקא כשכת' ע"ג השטר שייך טענת השבעה כשצריך להוציא לגבותו אבל בפנקסו אין אדם רואהו אך מ"ש מהרימ"ט דאין סברא שרוצה להסתיר מבני ביתו דאין כל דבר נעלם מהם ק' דתניא בפ' ז"ב הרי שראו את אביהם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמ' של פ' הם וכו' אם כמערים לא אמר כלום ופירש"י שהוא מתירא שלא יטלום בחייו או שלא יחזיקוהו עשיר ע"ש אלמא אדם עשוי להסתיר מבניו גם מהר"ש הלוי בסי' י"ט כ' וז"ל ראיתי מי שר"ל דשאני התם שראו את אביהם שהטמין שהיה בינו לבין בניו ולא אמרי' טענת השבעה אלא בפני אחרים שרוצה שלא יחזיקוהו לעשיר ומ"ש כמערים פירש"י שלא יטלום בניו בחייו וכו' ולעד"ן כיון דמסיק תלמודא דבמוסר דבריו קיימי' אין לחלק ע"ש והתימא עליו שהרי רש"י סיים או שלא יחזיקוהו עשיר להוסיף על יציאותיו א"כ שייך טענת השבעה גם לבני ביתו ומרן בש"ע א"ח סי' קנ"ג סי"ט כ' יש מי שאומ' שאם נמצא אחר מיתת אדם כתב

כתו' שהקדיש כלים וכו' הוי הקדש והם דברי מהריק"ו וכ' ה' מג"א שם וצ"ע דילמא כ"כ שלא להשביע את עצמו כמ"ש בח"מ סי' פ"א וע"ש בהש"ך שכ' חי' בזה ע"ש ואפי' דס"ל למהריק"ו דדוקא שכ' ע"ג השטר שייך טענת השבעה כשצריך להוציא לגבות בו ולא בפנקסו דאין אדם רואהו כסברת מהרימ"ט ומהר"ש הלוי והוא מיירי כשנמצא כתב כתו' שאין אדם רואהו דל"ש טענת השבעה:

ועוד אפ' דס"ל כמו שכ' הרדב"ז בתשו' ח"א סי' קע"ג בא' שקנה בית ואמר שקנה אותה להקדש דל"ש טענת השטאה או שלא להשביע א"ע לגבי הקדש שירא הוא מן ההקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ע"ש והכנה"ג בסי' ל"ב הגה"ט אות כ"ז כתב דאשטמתי' הא דתניא בפ' ז"ב א"ל א' ראיתי את אביכם שהטמין מעות ואמר של מעשר ב' הם אם בבית לא אמר כלום הרי שראו את אביהם שהטמין מעות ואמר של מעשר שני הם אם כמערים לא אמר כלום וטעמא משום דאפ' דאמר כן כדי שלא להשביע את עצמו ע"ש ונראה דודאי מרישא ל"ק שהרי כ' הנ"י שם דאפי' כמוסר לא אמ' כלו' דמ"מ עד א' הוא וע"פ לא נוציא ממון מחזקתו עיי"ש ובסמ"ע סוף סי' רנ"ה ס"ק פ"ז א"ב אפילו ל"ש טענת השבעה לא אמר כלום אבל מסיפא ק' ואפ' דהתם שאני שהיה מטמין וכשראה את בניו רואין אותו נתיירא מהם וכה"ג כתב הרב מח"א בה' זכייה סס"י א' דשכ"מ שאמ' מעות אלו של פלו' הם דבריו קיימים והא דתניא בפר' זה בורר הרי שראו את אביהם וכו' אפילו נימא דמיירי בשכ"מ א"ל דשאני התם שהיה מטמין וכשראה את בניו רואין אותו נתיירא מהם ואמר כן עיין שם ואף שדבריו תמוהים בעיני דמדברי הרמב"ם בפ"י מה' זכייה דין ג' מוכח בהדיא דסבירא ליה דגם בשכ"מ בעינן הודאה גמורה ע"ש בהלח"מ ובש"ך בסימן זה סקל"ד ודעת מרן דאפי' בהודאה גמורה יכול לטעון טענת השבעה מ"מ שמעינן דאפילו בדבר דל"ש טענת השבעה שאני מטמין וכו' ובזה ניחא מה שכ' מהרימ"ט דאין סברא שרוצה להסתיר מבני ביתו וכו' דה"ד דלא תלינן מסתמא שאמר כן להסתיר מבני ביתו ושאני ההיא דהיה מטמין וכו' דמוכחא מלת' כן ועיין לה' כנה"ג שם אות ל"ו והרב קהלת יעקב דף קפ"ט ואם כן הכי נמי בהקדש אף על גב דבעלמא ל"ש טענת השבעה היה מטמין שאני ודלא מח"א עצמו הגהותיו דף ע"ג ע"ש אבל בבתר' ד' קע"ה ע"ב אמרינן שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלו' בידי אם אין בידו שטר מקויים אינו נאמן מהאי טעמ' דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו וכתב הרמ"ה בשם התוס' וז"ל והלא של הקדש הם ולא של בניו וי"ל דה"פ ה"נ גלי דעתיה דישאל עליו להחכם ויהיה שלו ואמר כן שלא להשביע את בניו עיין שם וה"נ נימא דאמר של הקדש הם כדי שלא להשביע את עצמו מה"ט דדעתו לישאל עליו להחכם ועי' להסמ"ע סימן

רנ"ה סקי"ב שכתב דשייך התם שלא להשביע עצמו אמר כן כדי שלא יאמרו היה בחייו והוא היה מתרושש וכן כתב הש"ך בסימן זה ס"ק ל' עיין שם אבל דברי הרמ"ה נראה דגם בהקדש שייך טענת השבעה ואם כן אפשר דגם מהריק"ו הכי סביר ל ודוק' בנ"ד שהיה בכתב שאין צריך להוציאו ואין אדם רואהו סבירא ליה דלא שייך טענת השבעה כמו שחי' מהרימ"ט ומהר"ש הלוי מיהו י"ל כיון דהקדש אינו ניתר בחרטה בעלמא אלא על ידי פתח כמ"ש הרב מח"א בה' צדקה סימן ח' ע"ש אם כן הכא ודאי לא אמר של הקדש הם שלא להשביע עצמו דלא מעייל נפשיה לספיקא דשמא לא ימצא פתח לנדרו ויפסיד בכך אבל אם הקדיש נכסיו ואח' כך אמר של פלו' הם שייך טענת השבעה שאמר כן על הס' אם ימצא פתח לנדרו ויהיו שלו ועוד נראה דלזכות ההקדש הוא דאמרינן התם דשמא בדעתו לישאל על הקדשו ואמר כן שלא להשביע בניו דודאי לא יזכו בהם בניו דשמא אין דעתו לישאל עליו ולדחות פ' שאמר שהם שלו הוא דאמרינן דשמא דעתו לישאל עליו ואמר כן שלא להשבי' בניו אבל הכא להפסיד ההקדש לא אמרינן דאמר שלהקדש הם שלא להשביע עצמו דמן הסתם ירא הוא מן ההקדש דשמא לא ימצא פתח לנדרו ומה שהק' הרב קהלת יעקב שם על הרדב"ז מדאמרי' בשבועות דף מ"ב ע"ב דבברי' אדם עושה קנוניא על ההקדש עיין שם נ"ל דוקא לזכות ההקדש הוא דאמרי' הכי דשמא זה אינו ירא מן ההקדש אבל להפסיד הקדש לא אמרי' דאמר של הקדש הם שלא להשביע את עצמו דמן הסתם ירא הוא מן ההקדש:

כ"ב דין כ"ג הגה מיהו בחשבון שכ' על פנקסו וכו' אפי' הפנסק יוצא מתחת יד שכנגדו יכול לומ' טעיתי ואם מסר הפנסק ביד חבירו בפני עדים בזה אינו יכול לטעון טעיתי דאי לאו שדקדק יפה בחשבון לא הה מוסר לו בפני עדים ומגו במקום אנן סהדי לא אמרי' ואם עשה החשבון בפני עדים ולא העידם עליו ולא מסר הפנקס בפניהם בזה אני אומר שאפי' בלא מגו נאמן לומ' שטעה דאיכא למימ' כיון דלא העידם עליו וליכא לא קנין ולא שעבוד ולא מסירה לא דייק וכ"נ מל' הר"ן בפ"ק דגיטין וכו' מדקאמר לא היה משעביד נפשיה משמע דוקא ע"י שעבוד כגון קניין או שהעידם עליו על החשבון או שמסר הפנקס בפניהם דהוי כעין שעבוד ממש אז דייק בחשבון ושוב אין נאמן לומ' טעיתי אבל בפני עדים בעלמא לא דייק כלל וכו' הרדב"ז בתשוב' ח"ב סי' רמ"ד ע"ש וכבר הוכיח כן מהרי"ק שורש ס"ה מדברי הר"ן דאפי' בפני עדים אם לא יש שעבוד נאמן לומ' טעיתי בלא מגו ומה שדחה הרדב"ז בל' הר"ן שכ' בס"ד אבל בדליכא עדים וכו' עדות וכגון שהעדים עליו או כגון שמסר הפנקס בפניהם שזה נק' עדות וכו' א"ץ דהר"ן בשעבוד עצמו במע"ג או קנו מידו קאמר דאם לא היו עדים בשעבוד זה לא דייק

וכ"כ מהרי"ק ומה שהוסיף הרדב"ז דבעינן שהעידם עליו וכו' אבל הרמב"ן בחי' שם כ' בשם הראב"ד וז"ל אבל אם יש עדים אעפ"י שלא א"ל אתם עדי אינו יכול לומ' משטה אני בכם וכו' ומסתברא ה"ה למודה אפי' בלא עדים דליכא טענת משטה אלא שיכול לומ' טעיתי בחשבון מגו דיכול לומ' להד"ם וכו'

כ"ג אבל לא יכול לומ' טעיתי בהודאתי ושלי הם וכו' הש"ך הוכיח דיכיל לומ' טעיתי במגו דפרעתי אפי' הודה בפני עדים ור"ח והרי"ף בפ"ק דגיטין מיירי בקנין דאינו יכול לטעון פרעתי וכ"נ ממ"ש הרי"ף דאלת"ה כל שטרי וכו' דמדמי ליה לשטר וכ"כ הרשב"א בחי' שם. עש"ב וכ"כ הרמב"ן בחי' שם דמיירי בדאיכא עדי' שלא פרע ולא כוונתו אלא לומ' שאינו נאמן בטענת הטעות מחמת עצמה אבל בטענת מגו נאמן ואפ' דס"ל דבקנין אינו יכול לטעון פרעתי ע"ש וכ"כ הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי רל"ח ע"ש אבל הראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ט ד' נ"ז ע"ב כ' דהמחאה בפני עדים כקנין דמי ודקדק כן מדברי הרי"ף דמדמי לה לשטר ומוכח שם בהדיא דבעי' תרתי בפני עדים והמחאה במע"ג כמו שהוכיח הש"ך מדברי שאר פוסקי' עש"ב ועי' בתשו' מהר"ש צרור פ' חוט המשולש סי' ל"ג:

כ"ד דין כ"ה ונשבע וכו' מהרשד"ם סימן ע"ד כ' באחד שנשבע לחבירו לשלם לו ואח"כ אמר עיינתי בחשבוני וטעיתי נאמן אם לא היתה השבו' בעדים או עבר הזמן דפירעון דאיכא מגו דפרעתי' כמבו' בסימן קכ"ו לענין מע"נ ותמה עליו הש"ך מדין זה דאינו נאמן כשיטעון שכחתי ונשבעתי ונזכרתי שאיני חייב לו ואולי סבר דכאן מיירי שהודה בעדים דליכא מגו אבל לא נהיר' וכו' ע"ש ול' בעה"ת סוף שער מ"ב ונשבע בכך לפני עדים וכן כתב הטור עיי"ש ואם כן ליכא מגו דלא היו דברים מעולם וכבר הוכחתי בסימן ע"ח גבי חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן דאפילו נשבע לפרוע לחבירו לזמן פלו' וטען שפרע תוך זמן אפילו נגד השבו' ואפילו הכי קיימא לן דנאמן לומר פרעתיך בתוך זמן במגו וכל שכן חזקה זו דאין אדם נשבע על השקר דאמרינן מגו והכא מיירי בנשבע בפני עדים ותבעו מיד אחר שנשבע או בתוך זמן דליכא מגו דפרעתיך וכן מוכח ממ"ש בעה"ת שם אבל כיון שאמר דבר זה בשבועה כאלו נטל לאותם עדים קנין על כך וכו' ע"ש ואם המחהו בפני עדים או שקנו מידו בפני עדים וחזר ואמר טעיתי אינו נאמן וה"נ אחר זמנו נאמן במגו דפרעתיך וכן כתב הרב דבר משה חלק ב' סימן יו"ד עיין שם:

כ"ה הגה ותקיעת כף הוי כשבועה וכו' עיין בי"ד סימן רל"ט ס"ב דה"ד כשהיה דרך שבו' אבל שהיה כדרך הסוחרים שתוקעים כפם זה לזה לקיי' המקח אין לו דין שבו' כלל ועיין בתשובות שבות יעקב ח"ג סימן קנ"ב: כ"ו דין כ"ט המודה לחבירו בפני עדים

וכו' מהר"י באסן בתשו' מהר"ש הלוי סימן מ"ג כתב אפשר דה"ה בפני עדים אבל שלא בפני עדים יכו' לטעון טענת השטאה ומהר"ש הלוי ממאן בזה ולענ"ד נר' קצת כמהר"י באסן דכל שלא היה בפני עדים נאמן במגו דלא היו דברים מעולם הכנה"ג בסימן ל"ב הגב"י אות ה' ע"ש ונראה דאם מלוה בשטר תלוי במחלוקת שכתבו התוס' בבתרא דף ל"ב בד"ה הילכתא וכו' דבשטר אמרי' מגו להוציא מההיא דסטראי דאם לו נתן לו בפני עדי' נאמן במגו דלא היו דברים מעולם וכן כתב בעה"ת שכ"א ח"ג ע"ש וה"נ נאמן לומר משטה במגו דלא היו דברים מעולם ומהר"ם בתשו' הקצרות סימן מ"ו כ' וז"ל ומתוך דבריך בינותי דסבירא ליה למר דהיכא דטעין משטה אני בך דנאמן בלא שבו' ואינו כן וכו' וטעמא רבה איכא דבכל טענות גרועות לא מהימ' להו אלא במגו כההיא דפרק הכותב מגו דיכול לומר סטראי נינהו וכו' עיין שם הרי דמדמה לטענת סטראי ואם כן כמו דנאמן בטענת סטראי במגו דלהד"מ אפילו להוציא ה"נ בטענת משטה נאמן במגו דלהד"מ אבל הרמב"ן בחי' בפרק ח"ה כת' דמגו להוציא לא אמרינן וההיא דסטראי נאמן לומר על מה שהוא תפוס סטראי נינהו ואין נאמנותו על מנה שבשט' אלא על מה שפרע לו שהוא אומר שטראי נינהו ואע"ג דממילא דמהני ליה מגו לגבות מה שבשטר עכ"ל הרי דס"ל דאפילו בשטר לא אמרינן מגו להוציא ודוקא גבי שטראי נאמן על מה שתפוס וכ"כ הרא"ש בפ' שבו' הדייני' בשם מהר"י ן' מיגש וז"ל ויכול לומר שטראי נינהו במגו דא"ב אמר במתנה כדאמרינן בפרק שבועת העדות וכו' וכ"ת דל"ד התם נאמן במגו להחזיק במה שבידו אבל הכא מגו להוציא הוא כי דייקת שפיר לאו להוציא הוא דהני סהדי לאו אגופא דשטר' קא מסהדי דפריע' הוא וכו' הילכך השט' במקומו עומד לגבות אבל המעו' נאמן במגו להחזי' במעו' שבידו וכו' ע"ש וא"כ הכא דמודה על החוב שבשט' אינו נאמן בטענ' השטא' במגו דלא היו דברים מעולם להוציא ממון וכה"ג כ' ה' פ"מ ח"א סימן ח"ן ע"ש:

ושו"ר לה' תורת חסד סי' ק"מ בא' שרצה לטרוף מהלוקח בשטר שבידו וטען הלוקח שהוא הודה שהוא פרוע והמלוה טוען משטה וכו' שכ' דלא שייך טענת השטאה שהרי כ' הטור דאם התובע תופס ממון הנתבע בשעת הודאתו אינו יכול לטעון טענת השטאה שהתפיסה עושה להודאתו הודאה גמורה וא"כ ש"ש שהלוקח מוחזק שלא יכול לטעון טענת השטאה להוציא מידו ול"מ אם יש עדים על הודאתו אלא אפי' דליכא עדים שהיה נר' לומר שהוא נאמן במגו דלהד"מ אפ"ה אין להאמינו דהוי מגו להוציא דאע"ג דבשטר אמרי' מגו להוציא הרי יש חולקי' וס"ל דלא אמרי מגו להוציא ויכול המוחזק לומר קים ליה ע"ש ולא זכר מ"ש בעה"ת והטור סל"ב המודה לחבירו בפ"ע קבלתי ממך כו"כ שיש

לי עליך וכו' ל"ש מלוה בשטר וכולי אין כאן לא השטאה ולא השבעה וכולי וכ' הב"ח דאע"ג דגדולה מזו כ' דאם התובע תופס ממון הנתבע ליכא השטאה הכא אשמועי' אפי' בשטר נמי אצ"ל אתם עדי ע"ש הרי מבואר דאפי' בשטר אם הודה התובע ל"ש טענת השטא' והתובע שתופס אין ראיה ומ"מ דעת מהר"י באסן והכנה"ג וה' תורת חסד דלמאי דקי"ל דאמרי' מגו להוציא בשטר ה"נ נאמן בטענת השטאה במגו דלהד"מ אם במלוה בשטר אבל אם היא במלוה ע"פ לא אמרי' מגו להוציא מיהו כבר כ' הש"ך סק"ח דכל דהוי הודאה אפי' ליכא עדים והוא מודה שהודה אינו נאמן במגו ע"ש: כ"ז ה"ה למוחל וכו' כ' מהר"ש הלוי סי' מ"ג דלא טענת השטאה אלא במוחל חוב או אבל במוחל זכות או שעבוד שיש לו על חבירו יכול לטעון טענת השטאה וצ"ל אתם עדי וכו' וכ' הכנה"ג בסי' ל"ב הגב"י אות ו' דמ"ש מהר"ש הלוי או פקדון הוא שלא בדקדוק דבמחילת פקדון בלא טענת השטאה יכול לחזור דהמוחל פקדון שיש לו ביד חבירו צריך קנין כמ"ש הרא"ש וכו' ע"ש ולא זכר דגם הרמב"ם פ"א מה' מכירה כ' כלשון הזה או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו וכו' ונר' דמיירי בפקדון מעות שאינם צרורים דיכול להשתמש בהם דהוו כמו חוב כמ"ש הש"ך סי' ע"ג ס"ק נ"ה דדוקא במעות פקדון צרורים שאינו יכול להשתמש בהם ל"ש מחילה אבל מעות שיכול להשתמש דהוו כמו הלואה דשייך לשון מחולה וכ"כ הט"ז שם ומהרשד"ם סי' שצ"ו נדחק דמיירי בפקדון שנשרף ונאבד ע"ש וא"כ לק"מ על מהר"ש הלוי שכ' כלשון הרמב"ם ומ"ש הכנה"ג דצריך קנין כמ"ש הרא"ש לא דק דמדברי הרא"ש משמע דאפי' בקנין ל"ש לשון מחילה כמ"ש הפרישה שם ומהרשד"ם סי' רמ"ח ע"ש מיהו יש פוסקים דס"ל דמהני קנין כמ"ש בסימן כ"ה המ"ה עש"ב:

כ"ח דין ל ולבסוף טען שלא היה שם ריוח וכו' עי' בס' זקן אהרן סי' תכ"ד:

כ"ט א"נ מודה ליה וכו' כ' הפרישה וז"ל וא"ל דנהמני' במגו דא"ב לא הודה משום דהוי מגו במקו' דחזקה היא כיון דא"ל כן דבודאי היה ריוח ועוד הוי מגו דהעזה דאינו יכול לכפור ולהעיז כנגדו מה שהודה לו וכו' ע"ש ונר' דמגו דהעזה אמרי' ונאמן בשבועה כמו שהוכיח בסי' פ"ב אלא משום דהוי מגו במקום חזקה אע"ג דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע שאם אין עדים על קביעות הזמן נאמן לומר פרעתי' במגו דלהד"מ כמבואר בסי' ע"ח י"ל דחזקה זו אלימתא היא ובמקום חזקה אלימתא לא אמרי' מגו וכה"ג כ' הנ"י ופסקו מור"ם בסי' שפ"ב דהמזיק ממון חבירו אינו נאמן לומר אתה אמרת לי אע"ג דאיכא מגו דהוי מגו במקום חזקה וכו':

וכתב הכנה"ג שם דלא אמרי' מגו במקום חזקה אלימתא דהוי כעדים ע"ש אבל י"ל דה"ד בטוענ' ברי' וברי' אבל בברי' ושמא נאמן זה שטוען ברי' נגד החזקה במגו דהא קי"ל מגו להוציא לא אמרי' ה"ד בברי' וברי' אבל בברי' ושמא אמרי' וזה שטוען ברי' נאמן במגו אפי' להוציא כמ"ש הר"ש והגמרא ריש ב"מ ע"ש וה"נ אמרי' מגו במקום חזקה בברי' ושמא דהא בעיא היא בברי' וברי' א"כ ודאי דבבריא ושמא אמרי' וכן ראיתי לה' מקור ברוך סי' נ"ז הביאו הכנה"ג אות דמגו במקום חזקה בבריא ושמא ודאי דבריא עדיף ע"ש:

ל' כתב הר"ב בספר א"ז למציעא בפ' א"נ דס"ח ע"ב גבי בני רב עילש וכו' וז"ל קשה לי להראב"ד מאי אהני לרב עילש משום דהוא גברא רבא א"נ הוא איניש אחרינא לא גבי פלגא באגר כיון דאית ליה פלגא בהפסד ומוקי לה כגון דיהיב ליה מנה פלגא באגר ובהפסד ואפסיד מעיקרא ושקיל מריה עיסק' פלגא בהפסד ובתר הכי רווח ויהיב ליה פלגא רווחא ואתא עובדא קמיה דרבא דתבע מריה עיסקא קרנא מיתמי ואמ' אלו הוה איניש אחרינא אמינא פלגא רווחא יהיב ליה וכיון דשקל לא מפקינן מניה ולא מסלקי' ליה מקרנא דשטריה בלא זוזי דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא אלא כיון דגברא רבא הוא ע"כ הכי כתיב בשטרא תרי תילתי באגר הילכך מאי דשקל פלגא ברווחא תילתא דממונא הוי רווחא ואינך קרנא הוא דשקל והך סברא לא מרווחא גבן דאי מאי דיהיב ליה רווחא בסתם יהיב ליה א"נ לאו גברא רבא הוא מצי אמר מאי דיהבי לך קרנא הוא ורווחא לא יהבי לך מיניה כלום וגבי מיניה בדיניה ולאפלגא וליכא סלוקי בלא זוזי כיון דמצי למימר הכי טוענ' ליורש כד"מ וכ"ש במקום איסור ואי לשם רווחא יהיב ליה באפי סהדי אף ר"ע דגברא רבה הוא פלגא באגר ופלגא בהפסד שקל ושבקיה לחסידותיה דהא איכא סהדי וכו' עיין שם ותמהני דהתם כיון שיש שטר על הקרן אינו יפול לומר לא נתתי לך לשם ריוח כמבואר בס' ל"א וה"נ מכי שקל לא מפקי' מיניה ולא מסלקינן ליה מקרנא דשטרא בלא זוזי אבל ר"ע כיון דג"ר הוא ע"כ מאי דשקל פלג' קרנ' הוא דשקל אבל הם הם יש עדים שנתן לי לשם ריוח מודה הראב"ד בשטר כמ"ש הש"ך בס"ק ע"ז ואם כן אפילו ג"ר ודאי שבקיה לחסידותיה:

סימן פב

א' דין א' מלוה שהוציא שטר שאינו מקויים וכו' וה"ה אם השטר מקויים ואין אדם מכיר חתימת העדים ולא חתימת הדיינים ואמ' המלוה פרעתי נאמן במגו דמזויף הרשב"א

בתשו' המיוחסות סי' נ"ג ע"ש ועי' בתשו' הרשב"ץ ח"ב סי' כ"ב שהסכי' בקיום ב"ד דצריך קיום ואפי' בב"ד קבוע חיישי' לזיוף ע"ש:

ב' אלא שטוען פרעתי נאמן במגו דאי בעי אמ' מזוייף הוא כ"כ הרמב"ם והטור ומרן סי' מ"ו טעם זה וכ"כ בעה"ת שער י"ז ע"ש וכ' ה' גד"ת נר' דס"ל אע"ג דאיכא חזקה דלא פרע ומניח השטר ביד המלוה מ"מ מגו מהני אפילו במקום חזקה ע"ש ובפ' המוכר את הבית מ"ל המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי לך מי אמרי' מגו דאב"א נאנסו או"ד א"ל שטרך בידי מ"ב וכ' התוס' אפי' למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לוה לומר דפרוע הוא ולא אמרי' שטרך בידי מ"ב התם דזמנין דספרא זייר ליה וכו' ע"ש עוד בתוספות והרמב"ן שם כ' דשאני התם דכל אימת דלא מקיים לאו שטר הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' וכה"ג כתבו התוספות במתני' דהעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסי' היינו וא"ת למה נאמני' והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכו' וי"ל כיון שהצריכו חכמי' קיום הכא לא חשיב כלל קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאנהו גופיהו אמרו תכ"ד קטנים או אנוסי' היינו אבל לקמן חשבי' להו כב' עדים כיון שכבר מקויים וכו' ובד"ה אין נאמני' וכו' כ' הכא ל"ל ליהמניה במגו דאי בעי אמרי פרוע דכיון דמקויים הוי כמגו במקום עדים ע"ש הרי במקויים אין העדים נאמני' במגו דהוי כמגו במקום עדים אבל כשאינו מקויים אע"ג דאנן סהדי שלא היו אנוסי' נאמני' משום הפה שאסר וכו' אבל כשאין מקויים לא חשיב שטר ואמרי' הפה שאסר וכו' וכ"כ התוס' בקמא ד' ע"ב בד"ה אין לך וכו' ע"ש וא"כ כ"ש דאמרי' הפה שאסר וכו' במקום חזקה דשטרך בידי מ"ב וה' גד"ת תמה על התוס' שכ' למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דאין במגו מה"ט דשטרך בידי מ"ב דמה יענו לר"מ בעדים שאמרו אנוסי' היינו וכו' דלא שייך ה"ט ע"ש וליתא דר"מ ס"ל דלא אמרי' הפה שאסר וכו' כמו שאמר רב הונא דלא אמרי' הפה שאסר לפסול השטר בלוה מכח דשטרך בידי מ"ב וה"נ סבר ר"מ בעדים דלא אמרי' הפה שאסר במקום עדים דאנן סהדי שלא היו אנוסי' וכו':

ג' מודה שכ' אלא שטוען פרעתי וכו' ואם הודה הלוה שלא פרעו כ' התוס' בשבת ד' ע"ח בד"ה ת"ק וכו' וז"ל וא"ת כי לא פרע נמי אמאי חייב מה תועלת יש בשטר כיון שאינו יכול לקיימו שאם יטעון הלוקח מזוייף או פרעתי יפטר ואם יודה אינו מכח השטר וכו' א"נ לטרוף ממשעבדי אם יודה הלוה שאינו מזוף עכ"ל וכ' מהר"ם מלובלין שם תימא דבשביל הודאתו של לוה יטרוף המלוה ממשעבדי בשטר שאינו מקויים ע"ש וכבר כ' המבי"ט ח"ב סי' ח' כיון דעדים החותמי' על השטר כמי שנחקרה עדותם בב"ד דמי וגובי' בו מדאורי' לא תיקנו חכמים קיום אלא לזה שטוען ודאי מזוייף אבל כשהלוה

מודה בשטר שכ' ואינו פרוע השטר בחזקתו וטורף בו מלקוחו' ע"ש וזה דעת התוס' וכ"כ עוד התוס' במציעא ד' ע"ב בד"ה אמר אביי וכו' עש"ב אבל הריטב"א בחי' למציעא שם כ' וז"ל ואין פי' זה נכון דהא ודאי את"ל שיכול לומר פרעתי פשיטא שאינו גובה מנכסים משועבדים דקי"ל טוענ' ללוקח ואין הודאתו של זה כלום במקום שחב לאחרים וכה"ג כ' הריטב"א בפ' האשה שנתארמלה גבי כותב אדם עדותו בשטר וכו' דאפי' בקנין והלוה מודה שלא פרע אין להם לכתוב שמא עשו קנוניא על הלקוחו' אא"כ דגובה מזמן הודאתו של עכשיו ע"ש ושוב ראיתי לה' פני יהושוע בחי' שם תמה על מהר"ם דגמרא ערוכה בפ' א"נ אמר רב אשי מודה בשטר שכ' א"ץ לקיימו וגובה מנכסי' משועבדים ואף שי"ל מסברא דדוקא למ"ד א"ץ לקיימו דאינו נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף משום דזיוף לא שכיח גובה מנכסים משועבדים מה"ט אבל למ"ד צריך לקיימו דלא"כ נאמן לומ' פרעתי במגו דמזייף אפ' דלא מהני הודאת הלוה לגבות ממשעבדי דחיישי' לזיוף ולקנוניא מ"מ אין תימא על התוס' דס"ל דלכ"ע מהניא הודאת הלוה לגבות ממשעבדי ולא חיישי' לזיוף ולקנוניא וכ"ש דלא איתרע עש"ב ומ"ש דלמ"ד דא"ץ לקיימו דאינו נאמן לומ' פרעתי במגו דמזוייף משום דזיוף לא שכיח ליתא דהרי התוס' בכתובו' די"ט כ' טעמא דמ"ד א"ץ לקיימו ואינו נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף משום דירא לומר מזייף פן יכחישוהו העדים או משום דקיום שטרות דרבנן דמדאירי' עדים התתומי' על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד ולא הצריכו קיום מדרבנן אלא כשטען מזוייף ע"ש ונר' משום דק"ל דטוענ' ליורשי' וללקוחות מזוייף כמו שהוכיחו התוס' בריש גיטין ובפ"ק דמציעא ובפ' מי שהיה נשוי ע"ש:

ד' שטר מקויים שהוציא הלוה עליו שובר ולא נתקיים השובר נר' דאם המלוה טוען ברי' פשיטא דאם הלוה לא קיים שוברו חייב לשלם כמ"ש הרמב"ם בפי"ז מה' מלוה וז"ל טען לוי שהיה ראובן עני והטעהו ושמעון אומר עשיר הוה והעני נ"ל שעל שמעון להביא ראיה לא יהיה אלא שאבד בידו א"ל קיים שוברך והפטר ומיירי בחוב בשט' והמלוה והלוה טוענים ברי' כמ"ש ה' מש"ל שם אלמא אם לא קיים השובר חייב:

ה' והלוה מודה שכתבו אלא שטוען פרעתי נאמן במגו דא"ב אמר מזייף הוא כ"כ הרמב"ם והטור ומרן בסי' מ"ו טעם זה וכ"כ בעה"ת שער י"ז ובסי' מ"ו סק"ב כתבתי על דברי התוס' בריש גיטין ד"ה ואם וכו' דנ"מ אם תפס המלוה דאין הלוה נאמן לו' פרעתי אבל אם טען מזייף אפי' תפס המלוה אם לא קיים שטרו מוציאי' מידו אבל אין טוענ' ליתומים וללקוחות מזייף וא"כ אע"ג דטוענים להם פרוע במגו דמזייף אם תפס המלוה אין מוציאי' מידו ע"ש ולא מסתבר דאי אמרי' דאם טען מזייף אפי' תפס המלוה

מוציאין מידו ה"נ אפי' מודה שכתבו אלא שטוען פרעתי כיון דנאמן במגו דמזייף אפי' תפס המלוה מוציאין מידו כמו בטענ' המגו דמזייף והתוס' בכתובו' ד' כ"ח כ' וז"ל קיום שטרות דרבנן תימא כיון דמדאורי' אפי' אין העדים שיבינו חתימת עדי השטר כשר א"כ כל אדם יזייף ויכתוב ויחתום מה שירצה ויגבה ממנו והכא אור"י דא"ל כגון שלוה מודה שכתבו וטוען שהוא פרוע וקסבר האי תנא דמודה בשט' שכתבו צריך לקיימו והאי קיום הוי מדרבנן וכו' עכ"ל וא"כ א"ל אם טען הלוה מזייף דצריך קיום מדאורייתא אפי' תפס המלוה מוציאין מידו אבל אם מודה שכ' אלא שטוען פרעתי כיון דקיום זה אינו אלא מדרבנן אם תפס המלוה אין מוציאין מידו מיהו התוס' בס"ד כ' בריש גיטין מוכח דאפי' היכא דאין מכירים החתימה כלל הוי מדאורי' כמי שנחקרה עדותם בב"ד א"כ אפי' טוען מזייף א"ץ קיום מדאורי' דהתם בבעל המערער מיירי ואי אמרינן אפי' תפס המלוה מוציאי' מידו ה"ה בטוען פרעתי כיון דנאמן מכח המגו דמזייף דינו כטען מזייף והתוס' בכתו' ד' י"ט בד"ה מודה וכו' כ' וא"ת מ"ט לא מהימן במגו דמזייף וי"ל דשמא ירא לומ' מזייף, פן יכחישוהו וליכא מגו וכו' וכ' הכנה"ג דלמ"ד נאמן לא מטעם מגו דמזייף דלאו מגו הוא שירא פן יכחישוהו דל"ל דר"ן חולק בזה אלא דס"ל דכמו דבמלוה ע"פ נאמן לומ' פרעתי, בלא מגו ה"ה בשטר שאינו מזייף נאמן לומ' פרעתי בלא מגו דמלוה ע"פ היא ועדים החותמי' שלא מדעת וכו' ע"ש ולפ"ז אפ' לחלק בין טען פרעתי לטוען מזייף דאם מודה שכתבו אלא שטען פרעתי א"כ אם תפס המלוה אין מוציאי' מידו אבל אם טען מזייף א"ל אין תפיסתו כלום אבל בסי' ס"ג בשטר שבאו ב' ואמרו ששאל מהם לזייף לו שטר דאין גובים בו לעולם וכ' הסמ"ע נר' דכ' לעולם לומ' דאפי' תפס אח"ך מהלוה חוזרין ומוציאי' מידו ומה"ט אין מניחים השטר ביד המלוה משא"כ בסי' נ"ח בדין שטראי ובסי' מ"ו בדין אם באו ב' ואמרו שהעדים פסולים היו דאע"ג דאמרי' אין גובי' בו ולא קורעים אותו מ"מ מניחים אותו בידו כיון דמהני בו תפיסה וכו' ע"ש בס"ק ח' ונר' דדוקא התם דהוי בחזקתו מזייף לא מהני תפיסה אבל שטר שלא נתקיים וטוען הלוה מזויף מהני תפיסה ומניחי' השטר ביד המלוה והתוס' בשבת ד' ע"ח בד"ה ת"ק וכו' כ' וז"ל ומשפרעו אמאי פטור המוציא נהי דלא חזי לגבות חובו הא ראוי הוא לצור ע"פ צלוחיתו ואע"ג דאסור להשהות שטר פרוע הכא היאך נוציאנו מידו כיון שהוא עומד וצווח שאינו פרוע וי"ל דמיירי כגון שאמר אין לי עדים ואין לי ראיה ולא אמצא קיום דאפי' מצא קיום אינו מועיל לכך אסור להשהותו שמא לבסוף יקיימנו ויגבה בו שלא כדין ואי לא טעני' ללקוחו' וליתומים מזייף הוא א"ש אך פי' בב"ק וב"מ ובגיטין דטעני' ללקוחו' וליתומי' פרוע ומזייף וכו' עכ"ל וא"כ למאי דקי"ל דטוענ' ליתומי'

וללקוחות מזוייף מדכ' מר"ן בא"ה סי' קמ"א שליח המביא גט במקום שאצ"ל בפ"נ ובפ"נ נותנו לה וכו' וגובה כתובתה מב"ח משמע דמלקוחו' ומיורשי' אינה גובה משום דטוענ' להם מזוייף ע"ש בב"ש ס"ק ס"ח ואע"ג דקי"ל דאין טוענ' ליתומי' וללקוחו' טענה דלא שכיחא כמו שפסק מרן בסי' ס"ה אם טענו היורשי' על שטר שמוציאי' ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה וכו' לקחו במשכון טענתם וענה אבל אנן לא טענ' ליתומי' וכ' הסמ"ע משום דלא שכיח ליקח משכון בזה דאין גופו ממון וכל טענה דלא שכיחא לא טענ' להו ע"ש בהש"ך ס"ק י"ו צ"ל דטענת מזוייף שכיחא היא וגם למ"ד דאין טוענ' ליתומי' וללקוחו' מזוייף דלא שכיחא מ"מ טענ' להם פרוע במגו דמזוייף כמו שהוכיחו התוס' בריש גיטין משטר כיס דאין טוענ' להם נאנסו ואפ"ה טוענ' להם החזרתי במגו דנאנסו כיון שאביהם היה נאמן לטעון כן עש"ב וא"כ במודה בשטר שכ' אלא שטען פרעתי כיון שהמלוה עומד וצווח שאינו פרוע אין מוציאי' השטר מידו דאם לא יקיימנו לא יגבה אף מהיתומי' ולקוחו' דטוענ' להם פרוע במגו דמזייף ואם יקיימנו יגבה בו כדין וה"נ אם תפס המלוה ממון הלוה הוי תפיסה אבל אם אמר און לי עדים ואין לי ראיה ולא אמצא עדים לקיימו דאפי' מצא אח"ך אינו מועיל אסור להשהותו שמא לבסוף יקיימנו ויגבה בו שלא כדין וא"כ בין אם טען הלוה מזוייף או טען פרוע דנאמן במגו דמזוייף אם תפס המלוה ממנו מוציאין מידו וה' כנה"ג ח"ב הגב"י כ' דיש פוסקי' כמ"ד מודה בשטר שכ' שא"צ לקיימו והב"ח ומהרש"ח כ' דסברא דחויה ואע"ג דבפלוגת' הלוה שהוא המוחזק יכול לומ' קים לי מ"מ נ"מ היכא דתפס בעל השטר ע"ש משמע דלמ"ד צריך לקיימי אפי' תפס בעל השטר מוציאי' מידו וליתא כמ"ש:

ו' והלוה מודה שכ' אלא שטוען פרעתי נאמן כמ"ש הטור ומרן כ' הטעם הואיל ואם רצה לומ' להד"ם והרי מפיו נתקיים וכו' וכ"כ הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה דין ו' ובעה"ת ריש שער י"ז ע"ש וכ' ה' פני יהושוע בחי' בפ' האשה שנתארמלה ונר' לכאו' דאם נתקיימה חתימת עד א' אין הלוה נאמן לומ' פרעתי מגו דמזוייף משום דצריך לישבע להכחיש את העד ולא אמרי' מגו במקום עד א' ע"ש ובסי' מ"ו סק"ה כתבתי דבזה ניחא דמ"ש התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' אבל בממון טענ' להו מזוייף לנפרע שלא בפניו ומיתומי' ומלקוחו' דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפי' לא טענ' להו מזוייף טענ' להו פרוע כיון שהוא עצמו אומ' פרוע מגו דא"ב אמר מזוייף וכו' דנ"מ אם נתקיימת חתימת ע"א דאין האב עצמו נאמן לומר שהוא פרוע במגו דמזויף כיון שהיה צריך לישבע להכחיש את העד אלא דאם טען מזוויף והכחיש העד היה נאמן בשבוע' אבל היורשים דאין טוענ' להם מזוייף וחייבי'

לשלם מיהו לכאו' בלא"ה אין טוענין אותה ליתומים וללקוחו' כמ"ש מהרימ"ט ח"א סי' נ"ו באומ' אל תפרעני אלא בפני עדים וכו' דאין טוענין ליורשי' שמא פרעו אביהם בפני עדים והלכו להם למ"ה דמלת' דלא שכיחא היא ועדיפא מינה כ' הרא"ש הטעם דאינו נאמן כשהוא אומ' פרעתי' ביני לביניך במגו דא"ב אמר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה דאין זה מגו טוב שיאמרו העולם שהדבר שקר ולכך הרחיק עדיו וא"כ ק"ו אם נאנסו דלענין מגו מהני לגבי יורשי' לא טענין' להו כגון זו דאף לענין מגו לא מהני כ"ש דלא טענין' ליורשי' ע"ש וה"נ כיון דלא מהני מגו דלהד"מ דלא חציף להעיז ולישבע נגד ע"א כ"ש דלא טענין' לה ליורשי' ומ"מ אם נתקיים חתימת ע"א אין הלוה נאמן לומר פרעתי דלא אמרי' מגו מטענה שהעד מכחישו ומחייבו שבוע' והתוס' בבתרא דל"ד בד"ה גבי נסכא דר"א כ' וא"ת וליהמניה בשבוע' במאי דאמר דידי חטפי במגו דאב"א לא חטפי וכו' ואור"י דודאי אם לא היה העד מחייבו שבוע' הוה נאמן במגו וכו' אבל השתא דמחייבו שבוע' לא נאמן ע"י מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו אבל ק' וכו' לכ"נ כמ"ש ריב"ם דודאי הוי מגו ור"א סבר אע"ג דאיכא מגו כיון דאיכא עד המחייבו שבוע' כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר עכ"ל ונר' שזה תלוי במחלוקת שפסקו הרמב"ם ומר"ן סי' נ"א בשטר בעד א' דאם טען לא לויתי נשבע להכחיש את העד ונפטר אבל אם טען פרעתי הרי זה מ"ש ואין יכול לישבע ומשלם וכ' הרשב"א במיוחסות סי' צ' והריב"ש בסי' שצ"ב דס"ל כיון שאם היו ב' בשטר היו מחייבי' אותו ממון אף עד א' בשטר מחייבו שבוע' וכיון שהודה שלוה ואינו מכחיש את העד הו"ל כב' בשטר ואינו נאמן לומ' פרעתי ע"ש וה"נ כיון שאם נתקיימה חתימת ב' העדים היו מחויבי' אותו ממון עד א' מחייבו שבוע' וכיון שהודה ואינו מכחיש את העד אינו נאמן לומ' פרעתי אבל הרשב"א שם כ' בשטר בעד א' דנאמן לומ' פרעתי דלא אמרינן כ"מ ששנים מחייבים אותו ממון וכולי אלא בכופר בהלואה דב' מחייבי' אותו בעדותם ממש אבל כשטען פרעתי אינו מתחייב מחמת עדותם שהם אין יודעים אם פרעו או לא אלא מכח חזקה דשטרך בידי מ"ב וכו' ע"ש וא"כ ה"נ נאמן לומר פרעתי במגו שהיה מכחיש את העד:

ז' אלא שטוען פרעתי נאמן במגו דא"ב אמר מזוייף הוא כן כתב הטור והרמב"ם ומרן בסי' מ"ו טעם זה וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן נ"ג עיין שם והתוספו' בפרק ב' דכתובות בד"ה מודה וכו' כתב וז"ל וא"ת מ"ט לא מהימן במגו דמזוייף וי"ל דשמא ירא לומ' מזוייף פן יכחישוהו וליכא מגו וכו' וכתב הכנה"ג בח"ב הגב"י אות ב' דלמ"ד נאמן לאו מטעם מגו המזוייף דלאו מגו הוא דירא פן יכחישוהו דל"ל דר"ן חולק בזה

ונרא' דסבירא ליה דכמו דבמלוה ע"פ נאמן לומר פרעתי בלא מגו וה"ה בשטר שאינו מקויים מ"ל פרעתי בלא מגו ואף על פי שהמלוה אמת וכו' מ"ל פרעתי דמלוה ע"פ היא והני עדים המלוה החתימם שלא מדעתי וכו' עש"ב ולפ"ז הרמב"ם והטור ומרן סביר"ל דלמ"ד אין צריך לקיימו הא דאינו נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף לאו משום דלא הוי מגו טוב אלא משום דעדים חותמים בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד ורבנן הוא דאצרכוהו קיום אם טען בהדיא מזוייף כת"י אחר שכ' התוס' שם ע"ש אבל הא לית' דמודה בשטר שכ' היינו שהוא מודה דכתבו וחתמו העדים מדעתו וכמ"ש רש"י בפרק ב' דכתובות וכן כתב בעה"ת שער י"ז לוה שהודה בשטר שכ' וע"פ חתמו עדים אבל טוען פרעתי וכו' והוא מוכרח דאי טוען שחתמו העדים שלא מדעתו ודאי דלאו כ"כ לאורועי לסהדי שחתמו שלא כדין דאין כותבים שטר למלוה עד שיהא לוה עמו ואם כן אמאי הוי כמלוה ע"פ דנאמן לומר פרעתי ועוד שהרי כ' הגמ"ר בקידושין משם ר' אביגדור הכהן דהא דקיו' שטרו' דרבנן ה"ד כי ליכא הכחשה כגון בא ליפרע שלא בפניו או מיתומים ולקוחות אבל אם הלוה בפנינו וטען מזויף צריך קיום מדאורייתא וכבר כ' בסימן מ"ו ס"ק ח' שכן כתב הרמ"ה בתשו' סימן רצ"ג ושכן נראה דעת הרמב"ם והטור ומרן כמ"ש הרב בית שמואל סימן קמ"א ס"ק ט' ע"ש אם כן מודה בשטר שכתבו אמאי אינו נאמן במגו דמזוייף ואף על גב דנראה אפילו למאן דאמר צריך לקיימו אין צריך קיום רק מדרבנן כמו שכתבו התוס' בכתובות דף כ"ח וז"ל קיום שטרות דרבנן תימא וכו' אם כן כל אדם שירצה יזייף וכו' ויגבה ממנו והכא אומר ר"י דאיכא למימר כגון שלוה מודה שכת' וטוען שהוא פרוע וקסבר האי תנא דמודה בשטר שכ' צריך לקיימו והאי קיום הוי ודאי מדרבנן וכו' ע"ש מכל מקום אם טען מזוייף סובר הרמב"ם והטור ומרן דצריך קיום מדאורייתא ואם כן אם מודה שכ' למאן דאמר אין צריך לקיימו ואמאי אינו נאמן במגו דא"ב אמר מזוייף שהיה צריך קיום מדאורי' דודאי לא פליגי בהכי דמ"ד אין צריך לקיימו סבירא ליה דאפילו טען מזוייף אין צריך קיום רק מדרבנן ומ"ד דצריך לקיימו סבירא ליה דאם טען מזוייף צריך קיום מדאורייתא יעוד קשה מההיא דכתובות פ"ב דמוקי פלוגתא דר"מ ורבנן עלה דעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו דר"מ סבירא ליה דאין נאמנים ורבנן סביר"ל דנאמנים ואמרי' טעמא דרבנן משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר ור"מ סבירא ליה דמודה בשטר שכ' אין צריך לקיימו והתם ע"כ היינו טעמא דרבנן משום מגו הוא דנאמנים וכדאמרינן בשלמא לרבנן משום הפה שאסר וכו' וטעמא דר"מ כמ"ש התוס' בד"ה טעמא וכו' כי היכי דהלוה אינו נאמן ה"נ בעדים וכו' ע"ש ועוד קשה מההיא דפרק מי שמת דף קנ"ד גבי הוא אומר שכ"מ הייתי

ס"ל לר"ז ולר"ל דראיה בקיום השטר וקאמרי רבנן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וע"כ דנאמן לומר שכ"מ הייתי במגו דמזוייף דבלא מגו אדרבה אזלי' בתר השתא שהוא בריא וגבי בני משפח' נמי למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו נאמני' לומ' קטן היה כמו שהוכיח הנ"י שם ואי בלא מגו פשיט' דאי מודו בעדים אינו נאמן לומר קטן היה וכן במוכר שטען לא נתת לי דמים דנאמן למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו משום מגו דמזוייף הוא דאם מכר בעדים נאמן הלוקח לומר שנתן המעות כמ"ש הרשב"א בתשוב' הובא בב"י סימן קצ"ה ע"ש אלא ודאי משום מגו דמזוייף הוא דנאמן וכן הר' יונה בעליות הובא בספר א"ז שם הכריע כמ"ד דטעמא דמ"ד מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו משום דלית ליה מגו דירא לומר מזוייף פן יכחישוהו ומשמ' דלדידן אמרינן מגו וכן כתבו התוספו' בריש גיטין בד"ה ואם וכולי ובמציעא דף י"ג ע"ב בד"ה הא וכו' טעמא דמאן דאמר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומ' פרוע במגו דאי בעי אמר מזוייף ושם בס"ד הקשה לעיל דאר"י נפל ליד דיין הרי הוא בחזקתו ולא חיישי' לפירעון וכו' אמאי לא יהא נאמן לומר פרעתי במגו דמזוף ותי' דאין זה מגו דטוב לומר פרעתי שלא יכחישוהו שום אדם מלומר מזוייף כי ירא פן יקיימנו וכו' ע"ש הרי דאע"ג דמוכרח לומר דלא הוי מגו טוב דאפי' ליכא טעמ' דשטרך בידי מאי בעי אינו נאמן לומר פרוע במגו דמזוייף מ"מ למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דאף על גב דא"ל שטרך בידי מ"ב נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף וזה לשון מהר"ם בתשו' הארוכות סימן קס"ז נראה לר' שאדם נאמן במגו אף על גב דכמה שטען השתא אין יכולים העדים להכחישו ובטענת מגו יכולים להכחישו וראיה לדבר מודה בשטר שכתבו למ"ד צריך לקיימו נאמן לומר פרעתי במגו דא"ב אמר מזוייף אף על גב דבפרעתי אין יכולי' להכחישו ובמזוייף יכולים להכחישו עכ"ל הרי שכ' דאמרי' מגו שאינו טוב אם כן בהכי פליגי דמ"ד אין צריך לקיימו סביר"ל דאינו נאמן במגו שאינו טוב ומ"ד צריך לקיימו סביר"ל דאמרי' מגו אפי' יכולי' העדים להכחישו מיהו ראיתי להרמב"ן בחי' בפרק המוכר את הבית דף ע' גבי שטר כיס למאי דס"ד דאינו נאמן לומר אף על גב דאיכא מגו משו' דא"ל שטרך בידי מאי בעי שכתב וז"ל ואף ע"ג דלמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אי לא מקיים ליה נאמן למימ' פרעתי במגו דא"ב אמר מזוייף הוא ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי שאני התם דכל אימת דלאו מקויים לאו שטרו הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא שטר הוא וכו' ע"ש הרי שכ' דטעמא דמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוף משום דלאו שטר הוא והפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם כן א"ל דאם במה שטוען עכשיו אין יכולים להכחישו ובטענ' המגו יכולים העדים

להכחישו לא אמרינן מגו ומגו דמזוייף דאינו שטר הוא דהפה שאס' הוא הפה שהתי' כמו שחי' הרמב"ן למאי דס"ד דאינו נאמן לומר החזרתי מטעמא דשטרך בידי מ"ב ואף על גב דמסקינן התם דנאמן לומר החזרתי א"ל דה"ד לענין דלא אמרינן דשטרך בידי מ"ב כיון דמגו דטוב הוא דיכול לומר נאנסו דאין יכולים להכחישו אבל מגו גרוע דיכולים העדים להכחישו אפשר דלא אמרינן אלא דוקא גבי מזוייף משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכה"ג כתב הש"ך בסימן ק"ח ס"ק ז' עיי"ש וכן חילקו התוס' בכתובות דף ח"י ע"ב בד"ה הרי אלו נאמני' וכו' דטענה גרועה הוי כמגו במקום עדים ונאמן עליו במגו דמזוייף ולא במגו אחר ע"ש: וראיתי להרב מח"א בתשו' ה' איסורי ביאה דף כ"א שהקש' על הרא"ש שכתב דלא אמרינן מנו במקום עדים פסולים מדאמרינן בפרק קמא דמציעא דר' סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מ"ט דחספ' בעלמ' הוא מאן קא משוה להאי שטרא לוה הא קאמר דפרוע הוא אלמא דאף על גב דליתא להאי מגו כמ"ש התוס' בכתובות דירא לומר מזוייף הוא פן יכחישוהו אפילו הכי כיון שאין זה יכול לתובעו אלא ע"פ הודאתו אמרי' הפה שאסר הוא הפה שהתיר ולולי דברי הרא"ש א"ל דכי אמרי' הפה שאסר וכולי משום מגו דאי בעי היה שותק מיהו אלים האי מגו דהפה שאסר וכו' מה שא"כ מגו דעלמ' דאף במקום דלא אמרינן מגו וכו' הכא כיון שאין יכול לתובעו אלא ע"פ הודאתו נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ונדחק בתשו' הרא"ש עש"ב שחי' ולא זכר שכן חי' הרמב"ן דמגו דמזוייף שאני משום דלאו שטר הוא והפה שאס' הוא הפה שהתיר אבל מהר"ם כתב דאדם נאמן במגו אף על גבי דבמה שטוען השתא אין יכולים להכחישו ובטענת מגו יכולים העדים להכחישו והביא ראיה ממ"ד מודה בשטר שכתבו שצריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו דא"ב אמר מזוייף אף על גב דבפרעתי אין יכולים להכחישו ובמזוייף יכולים להכחישו ואם כן נראה דהרא"ש לא ס"ל כמהר"ם:

ושוב ראיתי לה' נתיבות משפט דף קפ"ז שדחה ראית מהר"ם כמ"ש והביא ראיה ממ"ש התוס' בפ' ש"ה בעובדא דרבא בר שרשום דאף על גב אם טען לקוחה נאמן אינו נאמן בטענה אחרת, במגו דלקוחה דלא ניחא ליה לטעון לקוחה כיון דנפק קלא דארע דיתמי היא ע"ש וה"נ אין לו לטעון מזוייף שמא יכחישוהו ואי קשיא לך ממ"ש רשב"ם והרא"ש בבתרא דף מ"ה גבי פקדון דאם טוען החזרתי לך בפני פלו' ופלו' והלכו להם למ"ה נאמן אבל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דהחזרתי לן בפני פלו' ופלו' והלכו למ"ה לפי שירא לטעון כן פן יבואו ויכחישוהו ע"ש וכן כתב הר' יונה בס' א"ז דף מ"ו בסוף הסוגיא ע"ש

וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רל"א גבי אל תפרעני אלא בעדים ע"ש ועיין להב"י סי' ע'.

ח' אלא שטען פרעתי נאמן וכולי ואם הלוה מודה שלא פרעו אין המלוה גובה מהלקוחו' דטוענ' להם מזוייף או פרוע במגו דמזוייף ואין הודאת הלוה כלו' לחוב ללקוחות כמ"ש הש"ך בסימן ק"ו עש"ב ונר' דה"ה לערב דחיישי' לקנוניא דטוענים בשביל הערב שמא פרוע במגו דמזוייף: ט' והלוה מודה שכ' אלא שטוען וכו' אם הלוה מת והיורשי' מודים בשטר שכ' לכאו' נר' דכיון שאביהם נאמן לומ' שהוא פרוע במגו דמזוייף ה"נ טוענ' ליורשי' כן כמ"ש התוס' בריש גיטין בד"ה ואם וכו' ע"ש מיהו כבר כתבתי בסי' מ"ו דכיון שאביהם לא היה נאמן אלא במגו דהכחשה ואם מודים דלא שייך מגו אין טוענ' להם וכה"ג כתב בס' א"ז במציעא ד' י"ז סע"א כתוב בתוס' או פרעתי הכל במגו דאין את אשתי ובגי' התוס' הק' על זה דלא יפסיד בזה דאפי' הכתובה בידה מ"ל פרעתי הכל במגו דא"ב לא גירשתיך כדכתבו התוס' לקמן ונר' דעת התוס' דיפסיד שתגבה הכתובה מיורשיו דלא שייך מגו דאע"ג דלעיל פי' דטוענ' ליתמי פרעתיך היכא דאביהם מצי טעין אע"ג דלית להו מגו ה"מ בפקדון אע"ג דלא טענ' להו נאנסו משום דלא שכיח אבל טענ' לא גירשתיך לא שייכא כלל גבי יתומי' וכולי עכ"ל ונראה משום (עכ"מ):

יו"ד שטר שלא נתקיים וטען הלוה מזויף ותפס המלוה שלא בעדים נראה דנאמן במגו דלא היו דברים מעולם וגבי ב' החתומים על השט' ואין כת"י יוצא ממקום אחר ובאו שנים ואמרו כת"י הוא זה אבל קטנים או פסולים היו דקיימא לן בסימן מ"ו סל"ז דאם אין כת"י יוציא ממקום אחר נאמנים וקורעי' השט' אפ' דאם תפס המלוה אף שלא בעדים מוציאי' מידו דדוק' בכת"י יוציא ממקום אחר אם תפס לא מפקינן מיניה וכן נראה ממ"ש הש"ך ס"ק ק"א דאם תפס אפילו בעדים לא מפקינן מיניה משמע דרישא מיירי בלא עדים ואפי' הכי לא מהניא תפיסתו וכעין זה דקדק הריב"ש בסימן שצ"ב מל' בעל העיטור ע"ש ונראה דדוקא התם משום דהוי מגו במקום עדים וכיון שיש ב' עדים שאמרו קטני' או אנוסים היו אבל הכא דליכא עדים נאמן המלוה בתפיסתו שהשטר קיים ואינו פרוע במגו דלא היו דברים מעולם מיהו נראה דהתם בתפיסה בעדים א"ב דבמקויים אפילו תפס בעדי' אין מוציאין מידו וכשאינו מקויים תפיס' בעדי' לא מהניא אבל אם תפס בלא עדים לעולם נאמן במגו דלא היו דברים מעולם וכן כתב הש"ך שם בת"ק צ"ת וקורעים השטר ולא מהניא תפיסה בעדים עיי"ש משמע בהדיא דתפיסה בלא עדים מהניא אפילו כשאין כתב ידו יוצא ממקום אחר וכן ראיתי להרשב"א בס' א"ז לכתובות דף ט"ז ע"ב גבי זמנין דתפסה מאתים וכו' שכתב וז"ל והא דאמרינן לקמן גבי ב' החתומים על השטר וכו'

ואי תפס לא מפקינן מיניה א"ל דההיא נמי כשתפס שלא בעדי' מיהו ודאי התם לכאורה א"א לומר כן דא"כ אף אתה צ"ל דרישא דקתני אם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמני' אם תפס אפילו שלא בעדים מפקינן מיניה ואין זה נכון לומר כן כיון דאיכא שטרא בידיה ומדינא לא בעי קיום דעדים החותמים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד אי תפס שלא בעדים לא מפקי' מיניה דלא אמרי' בכה"ג מגו במקום עדים כיון דאיכא עדי השט' דמסייעי ליה אלא ודאי ההיא בדתפס בעדים הוא וכו' עד כאן לשונו והראב"ד שם סבירא ליה דאם אין כתב ידו יוצא ממקום אחר נאמנים לפוסלו ואפילו תפס שלא בעדים מוציאין ממנו משום דמ"ל לשקר במקום עדים לא אמרי' והרמב"ן חולק עליו ע"ש ובתשו' הרשב"ץ ח"ב סי' רמ"ב דף נ"ו ע"ד אם כן דעת הרמב"ן והרשב"א דאם אין כת"י יוציא ממקום אחר אף על גב דהעדים נאמנים לפסול השטר אם תפס המלוה שלא בעדים אין מוציאין מידו משום דאין צריך קיום מדאוריי' והראב"ד לא אמר מוציאין מידו אלא משום דהוי מגו במקום עדים אבל בשט' שלא נתקיים כיון דאין צריך קיום מדאור' לכ"ע מהני תפיסה שלא בעדים מיהו א"ל דדוקא התם דאין הלוה טוען מזויף אבל אם הלוה טוען מזויף הרי כתב הגמ"ר בקידושין תשובת ה' אביגדור הכהן וז"ל דהא דקיום שטרות דרבנן היינו היכא דליכא הכחשה וההיא דריש גיטין ה"פ בדין הוא בשאר שטרות לא לבעי תרי היכא דליכא הכחשה כדר"ל דאמר עדים החותמים וכולי ורבנן הוא דהצריכו קיום בשאר שטרות היכא שאין מכחישו וכו' אבל היכא דבעל דין לפנינו ואמר מזוייף אפילו מדאו' בעי קיום וכו' ע"ש ונראה דס"ל דהא דאמרי' בגיטין האי קולא חומר' הוא וכו' חד אתי בעל מערער ופסיל ליה וכו' פסיל ליה ממש קאמר ומדאורייתא פסול דכל דאיכא הכחשה צריך קיום מדאורייתא ומשני כיון דאמר מר וכו' מעיקרא דייק וכו' השליח יודע שברצון מגרשה ולא יבא ומערער ואפילו יבא ויערער אינו נאמן ואף על גב דקיום מדאוריי' אם יערער הכא כיון שהשליח דייק אין הבעל נאמן וכבר כתבתי בסימן מ"ו סק"ח ח' שכן כתב הרמ"ה בתשובו' סימן רצ"ג עיי"ש וכן נראה דעת הרמב"ם והטור ומרן כמ"ש הרב בית שמואל בא"ה סימן קמ"א סק"ע עיי"ש ודלא כהש"ך שם אם כן כשטען הלוה מזויף כיון שצריך קיום מדאורייתא אפילו תפס המלוה בלא עדים מוציאין ממנו אבל אם מודה שכתב אלא שטוען אף ע"ג דקימ' לן מודה בשטר שכתבו נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף נראה דלכ"ע קיום זה מדרבנן כמ"ש התוספות בכתובות דף כ"ח וז"ל קיום שטרות דרבנן תימא וכו' אם כן כל אדם שירצה יזייף וכו' ויגבה ממנו והכא אומר ר"י דא"ל כיון שלוה מודה שכתבו וטוען שהוא פרוע וקסבר האי תנא מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והאי קיום הוי ודאי מדרבנן וכו' מיהו בריש גיטין

מוכח דאפילו היכא דאין מכירין החתימה כלל הוי מדאורייתא כמי שנחקרה עדותן בב"ד עכ"ל ונראה דר"י אזיל לטעמיה בתוס' בריש גיטין בד"ה חד וכו' דלמאי דס"ד נמי אפילו יבא הבעל ויערער אינו פסול ע"ש במהר"ם אבל רבי' אביגדור סבירא ליה כהתוס' שם דפסול ממש קאמר ואם טען מזוייף פסול דצריך קיו' מדאו' אבל אם מודה שכ' אלא שטוען פרעתי דקיימא לן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ה"ד מדרבנן וא"כ אם תפס המלוה שלא בעדים אין מוציאין ממנו:

מיהו נר' דאפי' טען מזוייף דצריך קיום מדאורי' נאמן בתפיסתו במגו דלהד"ם דלא יהיה אלא מלוה ע"פ אם תפס המלוה בלא עדים נאמן ואע"ג דבא לידון על השטר הא קי"ל בסי' ע' ס"ב באומ' פרעתי בפני פו"פ אע"פ שצריך לברר דבריו מ"מ אם באו עדים והכחישוהו אומרי' להד"מ ישבע היסת ויפטר דלא אמרי' צריך לברר דבריו אלא בבא לידון בשטר חזקה משום דחזקה מכח שטרא אתיא דאם נמצא השטר פסול אף חזקתו בטילה אבל בטוען פרעתי' בפני פו"פ טענת הפירעון אינה באה מכח העדים אלא מלתא יתירתא הוא דאמר וזה דעת רוב הפוסקים כמו שכ' שם וגם למ"ד דאפי' במטלטלין בפירעון צריך לברר ובטל השטר ואינו נאמן ה"ד אם בטל השטר מטעם שהיו העדים פסולים אבל אם אין העדים בעיר לקיים השטר או לא מצא עדים אחרים לקיימו דבסתם אין חזקתו מזוייף ולא בטילה חזקתו כמ"ש הרמ"ה בפ' ג"פ סו' צ"א ע"ש וה"נ אפי' טען הלוה מזוייף אם תפס המלוה שלא בעדים לא בטילה תפיסתו

י"א אם הודה הלוה שלא פרע התוס' במציעא ד' ע"א ע"א בד"ה אמר אביי וכו' ס"ל דגובה מן הלקוחו' ע"ש וכבר כתבתי בסי' מ"ו סק"ו דנר' דלא חיישי' לקנוניא אלא בדאיכא ריעותא כמ"ש הסמ"ע בסי' ל"ז וכ"כ מהריב"ל ח"ב סו' י"ז שכן נר' לכאור' דלא חיישי' לקנוניא אלא דוקא כשיש הוכחה גמורה ע"ש וכ"כ מהרשד"ם חה"מ סי' רנ"ח דלא חיישי' לקנוניא אלא בדאיכא הוכח' ורגלים לדבר וריעותא ע"ש ומתשו' הרשב"ץ ח"ב סי' קנ"ח שכתבתי שם דאפי' הודה הלוה למלוה והשטר מסייעו חיישי' לקנוניא אין ראיה דלגבי שבוע' חיישי' מהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' נ' דבקל רמו רבנן שבועה והכי ל"ל בהא דאמרי' בפ' הניזקי' ודילמא ה"מ לענין שבוע' אבל לענין זיבורית לא וטעמא דבקל רמו רבנן שבוע' כדאשכחן טובא דנשבעי' ונוטלין וכו' ע"ש וכ"כ הרא"ש בפ"ק דב"ב דלהכי אמרי' טעמא דאין נזקקים ליתומים קטנים משום צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבוע' ולא לדחות הפירעון וכו' ע"ש וה"נ כיון דליכא ריעותא לא חיישי' לקנוניא להפסד למלוה שהשטר בידו ודוקא לגבי שבוע' חיישי' דבקל רמו רבנן שבוע' ובס"פ הנושא אמרי' דאין הבנות נזונות

מנכסי' משועבדים דה"ט כיון דאיתנהו בתנאי ב"ד אימור צררי אתפסה וכ' התוס' תימא לר"י דבגיטין פרק הניזקין מפרש טעמא לפי שאין כתובי' וכו' וי"ל דאיצטריך לטעמא לפי שאון כתובי' היכא שהודה האב שלא התפיס צררי ע"ש הרי אע"ג דאין מוציאי' לנכסים משועבדים למזון הבנות דחיישי' לצררי אם הודה האב שלא התפיס צררי טורפי' מלקוחו' ולא חיישי' לקנוניא וש"ר לה' פני יהושוע בחי' שם שכ' דאפ' דס"ל דהא דחיישי' לצררי משום דנראה לחכמים דמצוי קצת שהאב מתפיס לבנותיו צררי דלא ליתזלו בב"ד אבל אם הודה האב קודם מותו אינו מצוי שיעשה קנוניא בשעת מיתה ולא מרעי' שטר הנעשה בקניא ע"ש א"כ נר' דדוקא שהודה בשעת מיתה לא חיישי' לקנוניא כעין דאמרי' בס"פ ג"פ בשכ"מ שהודה דאין אדם משטה בשעת מיתה משא"כ ברי' ע"ש וא"כ ה"נ אם הודה בשעת מיתה שלא פרעוהו נפרע מלקוחות דלא חיישי' לקנוניא בשעת מיתה אבל הודאת ברי' לא מהניא ללקוחו' משום חשש קנוניא ועוד תי' הפני יהושע דלא מהניא הודאתו לגבי לקוחו' שלקחו מהאב אלא לטרוף ממשעבדי ששעבדו האחים לאחר מיתת אביהם וכ"כ בחי' פ' הניזקי' בתוס' דב"ה כתובי' וכו' ע"ש ולפ"ז אפי' הוה בשעת מיתה חיישי' לקנוניא שלא יטרוף מלקוחו' שמכר האב קודם הודאתו וכן לערב חיישי' לקנוניא דטוענ' בשביל הערב שמא פרוע במגו דמזוייף וכבר כתבתי בסי' מ"ו דאפ' דגם התוס' דמציעא דוקא לטרוף מלקוחו' שקנו אחר הודאת הלוה מיירי ע"ש אבל התוס' בכתובו' ד' צ"ב ע"ב בד"ה דינא וכולי כ' נר' לר' ראיה דאין טוענ' ליתומי' וללקוחו' מזויף דתנן בפ"ק דב"מ מצא שט"ח אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכו' וא"א דטוענ' ליתומי' וללקוחו' מזוייף אמאי לא יחזיר אי כשלא יכול לקיימו ויש לו למלוה עדים לקיום א"כ יחזיר דקושטא קאמר ובדין יגבה דלפריעה ליכא למיחש דהא קאמר להד"מ וכל האומ' לא לויתי כאלו אמר לא פרעתי דמי וכו' נר' דס"ל דגם אם טוענים ליתומי' וללקוחו' מזוייף אם הודה הלוה שלא נפרע גובה המלוה מלקוחו' דהודאת המלוה מהניא לגבי לקוחו' אע"ג דאתרע השטר בנפילה וכבר תמה ה' פני יהושע בחידושיו שם וכ' דהא דאמרי' בפ' א"נ מודה בשטר שכתבו א"ץ וגובה מנכסי' משועבדי' כבר פי' כל המפרשי' דמיירי כגון שהלקוחו' יודעי' שאינו מזוייף ויש מהם שכ' גובה מלקוחו' שקנו אחר שהודה בעל השטר וא"כ ליכא למיחש למידי דהא בידו לכתוב לו שטר מקויים מאותו יום וכו' עיין שם:

אם לא נתקיים השטר ואבד וטען הלוה שהוא מזויף ותפס המלוה נר' דאין מוציאי' מידו שהרי כ' הרמב"ם ומרן בא"ה סי' קמ"א סנ"ג דאם בא הבעל וערער שהגט מזוייף ולא נתקיים תצא והולד ממזר אבד הגט ה"ז ספ' מגורשת וכת' המ"מ דס"ל כיון שהבעל

מערער וטוען בריא מזוייף הוא וחתימת העדים אין מצוי לקיימם העמיד אשה על חזקת א"א אבל כשאבד הרי זה ספק מגורשת דדילמא אי הוה גט קיים היה מתקיים בחותמיו ע"ש ונר' הטעם דאם הגט לפנינו וטוען ברי שמזוייף הוא ולא ירא פן יתקיים הוי ברי' טוב ומה"ט איכא מ"ד מודה בשטר שכתבו א"ע לקיימו ואינו נאמן במגו דמזוייף שמא ירא לומ' מזוייף פן יקיימנו וכ"כ התוס' במציעא ד' י"ג בד"ה הא וכו' אפי' בנפל וטען פרעתי דאינו נאמן במגו דמזוייף דאין זה מגו שירא לומ' מזייף פן יקיימנו ואע"ג דהקיום אינו מועיל לגבות בו מ"מ אין טוען ברצון דבר שיכול להכחישו ע"ש וא"כ כשטען מזוייף ולא חשש שמא יוכחש הוי בריא טוב ומעמידים האשה בחזקת א"א אבל באבד דליכא חשש שמא יוכחש דלא חייש שמא ימצא וגם יקיימנו הבריא שלו גרוע והוי ס' מגורשת שמא אם הוא קיים היה מתקיים בחותמיו ועי' בט"ז שם בא"ה שכ' טעם אחר וה"נ דכוותה בשטר שאבד אם תפס המלוה אוין מוציאין מידו מה"ט דדילמא אם השטר קיים היה מתקיים בחותמיו ודוקא אם השטר קוים וטען מזוייף ולא ירא שמא יתקיים בחותמיו ויוכחש מכח שטוען אמת אם תפס המלוה מוציאין מידו:

י"ב ואם אח"ך מצא המלוה וכו' עיין מ"ש בסי' פ':

י"ג הגה ויש חולקים ואומ' דנאמן הוא וכולי כן דעת רוב הפוסקי' כמ"ש הש"ך סי' ס"ט ס"ק ב' וכן הוכחתי שם וכ"כ ה' פני יהושע בחי' לכתובות ד' ח"י ע"ב בתוס' בד"ה אין נאמנים וכו' ע"ש:

י"ד אם כפר הנתבע ואמר קבעת לי זמן והביא עדים ומרענא לשטר קובעי' לו ל' יום זמן ב"ד הרמ"ה בפ' ב"פ סי' פ"ח ע"ש:

ט"ו דין ב' ואם השטר מקויים וטוען הלוה פרעתי כולו או מקצתו וכו' משמע בהדיא דאפי' בטוען שפרע מקצת המלוה נשבע ונוטל דא"ל שטרך בידי מ"ב דהו"ל לכתוב שובר או להחליף כמ"ש הרשב"א בתשו' כי' אלף וס"ה והביאה מרן בב"י בסימן זה ובח"ב סי' צ"ב הוכיח כן עש"ב ועי' בפרישה בסס"י שהסכים דגם הבעה"ת מודה לזה ועי' בהכנה"ג בסס"י זה ובהש"ך בסס"י זה ועי' מ"ש בסי' ס"ט:

ט"ז ואפי' אם יש בו נאמנות מפורש כ"כ הטור ונר' דכמו שאין מועיל נאמנות לגבי לקוחות ה"נ אינו מועיל לב"ח מאוחר וכ"ה לשון הרי"ף בפ' הכותב היכא דאיכא חוב עליה לאיניש אחרינא או כתובת אשה או לוקח לא מהני נאמנות ע"ש וז"ל הריטב"א בחי' בפ' הכותב אבל הגאונים כולם הסכימו וכן דעת הרמב"ם דלגבי יורשים מהני נאמנות אבל לא לגבי לקוחות דבשלמא יורש כרעא דאבוה והוי כאילו הנכסים ברשות לוה עצמו בשעת גוביינא משא"כ בלקוחות ומ"ש במשנה שהבאים ברשותה אין משביעין אותה

אינו ר"ל לקוחות אלא כגון אפטרופא שמינה על נכסיו א"נ שנתן נכסיו במתנת שכ"מ כיורש שוי רבנן א"נ שמכר או נתן נכסיו במתנת בריא מהיום ולאח"מ כלומ' שיכול לחזור בו בחייו עכ"ל ונר' לכאו' דוקא גבי לקוחות שיצאו מרשות הבעל לגמרי אבל לגבי ב"ח מאוחר כיון דקי"ל דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה וכל שלא גבה עדין הנכסים ברשות בעלה

י"ז ואפי' יש בו נאמנות מפורש לראשון וכו' הטור כ' שכ' בעה"ת שאם יש בו נאמנות מפורש לראשון שא"ץ לישבע ונר' דכמו שאין מועיל נאמנות לגבי לקוחות הה"ד אנו מועיל לב"ח המאוחר וכת' מרן הב"י מטעם הרא"ש דלא מהני נאמנות לגבי לקוחות משום דנפישי רמאי מה"ט אין להאמינו אפי' נאמנות מפורש ע"ש וכבר כ' הפרישה דבלא"ה מוכח דלא מהני לגבי לקוחות אפי' נאמנות מפורש בסי' ע"א לגבי יורשים לכ"ע לא מהני נאמנות אא"כ בכתב לו בפי' שהאמינו ג"כ היורשים ומינה הפוסקי' דס"ל דאע"ג דמהני לגבי יורשים לא מהני לגבי לקוחו היינו אפי' נאמנות מפורש ואין לחלק דמשם לא מוכח אלא דלא מהני לגבי לקוחות מאי דכתב לוה למלוה שהאמינו נגד באים ברשותו הכולל ג"כ יורשים ולקוחות וכמש"ר שם אבל אם כ' נאמנות מפורש שהאמינו נגד לקוחות הו"א דמהני דז"א דהא מבואר בבעה"ת דבאים ברשותו ובכל נאמנות מפורש קרי ליה וכולי ע"ש ונר' דאפי' כ' בפי' שהאמינו נגד לקוחות לא מהני שהרי הרז"ה בפ' הכותב והראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ח הק' על הרי"ף מדתנן נדר ושבועה אין לי ולא ליורשי ולא הבאים ברשותי ולא עליך ולא ליורשיך ולא הבאים ברשותיך אינו יכול לא הות ולא יורשיו ולא הבאים ברשותו וכו' ומפרש בתוס' הבאים ברשותו כל שמכר וכו' אלמא משמע דעת הרי"ף דג"כ נאמנות מפורש ללקוחות לא מהני דהאי ליורשי קאמר ובפי' וא"כ הבאים ברשותו ה"ד לקוחות א"כ נר' דעת הרי"ף אפי' (עכ"מ):

ח"י ואם טען השבע לי וכו' בפ' הכותב ד' פ"ו בגמ' שבוע' מאי עביד' וכו' כ' בא"ז בשם תר"י ואע"ג דקי"ל דאם א"ל השבע לי דלא פרעתי משתבע שבועה זו לא היתה בימי המשנה אלא תקנת האמוראים היתה שתקנו אח"ך ולכך שאל אי זו שבוע' חייבת האשה כשתבא לתבוע כתובת' ע"כ ונר' דס"ל כמ"ש התוס' בשבועו' ד' מ"א בד"ה וכי מה וכו' וא"ת תק"ל אמתני' דקתני הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבוע' וטעמא משום דדילמא אי הוה אבוהו' קיים הוי טעין ואמר אשתבע אלמא מצי משבע ליה מיהו נר' דטעמא לאו משום הכי הוא דאפי' לא מצי אבוהון טעין טוענ' ליתומי' דבפ' הכותב אמרי' נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מן היתומים אצא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקום שאין האב יכול להשביעו ע"כ וא"כ ה"נ מנכסים

משועבדים ושלא בפניו דלא תפרע אלא בשבועה מה"ט דעבוד רבנן תקנת' ללקוחות ושלא בפניו אפי' במקום שאין המלוה עצמו יכול להשביע וא"כ שבועה זו לא היתה בימי המשנה אלא תקנתא דר"פ ולכך מק' שבוע' מאי עביד' וכו' אבל רש"י בכתובות במשנה מנכסי יתומי' ומנכסי' משועבדים ושלא בפניו לא תפרע אלא בשבוע' וכו' כתב רש"י ומנכסום משועבדים משום דאי הוה גבי מהלוה גופיה והוה טעין אשתבע לי דלא פרעתיך אמרי' בשבועו' דמשבעי' ליה וכו' אבל בשביל לקוחו' אנן טעני' דפתח פיך לאלם הוא ומנכסי יתומי' ונפרע שלא בפניו כולו משום ה"ט ע"ש וכ"כ הרע"ב שם וכ' ה' נתיבות משפט ד' רצ"ו דראיית התוס' אינה מכרעת דשאני התם שהוא מחוייב שבוע' כדי שבא ליפרע מנכסי יתומי' שלא יפרע אלא בשבוע' אלא שמכח פיטור המלוה רוצים לפוטרו מחיובו והא קאמר אבא שאול דפיטור דידיה לא מהני לגבי יתומים חזר הדין דטעני' ליתמי דילמא אבוהון הוה טעין אשתבע לי אם לא היה פוטרו אבל הכא א"א דבזמן המשנה אפי' אי הוה טעין אישתבע ליה לא משבעי' ליה מאי אולמיו דיתומי' הא לא טעני' ליתמי אלא מה דהוה מצי אבוהון טעין ע"ש וכעין זה כ' הריטב"א בפ' הכותב ד' פ"ד במשנה דמי שמת והניח אשה וב"ח וכולי ינתנו ליורשי' שכולן צריכין שבוע' וכו' מק' בירושלמי הגע עצמך שפטר משבוע' זו תורה וזו אינה תורה כלום' דלאו בשבוע' מ"מ תליא מלתא אלא בדין גובייגא שכולם מחוסרי גובייגא ורואים שבוע' כל היכא שלא פטרם ממנה והיורשי' וכו' עיין שם הרי כיון דאם לא היה נאמנות היו צריכין שבועה ואע"ג דהשתא פטרם ואינם צריכים שבועה הוו מחוסרי גובייגא וה"נ הכא וכו' וז"ל מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים בסי' ל"ח הילכך בנ"ז אע"ג דלגבי דידיה מהני להו נאמנותו דהימננהו לגבי נפשיה לגבי יורשים לא מהני מידי וכמאן דלא הימננהו דמי כדחזינן בפ' הכותב נקי נדר נקי שבועה ממני יורשי' משביעין אותו לכ"ע ולגבי יורשים כמאן דלא הימנו דמי ואלו לא הימניה כלל לא הוה שקיל בעל השטר אלא בשבועה השתא נמי לא שקיל אלא בשבועה א"כ הכא דליכא שטרא אלא כת"י נימא נמי דהיכא דהימננהו לגבי דידיה לגבי יורשי' כמאן דלא הימננהו דמי ואלולי הימננהו הוה טעני' ליתמי פרוע כי היכי דמצי למטען אבוהון השתא נמי דהימנני טעני' להו הכי וליפטרי כיון דליכא שטרא אלא כתב יד דדילמא שכח ופרע ולא דמי לחייב מודה דלא פרע דמפקינן מיתמי דשאני התם דבשעת מיתתו הודה שלא פרע אבל הכא דילמא פרעי' ולאו אדעתיה דכתב ליה נאמנות דנשקול מניה כתב יד כי היכי דאמרי' התם נקי נדר נקי שבו' ממני דאמרי' דילמא פרע ושכח ולא הוציא השטר מידו או מודה ואדרבה נראין הדברים ק"ו ומה התם וכו' עש"ב הרי מבוא' דנאמנות סתם לגבי היורשין כמאן

דלא הימניה דמי וכיון דאלו לא הימניה לא היה נוטל בעל השטר אלא בשבועה השתא נמי טועני' ליורשים אבל אם בזמן המשנה היה בעל השטר נוטל בלא שבועה אפי' בלא נאמנות גובה מן היורשים אבל תר"י נראה דס"ל דמנכסי יתומים ומנכסים משועבדי ושלא בפניו תקנת חכמים היא שלא יפרעו אלא בשבועה אפי' במקום שאין הלוה עצמו יכול להשביע את המלוה ושבועה זו דר"פ לא היתה בזמן המשנה ובא"ז דכתובות דפ"ז ע"ב דמסקי' גבי שבועה דעד אחד דמדרבנן כדי להפיס דעתו כ' בשם רש"י במהדורא קמח וז"ל והא דאמרי' בשבועות דאפי' היכא דליכא עד ח' אי אמ"ל אשתבע לי דלא פרעתיך להאי שטרא אמרי' ליה זיל אשתבע ליה תקנתא בתרא היא וכדי להפיס נמי דעתו של לוה וכי תקין הך שבועה דע"א מעיד שהיא פרועה אכתי לא הויא האי תקנתא ובראשונה לא הוה מני אמר לבעל כי ליכא ע"א ואינו פוגמת ישבע דלא פרעתיך אלא נוטלת בלא שבועה עכ"ל הרי דגם רש"י במהדורת קמא פ"ל ושבועה דרב פפא לא היתה בזמן המשנה וא"כ צ"ל מנכסי יתומים (עכ"מ)

ט"ו דין ב' משביעין אותו בנק"ח וכו' ואם לא רצה לישבע לח יטול אבל לא ישבע הלוה ויפטר ולהוציא השטר מידו ואם טען הלוה דישב' ויטול או יחזיר לו שטרו שומעי' לו וקורעי' השטר כ"כ הסמ"ע בסקכ"ב והט"ז ס"ו ומשמע דא"ל הלוה לישבע דכיון דלא רצה המלוה לישבע מוכח שהוא פרוע והרא"ש בתשו' כלל ק"ה סי' ח' שכ' בשטר שהוא מופקד אצל ח' וחמר הלוה למלוה השבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע אפי' יש נאמנות בשטר כיון שאין השטר בידו ואם אינו רוצה לישב' יחזיר השטר ללוה ע"ש אפשר דה"ד כשאין השטר ביד המלוה ולא רנה לישבע מוכח שהוא פרוע ולכך מחזירין אותו ללוה וא"נ הלוה לישבע אבל אם השטר ביד המלוה דחזקה דשטרך בידי מ"ב מסייע ליה אפי' לא רצה לישבע חין מוניחין השטר מידו דהא אם תפס ממנו אין מוניחין ממנו ואינו נשבע כמבוא' בסי' פ"ז ובא"ה סי' נ"ו דתובע שחייב שבו' דרבנן בב"ד ותפס ולא רצה לישבע אין מוניחין מידו ע"ש ובהסמ"ע סקכ"ב וכ"ש שבוע' זו שהיא ע"י טענה וכ"כ הג"ח בפר' ח"ה ע"ש א"כ כ"ש השטר שהוא תפוס בידו שאין מוציאין מידו וכן נראה דעת הר"א מטרני והב"י שלא חילק בין ת"ח לאחר ע"ש:

ט"ז כתב הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קס"ד ראובן משכן ביתו לשמעון בשטר וירד בו שמעון ודר בו שנה ואח"כ דר ראובן ג' שנים והוציא שמעון שטר חוב על ראובן שיפרענו וראובן טוען שכבר פרעו ושעשה לו שטר מחילה ונאבד ממנו וכו' ואמרת אתה שהדין עם שמעון ואין ראובן נאמן לו' שטר מחילה היה לי ואבד וכו' חלא יקיים זה שטרו וישבע כיון שמשכנתו בידו ונעמיד הבית בידו תשו' כדין אמרת וכו' אלא מ"ש שצריך שבועה

אינו נראה כן אח"כ טען ראובן אישתבע ני דלא פרעתי' הא לא טען לא טעני' ליה וכו' ואעפ"י שמשכונתו בידו א"ץ כלום דמכל מקום שטר חוב שבידו מודיע שלא נפרע וכל שלח נפרע זכות משכונתו קיים עכ"ל ונר' דעת השואל דמה שהמלו' היה דר בה ועכשיו חין משכונתו בידו הוי ריעות' שנפרע ולכך צריך לישבע ולזה השיב דא"ץ לישבע אח"כ טען הנוה השבע דתע"פ שחין ממשכונתו בידו לא הוי ריעותא מיהו ח"ל דהשואל שאמר ישב' כיון שאין משכונתו בידו היינו משום דשטר משכונה חם היה מוחזק בה א"ץ לישבע כמבוא' בסי' ק"ח סי"ב דגובה מהיורשים בלא שבועה וה"ה אם הלוה חי אע"ג דטוען בריא א"ץ המלוה לישבע דהא אין נפרעי' מנכסי יתומי' אלא בשבועה משום דאם היה אביהם חי וטען השבע לי צריך לישבע וטוענ' מה שהיה אביהם טוען כמ"ש רש"י בפ' הכותב ע"ש וא"כ דמשכונה דנפרע מהיורשי' בלא שבועה צ"ל דאביהם לא היה יכול להשביעו וכ"כ בהדיא בעה"ת שער י"ג ח"ג וז"ל דאם היה מוחזק' ביד המלוה ואוכל פירותיהם אפי' אין נאמנו' לשטר ומת לוה בחיי המלוה גובה בלא שבועה ובחיי המלוה והלוה נמי א"צ לישב' אבל אם לא היה דר בה והחזיק בה וליכא נאמנו' בשטר אינו גובה לאחר מיתת הלוה אלא בשבוע' וכן אם א"ל הלוה השבע לי דלא פרעתיך צריך לישב' וכן דנין וכו' עי"ש וזה סברת השואל דאם היה דר בה א"צ לישבע אבל כיון שאין משכונתו בידו צריך לישבע אם טען הלוה השב' לי וקצר וכה"ג כ' הרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כשאין הנפקד נאמן לומ' החזרתי דישבע בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם וכ"כ המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השב' לי כדין מלו' בשט' ורבי' קצר והביאו מרן הב"י ס' רצ"ו ע"ש:

י"ז אפי' אם גם המלוה משיב איני יודע אם הוא פרוע נר' דאם המלוה מסופק פרוע או לא אינו גוב' אלא מהלוה עצמו ולא מן היורשים ולא מן הלקוחות דהא אם טוען הלוה פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו וכמבוא' בסי' נ"ט וא"כ טוענים ליורשים וללקוחות כן וכה"ג כ' הרמב"ם והטור בסי' ע"א סכ"א מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר שהוא פרוע וכו' דאין המלוה יכול לגבות בשטר זה לא מן היורשים ולא מן הלקוח' אפי' אמר הלוה שלא פרעתי אינו גובה מהלקוחות דחיישי' לקנוניא וכו' עיי"ש וה"נ אינו גובה מן היורשים ולא מן הלקוחות ואפי' אם טען הלוה שלא פרע אינו גובה מהלקוחות דחיישי' לקנוני' וגם למ"ש הש"ך שם סקמ"ח דאע"ג דבשטר שאינו מקויים טורף ממשעבדי אפי' שלא נתקיים השט' אלא ע"פ הלוה ולא חיישי' לקנוניא הכא שאני כיון דנתן ללוה נאמנות אתרע שטרא וכו' ע"ש נר' דה"ה הכא כיון שהמלוה היה לו לידע אם פרוע והוא מסופק איתרע שטרא וגם הרא"ש דס"ל התם דגובה מן

היורשי' ה"ד גבי נאמנות משו' דלא האמין אלא את אביהם אבל בעלמא טוענים להם כל מה שאביהם יכול לטעון ע"ש בהש"ך סקנ"ו:

י"ח

הגה היה השטר על זמנים וכולי המלוה נשבע ונוטל וכו' כשטוען השבע לי דאל"כ נוטל בלא שבועה הש"ך ועיין בס' בית דוד סי' יו"ד שכ' ואולי דס"ל דהכא כיון דא"ל שהוכרח להניח השטר בידו מפני הפרעון האחרון אפי' לא טען הלוה השבע לי צריך לישבע ע"ש וליתא דז"ל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' צ"ב ג"כ אני רואה דבעל השטר גובה כל חובו אפי' בלא שבועה אא"כ טען הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך דאלת"ה א"כ בכל שט"ח דעלמא נאמר כן שאם יטעון הלוה פרעתי הכל חוץ מדינר יהא נאמן וכו' ע"ש והרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשט' כשאין הנפקד נאמן לו' החזרתי כ' דישבע בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם וכ' המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השבע לי כדין מלוה בשטר ורבינו קצר והביאו מרן הב"י סימן רצ"ו עיין שם הרי שכתב ישבע סתם ופירושו אם טען השבע וכן כתב הטור בסימן רצ"ו ישבע בעל השטר וכולי וכתב הפרישה דה"ד דא"ל הנפקד השבע לי שלא החזרתי וכולי וכעין שכתב רבינו בסי' פ"ב בהוציא עליו שטר מקויים ואין בו נאמנות ע"ש וכה"ג כ' הטור ומרן בסי' קכ"א אחר שישבע המלוה וכו' ופי' שאם טען ע"ש בהש"ך סקל"ב והרמב"ם בפכ"ד מהל' אישו' כ' מי שראה אשתו שזינתה וכו' אם הודית שזינתה תצא בלא כתובה לפיכך משביעה בנק"ח שלא זינתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואח"ך תגבה כתובתה וכו' וכ' מרן הב"י בא"ה סי' קט"ו משו' דהוי כטוען פרעתיך דבעל השטר צריך לישבע ע"ש וכ"מ בתשו' הרי"ף סי' ע"ג וז"ל אלא שאין בעלה נאמן בעדותו לכך. אם רצה לגרשה תשבע שבו' התורה שלא עשתה מכל מה שחשבה כלום ואח"ך תטול כתובתה לפי שהיא דומה למי שיש בידו שט"ח והלוה אומר אינו חייב כלו' שהוא נשב' ונוטל עכ"ל ונר' דה"ד כשטען הלוה השבע לי כמו שדקדק מרן בכ"מ מל' הרמב"ם וכ"כ מהר"י ן' מיגש הובא בס' א"ז לכתובו' בספ"ק וז"ל מי שטען שזינתה וכו' הא ודאי כיון דנקטה לה כתובתה בידה לאו כ"כ וכו' מיהו אם א"ל השבע לי דינא הוא דמשתבעת ליה כדין מאן דמפיק שטרא וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א סי' י"ט:

י"ט שטר משכונה על קרקע והיא מוחזקת ביד המלוה ואכל פירותיו כ' הראב"ד דאיכא מ"ד דאפי' אין נאמנות בשטר ומת לוה בחיי מלוה גובה בלא שבועה ובחיי הלוה והמלוה נמי א"צ לישבע אבל אם לא דר וההחזיק בה וליכא נאמנות בשטר אינו גובה לאחר מיתת הלוה אלא בשבועה וכן אם א"ל הלוה השבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע וכן דנין וכן מנהג בנרבונה אבל בשם הר"י הלוי מצאתי דכיון דמצי לסלוקי בזוזי לאו לפרעון קאי

ואינו נפרע אלא בשבוע' וכן היה דן שאם מת הלוה בחיי המלוה ומת המלוה ולא נשבע ואין נאמנות בשט"ח אין אדם מש"ל הבעה"ת שער י"ד ח"ג ובעל העיטור בדיני אפותיקי דף מ"א ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ד סי' קס"ד כ' וז"ל שאלת ראובן משכן לש' בשטר וירד בו שמעון ודר בו שנה ואח"ך דר בו ראוב' ג' שנים והוציא שמע' השט"ח על ראובן שיפרענו וראו' טוען שכבר פרעו ושעשה לו שטר מחילה ונאבד ממנו ועוד טוען שדר בו שני חזקה וזה לא ערער ואמרת שהשבת אתה שהדין עם שמעון ואין ראוב' נאמ' לומ' שטר מחילה הי"ל ואבד וכו' ומה שטוען שדר בו שני חזקה לא אמר כלום שאין דין שני חזקה אלא דזה אומ' לקחתי וזה אומ' לא מכרתי אלא יקיים זה שטרו וישבע כיון שאין משכונתו בידו ונעמיד הבית בידו תשובה כדין אמרת וכו' אלא מ"ש שצריך שבועה אין כן נר' אא"כ טען ראו' אשתבע לי דלא פרעתיך הא לא טען לא טענ' ליה וכו' ואע"פ שאין משכונתו בידו א"ץ כלו' דמ"מ שט"ח שבידו מודיע שלא נפרע וכל שלא נפרע זכות משכונתו קיים עכ"ל ונר' דס"ל דהלוהו על המשכונה ודר בו בתחלה ואח"כ יצא ודר בו המלוה ג' שנים מוכח שפרעו ואפי' לא א"ל השבע לי צריך לישבע והרשב"א השיבו דאפי' אין משכונתו בידו מ"מ שט"ח שבידו מוכח שלא נפרע וא"צ לישבע אא"ך טענו השבע לי אבל אם משכונתו בידו לכ"ע אפי' טענו השבע לי א"ץ לישבע ונ"פ מרן בסי' ק"ח סי"ב דאם הוה המלוה מוחזק במשכון גובה בלא שבועה לפיכך אם מת גם יורשיו גובי' ע"ש וא"כ ה"ה בחיי המלוה והלוה אפי' טענו השבע לי א"צ לישבע דאין חי':

כ' כתב הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן רכ"ז דפס"ד הוי כשטר שאין בו נאמנו' ואי טען הלוה פרעתי נשבע המלוה היסת וגובה חובו ע"ש ולא דק דאי לא טען השבע לי א"ץ לישבע כלל ואי טען השבע לי משביעי' אותו בנק"ח ולא היסת כמ"ש הטור וכ"כ הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרשב"א והר"ן ובעה"ת הובא בב"י ע"ש וכ"ד בעל העיטור בדיני חוב דס"ב ע"ש וז"ל מהר"י ן' מיגש בחי' לשבועות ששבועה כעין דאורייתא היא חדא דומיא דפוגם שטרו קאמר ועוד דהא נשבע ונוטל הוא ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם שבועת היסת בנשבע ונוטל וכולי וכ"כ הריטב"א בחי' שם וכ"כ הראב"ד בס' תמים דעים בסימן ס"ב ס"ג ע"ש ומ"ד דשבועה דרבנן היא יחיד בדבר ע"ש:

וראיתי לה' כנה"ג בהגה"ט אות י"ג שכ' דהמרדכי בפ"ק דבתרא גבי הקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך בתוך הזמן שכ' דאם הוציא שטר על חבירו ואמ' אשתבע לי דלא פרעתיך בזמנו שישבע שבועת היסת וכ"כ הג'"א אפשר דס"ל כדעת איכא מי"ד שהביא הרי"ף והרא"ש דס"ל דשבועה זו שבועת היסת היא אך ק"ל דשבועת היסת נתקנה ליפטר ולא להוציא וכו' ואפשר שלדעת מי שסובר דשבועת היסת הך שבו' היא אחר הפירעון וטוען

עליו הלוה שפרעו ב"פ ע"ש וליתא שהרי כ' הרי"ף והרא"ש איכא מ"ד שבו' דרבנן היא ואיכא מ"ד כעין שבו' דאורית' וכן מסתברא דומיא דפוגם שטרו והיינו מדאמרי' מה בין זה לפוגם שטרו וכו' וא"א זו שבועה דרבנן וזו שבועה דאורייתא כמ"ש הרשב"א והר"ן מכלל דאיכא מ"ד דס"ל דשבועה דרבנן היא אפילו קודם לפירעון ול"ד לפוגם שטרו דאי לאחר הפירעון פוגם שטרו נמי שבועת היסת היא:

ונראה דס"ל להג"א והמרדכי אע"ג דבשטר צריך לישב' בנק"ח כעין דאורייתא אם הוא בתוך זמנו מכח חזקה דאין אדם פורע א"צ אלא שבועת היסת וכ"כ בעה"ת שער י"ז ח"ב סימן ה' וז"ל זה שפסקנו שגובה בלא שבו' אם הוא בתוך הזמן מי אמרי' דוקא כי לא א"ל לוה להמלוה אשתבע לי אבל אי אמר ליה אשתבע לי משתבע היסת דלא עדיף מחזקה דגו זמניה לאפטורי מהיסת ואע"ג דאתיא תוך הזמן די לנו אם פיטרי' אותו משבועת המשנה כדין מפיק שטרא וכו' הרי דס"ל דאע"ג דבשטר אם א"ל השבע לי צריך לישבע כעין דאורייתא אם הוא בתוך זמנו אהני חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ליפטר משבועת המשנה וסגי בשבועת היסת וא"כ נר' שכ"ד הג"א והמרדכי וה' גד"ת שם פי' דברי בעה"ת דה"ד לאח' הפירעון דשבועת היסת דוקא ליפטר ולא להוציא ותמה על המרדכי והג"א עיין שם ואין נר' מדכ' בעה"ת די לנו אם פוטרין אותו משבו' המשנה כדין מפיק שטרא וכו' משמע אפי' קודם הפירעון דומיא דשטר דצריך שבועת המשנה קודם הפירעון דאי לאחר הפירעון בשטר נמי אם א"ל השבע לי א"צ אלא שבועת היסת וזה לשון בעה"ע בדיני חוב דס"ד ע"ד ומסתברא דינא בגו זמניה כמאן דנקט שטרא בידיה דמי ואי א"ל אשתבע לי משתב' ואיכא מ"ד שבו' היסת ואיכא מ"ד חרם ור"ח אמר רחיקא מילתא לדחויי משבו' דרבנן עכ"ל משמע דלסברא קמא נשבע בנק"ח אם א"ל אשתבע לי דלא פרעתיך כדין שטר והיינו קודם פירעון אבל איכא מ"ד ס"ל דאפילו קודם הפירעון א"צ אלא שבועת היסת דחזקה עדיפא ועיין בהש"ך סימן פ"ז סקל"א שכ' דכל שבועה שלא נזכרה במשנה בהדיא קרי לה הרמב"ם היסת וכ"כ בסי' פ"ט ע"ש וא"כ אפשר דגם המרדכי והג"א שכ' שישבע שבו' היסת משו' דלא נזכרה במשנה קרו לה שבועת היסת ואין חי' בין תו"ז לאח"ז:

כ"א דין ג' א"ל הביא מעותיו וכו' וה"ה כל הנשבעים ונוטלים יכולים לומר איני נשבע עד שיבוא ממוני ה' גד"ת ובודאי דה"ה מי שנתן מעות בשביל שיעשו לו מחילה ועכשיו טוען המוחל דלא הוי מחילה שיכול הנמחל לומ' תן לי מעותי תחלה ואח"כ ארד עמך לדין הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קט"ז ע"ש:

כ"ב כתב בתשו' הגאונים ח"ב שער ב' סימן ט"ז וז"ל מי שנתחייב לחבירו שבו' בב"ד יכול שיאמר לחבירו הביא ממון שלי ושים אותו לפני בית דין ולאחר שאשבע אטול ממון שלי וכו' ואי חייש אידך לפסידי' דנכסיה דילמא מזבין ולא משתבע יביא משכון ויניח בב"ד זיקנו ממנו ב"ד שאם נשבע זה ולא יתן מעותיו לאלתר ימכרו המשכון שבב"ד ויתנו לו וישבע לו עכ"ל וקצת ק' אמאי צריך שיקנו בב"ד על כך דקיימא לן בסימן ע"ג מי שיש בידו משכון מחבירו וכשהגיע הזמן א"ל צא ומוכרו והלך ומכרו ואחר כך בא הלוה לבטל המכר ואמר שלא כיון אלא לדחותו אין בדבריו כלום והמכר קיים וכ' מור"ם אבל כל זמן שלא מכרו יכול לחזור בו ולומר שלא ימכרנו ע"ש ואם כן ה"נ אם יכול לחזור אפילו בקנין יכול לחזו' כמבו' בתשו' הרשב"א שם אבל נר' דהכא אינו יכול לחזור כדקיימא לן בסימן כ"ב בא"ל השבע לי והפטר או אתן לך כל מה שתטעון אם נשבע כמו שא"ל אינו יכול לחזו' בו אפילו בלא קנין ע"ש וכה"ג קיימא לן בסי' קס"ו גבי כותל שנפל דאם א"ל פנה אותם ויהיו שלך אין שומעין לו ואם נתרצה בעל הגינה בכך ופנה אותם וחזר זה ואמ' תן לי אבני ואתן לך יציאותיך אין שומעין לו אבל כל זמן שלא פנה אותם לא עי"ש וה"נ אפילו בלא קנין חייב ומ"מ משמע דסגי במשכון וכן כתב הרא"ש בתשו' הביאה הטור בסימן צ"ג או יתן משכון וכו' וכתב הש"ך דנרא' לכאו' דה"ה הכא ואפשר דשאני התם כיון שאינו זוכה עד שישבע מצד הפוך וכו' אבל בתשו' הגאונים שכתבתי משמע דבכל מין שבועה הדין כן:

כ"ג ישבע הלוה שאין לו וכו' הטור כ' שהגאונים כ' שאין א' מהם נשבע וכו' וכן כתב בעה"ת שער ב' בשם תשו' לקמאי והש"ך כ' דבעה"ת אינו חולק על הרמב"ם אלא מילתא באפי נפשה קאמר מי שהוא מן הנשבעים ונוטלים וכו' ומיירי בשאר נשבעי' ונוטלים בלא שטר כגון נגזל ונחבל וחנוני על פנקסו דמן הדין אפילו בשבועה לא יטלו אלא שחכמים תיקנו שישבעו ויטלו מה שאין כן ביש בידו שטר מקויים שמדין תורה המלוה נוטל בלא שבועה אלא שחכמים תקנו שישבע וכי האי גוונא מחלקין בסימן צ"ב לענין חשוד וכן מהר"ם ריקאנטי סימן רע"ד כתב בשם רב אלפס כמו תשו' לקמאי ולא הביא שום חולק עי"ש ולפ"ז פוגם שטרו ועד אחד מעיד שהוא פרוע וכל אינך דתנן בפר' הכותב דמן הדין נוטלים בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם שלא יטלו אלא בשבועה אם און ללוה לשלם צריך הוא לישב' תחל' מה שאין כן הנך דתנן בפרק כל הנשבעין דמן הדין לא יטלו אפילו בשבו' אלא שחכמים הקילו עליהם ליטול בשבו' וכבר ה' ש"ך בסימן צ"ב כתב מחלוקת הרז"ה והרמב"ן והסכים עם הרז"ה דחנוני דינו מן התורה ליטול בלא שבוע' ע"ש ובסימן ק"ח ס"ק כ"ז ואם כן ה"נ צריך הלוה לישב'

שאין לו וכ"ש פועלים אבל אין נראה כן מדברי בעה"ת שטר נ"א ח"א סימן ו' שכתב וז"ל וכבר כ' בשער ב' דאי מפיק שטרא בלא נאמנות וטען פרוע הוא וכשבקש להשביעו בעל השטר טען ואמר יביא ממוני וכו' הדין עמו וכן הורה הרמב"ם וכן בררנו אם הלוה טוען שאין לו במה לפרוע מי נשבע תחילה וכו' משמע דאפילו בטענת שטר פרוע דמה"ד נוטל בלא שבועה אלא שחכמי' החמירו עליו לישבע אם אין ללוה לפרוע תלוי במחלוקת שכתב בשער ב' מי נשבע תחילה ומהר"ם ריקאנטי סי' רמ"ד שכ' נשב' ונוט' וכו' וכן הוא בתשו' הרי"ף סי' ס"א מי שנתחיי' שבועה שהוא נשבע ונוטל כגון אותם הנז' במשנה ושכנגדו אי' לו וכו' משמע דכל הנשבעים ונוטלים גם הנז' במשנ' בפרק הכותב וכן מצאתי למהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ד שכתב וז"ל ראובן הוציא על שמעון שטר מקויים וטען שמ' שהוא פרוע ותבע ממנו שישבע ראו' וכו' והוריתי שאין ראו' חייב לישבע אלא אחר שיביא לו שמעון מעותיו ואם שמ' טוען שאין לו ישבע ע"ז ולא תשאר שבועת שמעון שאין לו עד שישבע ראובן אלא אם לא היה מתחייב לו המעו' ההם אלא אחר שישבע ראובן כמו הפוגם שטרו וכיוצא בו שאז היה יכול הלוה לומר איני מחוייב לישבע שאין לי עד שיתברר חיוב הממון מעיקרו עלי בשבועת המלוה אבל כאן שהלוה הוא מתחיי' בממון מעיקרו לא וכולי לפי שהממון בחזקת קיום הוא מכח השטר שבידו דלא מרעי' ליה לשטרא בשום טענה הלא תראה שאפילו השבועה שהוא חייב בה אין אנחנו מחייבין אותו בה אלא אחר שאמר לו אשתבע לי וכו' עש"ב הרי מבואר דכל הנשבעי' ונוטלים כגון פוגם שטרו וכו' אף שמן הדין נוטלים בלא שבועה כיון דתקנת חכמים שצריך המלוה לישבע בלא טענ' יכול הלוה לעכב שבועתו שאין לו עד שיתברר חיוב הממון עליו בשבו' המלוה אבל בשטר מקויים שטוען הלוה פרעתי כיון דאין המלוה צריך לישבע אלא אם כן טען הלוה השבע לי הרי הממון בחזקת קיים על הלוה לכך צריך לישבע הוא תחלה שאין לו ואם כן נראה דהרמב"ם בשיטת רבו אמרה ודוקא בשטר שטוען עליו פרעתי קאמר וכן משמע מדברי הרמב"ם בפי"ד מה' מלוה והסמ"ג עשין צ"ד שכ' בתחילה הפוגם את שטרו או שעד אחד מעיד וכו' ואחר כך כ' מי שטוען שפרע השטר ואמר ישבע המלוה וכו' אם און לו כלום לשלם משביעין אותו וכו' ולא כ"כ על הפוגם וכו' משמע דוקא בטוען שפרע ואמר ישבע לי וכו' דשבוע' זו קילא דאינה אלא בטענת הלוה בחזקת חייב וצריך הוא לישבע תחלה שאון לו ליפטר מה שאין כן פוגם שטרו וכו' דחייב שבועה בבית דין הרי לא נתברר חיוב הממון על הלוה אלא עד אחר שישבע המלוה והרב גד"ת בשער ב' סימן יו"ד ד"ל דקדק דס"ל דפוגם שטרו וכו' אין יד המלוה יכול לעכב שבועתו עד שיביא הלוה המעות ע"ש ולא מסתבר

כן וכן מבואר בתשו' מהר"י ן' מיגש דבכל הנשבעי' ונוטלי' המלוה יכול לעכב שבועתו עד שיביא הממון אלא דאם טען הלוה שאין לו מה לפרוע אין מחייבין אותו לישבע עד אחר שישבע המלוה ואם כן מסתמא הרמב"ם סובר כמהר"י ן' מיגש וכן הרי"ף בתשו' שכתב הנשבעים וניטלים כגון אותם הנזכרים וכו' דוקא הנז' במשנה שחייבים שבועה בבית דין אבל בשבועה דר"פ שלא נזכר במשנה מודה שאין המלוה חייב לישבע עד שישבע הלוה תחלה כדברי מהר"י ן' מיגש והרמב"ם תלמידיו:

כ"ד וכשתגיע ידו וכו' דאפי' נשבע בשעה שתבעו שאין לו כלום וכן האמת שלא היה לו ונשבע ואח"ך קנה נכסים גובה מהם וזה דבר ברור והא דאמרי' בפ' הגוזל ולקח בעליו ולא ישלם כיון שלקח בעליו שבוע' לא ישלם ה"ד בפקדון שנשבע הנפקד שנגנב ואח"ך נמצא שהוא גנבו אבל במלוה לא דכל מה שקנה או שהקנה הוא משועבד לו דגם בההיא לית הילכתא כרב הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ח"ן ע"ש:

כ"ה דין ו' אבל אם תפס וכו' עיין בב"י והסמ"ע וכ' הש"ך שנעלם מהם מ"ש הרא"ש בפ' ח"ה דאין מוציאין מידו דלא נחתי' לנכסיה אלא משמתי' ליה וכו' ודברי הטור סי' ק"ח מהרא"ש ע"ש וכן הוכיח מהרח"ש בתש' ח"ג סי' ס"ב מדברי הרא"ש בפ' הכותב דבכל הנשבעי' ונוטלי' אם תפס ולא רצה לישבע אין מוציאין מידו אלא משמתי' ליה אבל ת"ח שבקי' ליה עש"ב וכבר כ' הסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק ט"ז דהכא כיון דמן הדין. גובה בלא שבועה בשט"ח שבידו מכח חזקה דשטרך במ"ב אלא שחכמים הצריכו שבועה כשטען הלוה השבע לי כדי לפייס דעתו דלוה כשבא להוציא ממנו אבל זה שכבר תפס העמיד על דינו ונר' דכאן שבא להוציא מיורשי' החמירו ע"ש ולכאור' נר' דהכא מהני תפיסה כיון דמ"ה נוטל בלא שבועה בשט"ח שבידו אלא שחכמים החמירו עליו לישבע אם טענו הלוה השבע לי אבל כשבא להוציא מיורשים אע"ג דמ"ה נוטל בלא שבועה כיון שחכמים החמירו עליו לישבע בב"ד בלא טענה החמירו א"כ ה"ה בפוגם שטרו וע"א מעיד שהוא פרוע אע"ג דמ"ה נוטל בלא שבועה כיון דהחמירו עליו חכמים לישבע בב"ד בלא טענה אם תפס ולא רצה לישבע משמתי' ליה דבפ' הכותב מני הפוגם שטרו וע"א מעיד שהוא פרוע והנפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבועה דכולהו מ"ה נוטלי' בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם לישבע כיון דהנפרע מנכסי יתומי' אם תפס ולא רצה לישבע משמתי' ליה ה"ה הנך וק"ו הוא אם תפס מיורשים שטוענים שמא החמירו עליו וכ"ש פוגם שטרו וע"א מעיד שהוא פרוע דהלה טוען בריא וכה"ג כ' הרשב"א במיוחסו' סי' כ"ב ומהריק"ו שרש ק"ם ע"ש וא"כ דוקא הכא דא"צ לישבע אא"כ טען הלוה השבע לי אם תפס ולא רנה לישבע לא משמתי' ליה וכה"ג חי' מהר"י ן'

מיגש בתשו' סי' ס"ד דבטוען פרעתי ואין לו לשלם אין לעכב שבועתו אבל בפוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלי' שצריך המלוה לישבע בב"ד בלא טענה אין הלוה חייב ממון אלא אחר שישבע המלוה יכול לעכב שבועתו שאין לו עד שיתברר חיוב הממון עליו ע"ש וה"נ דכוותה:

אבל מדברי הסמ"ע בסי' פ"ז סקכ"ב משמע בהדיא דכל הנשבעי' ונוטלי' אם תפסו ולא רצו לישבע אין מנדין אותם ע"ש וא"כ נר' דדוקא בבא להוציא מיתומי' החמירו וכה"ג כ' הטור בסי' צ"ב החשוד על השבו' ומוציא שטר על היתומי' כיון שאין נפרעי' מהיתומי' אלא בשבוע' והוא אינו יכול לישב' יפסיד כמו מת לוה בחיי מלוה וכ' הב"ח דנ"ל דצריך ראיה למ"ד דבפוגם שטרו אם הוא חשוד נוטל בלא שבוע' כיון שהשטר מקויים בידו א"כ ה"נ כיון ששטר מקויים בידו הול"ל יטול בלא שבועה לזה הביא ראיה מדין מת לוה בחיי מלוה וכו' ע"ש הרי אע"ג דבפוגם שטרו חשוד נוטל מן הלוה בלא שבועה מ"מ כשבא ליפרע מהיתומי' הקילו עליה וכ"כ הפרישה שם אבל ראיתי להריב"ש סי' ק"א שכ' וז"ל ועוד שאפי' לא היה לו נאמנות ונאמ' שהיא חשודה ולא תוכל לישבע לא תפסיד כתו' וכו' שאין היורשי' שכנגדה יכולי' לטעון אותה טענת ודאי אלא טענת ספק ובידה שטר מקויים ואין שכנגדה יכול לישבע וליפטר משבועה המכחישתו בבריא וכ"כ הרמב"ם בפ"ב מה' טוען שאם היה חשוד מן הנשבעי' בטענת ספק וכו' ונר' מדבריו אפי' בנשבעי' ונוטלי' וכו' ע"ש הרי דס"ל דגם הרמב"ם לא ס"ל דפוגם שטרו כשהוא חשוד מפסיד אלא משו' דהנתבע טוען בריא ולכך נשבע ונפטר אבל היורשי' שטוענ' שמא ואין יכולי' לישבע נוטל מהם התובע בלא שבועה: ונראה דס"ל דאע"ג דטוענ' ליורשי' מה שהיה אביהם טוען והנפרע מכנסי יתומי' לא יפרע אלא בשבועה. מה"ט דטוענ' להם שמא פרע אלמא חשבי' לה טענת בריא דאל"כ הא אין נשבעין על טענת שמא ה"ד לחייבו שבועה דבקל רמו רבנן שבועה כמ"ש מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ן' ע"ש אבל כשהוא חשוד שאינו יכול לישבע אין טוענין ליורשי' להפסידו למלוה שיש בידו שטר מקויים כמ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא גבי עד א' מסייע וז"ל וי"מ מדאמרי שומר שמסר לשומר חייב דא"ל האיך לא מהימן לי בשבועה ואמאי חייב יפטרנו שומר שני בעדותו משבועה שהוא חייב ולק"מ דחיוב הא' בשביל שאינו יכול לישבע הוא וכו' ואין עד א' פוטר מחיוב ממון ע"ש הרי אע"ג דעד א' פוטר משבועה אם חייב ממון מחמת שאינו יכול לישבע מקרי ממון ואין עד א' פוטרו וה"נ אין טוענים ליורשים אלא לחייבו שבועה אבל גבי חשוד שאינו יכול לישבע אין טוענ' ליורשים להפסידו ממון וכ"כ הרא"ש בריש בתרא דחשש פירעון אינו מספיק אלא לענין שבועה ולא לדחות

הפירעון עד שיגדלו וכו' ע"ש וכ"ש לדחות הפירעון לגמרי ואע"ג דקי"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מהיתומי' משו' דטעני' להו שמא פרע ה"ד במלוה ע"פ שלא להוציא מהם אבל להוציא השטר ולקורעו לא וכה"ג כ' הש"ך סי' כ"ח ס"ק כ"ט ע"ש וא"ת דבר"פ האשה שנתארמלה דאמרי' דלא אמר ר"ג דהיא מהימנא לומר משארסתני נאנסתי אלא בבריא ושמא אבל הכא דברי וברי לא וכ' הרא"ש ואלמנה נמי חשיבא טענת היורשי' טענת ברי כיון דטעי' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וכו' וכן בירוש' שם בעי תינח נתגרשה נתארמלה מי עורר היורשי' וכולי ופי' שיטה ישנה בס' א"ז שם ניחא נתגרשה שלא יוכל לטעון אלמנה נשאתיך בברי אבל נתאלמנה מי יאמר בברי דאלמנה נשאת ומשני היורשים וכו' כלומ' אנו נטעון בשבילם וכו' כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון טעין כברי חשבי' ליה וכ"כ הריטב"א ע"ש אלמא טועני' ליורשי' נגד שטר כתובה וחשבי' לה בברי י"ל דהתם ספק בחיוב אבל הכא דודאי חייב בפירעון אין טועני' מיורשי' נגד השטר וכה"ג כ' בס' א"ז לכתו' סוף דף ט' וז"ל ועוד כ' הרשב"א וא"ת כיון דאילו אינה מכחיש' מהימנה וגבי' כתובה השתא נמי מהימנ' משום מגו א"ל מגו לאפוקי ממונא במקו' ברי וברי לא אמרי' ואע"ג דאיכא שטר כתובה לאפוקי ממונא הוא ול"ד לההיא דאמרי' בפש"ה וכו' מגו דאי בעי אמר להד"מ כי א"ל שטראי נינהו מהימן דאלמא כל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבי' ליה דהא ליתא דהתם היינו משו' דההוא שטרא שעת הכושר הו"ל אבל הכא א"א דזינתה תחתיו שטרא כמאן דליתיה דמי דלא חל שעבודא בשטרא כלל וכו' ע"ש הרי אע"ג דלא אמרי' מגו להוציא ממון במקום שטר אמרי' מגו דכל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבי' ליה וה"ד בשטר שהי"ל שעת הכושר דחל שעבודי' וס' בפירעון אבל הכא דס' זינתה תחתיו שטר כמאן דליתיה דמי ולא אמרי' מגו להוציא ממון וה"נ כיון שהשטר כמאן דליתיה טועני' בשביל היורשי' שלא להוציא מהם אבל בשטר דחל שעבודו אין טועני' בשביל היורשי' שמא פרע לבטל שטרא הוא ואין טועני' להם אלא להשביע למלוה אבל כשהוא חשוד דאינו יכול לישבע אינו מפסיד מס' וא"כ נר' דלאפוקי זה כ' הטור דאפי' לגבי יורש התובע יפסיד אבל למ"ד בפוגם שטרו אפי' חשוד נוטל מן הלוה כ"ש דנוטל מן היורשי' וכה"ג כ' הרשב"א במיוחסות סי' כ"ב גבי כת"י דלמ"ד דאינו נאמן לומ' פרעתי כ"ש דגובה מן היורשי' שטועני' שמא ע"ש:

ומ"מ נראה דהרא"ש בפרק ח"ה מיירי בבא ליפרע נכסי יתומים דחייב שבועה בבית דין בלא טענה אבל בטען הלוה פרוע דאין צריך המלוה לישב' אלא אם כן טענו השבע לי אפשר דאם תפס ולא רצה לישבע אין מנדין אותו וזה מוכרח שהרי הוכיח הרא"ש והנ"י

שם מעובדא דרבה בר שרשום וז"ל שגם לאחר שאכל הפירות צריך לפטור עצמו במגו דא"ב אמר לקוחה היא בידי ואלמלא מטעם המגו היה נשבע גם לאחר שאכל הפירות ואף על פי ששטרו בידו ושמעי' מיהא הא דאמרי' הבא ליפרע מנכסי היתומים לא יפרע אלא בשבועה אם נטל שלא בשבו' מחייבי' ליה ומשמתי' ליה עד דמשתבע וכו' והא קיימא לן דת"ח אם תפס אין מוציאין מידו ואין צריך לישבע א"ו דשבועה דהבא ליפרע מנכסי היתומים אין חי' בין ת"ח לאחר אבל בטען הלוה פרעתי ותפס המלוה ולא רצה לישבע אפשר דאין חי' בין ת"ח לאחר לענין דאין מנדין אותו אלא בת"ח אין אומרים לו חייב אתה לישבע מה שאין כן אחר:

כ"ו כתב הט"ז נראה לי ברור דהא דמהני תפיסה בלא שבועה היינו משבועת המשנה שהיא חמורה אבל לאחר הפירעון יכול להשביעו היסת אפילו לת"ח ע"ש וכן במלוה ע"פ והיה המלוה ת"ח וטען שפרע צריך לישבע היסת ונ"ל ראיה מדברי התוס' בפרק ח"ה גבי רבה ב"ש דאמרינן מגו דא"ב אמר לקוחה היא בידי כתבו התוספ' וז"ל תימא מאי דעתיה דרב"ש דאפילו כי טען לקוחה היא בידי שבועת היסת לעולם צריך וכו' וי"ל דאין נשבעין שבועת היסת אלא היכא דטען בריא וכולי וכן כתב הרא"ש עיי"ש וא"א אם טען לקוחה היא בידי ת"ח מוחזק א"כ אין צריך לישבע היסת אלא ודאי דשבו' היסת אין חי' בין ת"ח לאחר ויש להסתפק בפוגם שטרו ועד אחד מעיד שהוא פרוע וכל הנשבעין ונוטלין אם היה ת"ח אם משביעין אותו דאפשר דדוקא שבו' דקיימא לן דאין בית דין פותחין אלא אם טען הלוה השבע לי אין משביעין לת"ח ואפשר דגם בפוגם שטרו וע"א מעיד שהוא פרוע דמן התורה המלוה נוטל בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליה לישבע אין משביעין לת"ח אבל כל הנשבעין ונוטלין דמדינא לא יטלו בשבו' אלא שחכמים הקילו עליהם ליטו' בשבו' אין חי' בין ת"ח לאחר וכי האי גוונא כ' הטור בסימן צ"ב בשם הרמ"ה ע"ש ובפ' ש"ה דאמרי' מה בין זה לפוגם שטרו התם אף על גב דלא טעין טעני' ליה הכא א"ל זיל שלם ואי טען אישתבע לי צריך לישבע ואי צורב' מרבנן הוא לא משבעי' ליה עש"ב נר' דה"ק התם אפי' בלא טענה צריך לישבע ואין חילוק בין ת"ח לאחר אבל הכא אין צריך לישבע אלא אם כן טען השבע לי ומה"ט אם היה ת"ח אין צריך לישבע וכ"נ מדברי בעל העיטו' בדיני חוב:

ז"ך אם הלוה ת"ח ואמר פרעתי דינו כשאר כל אדם דאם לא אמר ליה השבע לי גובה המלוה בלא שבו' כן כתב המרדכי בשם ראב"ן הביאו הב"ח עיין שם והרמב"ם בפי"ד מה' מלוה כתב וז"ל טען הלוה ואמ' ישבע שלא פרעתיו ויטול משביעין אותו בנקיטת חפץ שלא פרע כלום או שלא פרעו כך וכך וכו' וכתב הר' לח"מ היינו בפוגם את שטרו

וק' שהרי כ' דין זה לעיל דאפילו לא טען טעני' ליה וי"ל דאתא לומר אפילו בדין פוגם אם המלוה ת"ח אין נזקקין לשבועתו אבל אין נרא' כן מדברי הטור דבדין הפוגם לא חי' בין ת"ח לאחר ובדין גביית מלוה חי' בין ת"ח לאחר עי"ש ואפשר לומר לפי מה שכ' מרן בסימן פ"ד דאם הוא כתוך זמן אף ע"פ שפגם שטרו יפרע שלא בשבוע' אלא אם כן טען הלוה ישבע לי וכתב הסמ"ע דסבירא ליה כיון דפוגם שטרו או דאיכא ע"א מהני ליה אפילו בתוך זמן דאם א"ל השבע לי דצריך שבו' וצ"ע מנ"ל הא ואפשר דמה שכ' הרמב"ם או שלא פרעו כך וכך וכו' מיירי כגון שהוא בתוך זמן אע"פ שפגם שטרו אין צריך שבוע' ולא מהני ליה אלא אם טען הלוה השבע לי דצריך לישבע ואם כן א"ל דדוק' בשבו' דאינה אלא בטענה אם המלוה ת"ח אין נזקקים לשבועתו אבל פוגם שטרו דבעלמא משביעין אותו בלא טענה אימא דאין חילוק בין ת"ח לאינו ת"ח וכן במלוה ע"פ אם הלוה ת"ח וטען פרעתי משביעין אותו:

והרב פני יהושע בתשו' סימן ו' כתב דהנפרע מנכסי יתומים אפילו ת"ח לא יפרע אלא בשבו' וראיה מדאמרינן בפרק ח"ה גבי רבה בר שרשום אכבשיה לשטר משכנתא ואכלו שיעור זוזי במגו וכו' וכתב הרא"ש והנ"י שם דגם לאחר שאכל הפירות צריך לפטור עצמו במגו דבלא מגו חייב לישבע אשמעינן מהא הא דאמור רבנן הנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה אם נטו שלא בשבועה מחייבי' ליה לישבע ומשמתי' ליה עד דמשתבע וכו' וא"א הא קי"ל דת"ח אם תפס אין מוציאין מידו וא"צ לישבע א"ו דבשבועת היתומי' אין חי' בין ת"ח לאחר ע"ש וכן שמעי' מינה דאם הלוה ת"ח וטען שפרע במלוה ע"פ צריך לישבע היסת שהרי התוס' והרא"ש שם הקשו דמאי דעתיה דרבה בר שרשום דאפי' אי טען לקוחה היא בידי שבועת היסת לעולם במי וכו' ע"ש וא"א דאם טען לקוחה היא בידי שהוא מוחזק בה א"צ שבועת היסת בת"ח א"ו בשבועת היסת נמי אין חי' בין ת"ח לאחר ושוב מצאתי למהר"ם ריקאנטי סי' רס"ג שכ' י"א שת"ח אינו נשבע היסת ורב אלפס הישב דנשבע ע"ש מיהו בסי' רפ"ב כ' דא"ד במלוה שהוציא שט"ח דריא"ז כ' אם התובע ת"ח לא אמרי' ליה לישבע ורב אלפס כ' דנשבע ע"ש:

כ"ח דין ח' אם מת המלוה וכו' והלוה טוען שהוא פרוע וכו' נר' דאפי' מת הלוה אח"כ נשבעי' יורשי המלוה שבועת היורשי' ונוטלי' מיורשי הלוה דלא אמרי' אמש"ל כשמת לוה תחילה דלא היה המלוה נוטל מיורשי הלוה אלא בשבוע' ב"ד וכן מבואר בא"ה פי' צ"ו באשה שנתגרשה ומתה דיורשיה נשבעין ונוטלין אפי' מיורשי הבעל אם מת אחריה ע"ש אבל אם אחר שנתגרשה מת הבעל תחילה ואח"ך מתה היא אין יורשי' נוטלין משום דבחייה היתה חייבת שבועת ב"ד כדין כל הבא ליפרע מנכסי היתומי'

דחיישי' שמא פרעה לאחר הגירושין כמבוא' בתשו' הרשב"א סי' אלף וצ"ג ובתשו' ח"ג סימן ט"ל ע"ש אבל אם מתה היא תחילה יורשי' נוטלין בשבועה משום דאפילו בחייה אם טען הבעל שפרע אחר הגירושין אין צריך שבועת ב"ד אלא אם טען הבעל השב' לי ולא אמרינן אין אמש"ל אלא דוקא כשהיה חייב שבו' ב"ד בלא טענה וכן כתב הט"ז בא"ה שם ונדחק בדברי רש"י בפרק כל הנשבעין שכתב משו' דיש לו ממון עליו בלא שבו' שהרי פטרה מן השבו' וכו' ע"ש ונר' דרש"י למאי דס"ד אבל למאי דמסקינן הבו דלא לוסיף עלה והפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעים ונוטלים ע"ש הכא נמי אפי' בלא נאמנות אם מת המלוה תחילה אף על גב דהיה חייב שבועה:

כ"ט נשבעין שבועת היורשים ונוטלין כ' הרשב"א בתשו' ח"ב סימן של"ה יורש שהוציא שטר חוב שירש מאביו וטען הלוה פרוע הוא והיורש טוען איני יודע גובה הוא בלא שבועה אלא שאם בא ליפרע מיתמי הלוה אחר שמת המלוה צריך לישבע שבו' היורשי' וכו' משמע לכאורה דסביר"ל כדעת י"א שכתב הטור כיון ששבו' זו קילא שהרי אין פותחין בה אם לא שישאל הלוה לפיכך נוטל בלא שבו' ובתשובו' ח"ד סימן קס"ה בלוקח שטר חוב מגוי כתב וז"ל ואין לוקח זה כאומר איני יודע אם הלויתיך אם נתחייבת לי כיון ששטרו בידו חזקה דלא פרעו דאם כן שטרו ביד מלוה מ"ב ואין אתה אומר כן אף היורשים לא יגבו שטר חוב שהניח להם אביהם שיטען הלוה פרעתי את אביכם והיורשים אין להם טענת בריא וחזרו להיות איני יודע אם הלויתיך וכו' ע"ש:

ל'

נראה דאם היורשי' הם קטנים ואין ראוים לישבע והלוה אומ' פרעתי צריך שיפרע ואם אמר ישבעו לי שבועת היורשים שלא פקדנו אבא א"צ להמתין עד אשר יגדלו וישבעו ויקחו הרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סימן קצ"ד ע"ש ועיין בסימן ע"ב סל"ה ובהש"ך שם ס"ק קע"ד:

ל"א כתב הטור דרב שר שלום ס"ל דנשבע הלוה ונפטר וכ' מהרש"ך ח"ב סי' רל"ו דבעה"ת כ' דלא מסתבר כרב שר שלום דטענת שטרך בידי מאי בעי טענה אלימתא היא מיהו מדברי הגמי"י בפי"ד מה' מלוה נר' דהך טענה דשטרך במ"ב לא הוי טענה אלימת' לענין הלואה אלא לענין פקדון שכ' גבי טען הלוה ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ויטול משביעין אותו וכו' וז"ל ואע"ג דגבי מפקיד אצל חבירו בשטר שייך למימר שטרך במ"ב כדאמרי' בפ' המוכר את הבית ה"ד גבי פקדון אבל גבי מלוה א"ל דילמא אפשיטי דספרא וכו' הנה ק"ל דלמה משביעי' את המלוה כיון שהשטר בידו ויכו' לומ' שטרך בידי מ"ב וניחא ליה דלא מהני טענת שטרך בידי מ"ב אלא גבי מפקיד ע"ש ולפ"ז במפקיד אצל

חבירו בשטר מודה רב שר שלום דאם מת המפקיד נשבעים היורשים שבועת היורשי' ונוטלי' וזה דעת ריב"א שכ' התו' בשבועו' סוף דמ"ה וזה ל' בשטר צריך להחזיר לו בעדים תימא דליהמניה בשבועה במגו דאי בעי אמ' נאנסו כדמוכח בסוף פ' המוכר את הבית וכו' ותי' ר"ת דה"ק צריך להחזיר לו בעדים אם רוצה ליפטר בלא שבועה וריב"א מפרש דהכא צריך להחזיר לו בעדים משום דשטרך בידי מ"ב אבל התם איירי בעיסקא דפלגא מלוה א"ל דאפשיטי דספרא זייר ליה עכ"ל א"כ לדעת ריב"א המפקיד אצל חבירו בשטר אין הנפקד נאמן לו' החזרתי במגו והמפקיד נוטל בלא שבועה אפי' טוען הנפקד השבע לי שלא החזרתי לך דהא קי"ל כר"ל דאם תבעו בתו"ז גובה אפי' מהיתומים בלא שבו' מכח חזק' דאין אדם פורע בתו"ז ואם תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתוה"ז מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה וקי"ל קולא לנתבע כמבו' בסי' מ"ח ע"ש הרי דאף דלא מהני לענין מגו אהני לענין שבו' דגובה בלא שבו' א"כ הכא בטענת דשטרך בידי מ"ב דמהניא אפי' במקו' מגו כ"ש דמהניא לענין שבו' דלא משבעי' ליה וכבר כ' הר' גד"ת הביאו הכנה"ג בכללי המגו אות ק"ע דלא אמרי' מגו לחייב שבו' כמו דלא אמרי' מגו לפטו' מן השבוע' וכ"כ ה' בית שמואל בא"ה סי' צ"ו סק"ח ע"ש וא"כ ה"נ מפקיד בשטר כיון דלא מהני מגו לפטור מממון ה"נ לא מהני לחייב שבו' והמפקיד גובה בלא שבו' אבל הרמב"ם בפ"ב מה' שכירות פסק דאם הפקי' בשטר נאמ' לומר החזרתי במגו ונשבע בנק"ח בד"א כשהיה השומר יכול לטעון נאנסו וכו' אבל אם היה חייב להביא ראיה על טענתו אינו נאמ' לומר החזרתי אלא ישבע בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם וכתב הראב"ד והוא דא"ל אשתבע לי שלא החזרתי לך וכו' ע"ש במ"מ וכ"כ הטור בסי' רצ"ו ע"ש א"כ אין חילוק בין מלוה לפקדון דכי דאיכא מגו נאמן הלוה והנפקד וכי ליכא מגו יטול המלוה ומפקיד בשבועה ולא מהני טענת שטרך בידי מ"ב לפטור אותו משבועה ונראה דרב שר שלום ס"ל כיון דטענת שטרך בידי מ"ב לא מהניא לפטור המלוה בשבוע' א"כ אם מת המלוה ולא נשבע נשבע הלוה ומפטר וה"ה לגבי פקדון כי ליכא מגו ומת המפקיד ולא נשבע נשבע הנפקד שהחזירו ונפטר כמו במלוה וכ' מהראנ"ח סימן ק"ט דמשמע דמיירי בדלא טען הלוה למלוה בחייו השבע לי אלא אחר שמת המלוה טען ליורשיו פרעתי לאביכם השבעו לי והכנה"ג תמה על מהרש"ך שהבין הטעם דאין אדם מוריש שבו' לבניו עש"ב ונעלם מהם דברי בה"ג דק"ה ע"ד וז"ל יתומי' שהוציאו שט"ח על אחרי' וא"ל ליתומים פרוע הוא אפי' צוה אביהם שאינו פרוע והם אומרי' פרוע נשבעי' שפרוע הוא דכיון דהילכתא כר"פ דאמ' וכו' אמרי' למלוה אשתבע השתא דליתיה למלוה למשבע יתמי לא מצו למשתבע דאין אדם מש"ל ולכך

משתבע לוה ואם רצה לוה משתבעי יתמי וכן הלכה עכ"ל הרי שכ' הטעם דאין אמש"ל ולכך אפי' צוה המלוה בשעת מיתה שאינו פרוע נשבע הלוה שפרע ונפטר משמע אפי' לא טען הלוה למלוה בחייו השבע לי וכן מצאתי למהר"ם בתשו' סי' ת"ן וסי' תשנ"א שכ' דר"ת הגיה על דברי בה"ג דלאו דינא הכי דהא אין מחוייב להם אביהם שבו' עד שיעמוד בדין ויתבענו לוה דהא דאמרי' דאין אמש"ל אינה אלא שבו' שנתחייב להם אביהם בשעת מיתה כדמוכח בפ' כל הנשבעין אבל זו לא נתחייב לא הוא ולא יורשיו אא"כ טען אשתבע לי דלא פרעתי ועוד דמודה ר"פ בפוגם שטרו עכ"ל וכן נר' מדברי הרב משפט צדק ח"ב סי' ע"ג מוכח בהדיא דלא משום דאין אמש"ל סובר רב שלום דנשבע הלוה ונפטר וכן כתב הר' ב"ח ומהראנ"ח ומהרש"ך

ומה שהק' מהרש"ך דא"כ יתומי' מן היתומי' למה יפרעו בשבועה נטעון ליורשי הלוה פרוע כבר תי' ה' פני משה ח"א סי' י"ג דמילתא דלא שכיחא דפרע והניח השטר ביד המלוה דשטרך בידי מ"ב ודוקא אם טען הלוה בעצמו נאמן אבל אנן לא טענינ' ליורשי' דומיא דנאנסו ע"ש וכן תי' הכנה"ג ע"ש וז"ל בעל העיטור דנ"א ע"ב גבי שטר כוס וקשה לרבוותא למאי דס"ד השתא כ"ע לא מ"ל שטרך בידי מ"ב מ"ט דמ"ד נשבע וגובה כולו נימא כי היכי דאבוהון מצי טעין נאנסו ולא מצי למימר שטרך בידי מ"ב ה"נ נטעון ליתמי וליפטרו וכולי ומסתמא אע"ג דטוענינ' ליורשי' דוקא לאוקומי אחזק' בידייהו ולא לאפוקי שטרא וא"נ במידי דקאי לפירעון כגון החזרתי לך וכגון מלוה ע"פ וכו' ור' יעקב אמר דנאנסו לא שכיח וקלא אית להו ולא טענינ' ליתמי מידי דמחזי כשקרא ולא נ"ל וכו' ע"ש מבואר דס"ל דאפי' טענה דלא שכיחא טענינ' להו אלא דה"ד לאקומי החזקה בידייהו אבל לאפוקי שטרא לא אפשר דהכי ס"ל לה' ש"ש דלא טענינ' ליורשי הלוה פרוע להוציא השטר מיורשי המלוה והפ"מ שם כ' דבעל העיטור ס"ל כרב ש"ש וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' רל"ו וה' משפט צדק סי' ע"ג ע"ש כנראה מדברי ה"ה בפי"ז מה' מלוה ע"ש ובאמת דבעל העיטור בדיני חוב דס"ב הביא תשו' רב ש"ש ור"ש קיירא וכ' ומסתברא בס"פ וכן היתומים וכו' ולא אוקמ' כדס"ד אבל הרואה דברי בעל העיטור בדיני חוב דס"ב סיים וז"ל אלא דתשו' רב אלפס אמר כל זמן שתבעו היתומי' לאחד שטר וטען פרוע הוא נשבעים שבועת היורשים וכו' משמע דסב"ל הכי וכן כתב בדס"ג ר' האיי כתב בתשוב' שאין לסמוך על רב ש"ש ור"ש קיירא דאמ' כסברא קמא ע"ש והר' גד"ת תירץ דהלוה עצמו יכול לטעון פרעתי בברי נגד יתמי המלוה אבל אנן לא טענינ' ליתמי הלוה מה שהוא חובה ליתמי המלוה והוא בספק נגד השטר שבידם וזה לדעת בעל העיטור שכתב הטור בסימן ק"ח דאין טוענינ' ליורשים לחוב ליורש אחר אבל הראב"ד סובר דלעולם

טוענים להחזיק הממון עי"ש ונראה דגם הראב"ד דס"ל, בטענה ליורשי הלוה ה"ד לענין דאין גובי' יורשי המלוה אלא בשבו' אבל להפסיד יורשי המלוה לגמרי אפ' דמודה דאין טוענים ליורש להפסיד ליורש אחר דגבי שבו' בקל רמיא שבועה כמו שכ' מהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סו' ג' ע"ש וכה"ג כתב מהרימ"ט סימן מ' וסי' קכ"ג עיין שם ועיין בהש"ך סימן ע"ה סקכ"ב וכן מצאתי להפרישה סימן ק"ח שכתב דאפילו במלוה על פה אפשר דהראב"ד מודה דאין טוענים ליורש להפסיד יורש אחר ע"ש וכ"ש במלוה בשטר והרב כנה"ג עצמו סי' ס"ו הגב"י אות ל"ו כ' כעין זה וז"ל דבשלמא כשהלוה בחיים וטען פרעתי למלוה מהימני' ליה אבל כשמת לוה נהי דאנן טענינן ליתמי בין להצריך שבועה ללוקח ולמוכר אבל לא לענין שאם מת המלוה אחר כך יאבד הלוקח מעותיו מת לוה בחיי מלוה וכו' כיון דלא שכיחא שיפרע למלוה אחר מכירת השט' דומי' דשטר כיס היוצא על היתומים דלא טענינן נאנסו משום דלא שכיחא מיהו בשטר כיס היוצא על היתומים לא טעני' להו הכי אפילו להצריך שבוע' למלוה משום דלא שכיחא כלל אבל הכא דשכיח ולא שכיח לענין להצריך שבועה למלוה טעני' אבל לא לענין שיכנס בסוג מת לוה בחיי מלוה וכו' ע"ש וגם לתי' הרב דמלתא דלא שכיחא היא ולא טעני' להו דומיא דנאנסו צ"ל כן שהרי הטור סבירא ליה דלא טענינן להו נאנסו ואפילו הכי הסכים עם הראב"ד דטענינן להו פרוע אף על גב דלא שכיח אלא דגבי שבו' שאני דבקל רמי' שבועה אפילו בטענה דלא שכיחא וכן כתב הרא"ש בריש בתרא סימן ט' וז"ל ולהכי נמי אמרינן טעמא משו' צררי ולא משום פירעון דחשש פירעון אינו מספיק דלא לענין שבו' ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו משום דא"א דפרע אבוהון מהדר ליה שטרא ולא חיישינן שמא יבואו עדים שפרעו והניח השטר בידו דמלתא דלא שכיחא היא עיי"ש אלמא דלא טענינן להו טענה דלא שכיחא לדחות הפירעון וטועני' לענין שבועה מיהו קשה על הרב דאי מלתא דלא שכיחא היא לפרוע אדם חובו והניח השטר ביד המלוה דומיא דנאנסו אמאי בנאנסו לא מצרכי' שבו' למלוה והכא לא יפרעו אלא בשבו' ואפילו נימא דשכיח' ולא שכיחא היא ולכך צריך שבועה מה שאין כן בנאנסו דלא שכיח כלל אין צריך שבו' אכתי היכי אמר דאם מת לוה ואחר כך מת מלוה אין אדם מוריש שבו' לבניו והא במלתא דשכיחא ולא שכיחא לא אמרינן אין אדם מש"ל ודוחק לומר דלא אמרינן התם כן אלא כשטען הלוה בחייו פרעתיך דהוי טענת בריא גם מ"ש דנאנסו לא טעני' אפינו להצריך שבוע' למלוה משום דלא שכיח כלל ליתא דהא אין נוטל בלא שבוע' משום דלא אמרינן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה אלא דוקא במלוה דלהוצאה ניתנה מה שאין כן בפקדון שהוא בעין ברשות' קאי כמ"ש ה' בסימן ק"ח אות

נ"ו עיי"ש ואם אין העסק בעין ולא שייך טענת החזרתי ודאי דצרי' שבועה כמו למ"ד נשבע וגובה הכל ואם כן אפילו לא שכיח כלל שיפרע למלוה אחר מכירת השטר וכן לפרוע ולהניח השטר ביד המלוה צריך שבו' דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ומדברי הרמב"ם בפי"ט מה' אישות דין י"ב וז"ל אין הבנים יורשים כתובת אמן וכו' אבל אם אין שם שטר כתובה אין לה כלום שמא מחלה אמן כתובתה וכו' עיין שם אין ראוה דסבירא ליה דטוענים ליורשים להפסיד יורשים אחרים דא"ל דכתובה שאני דתקנתא דרבנן היא: ל"ב וי"א שהמלוה נוטל בלא שבועה והכי מסתברא וכן הכריע הטור ובא"ה סי' צ"ו ס' י"ב כ' הטור ומרן באלמנה חשודה שכנגדה נשבע ונפט' והסמ"ע ח' דדוקא באשה שיש משל בעלה בידה ויש לחוש שלקחה מממון בעלה או שבעלה אתפסה צררי משו"ה כשהיא חשוד' שכנגדה נשבע ונפטר משא"כ בשאר שטרות וכ' הש"ך דלפ"ז אפי' כשחייב לה ממון דינא הכי ואפשר דלא חיישי' לצררי רק בכתובה ע"ש ונר' דודאי לא חיישי' לצררי רק בכתוב' כמ"ש התוס' והרא"ש בפ"ק דב"ב דהא דתנן אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומי' אלא בשבועה וטעמא משום דחיישי' להתפסת צררי אעפ"י שלא הגיע זמן הכתו' דלא ניתנה לגבות מחיים דשאני אלמנה דתנאי ב"ד היא ע"ש א"כ בנ"מ ונצ"ב דלא שייך תנאי ב"ד א"צ שבועה ואע"ג דהרא"ש תי' עוד בשם ריצב"א דבכתו' נמי לא חיישי' לצררי רק סמוך למיתה כדי שלא תתבזה אלמנתו בב"ד ובמת פתאום לא חיישינן וא"כ בנ"מ ונצ"ב וחוב אחר נמי חיישי' שהתפיס' צררי סמוך למיתה מה"ט הרי הטור בסי' צ"ו כ' אין אלמנה גובה כתו' אלא בשבו' וכו' אבל כל נכסיה בין נ"מ בין נצ"ב יורשיה יורשים אותה אפי' נתארמלה שא"צ לישבע עליהם ע"ש הרי דס"ל דדוקא בגוף הכתובה דתנאי ב"ד חיישי' לצררי וכ"כ מהרשד"ם חא"ה סי' קל"ב ע"ש וכן הטור בסי' צ' גבי נפל הבית עליו ועל אשתו וכו' כ' וכגון שייחד לה נכסים דכתו' שא"צ לישבע וכו' משמע שתפס תי' א' עיקר ע"ש בב"ח ובבית שמואל סקכ"ד וברס"י צ"ו וכ"כ מהר"ם חיון בספר זרע אברהם ח"מ סי' ד' דלא חיישינן לצררי רק בכתובה דתנאי ב"ד היא ולא במתנתא ע"ש ועיין בס' נתיבות משפט דף ש"ב דס"ל דגם למ"ד בסמוך למיתה מתפיס צררי ה"ד לכתו' שלא תתבזה אלמנתי בב"ד ע"ש:

והש"ך תי' דשאני שט"ח אפי' למ"ד שעבודא דרבנן ודאי דחייב לשלם לו מדאורייתא מה שהלוהו בשטר בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליו שלא לישב' ובחשוד אוקמוה אדאורייתא אבל בכתו' הוי איפכא דמדאוריי' אין לה כתו' אלא דרבנן תקנו כתובה לאשה והם אמרו לא תפרע אלא בשבועה ולכן אם היא חשודה אוקמוה אדאורייתא דאין לה כתובה וכה"ג אמרינן בפ"ק דכתובות אר"נ אמר שמואל משום רשב"א חכמים תקנו

לבתולה ר' והם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן ופירש"י דאי כתוב' דאוריי' לא היה נאמן להפקיעה אלא בעדו' ידועה אבל כתובה חכמים תקנו' הם אמרו והם אמרו וכו' ע"ש הרי דכתו' דרבנן וה"ד בעיקר כתובה אבל תוספת יש לה כמבואר בא"ה סי' ס"ח ע"ש בבית שמואל סקי"ט וכן תי' הט"ז בא"ה סי' צ"ו וכ' ראיה מתשו' הרשב"א הובאה בב"י שם דאלמנה שנשתטית אין יורשיה יורשים כתובתה כיון שלא היתה יכולה לישבע והא בשאר חובות לא אמרי' הכי וכו' ע"ש וכבר דחה הט"ז עצמו תי' הסמ"ע בסי' זה דלא מצינו פוגם דחייב שבועה אלא דילפינן מכתובה וא"א היכי ילפינן חוב מכתובה ע"ש וה"נ א"ל דדוקא בכתו' דרבנן הם אמרו שלא תטול אלא בשבועה אבל בחוב אימא דאפי' פוגם שטרו כיון דנוטל מדאורייתא בלא שבוע' לא החמירו חכמים עליו לישבע וכן בבתרא דקע"ב אמר רבא האי מאן דנקיט שטרא בר מאה זוזי ואמר שוינא ליה תרי בני חמשים חמשים לא משוי' להו כי היכי דנפגם שטריה וכ' רשב"ם וז"ל כי היכי דנפגם שטריה דכשיפרע חמשים זוז הרי נמצא שטר שביד מלוה פגום ותנן הפוגמת כתובת' לא תפרע אלא בשבועה וה"ה בכל השטרות כדאמרי' במס' שבועות וכי מה בין זה לפוגם שטרו וכו' ע"ש הרי דלא ילפינן פוגם שטרו אלא מכתובה אם כן משמע דאין חילוק בין שטר לכתובה:

אבל ראיתי לראב"ן בתשו' סימן מ"ז שכתב וז"ל ודקאמר ר"פ מתני' אתא לאשמעי' ר"פ טובא אשמעי' דאי ממתני' הו"א דוקא אשה ויורשיה והבאים ברשותה מצי להשביע אע"ג דנקיטי שטרא דליכא נעילת דלת דיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לינשא ולא מימנעה אבל הכא בשטר דאיכא נעילת דלת דאי יהבת עליה שבועה בסוף מימנע ולא מוזיף אימא לא לישתבע קמ"ל ר"פ דנשבע מדרבנן משו' וכו' ע"ש הרי דס"ד דלא ילפי שט"ח מכתו' משו' דבאשה ליכא נעילת דלת אבל בשט"ח דאיכא נעילת דלת ס"ד דגובה בלא שבו' וכן בפ' השולח גבי אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומי' אלא בשבוע' וכו' פרכי' מאי איריא אלמנה אפי' כ"ע נמי דהא קי"ל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' וכולי נראה דס"ד דב"ח עדיף מכתובה מה"ט דאפילו במלוה דאיכא נעילת דלת לא יפרע אלא בשבו' כ"ש אלמנה והתו' שם כתבו דטפי הו"ל לאשמעי' בדבר שהוא תנאי ב"ד כגון בב"ח לאח"ז מבאלמנה אע"ג דהיא תו"ז כיון דאית לה בתנאי ב"ד ע"ש וכבר כ' התוס' בבתרא דף ה' בד"ה אע"ג וכו' וז"ל ותניא נמי בפ' הכותב אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע וכו' משמע שהיא משנה בשום מקום ותימא היכא אמרו חכמים דמאלמנה ליכא למילף דשאני אלמנה דאית לה בתנאי ב"ד וחיישי' לצררי טפי ואומר ר"י מדתנן בפ' הכותב גבי מי שמת והניח אשה וב""ח והיה לו מלוה ופקדון ביד

אחרים וכולי יתנו ליורשים שכולם צריכין שבו' ואין היורשים צריכין שבועה ועוד תנן וכו' ע"ש הרי דלא ילפי' חוב מכתובה משום דהוי תנאי ב"ד חיישי' לצררי טפי ופוגם שטרו נמי בפ' הכותב תניא ואלו נשבעין ונוטלין השכיר וכו' והפוגם שטרו שלא בעדים וכו' מיהו מדאמרי' התם פוגמת כתו' בעדי' מהו א"א דפרעה בעדים הוה פרע לה או"ד וכולי ת"ש ואלו וכו' והפוגם שטרו שלא בעדים אין בעדים לא וכו' משמע דאין חי' בין חוב לכתו' דאם לא כן אימא דפוגמת כתו' אפי' בעדים צריכין לישבע דהחמירו בה משום חשש צררי משא"כ בחוב כמו בחשוד אלא נר' נהי דלא ילפי' אנן חוב מכתובה מ"מ השתא דאמור רבנן דפוגם שטרו ישבע וכן החשוד שכנגדו נשבע ונפטר משמע דלא מחלקי' בין חוב לכתו' כלל והרא"ש בפ' כל הנשבעין כ' ויש מביאין ראיה למ"ש בחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומי' מהא דאמרי' בפ' השולח דרב לא מגבי כתו' לארמלת' לפי שהיתה חשודה ע"ש אלמא אין חי' בין כתו' לשט"ח והריב"ש כו' ק"א כ' וז"ל ועוד שאפי' לא הי"ל נאמנות ונאמר שהיא חשודה ולא תוכל לישבע לא תפסיד כתובת' וכו' שאין היורשים שכנגדה יכולין לטעון אות' טענת ודאי אלא טענת ספק ובידה שטר מקויים ואין שכנגדה יכול לישב' וליפטר ומכחישתו בבריא וכ"כ הרמב"ם בפ"ב מה' טוען שאם היה חשוד מן הנשבעי' בטענ' ספק וכו' ונר' מדבריו אפי' בנשבעי' ונוטלי' וכו' ע"ש הרי שכ' דדעת הרמב"ם אין החשוד מפסיד אלא כשהנתבע טוען בריא נשבע ונפטר אבל יורשי' שטוענ' שמא ואין יכולי' לישבע נוטל מהם החשוד התובע בלא שבו' וה"ה בכתו' באלמנה החשודה גובה מן היורשי' דאין חי' בין כתובה לשט"ח ואע"ג דבפ' השולח אמרי' אלמנה נפרעת מנכסי יתומים נמנעו מלהשביעה ומפסדת כתו' שאני חשוד שהוא טוען בריא וגובה מן היורשי' בלא שבוע' אבל אלמנה דמוריא התירא דטרחא קמי יתמי לא מקרי טענת בריא שהיא סבורה שאינו פירעון וה' פני יהושע שם לא זכר דברי הרא"ש והריב"ש שכתבתי ע"ש:

ומ"מ משמע דלכ"ע אין חי' בין כתו' לשט"ח ועוד דהא בגרוש' לא חיישי' לצררי אא"כ טען הבעל בריא כדין ב"ח והטור ומרן בא"ה סי' צ"ו כ' פעמים שאף גרושה משביעי' אותה אפי' לא יטעון כגון פוגמ' כתו' וכולי ועלה קאמר כשהיא רוצה לישבע אם היא חשודה שכנגדה נשבע ונפטר ע"ש אלמא אפילו גרושה דליכא חשש צררי אם היא חשודה מפסדת ומשמע אפי' בנדוניא דהוי כחוב מפסדת ועיין בתשו' הרשב"א סי' אלף וצ"ג וע"ק דהא בכתובות דנ"א גבי אחריות ט"ס אמרי' וכ"ת כולה ר"מ היא ושאני ליה לר"מ בין כתוב' לשטרי ומי וכו' הרי דס"ד דכתובה עדיפא דבשט"ח לא אמרי' אחריות ט"ס ובכתו' אמרי' אחריו' ט"ס משום דתנאי ב"ד היא ולעיל דאמרי' אתאן לר"י וכולי כ'

הריטב"א וז"ל וא"ת אדרבא כיון דקתני מפני שהוא תנאי ב"ד מכלל שזה הוא המחייבו ולא משו' דאחריו' ט"ס י"ל משום דס"ד דבכתו' הקילו שהיא צריך אחריות מפו' לכך אמ' שזה אינו דאדרבה כתו' תנאי ב"ד ואע"פ שלא כ' כמי שכ' דמי ועדיפא מחוב דאמרי' ביה אחריות ט"ס עכ"ל הרי דבמתני' אשמעי' דכתו' שהיא בתנאי ב"ד עדיפא משטר חוב ואע"ג דלר"מ משום דסבר דכתו' דאוריי' כדאמרי' בפ' אעפ"י החמירו בה טפי משטי"ח הרי לר"י דס"ל דכתו' דרבנן ואפ"ה עדיפא משט""ח ובפ' אע"פ אמרי' קסבר ר"י כתובה דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה ע"ש וא"כ כיון דבשט""ח גובה המלוה בלא שבו' כ"ש בכתו':

לכן נר' עיק' כת"י הט"ז דדוק' בטוען השב' לי שלא פרעתי' הכריעו כהרמ"ה כיון שאין המלוה חייב בה בלא טענה עד שיטעון הלוה השבע לי אבל בפוגם שטרו וכל הנשבעין ונוטלי' כיון שצרי' המלוה לישבע בב"ד בלא טענה אם הוא חשוד אינו נוטל וכן תי' הדרישה בא"ה סימן צ"ו עיין שם וכעין זה צידד בעה"ת שער כ"א ח"ד סי' ב' גבי נאמנות דשבו' דר"פ קילא כיון שאין חייב בה אלא ע"י טענה ע"ש וכה"ג כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ד גבי שבו' הלוה שאין לו במה לפרוע דבטענת פרעתי אין לעכב שבו' הלוה אבל בפוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלי' דתקנת חכמי' היא לישב' המלוה בב"ד בלא טענה א"כ אין הלוה חייב ממון חלא אחר שישבע המלוה יכול הלוה לעכב שבועתו עד שיתברר חיוב הממון עליו ע"ש וה"נ בתשו' בטענת פרעתי כיון שנברר חיוב הממון נוטל בלא שבו' אבל בפוגם שטרו וכל שצריך שבו' בלא טענה דלא נתחייב הלוה בממון אלא אחר שישב' המלוה תשו' שלא יוכל לישבע אינו נוטל וכה"ג חי' הע"ש בסימן פ"ד גבי יורשי' דגובי' בשטר בשבו' שלא פקדנו משו' דשבו זו קילא דאם לא טען הלוה לא משבעי' וכו' ע"ש והש"ך כ' דלא נ"ל לחלק כן ולי נר' שהוא חי' נכון ועיין בס' עיטו' סופרים דקל"ה וקל"ו:

ל"ג דין יו"ד הוציא עליו שטר מקויים וכו' נראה דה"ה מלוה במשכון דאין הלוה נאמן לומר רבית וא"צ המלוה לישבע אבל מלוה ע"פ בלא משכון וטען הלוה רבית נאמן במגו דפרעתיך וכ"כ מרן הב"י חי"ד סימן קס"ט על המרדכי שכתב על א' שתובע מחבירו ק"ק זוז והלה משיב איני חייב לך אלא ק' בק"ק והמלוה מכחישו וכו' שנאמן המלוה בלא שבועה דצ"ל בשטר או משכון היה בידו ולפיכך נאמן המלוה אבל אם היה מלוה ע"פ אינו נאמן להוציא אפילו בשבועה וכן כתב רי"ו בשם הרמ"ה שאם המשכון בידו נאמן ונוטל הרבית בלא שבו' ע"ש ובמלוה ע"פ דאומר לחבירו לקחת ממני רבית והלוה אומר להד"מ כתב מרן הב"י שם דהרשב"א ס"ל שצריך הנתבע לישבע היסת ונ"ל דגם הרא"ש

מודה וכולי אבל רי"ו כ' בשם הרמ"ה דנאמן בלא שבו' ע"ש ונר' דה"נ במלוה ע"פ וטען הלוה לקחת רבית להרמ"ה וריו"ו נאמן הלוה בלא שבו' ולהרשב"א צריך לישבע היסת ומרן הב"י בח"מ סימן ע"ה כ' מחלוקת באומר לחבירו גזלתני או גנבתני מנה והלה אומר להד"מ רבינו שמחה ס"ל דאין משביעי' אותו וכ"כ הרמב"ן בתשו' סימן ק"ט אבל הרמ"ה ס"ל אפילו על מילתא דאיסור' משביעי' אותו וכ"ד תלמידי הרשב"א וכ' וז"ל מיהו הטוען לחבירו מנה של רבית יש לי בידך והלה אומר להד"מ דעת מורי שאינו נשבע וכולי וטעמ' דאין ראוי לישבע ברבי' טפי מגזלה משו' דברבי' ל"ל דמשו' ספק מלוה שיש לו עליו הלוהו ברבי' דרבי' לא אפשר בחזרה דלא מתקן לאוי בהכי וכו' כך דעת רבינו בדין זה ונכון הוא וכו' ע"ש וא"כ דעת הרמ"ה והרמב"ן ותלמידי הרשב"א ורבם דלוה שטען רבית נאמן בלא שבו' ורבינו שמחה ס"ל דאפילו בטענת גניבה וגזל נאמן הנתבע בלא שבו' ור"מ שפסק דצריך לישבע וכ"פ הרמב"ם בפ"ד מה' גזילה והטור ומרן בסימן שס"ד ע"ש אפשר דה"ד בטענת גניבה וגזילה אבל בטענת רבית מודו דנאמן בלא שבו' ואפשר דר"מ הוא הרמ"ה וריו"ו כ' בשמו דא"צ לישבע בטענת רבית וא"כ לכאור' דנקיטי' דא"צ לישבע על טענת רבית דאפילו בפלוגת' דרבוותא קיי"ל דאין משביעי' לנתבע מספק כמו שהוכיחו האחרוני' מדברי התו' בשבועו' דמ"א בד"ה מאן וכו' שכ' בשם ר"ת השתא דלא אתמר הילכתא כחד מהנך לישני לא משבעי' ליה מספ' דהממע"ה וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב סי' כ"ח דבפלוגת' דרבוותא לא עבדי' עובדא לחייב שבו' וכ"כ הטור א"ה סי' נ"ו ע"ש וכ"ש הכא דרוב הפוסקים ס"ל הכי וכן ראיתי למהראד"ב בס' לחם רב סי' ר"ז שפסק כן ע"ש:

מיהו הריטב"א בחי' לשבועו' דמ"א כתב וז"ל ודעת הרשב"א דה"ה כשתבעו שנטל ממנו של רבית והלה כופר דמשתבע היסת וכו' אבל מורי הרא"ה אומ' דדוק' בטענת גזל משו' דמתקן לאוי בחזרה אבל ברבי' דלא מתקן לאוי בחזרה לא משתב' היסת וכבר כתבתי' במ"א והשתא ודאי נ"ל דברי הרשב"א וכ"נ מדברי הרמב"ם דלא משתבע היסת ע"ש ומהראד"ב שם הק' תשו' הרשב"א דס"ל דנשבע היסת עם מ"ש לתלמידי הרשב"א דעת מורי שאינו נשבע וסתם מורי הוא הרשב"א ע"ש ונראה דהוא הרא"ה אבל בתשו' ס"ל דצריך לישבע וכמ"ש הריטב"א ג"כ בשמו ומהריב"ל ח"ג סי' כ"א והש"ך בס' תקפו כהן סימן קכ"א כתב שכן דעת הרשב"א בתשו' שהביא מרן הב"י סימן ע"ה וזה לשונו ראובן שנתחייב ע"פ בית דין לפרוע לשמעון מנה ואחר כך תבעו בבית דין וטען שיש לו עליו מנה שגבה ממנו רבית קצוצה מסתברא דאינו נאמן דחזקה דאנו היה כדבריו לא היה מקבלו עליו בפני בית דין לישבע ואף דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי במקום חזקה

אלימתא כהאי לא אמרינן עד כאן לשונו משמע בהדיא דאי לאו חזקה אלימתא היה נאמן לטעון רבית מגו דפרעתי עיין שם וה' כנה"ג אות קנ"ב כ' דלא ראה מהריב"ל תשו' הרשב"א רק מה שהעתי' הב"י ואני ראיתי תשו' זו כ"י וסיים שם ועוד דלא מהימנן ליה שלקח רבית דאין אדם מע"ר עכ"ל מבוא' מכאן דגם הוא סובר דאפילו מגו אינו נאמן דאין אדם מע"ר ולא כתב טעם החזקה אלא לרווחא דמילתא עיין שם ואני מצאתי תשו' בח"ד סימן י"ט ובל' זה סיים והילכך אפי' מגו נמי במקו' חזקה לא אמרי' וכ"ש שטענתו גרועה דמשוי נפשיה רשע שא' המלוה וא' הלוה עוברי' בלא תעשה עיין שם משמע דמה"ט לחוד יכול להשביעו דטענה היא דאפי' בטענה גרועה יכול להשביעו אלא משמע דעיקר הטעם מכח חזקה דאפי' בטענה מעליא סמכינן אחזקה אלא דלרווחא משמע דלא פטרו אלא וכולי ועוד נעלם מכולם תשו' הרשב"א ח"ב סימן רל"א וזה לשונו ראובן תובע משמעון מנה לי בידך מרבית קצוצה שגבית ממני ושמעון טוען להד"מ אם הדין עם שמעון ופטור אף משבועת היסת משום דאין ראובן משים עצמו רשע וכולי תשו' דבר ברור הוא שאין אומרי' בכי הא אין אמע"ר שלא אמרו אלא לענין לפסול את עצמו וכולי ותדע לך שאלו הודה וכו' וכן אלו הודה שהלוה את חבירו ברבית קצוצה מחייבי' אותו לשלם ע"פ עצמו וכולי וכן הדין בטוען מנה ר"ק יש לי בידך שמקבלי' טענה זו ממנו ואין אומרי' אינו משים עצמו רשע אלא שיש לחקו' בדין זה מצד אחר לפי שאמרו ברפ"ק דמצי' מגו דחשיד אממונא חשי' אשבועת' וכולי ומ"מ נר' דעת כל הא' נר' מכרעת שמשביעי' אותו בכך ולא אמרי בכי הא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבו' דבשבועו' גבי שבו' דר"פ דאמ' אי א"ל אשתבע לי דלא פרעתי' דמשבעי' ליה כ' הר"י הלוי שיש מן הא' שאומרי' דה"ה בטוען אשתבע לי שאין כאן רבית וכמדומה אני שה' אלפסי כ' כן בתשו' ואע"פ שהר"י הלוי חלק בדבר זה לא מן השם הזה הוא חולק אלא מטעם שלא אמר ר"פ אלא בטענת פירעון לבד לפי שהשטר לפריעה הוא עומד וכו' עיי"ש ונראה שזו התשו' שהביא הב"י בי"ד סימן קס"ט ועיין בתשובו' מהרח"ש ח"ב סימן ל"ב דף קי"ו הרי דס"ל דמשביעים על טענת רבית ולא אמרינן אין אמע"ר וכן דעת קצת מן הא' דה"ה בשטר יכול להשביעו על טענת פירעון מיהו מ"ש וכמדומה שכן כתב הרי"ף בתשו' לא זכר מ"ש הראב"ד בהשגות בפי"ד מה' מלוה הרב כתב זה בתשו' והיתה השאלה שטען הלוה העלאה לזמן ואפילו שלא אמ' רב אלא על אותה הטענה בלבד וכו' עיון שם והרדב"ז בתשו' ח"ג סימן קפ"ה הביא תשו' הרמב"ם שכתב ראו' מכר לשמעון סחורה לזמן בדינר שוה שני שלישי דינר וכתב עליו שטר לזמן וכו' דהוי א"ר ואם לא יביא ראיה ישבע בעל החוב שלא הוסיף עליו ויטול וזה היפך מ"ש בפסק ואפש' שזו היא התשו' שמצא

הראב"ד בשם הרי"ף אבל נר' שהוא ל' הרמב"ם והיא כתו' בכלל תשו' הרמב"ם הנכון דמודה בא"ר זה שהוא העלאה לזמן אבל ע"י טענת דאבק רבי' אחר כ"ש ר"ק אין מבטלי שטר מקויי' כמו שחי' הראב"ד ע"ש ותשו' הרי"ף מצאתיה בסי' קל"ו ברבי' דהעלאה ע"ש וא"כ גם הרי"ף מודה בטענה דרבי' קצוצה או אפי' אבק רבית אחר דאין משביעי' אותו ולא אמ' אלא ברבי' דהעלאה והרמב"ם מודה בהא:

ומ"מ כבר כ' הרשב"א דגם מהר"י ן' מיגש דס"ל אין משביעי' אותו ה"ד במלוה בשטר משו' דאין השטר עומד אלא לפירעו' אבל במלוה ע"פ נשבע על טענת רבית ולא אמרי' דאין אדם מע"ר וכ"כ בעה"ת שער כ"א ח"ב סי' ג' וז"ל ואיכא דק"ל איך מזקיקו לשבו' על טענת רבי' כיון דאיסו' וכו' ומע"ר והא לאו מילתא היא שאין הדבר אמור אלא לענין עדות שאדם קרוב אצל עצמו וכו' אבל לענין תביעו' ודאי משביעו בכל דבר וכו' עש"ב וכן הורה מהריב"ל והש"ך בס' תקפו כהן שם מדברי הרמב"ם ובעה"ת והטור ומרן דלא ס"ל כהסמ"ג שכ' בשם רבי יעקב ובמלוה ע"פ אין הלוה נאמ' לומ' מלוה ברבית היא במגו דפרעתי או להד"מ דאמע"ר דא"נ והמרדכי בפ' השולח כ' וז"ל מעשה בא' שתבע מחבירו מאתים זקוקים והלה משיב לו איני חייב לך אלא ק' כי הלויתני ק' במאתים רבית קצוצה והשיב הב' חלילה לי וכו' ושלח הר"ח הדין לפני ר"י מפארים והשיב הלה נאמן כמו שטוען שהלוה לו בהתיר דקי"ל אדם נאמן לו' פרוזבו' הי"ל ואבד ופי' ר"ת ואפי' בלא שבו' דלא שביק התירא וכו' והק' לו הר"ח דילמא שאני פרוזבו' משו' דאידך לא מצי מכחיש ליה דמנא ידע אם כ' לו ב"ד או לא אבל בנדון זה הרי מכחישו ואומ' שבאיסו' הלוהו והשיב ר"י ע"כ גבי פרוזבו' נמי מיירי במכחישו וכו' עש"ב וכ' מהרש"ל ביש"ש בפ' השולח סי' מ"ז וז"ל ובודאי מיירי שהי"ל שטר עליו ונאמן דקאמ' אינו אלא בעי למשתב' עליה דלא הוי רבית דבמלוה ע"פ פשיטא דנאמן הלוה במגו דלהד"מ או פרעתיך ואפי' את"ל מאי חזית דסמכת אמגו נסמוך האי דלא שביק היתרא ואכיל איסו' מ"מ ק' מנ"ל להוציא ממון מחזקתו ע"ש וכן כתב מרן הב"י בי"ד סימן קס"ט עיין שם אבל מהרח"ש חלק שני סימן ל"ב כ' דאפ' לומר דאפילו במלוה ע"פ ובלא משכון ס"ל נאמן המלוה דחזקה לא שביק התירא וכו' ואע"ג דהלוה אית ליה מגו אינו נאמן דהוי כמגו במקום עדים דחזקה אלימתא היא דאנן סהדי דלא שביק התירה וכו' ע"ש ונר' אע"ג דמ"ל בריש ב"ב אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע ונאמן לו' פרעתי בתו"ז במגו דפרעתי אח"ז כבר כ' התוספות בפ"ק דכתו' דף ט' בד"ה לא וכו' גבי חזק' דאין אדם טורח בסעו' ומפסידה אע"ג דבעיא בפ"ק דב"ב אי אמרי' מגו במקו' חזק' או לא שמא חזקה דהכא עדיפא וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ד סי' י"ט וז"ל ואע"ג

דבעיא היא בריש בתרא וכו' מסתברא דחזקה דהכא עדיפא ואלימ' וכו' הילכך אפי' מגו במקו' חזקה זו לא אמרי' וכו' ע"ש וכן דעת הרמב"ם בפ"א ובפ"ב מה' מלוה דבחזק' אלימת' לא אמרי' מגו במקום חזקה כמ"ש המ"מ בשם הרמב"ן ע"ש וא"כ א"ל דהכא מיירי במלוה ע"פ דאפי' איכא מגו דלהד"מ או פרעתיך חזקה דלא שביק וכו' אלימת' היא ולא אמרי' מגו במקו' חזקה כזו ועוד שהרי מדברי הטור בסי' ק"ח גבי שטר כיס נר' דבתו"ז אינו נאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו והש"ך תמה דמגו במקו' חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע וצ"ל דדוקא דא"ב לא אמר שפרע בתו"ז והפה שאסר וכו' ע"ש וכן בעה"ת סוף שער א' הביאו מרן הב"י סי' צ"ז גבי משכון שבשעה שהחזירו המלוה ללוה דנאמן הלוה לומ' פרעתי' במגו דהחזרתי לך ואם הוא בתו"ז אינו יכול לטעון פרעתיך אע"ג דאיכא מגו וכ' הפרישה דס"ל דהתם שאני דאם אמר אחז פרעתי' היה נאמן ומשו' שפת יתר דסיי' ואמ' בתו"ז לא הפסיד זכותו מאח' דיש לו מגו משא"כ כאן דאין נאמן לומ' פרעתי' כיון שהוא בתו"ז אין להאמינו מכח מנו דהחזרתי לך דהו"ל מגו במקו' חזקה ע"ש וה' כנה"ג סי' צ"ז תי' דאינו נאמן במגו אלא מעין הטענה כגון פרעתי' בתוה"ז במגו דפרעתי' לאחה"ז אבל התם אינו נאמן שפרע תוה"ז במגו דהחזרתי דאין המגו מעין הטענה ע"ש וא"כ א"ל דהכא מיירי במלוה ע"פ בעדי' ואינו נאמן בטענת רבית במגו דפרעתי מה"ט דמגו במקו' חזקה לא אמרי' אלא דוקא באומ' פרעתי' בתוה"ז דנאמן במגו דפרעתי' לאח"ז משו' דהפה שאס' וכו' או משו' דהמגו מעין הטענה אבל הכא אינו נאמן בטענת רבית במגו דטענה אחרת

ושוב מצאתי למהר"ם בתשו' הקצרות סימן קס"ו שכ' וז"ל ומה שהוא טוען שמסר לה י"ב ליטרין למחצית שכר והיא אומרת שקבל ממנה עשרה ליטרין בר"ק בי"ב ליטרין וכו' אף על פי ששמעתי בשם ר"ת שראו' שאמ' לשמעון הלויתני מיד ליד בר"ק ושמ' משיב לא אלא ע"י גוי דנאמן שמעון בלא שבועה משום דלא שביק התירא וכו' וראיה מפרק השולח נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד דלא שביק וכו' יש גדולים שחולקים עליו האומרי' דל"ד דהתם לוה לא ידע וכו' אבל גבי רבי' שהלוה טוען טענת ודאי הלויתני בר"ק דלמה לא מהימני' ליה בלא שבו ואף לדברי ר"ת א"ל ה"מ הכא דנקט מלוה משכון דממ"נ שקיל וכו' אבל בנדון זה שהיא מוחזקת והוא בא להוציא ממנה לא מפקינן מינה כיון שהיא טוענת טענת ודאי ול"ד להיא דפרוזבול דבספיקא דדינא או בפלוגת' דרבוותא אין מוציאין מיד המוחזק אם בעבדים והגודרות דאין להם חזקה ול"ד להיא דפרוזבול דמהימני' ליה אפי' להוציא היינו משום דלוה לא מכחיש ליה וכו' עי"ש הרי דבמלוה על פה ס"ד דנאמן המלוה להוציא משום חזקה דלא שביק וכו' דומיא דפרוזבול

דנאמן אף להוציא ור"ת הכי סבירא ליה ולזה כתב דרבי' חלוקי' עליו ואף לדברי ר"ת, אפשר, לומר ה"מ היכא דנקט מלוה משכון דמ"מ שקיל וכו' אבל במלוה על פה שהלוה מוחזק אין מוצאין ממנו כיון שהוא טוען בריא ודוקא גבי פרוזבול דנאמן אף להוציא משום דלוה טוען שמא וכן כ' הסמ"ג והביאו מרן הב"י בי"ד סימן קמ"ז וז"ל כתב הסמ"ג בל"ת סי' קצ"ג בשם רבינו יעקב שהמקבל מעות לחצי ריוח וכפר ואמר כי מלוה ברבי' היא אף על גב דאי בעי פטר נפשיה בפרעתי או לא היו דברים מעולם אינו נאמן דאין אדם מע"ר ע"ש משמע דר"ת סבירא ליה דאפילו אין משכון ביד המלוה דיכול הלוה לטעון פרעתי או לא הד"מ אינו נאמן לומר רבי' ומוציאין ממנו:

ל"ד הוציא שטר מקוים וכו' אבל כת"י אפי' מקוי' כיון דנאמן לומר פרעתי נאמן בטענת רבית או אמנה במגו דפרעתי דדמיא להוציא עליו שטר חוב שאינו יכול לקיימו דנאמן לומר פרעתי או אמנ' במגו דמזוייף הש"ך בס' תקפו כהן בסימן קכ"א עי"ש ונראה דשטר שאינו מקויים שאני דאינו שטר והפה שאסר הוא הפה שהתיר וכה"ג כתב הרמב"ן בפי' בפרק המוכר את הבית גבי שטר כיס דס"ד דאינו נאמן לומר החזרתי אף על גב דאיכא מגו משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי וז"ל ואף על גב דלמ"ד שטר שכתבו צריך לקיימו ואי לא מקיי' ליה נאמן לומר פרעתי במגו דאי בעי אמר מזייף הוא ולא אמרי' שטרך בידי מאי בעי שאני התם דכל אימת דלא מקוים לאו שטרא הוא כלל והפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל הכא שטר הוא עכ"ל הרי דטעמא דמודה בשטר שכ' צריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף משום דלאו שטר הוא והפה שאסר הוא הפה שהתי' חבל בשטר או בכת"י מקויים אימ' דאינו נאמן לומר מזוייף ואף על גב דמסקי' התם דנאמן לומר החזרתי במגו ח"ל דה"ד לענין דלא אמרי' שטרך בידי מאי בעי כיון דטענ' טובה אבל בטענה גרועה לא וכי ה"ג כתב הש"ך בסס"י ק"ח סק"ז ע"ש וה"נ טענת מזוייף בכת"י טענה גרועה היא וכה"ג כתבו התוס' בכתובות דח"י גבי העדי' שאמ' כת"י הוא זה אבל אנוסים וכו' וז"ל וא"ת למה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסי' וכו' וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום וכו' והתוס' במציעא די"ג בד"ה הא וכו' כתבו וז"ל דשמואל ורב אסי איירי שאין הלוה בפנינו ולכך יחזיר ואין לחוש שמא מזוייף הוא וכו' אבל במתנ' מיירי שהלוה בפנינו בשעת מציאה וטוען מזוייף ולכך כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם טוען הלוה בודאי מזוייף לא יחזיר כי יש לחוש שמא יגבה מיתומים ולקוחות או שלא בפניו על ידי קיים השטר והקיום אינו מועיל דשמא טרח לזייף השטר בטוב עד שסבורי' העדי' שהיא חתימתם וכו' עכ"ל אלמא אפילו שטר שנפל דאיתרע יחזיר וגובה בו המלוה מיתומים ולקוחות על ידי קיום ולא חיישינן שמא זייף

עד שיסברו העדים שהיא חתימתם אלא אם כן היה הלוה בפנינו וטען ברי מזויף ואם כן אי לא איתרע בנפילה אפילו הלוה בפנינו וטען ברי מזוייף אין טענתו כלום וה"נ בכת"י: ל"ה והלוה אומר שטר מזוייף וכו' הרמב"ם כתב ויש מי שהורה שחייב בעל השטר לישב' וכו' והקשה הלח"מ כיון שנתקיים השטר בחותמיו אמאי ישבע עיי"ש וכתב הפרישה דסבירא ליה דאפילו השטר מקויים צריך לישבע על טענת מזויף דשמא דקדק וזייף והטעה הב"ד ונ"מ בזה דאפילו למ"ד דבחוב בתוך זמנו אין משביעין בנקיטת חפץ אפילו כשבא לגבות מהלוה עצמו כשטוען פרעתי מכל מקום כשטוען מזוייף הוא וגם נאמן משביעין אותו ודוחק ע"ש ונראה שאינו דוחק דכיון שהלוה טוען בודאי מזוייף אמרינן דטרח וזייף בטוב עד שסבורי' העדים שהיא חתימתם וכה"ג כתבו התוס' במציעא די"ג ע"ב בד"ה הא' וכו' וז"ל דשמואל ורב אסי מיירי שאין הלוה בפנינו ולכך יחזי' ואין לחוש שמא מזוייף וכו' אבל הכא במתניתין מיירי שהלוה בפנינו בשעת מציאה וטען מזוייף ולכך כיון דאיכא ריעותא דנפילה וגם הלוה טוען בודאי שהוא מזוייף לא יחזיר כי יש לחוש שמא יגבה מיתומים, ומלקוחות או שלא בפניו על ידי קיום השטר והקיום אינו מועיל דשמא טרח לזייף השטר בטוב עד שסבורים העדים שהיא חתימתם וכו' עכ"ל אלמא אם הלוה בפנינו וטען בודאי שהוא מזוייף אפילו נתקיים השטר לא יחזור כיון דאיתרע בנפילה וה"נ א"ל לגבי שבוע' דבקל רמי' שבו' וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' השיי' לס' משפטים סימן ן' ע"ש מיהו אפשר דדוקא בנפל השטר חיישי' לזיוף משום דהשטר איתרע בנפילה דהא אפילו בתוך זמנו לא אמרי' חזקה אין אדם פורע בתוך זמן ונאמן הלוה לומ' פרעתי בשטר שנפל מה"ט דאיתרע בנפילה כמ"ש סס"י מ"ה וסימן ס"ה ע"ש אבל לגבי השבו' דעת הרי"ף ומהר"י ן' מיגש והרמב"ם דאפילו הלוה חי וטען ברי פרעתי השבע לי נוטל המצוה בלא שבו' כמבואר בסימן ע"ח עיין שם אלמא שטר שנפל גרע דאפילו בתוך זמן אינו גובה בו אבל אי אתרע מק' חזקה אפילו לגבי שבו' מיהו הראב"ד בהשגות פ"ד סבירא ליה בשטר שנפל בתוך זמן דבשבו' מיהא נוטל ובעל התרומות שער כ"ב כתב שיש תמהים שבו' זו למה אם נדון אותו כקובע זמן לחבירו יטול בלא שבועה ואם אין הזמן מועיל לו אפילו בשבועה לא יטול ע"ש וכתב הש"ך בסימן מ"ה סקי"ט דלק"מ דקובע זמן גופיה יש פוסקים בסימן ע"ח דהיינו בשבוע' וכו' עיי"ש ולא דק דהרא"ש לא כתב אלא שבועת היסת והיינו אחר הפירעון וכן כתב הש"ך בסימן ע"ח סקט"ו דלא נמצא בשום פוסק שישבע קודם הפירעון ע"ש מיהו בעל העיטו' בדיני חוב דף ס"ד ע"ב כתב וז"ל ומסתברא דינא בגו זמניה כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי ואי א"ל אשתבע ליה משתבע ליה ואיכא מ"ד שבועת היסת וכו' משמע

דלסברא קמא נשבע קודם הפירעון בנקיטת חפץ אי א"ל השבע לי כדין מלוה בשטר וכן דעת הרמ"ך הובא בס' א"ז ס"פ השואל דנשבע בנקיטת חפץ וא"כ אפשר שכן דעת הראב"ד דאפילו נפל השטר בשבו' מיהא נוטל והיינו אם א"ל השבע לו וכה"ג כתב הרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כשאין הנפקד נאמן לומר החזרתי ישבע בעל השט' בנקיטת חפץ שלא החזיר לו ומשלם וכתב המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השבע לי כדין מלוה בשטר ורבינו קצד והביאו מרן הב"י סימן רצ"ו עיי"ש וה"נ א"ל דהראב"ד קצר ע בשבו' אם א"ל השבע לי קאמר וכה"ג כתב בעה"ת והטור ומרן סימן קכ"ו סי"א נשבע ונוטל שפ' אם טען הלוה כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם ואפש' שכן דעת הגאונים אלו דאפילו חזקה אין אדם פורע בתוך זמן לא מהניא לגבי השבו' דאם טען הלוה השבע לי צריך לישב' וה"נ חיישינן לזיוף לגבי השבוע' ובעה"ת שכ"ה לא כתב טענת מזוייף וכתב הרב גד"ת דסבירא ליה דכ"ע מודו בטענת מזוייף דקיום השטר מבטל עיי"ש ונראה משום דהוא סבירא ליה דבתוך הזמן אפילו טען הלוה פרעתי אין צריך שבו' דמהניא חזקה אין אדם פורע בתוך זמן אפילו לגבי שבו' כמ"ש בשער י"ו עי"ש ה"נ לא מהני קיום לגבי שבוע' ולא חיישינן לזיוף והגאונים שכתבו משביעים על טענת מזוייף סביר"ל דלגבי שבו' לא מהני קיום ולא חזקה אבל לדידן דמהני חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אינה חזקה אלימתא דהא אבייי ורבא ס"ל דעביד אינש דפרע בגו זימניה וגם לר"ל דאמר חזקה אין אדם פורע בתוך זמן משמע דלאו חזקה אלימתא וכמו שכ' המבי"ט ח"א סימן מ"ג עיין שם ואלו בשטר מקויים לכ"ע גובה מלקוחות ויורשים ולא חיישינן לזיוף וכן שטר שנפל אפי' בתוך זמן נאמן הלוה לומר פרעתי ואם אין הלוה בפנינו אין גובה מיורשים ולקוחות ואילו שטר מקויים אם אין הלוה בפנינו יחזיר ואין לחוש שמא מזוייף בטוב אלמא קיום עדיף מחזקה וכיון דקיימא לן דמהני חזקה דבתוך זמן דאפילו טען הלוה בריא אין צריך שבו' וכ"ש דמהני קיום דאפילו טען הלוה ברי מזוייף אין צריך שבו' ותדע עוד דהא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה וקיימא לן קולא לנתבע כמבואר בסימן ע"ח ע"ש ואילו בשט' מקויים (עד כאן מצאתי):

ל"ו ראובן מכר סחורה לשמעון וכתב לו שט"ח על המעו' נאמנ' וטען הלוקח שלא קנה ממנו הסכום הנ"ז אלא לפי שא"ל המוכר שבשער זו מכר ג"כ ללוי ועל סמך אמונתו קנה באותו השער ועכשיו שאל את לוי וא"ל שלא הד"מ ואדרב' קנה הוא מאחר מעין סחורה זו בפחות שליש משער ראובן וראובן כפר להד"ם שלא אמר לו שמכר ללוי ונר' דלפי טענת שמעון דינו כנושא ונותן באמו' חפץ זה בכו"ך לקחתיו ואין בו אונאה וכתב מהרשד"ם סי' קל"ג דאם נמצא שקר מחזיר האונאה דדוקא כשאמר המוכר האמת כמו

שקנה אין בו אונאה כנראה בהדיא מל' המ"מ שכ' וכ"ה האמת וכו' ע"ש ומהריט"ץ סי' רל"א כ' דאם א"ל פ' נתן לי כו"ך לא סמך עליו דדוקא באומר קניתי בכו"ך סמך על קנייתו ע"ש נראה דדוקא בא"ל פ' נתן לי כו"ך אמרי' קבל עליו שלא גמר וקנה לא סמך עליו אלא על שווי המקח אבל אם א"ל פ' קנה כו"ך סמך על קנייתו וכיון שנמצא שקר נראה דאפי' מכר לו בשער השוה בשוק ולא היה בו אונאה דבטל המקח כמ"ש השואל למהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' י"א דנושא ונותן באמונה דאם נמצא שקר הוי מקח טעות וה' שכ' דאינו יכול לבטל המקח אלא שמחזיר לו ההונאה וכ"כ מהרשד"ם ע"ש ה"ד לפי שזה מאמינו באמונה דמה שקנה הוא אבל בנמצא שקר שלא קנה כלל אפ' דהוי מקח טעות שזה לא קנה אלא סמך אלוי ונמצא שקר ועיין במהרימ"ט חי"ד סי' מ"ט אבל נ"ל דאין נאמן ראובן לבטל שטר מקויים דומיא דטענת רבית ואמנה דאינו יכול להשביעו אלא אחר הפירעו' שבוע' היסת ול"ד לטענת תנאי הוא דמשביעו בנק"ח דתנאי לא עקר השטר אלא לאחר זמן כמ"ש בעה"ת שכ"א והביאו מרן הב"י ז"ל סי' פ"ב עיי"ש אבל בנד"ד עקר לשטר מיד דומיא דטענת רבית ואמנה:

ל"ז

והלוה אומ' וכו' הרמב"ם כ' יש מי שהורה שחייב בעל השטר לישבע וכו' כ' הכנה"ג בתשו' סי' כ"ח דזה דעת הרי"ף בתשו' והוא יחיד בדבר ע"ש ולא דק דהרי"ף לא אמר בטענת מזוייף אלא בטענת העלאה לזמן כמ"ש הראב"ד בהשגות בפי"ד מה' מלוה ותשו' הרי"ף היא בסי' קל"ו גם בעה"ת שער כ"א לא כ' טענת מזוייף וכ' הגד"ת דכ"ע מודו בטענת מזוייף דקיום השטר מבטלה ע"ש:

ל"ה אין שומעין לו להשביעו וכו' וכן דעת מהר"י ן' מיגש והרמב"ם והרשב"א בתשו' ח"ב סי' של"ה דאין נשבעי' אלא על טענת הפירעו' וכן הסכים בעה"ת שער כ"א ח"ב ע"ש והמ"מ הכריח דא"כ לאשמועי' ר"פ אפי' בטוען אמנה וכו' וכ' ה' גד"ת דאי אשמועינן טענת אמנה הו"א בטענת פירעו' דהשטר עומד לכך אפי' לא טען ב"ד פותחי' לו ומתני' דקתני הפוגמת ה"ה בלא פוגמ' כשהטוען טוען פרעתי אלא נקט פוגמת דס"ד כיון דמלוה גופיה מרע ליה לשטר אפי' בשבו' לא יטול וכו' ע"ש ואכתי י"ל למה קתני ע"א מעידה שהיא פרועה בלא עדות העד צריך לישבע אלא משמע דבלא העד אין ב"ד משביעין אותו והא דאמרי' מה בין זה לפוגם שטרו וכו' ה"ה דמק' מה בין זה לע"א וכו' וז"ל בעה"ת שער כ"א ח"ה וא"ת האי שבוע' דע"א ושבו' פוגם וכו' מאי קמ"ל בלא"ה קי"ל דאי מפיק שטרא וא"ל אידך פריעא הוא דאי אמר אשתבע לי משבעי' ליה וכו' ונר' דס"ל דטוען שמא ע"פ ע"א אינו יכול להשביעו אלא דוקא בטענת בריא כמ"ש מרן הב"י באב"ה סי'

קט"ו גבי מי שראה אשתו שזינתה וכו' דאם לא ראה אותה בעצמו אפי' יש ע"א אינו משביעה והא דתנן ע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבוע' ה"ד כשהבעל טוען ברי ע"ש וא"כ א"א דבטענתו לבד צריכה לישבע ל"ל ע"א אבל אי אמרי' דבע"א אפי' הלוה טוען שמא צריך לישבע כמו שהסכים בעה"ת סוף שער ל"ו דבטוע' שמא ע"פ ע"א משביע שבוע' דאוריי' אימא מתני' קתני ע"א וכו' דאפי' הוא טוען שמא צריכה לישב' ולהכי פריך מה בין זה לפוגם שטרו וכו' דהתם אינו יכו' להשביעו אלא כשטוען ברי כמ"ש בעה"ת שכ"א ח"א סי' ג' ע"ש אלא דס"ל דה"נ בע"א וכו' דשבועה דרבנן היא אינה אלא בטענת בריא:

ועוד שהרי כ' התו' בכתו' דף פ' גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישב' כמה הוציא ויטו' וז"ל מק' אמאי לא תנא האי נשב' ונוט' בהדי נשבעי' ונוטלי' דשבועו' וכו' ונר' דהתם לא חשיב אלא שצריך להשמיענו דנוטלי' דאי לאו דאשמעי' הו"א דאפי' בשבו' אין נוטלי' וכו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מנכסי יתומים אי לאו דאשמעי' הו"א דנוטלי' בלא שבוע' מחמת השטר לא חשיב להו התם והל' מוכיח כן דהתם קתני נשבעין ונוטלי' משמע דאתא לאשמעי' דנוטלי והכא קתני לא יפרעו אלא בשבועה משמע דאי לאו דאשמעי' הו"א נוטלי' בלא שבועה וכו' וכ"כ הר"ן בפ' כל הנשבעי' ע"ש וא"כ מתני' דקתני הפוגמת כתוב' לא תפרע אלא בשבועה אשמעי' דלא תטול אלא בשבועה דס"ד דנוטלת בלא שבוע' מחמת שטר ובפ' הכותב תניא אלו נשבעי' ונוטלי' השכיר וכו' והפוגם שטרו שלא בעדים וכו' למ' בעדים דודאי צריכ' שבו' אבל שלא בעדי' אימא תיהוי כמשיב אבידה ותשקו' בלא שבו' קמ"ל ע"ש:

ל"ט אלא ישלם ואח"ך יטעון וכו' מי שהחזי' בקרקע חבירו ג"ש והוציא שטר מכירה וטען חבירו שהוא שטר אמנה כ' מהראד"ב סי' קפ"ג דא"ק שבו' ומ"ש הרמב"ם דישלם ואח"ך יטעו' וישב' היס' לא שייך אלא בשט"ח דאח' שישלם ונקרע השט' יכול לטעון אמנה אבל בשטר מכירה לא שלעולם הוא עומד קיים ולא יכול לטעון אמנה כלל והביאו הכנה"ג הגה"ט אות ל"ח ע"ש ואין נר' לע"ד דבשט"ח דאינו נשבע קודם הפרעו' משו' דשבו' זו כעין דאוריית' כדין נשב' ונוט' אבל אחר הפירעו' נשב' היס' משו' דשבוע' היס' נתקנה בטועני כל דהו אבל במחזי' בקרקע דליכא אלא שבו' היסת מ"ל אם השט' קיים או לא וכה"ג כ' בעה"ת בשכ"א וז"ל ולדידן מסתברא לן שלא יפטר מהיסת אפי' שע"א מסייעו דתקנתא דר"ן בכל דבר נתקנה דחזק' אין אדם תובע אא"כ יש לו וכו' ע"ש אלמא דע"א פוטרו משבו' דאוריי' אבל משבו' היס' דנתקנה לכל דבר אפילו ע"א מסייעו צרי' לישבע ואע"ג דלא קי"ל הכי מ"מ לענין זה אע"פ שהשט' מסייעו צרי' לישב' היס' בטוע'

שטר אמנה משו' חזק' וכו' ודוק' לענין שבוע' בנק"ח טענת אמנה לא מהניא: מ' ואם כפר ישבע היסת וכו' אם טען עליו ר"ק וזה כפר קי"ל בי"ד סי' קע"ז סי"א דנשבע היס' ע"ש אבל בטענת א"ר לכאור נר' דאינו נשב' על כפירתו דהא קי"ל דטענה שאפי' אם הודה לא יתחייב ממו' אעפ"י שכפר אינו נשבע כמבו' בסי' פ"ז סנ"ה ע"ש וה"נ כיון דאפי' הודה בא"ר אינו יוציא בדייני' אינו נשב' על כפירתו וכ"כ מהרח"ש בח"ג סי' י"ט ע"ש וכן נר' דעת מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קנ"א שאכתוב דבריו לקמן בסמוך ע"ש מיהו בי"ד סי' קס"א קי"ל דלא אמרו דא"ר אינו יוציא בדיינים אלא כשאכל המלוה מדעת הלוה אבל אם קודם שאכל טען עליו שלא יאכל והוא הוציא ממנו בע"כ בדיני גוים או בדיני ישראל שטועה והכריחו לשלם יוציא בדייני' וכ' הש"ך שם סק"ו דה"ה אם פסקו לו לשלם מחמ' שלא הי"ל ראיה ואח"כ ביירר בראיה שרבי' הוא וכיוצא בזה ע"ש וא"כ נר' דה"נ שלא אכל המלוה מדעת הלוה אלא שב"ד חייבוהו לשלם ע"פ השטר אם הודה המלוה אח"ך שהוא רבית צריך להחזירו וכשכפר צרי' לישב' ושוב מצאתי להרדב"ז בתשו' ח"א סי' רצ"ז ובתשו' ח"ג סי' תנ"א שכ"כ דלא אמרי' א"ר אינו יוציא בדיינים אלא בהגביהו מדעתו סתם אבל הכא עומד וצווח שאינו רוצה לתת לו א"ר הלא שמכח השטר אנו מחייבים אותו לשלם כה"ג יוציא בדיינין ואם כפר ישבע וכן הסכים בסימן קפ"ה וכ' והשכל נותן ואתי שפיר ל' הרמב"ם כפשוטו ומשמעו עש"ב וכן ראיתי למהר"ש צרור סימן י"ד ודלא כהרב שער אפרים סימן קמ"א ע"ש:

מ"א ראובן תבע שמ' בשט' שיש לו מאחיו שמת פקדון מעו' סך כו"כ ועכשיו השט' הוא במ"ה וחבי' מודה שכתב השטר אבל טעין שהוא באונס נראה דאינו נאמן לומר באונס במגו שהיה יכול לומר לא היו דברי' מעולם כמ"ש רשב"ם והרא"ש בבתרא דמ"ה גבי פקדון דאם טוען החזרתי לך בפני פלו' ופל' והלכו למ"ה נאמן אבל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דהחזרתי לך בפני פלו' ופלו' והלכו למדינת הים לפי שירא לטעון כן פן יבאו ויכחישוהו ע"ש וכן כתב הר"י בספר א"ז דף מ"ו בסוף הסוגיא ע"ש והרשב"א שם דקדק מדברי רשב"ם דדוקא טען הלכו למ"ה נאמן הא אומר מתו לכ"ע לא היה נאמן וכן מסתבר ודאי ע"ש וכן כתב בתשו' ח"ב סימן רנ"א גבי אל תפרעני אלא בעדים וכו' ע"ש וכן כתב ה"ה בפט"ו מה' מלוה משמו ושכן נראה דעת ר"מ ע"ש ואם כן ה"נ כיון דמודה שנתחייב בשטר אינו נאמן לו' אנוס הוא במגו דלא היו דברים מעולם שירא שמא יביא השט' ויכחישו וכה"ג כתב מהרח"ש בתשו' ח"א סימן א' ע"ש:

ומהריק"ש בתשו' בספר אהלי יעקב סי' ל"ז הוכיח דאינו נאמן בשבו' שהיה באונס במגו שהיה מכחיש העד כדקיימא לן בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר דאם טען המערער

גנובים הם ממני אינו נאמן אלא אם כן יצא לו שם גניבה בעיר ואינו נאמן לומר גנובים הם ממני במגו שהיה יכול לו' השאלתי' או השכרתי' לך שאין מחזיקים בני אדם גנבים אפילו במגו וכל שכן שאין מחזיקים אותו במוסר ואפילו במגו דפרעתי וכולי ע"ש ואם כן בנ"ד נמי אינו נאמן להחזיק בני אדם גנבי' אפילו במגו מיהו יש לדחות דהתם אינו נאמן להוציא מעו' מחבירו אם הוחז' אבל הכא א"ל דנאמן להחזי' לכ"ע וכה"ג כתב הר"ן בפרק ש"ה דלהחזי' נאמן לומר במתנה משו' דאוקי ממונא בחזקת מריה אבל להוציא אינו נאמן ע"ש וקצת ראיה ממ"ש הסמ"ע בסימן ע"ב סקי"ט וז"ל וכת' שם במרדכי ואף על גב דאין אדם יכול למכור או למשכן בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי גנבי לא מחזקי' דמסתמ' אמרינן דברשותה משכנם עכ"ל ומ"מ אם לא חזרה ונתנ' הבגדים ביד שמעון היתה נאמנת בשבועה שלא משכנם ברצונה ע"ש הרי אף על גב דאינה נאמנת להחזי' בעל' גנב מכל מקום אם היא מוחזקת נאמנת וכל שכן הכא דאיכא מגו: ושוב ראיתי להרב תה"ד סימן של"ג שכתב וז"ל אלא אפילו אי לוי איניש בינוני הוא מכל מקום נר' דחשיב פשיעה וכו' ואף על גב דאמרינן אחזוקי אינשי גנבי לא מחזקינן נר' דלא אמרינן הכי אלא לענין זה כדי שלא יהיה שכנגדו נאמן לישבע וליטול אבל אינה חזק' גמור' כ"כ שאין לחוש לגניבה בשביל כך וה"נ מחלק מהר"ם במרדכי בפ' קמא דמציעא הא דכתב רבינו שמחה דאין משביעין ש"ה אטענת גנבת לי משום דאחזיקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכתב מהר"ם דל"ד להההיא שהטמין תחת כנפיו דהתם אמר ההוא טענה לאחזוקי אינשי וכו' כי היכי דלא יהיה תובע נאמן בשבו' ונוטל וכו' ורבינו שמחה נמי מצי סבר דלאו חזקה גמורה היא אבל מכל מקום מהניא דלא חשי' דררא דממונא כלל משום דלא שכיח קצת הוא ולא עבדי' תקנתא עלה וכו' ע"ש הרי דלא אמרינן הכי אלא כדי שלא יהיה התובע נאמן בשבו' ליטול אבל אינה חזק' גמורה ואם כן ודאי (עכ"מ):
מ"ב כתב הרב חוות יאיר סימן צ"ט וק' דה"ד כשטוען החוב עצמו הוא רבית אבל אם טען כבר נתתי לך רבית קודם הלואה זו לא ישבע א' אבל רב א' בסימן קי"ט דחה זה והוכיח דאפי' על רבי' הקודם ישבע עש"ב:
מ"ג כתב הרדב"ז בתשו' ח"א סי' רצ"ז ובח"ג סי' תפ"ה וז"ל וא"ת כיון דשבו' היסת דרבנן ואיכא פלוגתא ואנן מסופקי' הילכתא כמאן ניזיל לקולא ולא נשביע ככל ספקא דרבנן הא ל"ק כלל דלא אמרי' ספקא דרבנן לקולא אלא היכא שהס' נולד מאליו דלא ידעי' איך היה המעשה כגון וכו' אבל כשהס' בא מחסרון ידיעתנו שאין אנו יודעין כמי נפסוק הלכה לא אזלי' לקולא ולא תק' מכל תיקו וכו' ע"ש ודבריו תמוהים שהרי כתבו התוס' בשבועו' דמ"ג בד"ה מאן וכולי בשם ר"ת השתא דלא אתמ' הילכת' כחד מהנך לישני

לא משבעי ליה מס' דהמע"ה וכ"כ ריב"א בתשו' המיימו' לס' משפטי' סי' ל"ז והביא ראיה ע"ש וכ"כ הרא"ש בפרק הכותב סימן כ"ח דבפלוגת' דרבוות' לא עבדי' עובדא לחייב שבו' וכ"כ הטור בא"ה סימן נ"ו ע"ש וכן ראיתי למרן בתשו' בס' אבקת רוכל סימן קנ"א על ראובן שטען שנשארו המעות בידו והיה נותן ריוח וכולי לדעת הרמב"ם ורבותיו בפ"ו מה' מלוה אינו ר"ק לפי שלא התנו על הריוח בשעת מתן מעות וכולי ואינה יוצאה בדייני' ואעפ"י שלדעת שאר הפוסקים הוי ר"ק מאח' שהרמב"ם שנהגו העולם כמותו בד"מ סובר שאין מוציאין מידו אין לנו כח להוציא מידו ועוד אפילו לדעת שאר הפוסקים אין מוציאין מידו אלא אם נתברר לנו שמ"ש התובע אמת אבל בנ"ד שהנתבע מכחישו ואומ' שבהתיר נעשה עסק זה אינו חייב אלא ש"ה וכיון דלהרמב"ם אפילו אם יהיה כדברי התובע אין מוציאין מידו אין להשביעו וכולי ע"ש הרי דבס' ר"ק כגון שלא קצץ בשעת הלואה אין להשביעו כיון דאפילו למ"ד דהוי ר"ק אינו חייב רק שבועת היסת והרמב"ם ורבותיו ס"ל דהוי אבק רבי' אין להשביעו מס':

מיהו א"ל דה"ד להחזי' אבל הכא כיון שזה לא רצה ליתן וטען על השטר טענת רבית אלא שב"ד כופין אותו ליתן מכח השטר כשטו' עליו אח"ך מס' צריך לישב' ואם לא רצה לישבע יפרע לו מה שלקח ממנו שלא כדין וכה"ג חי' הש"ך בסימן ע"ב ס"ק קמ"ב ע"ש וכ' הרא"ש בתשו' כלל ע"א סימן ח' דבפלוגת' דרבוותא לא מפקי' ממונא עד שישבע המלוה ע"ש וה"נ מיקרי להוציא:

מ"ד אם כ' לו שפיטר אותו מכל תביעה וערעו' שיש לו על שטר אפילו יפרע אינו יכול לחזור ולטעון עליו רבי' או אמנה וכולי הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקכ"ב ע"ש:

מ"ה שם אם כפר ישבע וכולי נר' דה"ד כשהמלוה טוען ברי אבל אם אינו טוען ברי חלא שאומ' המורשה מסר שט"ח זה בידי הוי כדין מורשה שנתבע בשט"ח והלוה טוען טענה שחייב המלו' לישב' עליו שמוציאי' המעות ביד ב"ד עד שישבע המלוה כמ"ש הרשב"א וכו' המבי"ט סימן רי"ג והביאו ה' כנה"ג אות ל"ו ע"ש ועיי' במהרש"ל בפרק מרובה סימן י"ד שכתב דמורשה בשטר וטען הנתבע ישבע לי המרשה דלא פרעתי חין לעכב המעו' בשבי' שבו' זו והש"ך בסימן קכ"ג סקי"ט כ' דאין נר' כן ע"ש ודברי מהר"ם מטרני סייעתיה דאפילו שבו' היס' שלאח' הפירעו' מעכבי' המעו' ביד ב"ד וכ"ש בשבו' כעין דאורית' קודם הפירעו':

מיהו נר' דברי מהרש"ל עיק' דשבו' זו כיון דאין ב"ד פותחין בה אא"כ טען הלוה השבע לי קילי ואין מעכבי' הממון בשבילה ומה"ט ס"ל קצת הגאונים דאם מת המלוה נוטלי' יורשיו בלא שבוע' ע"ש ולכאור' יש לצדד דה"ה כל הנשבעי' ונוטלי' בשטר כגון פוגם

שטרו ועד אחד מעיד שהוא פרוע דמה"ת המלוה נוטל בלח שבו' אלא שחכמים החמירו עליו לישבע אין לעכב הממון ודוקא נגזל וכולי שלא היה דינו ליטול וחכמים הקילו עליו ליטול בלא שבו' מעכבי הממון ביד ב"ד וכה"ג כ' הטור בסי' צ"ב בשם הרמ"ה וכ"כ הש"ך בסי' זה סקי"ג גבי שבועת הלוה שאין לו מה לפרוע ע"ש אבל מדברי מהרש"ל משמע דכל הנשבעי' ונוטלי' אפי' פוגם שטרו ודכוותיה כיון שצריך לישבע בלא טענה מעכבין הממון ודוקא בשבו' דר"פ כיון שאין ב"ד פותחי' בה קילא אין מעכבי' הממון בשבילה וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סי' ס"ד גבי שבועת הלוה שאין לו במה לפרוע וז"ל ראובן הוציא על שמעון שטר מקויים בסך ממון וטען שמעון שהוא פרוע ותבע ממנו שישבע לו ראובן ע"ז וראובן אומר יתן לי מעותי ואשבע לו וטען שמעון שאין לו תשו' וכולי שאין ראובן חייב לישב' אלא אחר שיביא לו שמעון מעותיו ואם שמעון טוען שאין לו ישב' על זה ולא תשאר שבו' שמעון שאין לו עד שישב' ראובן אלא אם לא היה מתחייב לו המעות ההם אלא אחר שישב' ראובן כמו הפוגם שטרו וכיוצא בו שאז היה יכול הלוה לומ' איני מחוייב לישבע שאין לי עד שיתברר חיוב הממון מעיקרו עלי בשבועת המלוה אבל כאן שהלוה הוא מתחייב בממון מעיקרו לא וכולי לפי שהממון בחזק' קיים הוא מכח השטר שבידו דלא מרעי' ליה לשטרא בשו' טענה הלא תראה שאפילו השבו' שהוא חייב בה אין אנו מחייבי' אותו בה אלא אחר שיאמר לו אשתבע לי וכל עוד שאין הלוה תובע אותו שישבע לו אין אנו מחייבים את המלוה לישבע וכולי עיין שם הרי דבפוגם שטרו וכיוצא כיון דחייב שבו' בלא טענה מעכבי' שבו' הלוה שאין לו עד אחר שישבע המלוה משום דחיוב הממון לא נתברר אלא אחר השבו' אבל בשבו' דר"פ אפילו לא נשבע חיוב הממון מבורר אין מעכבי' שבו' הלוה שאין לו והמלוה לא ישבע עד שיביא לו מעותיו וה"נ אין מעכבי' הפירעו' למורשה בשבי' שבו' זו וכ"ש בטענת אמנה ורבי' דא"ק לישבע כלל דודאי אין מעכבי' הממו' וגם הש"ך בסימן קכ"ג ס"ק י"ט שחלק על רש"ל מודה בטענת אמנה ורבי' ועיי' בתשו' הרשב"א ח"ב סי' של"ה: מ"ו ע"ש ואם כפר ישבע היסת וכו' כ' מהרש"ך ח"ד סוף סימן כ"ג דה"ד בשטר שאין בו נאמנו' אבל בשט' שיש בו נאמנו' לכ"ע אפי' בטענת פירעו' גובה בלא שבועה ואם אח"ך יתבענו שלקח ממנו שלא כדין נשבע היסת ונפטר וכ"ש בטענת רבית וכיוצא בה דאין להשביעו או להטיל חרם ע"ז ע"ש ולא דק דודאי נאמנות לא מהני שלא להחרים אפי' פי' בהדיא וכבר תמהתי בסי' ע"א על הרשב"ץ בזה ע"ש אלא אפי' שבועה צריך לישבע אחר הפירעו' שהנאמנות לא קאי אלא על הפירעו' ואפי' פרט הנאמנו' בכל ענין יכול

להשביעו אחר הפירעו' אא"כ כתב לו ופי' לו בנאמנות בלא שום שבועה קלה וחמורה ולא גלגול שבועה לעולם וכו' כמבואר בסי'
מ"ז
דין
י"א אם טען הלוה מחלת לי וכו' מדברי הרמב"ם שכ' בפכ"ב מה' מלוה ומשביעי' את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה ולא מחלו וכו' וכ"כ בפי"ו מה' אישות וכן תקנו שלא תגבה עד שתשבע בנק"ח שלא וכו' ולא מחלה אותו ע"ש לכאו' נר' דס"ל דה"נ אם טען הלוה השבע לי שלא מחלת לי צרי' לישב' שהרי כ' רש"י בפ' הכות' ובפ' השולח טעמ' דאין נפרעי' מהיתומי' אלא בשבו' משו' דטוענ' להם מה שהיה אביהם יכו' לטעו' ואם הוא טען השב' לו שלא פרעתי צריך לישב' וכ"כ מרן הב"י והסמ"ע בשי' ק"ח סקט"ו ע"ש וכ"כ בעה"ת שער כ"א ח"ד סי' ב' דשבו' דר"פ נפק' ממתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבו' ע"ש וא"כ אם הלוה לא היה יכו' להשביעו על טענת מחי' אמאי טענ' אותה ליורשי' מיהו התו' בשבו' דמ"ה כ' וז"ל וכי מה בין זה לפוגם שטרו וכו' וא"ת תק"ל אמתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבו' וטעמ' משו' דילמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעי' ואמ' אשתב' לי אלמא מצי משבע ליה מיהו נר' דטעמ' לאו משו' הכי הוא דאפי' לא מצי אבוהון טעי' טענ' ליתמי דבפ' הכות' אמרי' כ' לאשתו נקי נדר נקי שבו' לא תפר' מותומי' אלא בשבו' אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקו' שאין האב יכו' להשביע עכ"ל וא"כ אפשר דהרמב"ם ס"ל דאין משביעי' על טענת מחילה ורבנן עבוד תקנתא ללקוחו' וליתומים אפי' במקו' שאין האב יכו' להשביע ומשביעי' אותו אפי' על טענת מחילה:
ועוד דגבי כתובה שצריכה לישב' שלא מחלה כ' מהרש"ח בתשו' סימן ל"א אפש' דאינה אלא בגלגול שבו' דצררי וכ"כ ה' חלקת מחוקק בא"ה סימן צ"ו סקי"א דמדין גלגול שבו' נגעו בה עיין שם וה"נ אע"ג דאין משביעי' את המלוה על טענת מזויף ורבית ומחילה יכו' לגלגל אותה וכן כתב בעל העיטו' בדיני חוב דס"ב ע"ג וז"ל אבל אם יטעון דאית בה צד רבית וכולי א"נ שטר מחי' זה לאו כ"כ לאשבועי' ומסתמא אי פקח אידך נימא שטר פריעה הוא ולגלגל כל טענתה ע"ש וכ"כ הרא"ש בתשו' הביאו מהריב"ל ח"ג סימן כ"ו דעיק' שבו' אלמנה לא נתקנה אלא משום חשש פירעון דהוי מילתא דשכיחא אבל משום מחילה דלא שכיח' לא נתקנה אלא שמגלגלי' עליה בשבו' גם על המחי' ואי ליכא חשש פירעו' אין להשביעה שמא מחלה ע"ש ועיין בס' תורת חסד סימן קמ"ד שכ' שכן הדעת נוטה דטענת מחי' גרועה היא וכן דקדקו מהר"ם גאלנטי בתשו' סימן צ"א

ומהרימ"ט סימן קכ"א ומהר"ש צרור סימן י"ד מל' הרמב"ם דא"ץ לישבע על טענת מחי' ע"ש ונר' דגם הרמב"ם בה' מלוה שכתב דמשביעי' את הטורף שלא נפרע חוב זה ולא מחלו וכו' עיק' השבו' היא על הפירעון אלא שמגלגלי' ג"כ על המחי' וכ"כ הטו' בסי' קי"ד וז"ל ומשביעי' המלוה בנק"ח שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו לאחר ולא מחלו ע"ש מיהו ק' על הטו' כאן שכ' דברי הרמב"ן באחרונה דמחי' חשיבה כמו פירעון ומשביעי' עליה משמע דס"ל כוותיה והרא"ש בתשו' כ' דאין משביעי' על טענת מחי' אלא מדין גלגול ואי ליכא חשש פירעון אין משביעי' על המחי' משמע דאין הלוה יכול להשביע המלוה על טענת מחי' דאם הוא יכול להשביעו טוענ' כן ליורשי' וכ"ש אם נאמר דתקנו ליורשי' אפילו במקום שאין האב יכו' להשביע:

ונראה דהרא"ש אזיל לטעמיה שכתב בפ' קמא דב"ב וז"ל טען פרעתיך בתוך הזמן אף על גב דאין נאמן יראה שצריך לישבע ש"ה כיון שטוען טענת בריא אבל ליתמי לא משבעי' ליה מספק ע"ש אלמא אף על גב דהאב היה יכול להשביע אין היורשים משביעי' משו' דפירעון בתוך זמן לא שכיח וה"נ הוא שטען בריא יכול להשביע על טענת מחילה אבל היורשים אין משביעין מס' משום דמחילה לא שכיחא ולא טענ' ליורשים טענה דלא שכיחא ושוב ראיתי למהראנ"ח ח"א סימן כ"א שהוכיח מדברי הרמב"ם הנז' דטוענ' ללקוחות וליורשים טענת מחילה וכתב וז"ל אם לא שנחלק ולומר שלא אמר הר' כן אלא לענין שבו' שיש להשביע אפילו מן הספק ועוד דבלא האי טעמא חייב לישבע ואגבה משביעין נמי גם על המחי' אבל לענין פיטור לא מהניא הך טענה אלא בטוען בריא וזה אינו נראה כלל וכו' ע"ש וכבר כתבתי תשו' הרא"ש דמשום דמחי' לא שכיח' לא נתקנה השבוע' אלא אגב הפירעון משביעין גם על המחילה ואי ליכא חשש פירעון אין להשביע על המחילה והרב תורת חסד שם כתב דפשיטא דלא אמר הרמב"ן דאין מועי' נאמנו' לטענת מחילה אלא אם הלוה טוען כן אבל אם מת אין טוענ' ליורשים עיי"ש משמע דסבירא ליה דאם לא יש נאמנות בשטר טוענים להם טענת מחילה:

מ"ח כתב מרן הב"י שהרשב"א כ' בתשו' שאפילו לא האמינו כלל אינו יכו' להשביעו על טענת מחי' לפי שאינו יכול להשביעו אלא על דבר שהשטר עומד לכך כגון פרעון וכו' וכ' הכנה"ג שהיא בח"ב סי' של"ה ע"ש והרואה בתשו' הרשב"א שם יראה דלא הזכיר טענת מחילה אלא הטוען רבית או שטר פסים ושטר אמנה וכיוצא ע"ש ומצאתי בתשו' ח"ד סי' קס"ד שכ' וז"ל ראובן משכן ביתו לשמעון בשטר וכו' והוציא שמעו' שט"ח על ראובן שיפרענו וראובן טוען שכבר פרעו ושעשה לו שטר מחילה ונאבד ממנו וכו' ואמרת שהדין עם שמעו' ואין ראובן נאמן לו' שטר מחי' הי"ל ונאבד וראיה מדאמרי'

בפ' האשה שנתארמלה שטר אמנה וכו' תשו' כדין אמרת וכו' אלא שא"ץ ראיה מההיא דההיא בעוקר את השטר מעיקרו אלא אפי' בשטר לפירעו' אינו נאמן וכו' אלא מ"ש שצרי' שבו' אינו נר' כן אא"כ טען ראובן אשתב' לי וכו' ואע"פ שאין משכונתו בידו א"ץ כלום דמ"מ שטר חוב שבידו וכו' ע"ש:

מ"ט כתב הרשב"ש בתשו' סי' תקע"ב דלוה שטען שהמלוה א"ל שאם יתן לי כו"ך מהחו' אמחו' לך השאר דהוי כטוען פרעתי שאינו נאמן כיון שיש עליו שטר ואין מחייבי' המלוה שבועה אא"כ טען השבע לי ובנדון הזה אפילו טען לוה השבע לי אין עליו חיוב שבועה לפי שזה אסמכת' היא דכל האומ' אם תעשה כו"ך אתן לך או אמחול לך לא קנה כמבוא' בכ"מ בגמ' וכ"כ הרמב"ם וכו' ע"ש ודבריו תמוהים שהרי כ' הרמב"ם בפי"א מה' מכירה בנותן עירבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר ערבוני מחול וחזר בו קנה זה הערבו' שהרי הוא תחת ידו אלמא במחילה ליכא אסמכתא ומ"ש הרמב"ם שם בספי"א קונים מב"ח שכל זמן שהיה כו"ך או שיעשה כך הר"ז החוב מחול לו מעכשיו וכו' כבר כ' מהר"ם אלשיך סי' ל' דמעכשיו שופרא דשטרא ע"ש: נו"ן כתב מהרימ"ט חא"ה סימן נ"א וז"ל אמנם אם לא יודה ראובן בכך א"ל אם לא יהיה שמעון נאמן כיון שהוא מוחזק משום דטענת מחילה רעה היא שאין אדם עשוי למחול את שלו וא"א בטלת כל חיזוקי שטרות דמ"ל מחלת לי וליכא טענת שטרך בידי מאי בעי ועוד אפילו טענת פרעתי תועיל למלוה בשטר במגו דמחל' כדאמרינן גבי שטר כיס וכולי א"ו טענת מחילה אינה טענה אם לא מכח מגו דפרעתי וכולי עיין שם ודבריו תמוהים דמלוה בשטר וטען מחלת לי שייך טענת שטר' בידי מאי בעי כמו בטענת פרעתי אלא נחלקו הפוסקי' אם יכול להשביע המלוה אם לא משום דאין השט' עומ' אלא לפירעון ולא למחילה אבל במלוה על פה אימא דנאמן בטענת מחלת לי כמו בטענת פרעתי ומה שכ' עוד וז"ל אבל נראה דנאמן לומר מחלת לי במגו דלא נתחייבתי לך מעולם דמתחלה לשם מחילה נתנם ואף על גב דבפרק ש"ה גבי סטראי נינהו כתב הרא"ש שנחלק הרמב"ן על הר"י הלוי וכו' התם טעמו של הרמב"ן דיותר ברצון אדם פורע חובו מלתת מתנה אבל כשאינו חייב כלום טענה מעליא היא לומר במתנה נתנם לי כדאמרינן בפ' ש"ה אם אמר במתנה יהיב ליה וב' רואים אותו מאי הוי ע"ש מבואר דסבירא ליה דטענת מחילה גרועה היא ואינו נאמן בה אלא במגו אבל טענת מתנה שלא נתחייב כלל טענ' מעליא היא ואין נראה כן דאם טענת מחילה גרוע' דאין אדם עשוי למחול את שלו ה"ה מתנה אין עשוי ליתן ואדרבה מה שכבר יצא מרשותו עשוי למחול על ידי פיוס אבל ליתן מה שבידו לא שכיח וכן כתבו התוס' במציעא ד' ע' בד"ה אתא וכו' דמתנה לא שכיחא ולא טעני' ליורשי'

אף על פי שאביהם היה נאמן עיי"ש ונראה דהוא אינו נאמן בטענת מתנה אלא במגו דפרעתי ובפ' ש"ה מה"ט הוא דנאמן לומר מתנה אבל בטענה אחרת אין להאמינו במגו דמתנה לא שכיחא ועמ"ש בסי' ע"ה דין ז':

נ"א נראה לכאורה דה"ד לאחר זמן דומיא דטענ' פרעתי דנאמן בטענת מחלת להשביעו במגו דפרעתי אבל בתו"ז לכ"ע אין צריך לישבע וכמבוא' בסימן קי"ד דין ד' דמשביעי' את הטורפים בנקיטת חפץ שלא נפרע חוב זה ושלא מחלו ושלא מכרו לאחר וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ואם הוא תוך זמן טורף בלא שבו' ע"ש אלמא אף על גב דמשביעים אותו שלא מחלו ה"ד לאחר זמן אבל תוך זמן לא וה"נ דכוותה וכן בטענת מזוייף ואמנה או רבית למ"ד דצריך לישבע ה"ד לאחר זמן אבל בתוך זמן לכ"ע אין צריך לישבע מיהו א"ל דאפילו בתוך זמן צריך המלוה לישבע על טענת מחיל' כיון שהלוה טוען בריא שמחלו ודוקא גבי לקוחות שאין טוענים בריא משביעין אותו על טענת מחילה ואמנ' אלא בגלגול הפירעון ובתוך זמן דלא חיישינן לפירעון אין משביעין אותו דלא טעני' ללקוחות מלתא דלא שכיחא וכה"ג כת' מהראנ"ח ח"א סימן כ"א והרב כנה"ג בסימן ע"א עיון שם באורך ועמ"ש בסימן ע"ה דין ז' והתוס' בכתובות דף צ"ב ע"ב בד"ה דינה וכו' כ' וז"ל מק' מנ"מ שיטעון עמו ראובן ולא וכו' ומיהו י"ל דנ"מ דיכול לומ' אשתב' לי דלא פרעתיך וכו' וכגון שמחל לו שמעו' על השבוע' וכו' עיין שם וא"א דיכול למחול על טענת מחילה אפילו בתוך זמן א"ל דנ"מ אם הוא בתוך זמן דאין שמ' הלוקח יכול להשביעו אבל ראובן הלוה יכול להשביעו על טענת מחילה ואפשר דהתוס' ס"ל כי"א דאין משבי' על טענת מחילה דהוי כטענת אמנה ורבית:

נ"ב שדינו כמי שטוען פרעתיו דלא יטול עד שישב' בנקיטת חפץ כדלעיל דין ב' ושם כתבתי שכן דעת הרי"ף והרמב"ם והרשב"א והרא"ש והר"ן ובע' התרומות שצריך לישבע כעין דאורייי' בנקיטת חפץ כמבו' בב"י עיין שם וכן כתב מהר"י ן' מיגש בחי' בפרק כל הנשבעי' דשבו' כעין דאורייתא היא דומיא דפוגם שטרו ועוד דהא נשבע ונוטל הוא ונקוט האי כללא בידך דלא משכחת לה לעולם ש"ה בנשבע ונוטל וכו' וכ"כ הריטב"א בחי' שם והראב"ד בספר תמ"ד סימן ס"ג ע"ש וכן דעת בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ב עיי"ש ובפרק הכותב במתניתין דנדר ושבועה אין לי עליך וכו' אמר רב על אפוטרופוס שעושה בחיי בעלה ור"ן אמר על הפוגמת כתו' וכו' והרב פני יהושע שם דקדק אמאי לא מוקי פיטור שבו' דמתני' אשבו' פירעון כדאר"פ דאם טען השבע לי דלא פרעתיך משבעי' לה בנקיטת חפץ ואפשר כיון דלא הוזכרה שבו' זו במשנה בהדיא וכו' אלא דאכתי מאי מק' למ"ד על אפוטרו' מי ידעה דמותיב לה אפוטרו' דא"ל כתוב לי דלא

משבעת לי וכו' הא ס"ד דשמא יאמר לה השבע לי על הפירעון ואמרה כתוב לי דלא משבעת לי וממילא גם כן פטור משבועת אפוטרו' וכו' ומזה נראה סיוע למ"ד דשבו' דר"פ אינה שבוע' המשנה אלא היסת ולא נתקנה בימי המשנה וכו' עש"ב אבל רש"י בפ' הכו' במתני' דמנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבו' כתב משום דאי הוה גבי מן הלוה גופיה והוה טעין ליה אשתב' ליה דלא פרעתיך משבעי' ליה וכו' אלמא שבו' המשנה וכו':

והרב פני יהושע שם הק' דהא לא ניתנה ליגבות מחיים וקי"ל כר"ל דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז וגובה אפי' מיתמי בלא שבו' ומכח זה כ' דודאי שבו' אלמנה ליתומי' משו' חשש צררי ושובר אלא דס"ד דלא שייך במלוה בשטר ובכתו' מכח חזקה דשטרך בידי מ"ב לזה הביא ראיה דאפי' איתיה ללוה ולא הוציא שובר אפ"ה אי טעון אשתבע לי משבעי' ליה אלמא הך סברא דשטרך בידי מ"ב לא אלימא ומש"ה החמירו ביתומי' ולקוחו' דטעני' להו חששא ושובר עש"ב וליתא שהרי כ' רש"י בשבי' לקוחו' אנן טעני' דילמא אי הוה גבי מן הלוה הוה טעין אשתבע לי דלא פרעתי' ובעית אשתבועי השתא אנן טעני' להו דפתח פיך לאלם הוא ומנכסי יתומי' ונפרעת שלא בפניו כולהו משו' האי טעמא עכ"ל הרי דטוענ' להם מה שהיה הוא יכול לטעו' אשתב' לי דלא פרעתיך וכ"כ רש"י בפ' הנזקו' ע"ש וכבר כ' בעה"ת שער כ"א ח"ד סי' ב' וז"ל וכ"ת התם ה"ט דמהני לפוגמת נאמנו' וכו' דהא דתיקן ר"פ דאי אמר אשתבע לי משתבע לי אע"ג דמלוה לא פגים שטרא באותו זמן עדיין לא נתקנה תקנתו אלא היה נאמן בעל השטר בלא שבו' ולפיכך אמר ר"ן לפוגמת מדאיצטריך לנאמנות וכולי אבל השתא דתי' ר"פ שבוע' אפי' כשטו' המלוה לא נפרעתי ממנו אם לא כ' בפי' פטור מקצתו לא פטר מפוגם דחמיר טפי דהא אע"ג דלא טעין טעני' ליה אנן וכי פטר מכוליה פטריה דקיל שבועתיה דהא אי טעין אין אי לא לא הא לא מצית אמרת דהא ר"פ לא תקנתא דידיה היא אלא מימי חכמים עשאוה מהנפרע מנכסי יתומי' וכו' ע"ש א"כ רש"י ובעה"ת ס"ל דשבו' דר"פ ממשנה דהנפרעת מנכסי' משועבדי' ומן היתומי' לא תפרע אלא בשבו' נפקא ורש"י בפ' הכותב בד"ה אלא אמ' רבא וכו' כ' וז"ל וא"ת בלא פוגם נמי הא קי"ל בשבועו' דאי א"ל אשתבע לי דלא פרעתיך משבעי' ליה והאי נמי הא קא טעין לא פרעתיך ומה צורך בפגימה וכן בע"א מעידה שפרע בלא עד נמי משבעי' לה הא פרכי' לה בשבועו' מה בין זה לפוגם שטרו וכו' ומשני לה וכולי נר' דס"ל דבשבועות דפריך מה בין זה לפוגם שטרו וכולי ה"ה משבו' דע"א מה מהני ע"א או פגימת השטר בלא"ה יכול להשביעו ועמ"ש בדין יו"ד ובא"ז כ' בשם רש"י במ"ק גבי ע"א וז"ל והא דאמרינן בשבועות דאפי' ליכא

ע"א אם א"ל אשתבע לי וכו' תקנתא דבתראי היא וכי תקון הך שבו' בע"א מעידה שהיא פרועה אכתי לא הויא ההיא תקנתא וכו' ע"ש הרי דס"ל שבו' זו דר"פ לא נתקנה בזמן המשנה ובזה ניחא דבפ' כל הנשבעין דתנן וכן היתומי' לא יפרעו אלא בשבו' וכו' אמרי' ממאן אילימא מלוה השתא אבוהון שקיל בלא שבו' ואנהו שקלי בשבו' וכו' ולא מוקי לה בבאים ליפרע מהלוה עצמו ובטוע' ישבע לי דאביהם כה"ג אינו נוטל אלא בשבו' והמ"מ בפי"ז מה' מלוה תי' משו' דמתני' דומיא דפוגמ' כתו' ודומי' דהבא ליפרע מנכסי' משועבדי' בנכסי יתומים קתני לה כשם שאמרו הפוגמת וכו' מה שבו' אלו אפי' לא טענו אף שבוע' דיתומים וכו' ובעל העיטור הוכיח מכאן דלא יטלו בשבו' היורשים ע"ש והיינו משום דהם ס"ל דשבו' דר"פ שבו' המשנה היא אבל לדברי רש"י ניחא דשבוע' תקנתא דר"פ היא ובזמן המשנה אף אם יטעון השבע דלא פרעתיך אין משביעין אותו כיון ששטר בידו:

ג"ן אם לא הספיק לישבע עד שמת נראה דיורשי המלוה גובים מיורשי הלוה ולא אמרי' אין אדם מוריש שבו' לבניו דהא אפילו פוגם שטרו שאינו גובה בשבועה בניו נשבעים שלא פקדנו וכו' וגובים אפילו מיורשי הלוה וכן דעת מהרש"ף והרב כנה"ג אות כ"ד דחה דלעולם אם נתחייב המלוה שבועה ומת אין מורישה לבניו ושאני פוגם שטרו דלא נתחייב שבו' בטענת הלוה אלא על ידי טענת עצמו ובסימן ק"ח אות צ"ב כ' שכן דעת מהרימ"ט ומהרש"ך דשבו' שבאה על ידי טענת הלוה ומת אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו ומהרא"ש סבירא ליה דאפילו לא טען הלוה אנן טוענים ליורשיו שהיה אביהן טוען כך והיה המלוה חייב ואינו מורישה לבניו אבל הרב הסכים דאפילו טען ונתחייב המלוה שבוע' לא אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו עש"ב וכן נראה עיקר דודאי שבו' זו דר"פ קילא משבו' דפוגם שטרו כמ"ש בעה"ת שער כ"א ח"ד סימן ב' וז"ל וכ"ת התם ה"ט דמהני נאמנות וכו' דהא דתיקן ר"פ דאי אמר אשתבע לי משתבע לי אע"ג דמלוה לא פגים שטרו באותו זמן עדיין לא נתקנ' תקנתו אלא היה נאמן בעל השטר בלא שבו' לפיכך אמר ר"ן דפוגמת מדאצטריך לנאמנות וכו' אבל השתא דתיקן ר"פ שבו' אפילו כשטוען המלוה לא נפרעתי אם לא כ' בפי' פטור מקצתו לא פטר מפוגם דחמור טפי דהא אף על גב דלא טעין טענינן ליה אנן וכי פטר מכולהי פטרי דקילא שבועתיה דהא אי טעין אין ואי לא לא הא לא מצית אמרת דהא ר"פ לא תקנתא דידיה היא אלא בימי חכמי' עשאוה מן הנפרע מנכסי יתומים וכו' ע"ש הרי דשבוע' דפוגם שטרו חמורה משבו' דר"פ אף על פי שהיא גם כן שבו' המשנה דזו צריך טענה וזו בלא טענה אלא אמרי' דהנאמנות היה אף על שבו' דפוגם שטרו וכ"ש על שבו' דר"פ ואם כן כיון דבפוגם

שטרו לא אמרי' אין אמש"ל כ"ש בשבו' הפירעון דאפילו טען הלוה השבע לי ונתחיי' המלוה שבו' ומת לא אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו וכן כתבו הרא"ש והר"ן סוף שבו' בשם הרמב"ן והטור סימן ס"ו בלוקח שט"ח ומת הלוה אחר שלקחו:

מיהו קשה דהא לגבי חשוד כתב הריב"ש סימן ק"א דגם הרמב"ם לא סבירא ליה בחשוד דפוג' שטרו דמפסיד אלא משום דהנתבע טוען בריא לכך נשבע ונפט' אבל יורשים שטוענים ספק ואין יכולים לישבע נוטל מהם התובע בלא שבועה עיי"ש א"נ פוגם שטרו גרע משום דהנתבע טוען ברי אבל חשוד התובע מן היתומים גובה בלא שבו' משום דהם טוענים שמא וא"כ כיון דהנפרע מהיתומים צריך לישבע אמרינן דאם מת אין אדם מורי' שבו' לבניו כ"ש פוגם שטרו שנתחייב שבו' ללוה שטוענו בריא ומת דאמרי' אין אמש"ל וה"נ אם טען הלוה השב' ונתחייב המלוה שבוע' ללוה שטוענו בריא נימא אין אדם מוריש שבו' לבניו מיהו בלא"ה ק' על הריב"ש דהא קי"ל דטענת היורשים חשבינן לה כבריא דבריש פרק האשה שנתארמל' אמרי' דלא אר"ג דנאמנת אלא באומ' משארסתני נאנסתי דברי ושמא הוא אבל בברי וברי לא וכ' הרא"ש ואלמנה נמי חשיב טענת היורשים ברי כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וכו' וכן הוא בירושלמי שם תינח נתגרשה נתארמלה מי עובר וכו' ופי' בשיטה ישנה בס' א"ז שם תינח נתגרשה שיכול לטעון אלמנה נשאתי' בברי אבל אלמנה מי יאמר בברי דאלמנה נשאת ומשני היורשים וכו' כלומר אנו נטעון בשבילה וכו' כיון דטענינן ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען כברי חשבי' לה וכ"ג הריטב"א עי"ש אלמא דטענת היורשים חשבינן לה כברי וכן קיימא לן דמלוה על פה אינה גובה מן היתומי' אפי' גדולי' משום דטעני' להו שמא פרע אע"ג דתנן הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם אלמא מה שטוענים ליורשים חשבינן לה כברי כאלו טען אביהם כן בברי פרעתי ואם כן ה"נ כיון דאם טען הלוה פרעתי למלוה החשוד מפסיד דטוענים כן ליורשים דחשבינן לה כברי מיהו משו' דחזק' דשטרך בידי מאי בעי מסייע למלוה דמדאוריי' נוטל בלא שבו' אלא דחכמים החמירו עליו לישבע אין טוענ' ליורשי' להפסיד למלוה: נ"ד אם שלח המלוה ללוה כת"י ופרע לו הלוה ואח"ך בא המלוה וטען לא כתבתי כתב הראב"ד בספר תמים דעים סי' ס"ג אם הוציא הלה את הכתב ונודע בעדי' שזה כת"י או יצא ממ"א ודאי פטור הוא ואם לא נתקיי' ואמר אני מכיר שזה חת"י אם זה ממו' מופקד אצלו בלא עדי' או אפי' בעדי' שלא בשטר מתוך שיכול לו' להד"מ או החזרתי לך מידי לידך נאמן לו' אני מכיר שכת"י הוא זה ומסרתיו ליד שלוחך בשבו' היסת ואם יש שטר פקדון צריך ש"ח ובש"ח מיהא נפטר מתוך שיכו' לומר נאנסו וכו' ואם היא מלוה בשטר אפי' בשבו' חמורה אינו נאמן אלא

שיכול הוא להשביע את המלוה ש"ח בחפץ אם כת"י או לא שזה דומה למ"ש אומר לו אשתבע לי והק' על זה ומה בין זה לפוגם שטרו וכולי אלמא ש"ח היא כעין פוגם את שטרו וכו' ע"ש ועמ"ש בסי' קכ"א ס"ט:

נ"ה הגה שהנאמנו' לא קאי אלא על הפירעו' וכו' עטר שכתו' בו שאין לו שום טענה ותביע' בעולם זה כולל מה שהפה יכו' לדבר עיין בס' חוות יאיר:

נ"ו מחל לו החוב והשטר עדיין קיים ביד המלוה הטו' בסי' י"ב כ' דר"י כ' דצריך קנין וא"א הרא"ש לא חי' ע"ש וכן בתשו' בשמים ראש סי' קל"ד דחה דברי ר"י דאין לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ דתרוייהו הוי מחי' דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ע"ש במגיה וכבר כ' בסי' י"ב דפלוגתא היא ומוקמינן השטר אחזקתיה עש"ב:

ז"ן ויש מי שאומ' דמחי' כמי שטוען אמנה וכו' עיין בתשו' מהר"ש צרור בס' חוט המשולש סי' י"ד:

נ"ח דין י"ב אין הלוה נאמן וכי אם לא נתקיים השטר יש להסתפק אם נאמן הלוה לו' תנאי היה במגו דמזוייף והרשב"א בתשו' ח"ב סי' שמ"ט כ' על שליש שכ' בחת"י תנאי וע"פ תנאי זה נמסר דבר פ' בידו וטען השליש שיש בו תנאים אחרים שלא נכתבו דאפי' למ"ד בעדים שאמרו תנאי היו דברינו נאמני' דוקא כשאין כת"י יוצא ממ"א וכו' הכא נאמן שכל מי שהממון בידו נאמן לעולם אפי' שלא מדין שלישות במגו דא"ב מסר מה שבידו לא' מהם כההיא דאמרי' הימנה ר"ן מגו דאי בעי' קלתיה וכ"ת שאני הכא דאיכא חת"י והו"ל כמגו במקום עדים לא היא דהא לא כתב ביה על תנאי זה בלבד וכל שאינו מבורר אינו כעדים לבטל כח מגו דמגו דאוריית' הוא וכו' ע"ש משמ' דאם כ' על תנאי זה בלבד אינו נאמן במגו דהוי כמגו במקום עדים וה"נ אין הלוה נאמ' במגו על השטר שכתו' בו שלא היה שום תנאי וכו' לסתור הודאתו בחת"י וז"ל רבי' ירוחם במישרי' נתיב ב' סח"ב עדים שאמרו תנאי וכו' וכל זה שאמרנו שאין נאמנים כשכת"י יוצא ממ"א דוקא העדים החתומי' בשט' אבל ב' אחרים שהעידו וכו' תנאי נאמני' וכ"כ הגאונים ואם כתוב בשטר שלא נעשה שום תנאי ושיור אין נאמני' בשום ענין כיון שהגיד וכו' ע"ש וכ' מהריב"ל ח"ג סי' ס"ג דס"ל דאם כתוב בשטר בלא תנאי וכו' אפי' כשאין כת"י יוצא ממ"א אין העדים נאמנים והדין נותן דאין אדם מע"ר ואפי' במגו אינם נאמנים לומר שחתמו שקר אבל בעה"ת נר' לכאו' דס"ל דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמני' לומר תנאי היה אפי' כתו' בשטר בלא תנאי וכו' והרב כנה"ג בסי' מ"ו הגהב"י אות ס"ה כ' מחלוקת זו בשם מהריב"ל ע"ש ואפש' דגם הרשב"א בתשו' דס"ל דאם כתו' על תנאי זה בלבד אינו נאמן לומר שיש תנאי אחר במגו ה"ד במגו דטענה אחרת דכיון שנתקיימה חתימתו

הוי כמגו במקום עדים אבל במגו דמזוייף אפשר דנאמן אפי' סותר הודאתו וכה"ג כ' התוס' בפ' האשה שנתארמלה במתני' דהעדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכו' וז"ל וא"ת למה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכו' וי"ל כיון שהצריכו חכמי' קיום הכא לא חשיב כלל קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאנהו גופיהו אמרו תכ"ד קטנים או אנוסים היינו אבל לקמן חשבינן לה כב' עדים כיון דכבר מקויים וכו' ושם בדבור המתחיל אין נאמנים כתבו הכא איכא למימר דליהמנו במגו דא"ב אמ' פרו' הוא דכיון דמקוי' הוי כמגו במק"ע כדפי' וכו' עכ"ל הרי דבמקויים אינם נאמנים במגו דהוי כמגו במקום עדים אבל כשאינו מקויים לא חשיב כמגו במקום עדים דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר והכא נמי אפילו כתובה בשטר דלא היה שום תנאי אם אין כת"י יוציא ממקום אחר נאמנים במגו דמזוייף אבל במקויים אינם נאמנים במגו דטענה אחרת וה"נ הלוה נאמן אפי' כתובה בשטר בלי שום תנאי אם אינו מקויים במגו דמזוייף והטור ומרן הכא אפשר דמיירי דוקא כשכת"י יוציא ממקו' אחר דומיא דסיפא דאם אין כתוב בו כן דנשבע המלוה ונוטל דה"ד בשטר מקויים דאם אינו מקויים נאמן הלוה לומר שהיה תנאי במגו דמזויף כמבואר בריש סימן זה וה"נ רישא דאם כתוב בשטר בלי שום תנאי דאין הלוה נאמן ה"ד במקויים אבל אם אינו מקויים נאמן הלוה במגו וכן ראיתי למהר"י וויל סימן פ' שכתב וז"ל ובנ"ד אמינ' דגרע מתנאי היו דברינו דהכא בא העד לסתור הפטו' דהפטור משמע דפטר אותו מכל תביעות שבעולם והעד אומר שעל תביעה זו לא פטר אותו נמצא דאתא למיעקר סהדותיה ולא הוי כמו תנאי היו דברינו ולהכי פשיט' אי חתימ' העד מקויים בלא סהדותיה דידי' דאינו נאמן לו' דהתנה דעל תביעה זו לא פטר אותו יכולי עיי"ש הרי שכתב בהדיא דאם אין השטר מקויים אלא על פה העד נאמן לומר שכך התנה ומרע ליה לפטור אלמא נאמן לסתו' עדותו במגו דמזוייף וכן כתב מהרשד"ם סימן ל"ו וז"ל ובנ"ד כיון וכו' ואם הוא יכפור ויאמר שלא היו דברים מעולם שלא קבלם אלא סתם אם יש עדים שהוא כת"י אינו נאמן אבל אם אין עדי' אפ' שנאמן לומר להד"מ מגו דמ"ל אין זה כת"י מ"ל מאי דבעי אבל אי איכ' עדי' וכו' ויהא נאמן לומר כן מדו דאב"א פרעתי אפי' הכי נראה דאינו נאמן כ"א משום מגו דהוי כמגו במקום עדים ואיך נאמר דיהיה לומר סחורה זו של פלו' היא מגו דאב"א פרעתי שהרי איכא עדים דהוי דר"מ צורי שאתה מודה כן בכת"י שיש עליה עדים וכו' עיין שם הרי דסבירא ליה דכיון דמודה בכתב יד שהסחורה זו של פלוני היא אינו נאמן לסתור הודאתו במגו דפרעתי אם יש עדים על כת"י אבל אם אין עדים על כת"י נאמן במגו דמזוייף ופשיטא דאין חי' בין שטר להודאתו בכת"י דהודאת בעל דין

כמאה עדים דמי וכן מבואר בתשוב' הרא"ש הובא בטור ובב"י סימן ע"א ס"ק ע"ש ואם כן אם אינו נאמן נגד העדי' במגו ה"ה דאינו נאמן לסתור הודאתו בכתב ידו במגו: אבל מצאתי למהרשד"ם בחי"ד סי' פ' שהביא תשו' הרשב"א שכ' וז"ל ראובן תובע לשמעו' מנה והוציא עליו כת"י אלא שאין ראובן יכול לקיימו וכתוב ברצון שלא באונס וכו' והודה שהוא כת"י אמר שמעו' כת"י הוא זה אלא שאנוס הייתי תשו' כלל זה יהיה בידך כי הפה שאסר וכולי צריך שיהיו שניהם קיימים במה שנוכל לקיים ולא יצא הא' לבטלה וכיון שהודה על כת"י כבר הודה על מנה שבשטר ושוב אינו יכו' לכפור בו ותראה כל השנויים במשנתי' בכתובו' היש בהם מכחיש את דברו שדה זו של אביך וכו' אין הכחשת דיבור לדיבור אע"ג שהדבור הא' בטל מאליו וכן לא תמצא שום מגו בעולם שיהיה דבור מכחי' דבור אבל כל א' מחזיק את חבירו וכו' ע"ש וה' כנה"ג בח"ב סי' ס"ט הביאו בקיצור בשם הראב"ד והרשב"א ע"ש הרי דס"ל דאפי' אין כת"י יוציא ממ"א אינו נאמן במגו לסתור הודאתו וכ"כ רבינו ירוחם במישרי' נתי' ב' סח"ב דאם כתו' בשטר בלא תנאי ושיור אין העדי' נאמני' בשום ענין כיין שהגיד וכו' נר' דס"ל דאפי' אין כת"י יוציא ממ"ח אין נאמני' וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ד סי' רל"ו שטר שכתו' בו בלא שום תנאי ושיור בעולם ואין כת"י יוציא ממ"א ועכשיו אמרו העדי' כת"י הוא זה ותנאי היו דברינו אם נאמני' כיון שאין כת"י יוציא ממ"א אם לאו ואמרת כי לדעתך אינם נאמני' כיון דמכחשי שטרא תשו' כדין אמרת דיותר הוא זה משטר אמנה כי יותר אלו מכחישי' עדותם לגמרי ומשימי' עצמם רשעי' ומעידים עדות שקר שכבר העידו שהיו דבריהם בלי שום תנאי וא"כ עכשיו שאמרו שהיו דבריהם תנאי עדות שקר מעידי' בעצמם עכ"ל הרי דגם העדים אינם נאמני' לסתו' עדותם במגו דמזויף וכ"פ מור"ם בסי' מ"ו סל"ז דאם כתו' בשטר בלא שיור אינם יכולים לומר תנאי היה בדבר דאינם חו"מ וכ' הש"ך שם בס"ק ק"י דגם הבעה"ת שער כ"א ח"ג שכ' והוא דהוי כת"י יוצא ממקום אחר וכו' ה"ד לענין שבו' דבהכי עסוק שם להדיא דאין המלוה צריך לישבע ועלה קאמר והוא דכת"י יוציא ממקום אחר ור"ל דאם אין כת"י יוציא ממקום אחר עכ"פ צריך המלוה לישבע ויש הוכחה לזה דהא וכו' ע"ש ולא מסתבר דאם אין העדי' נאמני' אין צריך המלוה לישבע כמו שכתב הש"ך בסי' זה סקי"ז דלמ"ד דאין העדים נאמנים לומר תנאי בשכתב ידם יוציא ממקום אחר משום דהוי כאלו אמרו לא לוה היפך דבריהם שבשטר הכא נמי אין המלוה צריך לישבע ע"ש ואם כן כשכתוב בשטר בלא שיור וכו' דאין העדים נאמנים תנאי היה לסתור עדותם שבשטר אין המלוה צריך לישבע ע"ז ול' בעה"ת ואף אם אין כתוב בשטר אלא בשום שיור בעולם אף בזה כתבו חכמי נרבונא דאיתי' לתנאי בכלל

שיור ותו ל"מ למימר לוה תנאי היו דברינו ואף לא עדי השטר דאינהו גופייהו מרעי סהדותייהו וכיון שהגיד שוב אינו חו"מ וכו' והוא דהוי כת"י יוציא ממקום אחר וכו' משמע בהדיא דגם על העדים קאמר דאינם נאמני' דוק' בשכת"י יוציא ממקום אחר אבל אם אין כתב יד יוציא ממקום אחר נאמנים ק"ו הוא דהא משמע דעדי השטר נאמנים טפי מהלוה:

ומ"מ דעת הרשב"א ורי"ו שטר שכ' בו בלא תנאי ופילו העדים עצמם אינם נאמני' לו' תנאי היה אפילו במגו דמזוייף וגם בעה"ת אפש' דמודה דבלא תנאי דאין נאמני' לסתור עדות' ממש וכה"ג כתב מהרש"ך ח"ב בנוספות סימן י"א והגד"ת שם דהטו' בסי' מ"ה שכ' דאם העדים מעידים שהיה במכר תנאי ואומר מ"ש בשטר שלא היה שום שיור לא נאמר לבטל התנאי וכולי ה"ד בלא שיור אבל בלא תנאי אינם נאמני' כלל ע"ש וא"כ אפ' דבלא תנאי וכולי לכ"ע אפילו אין כת"י יוציא ממ"א לכ"ע אינם נאמנים כלל וכ"ש בעל דבר וכ"כ מהרימ"ט ח"א סימן ק"ט דהעדים אינם נאמנים לסתו' השטר במגו וכ"ש בעל דבר ע"ש וכבר כתבתי דברי הרשב"א והראב"ד דאפילו נגד הודאתו בכת"י אינו נאמן במגו דמזוייף וכן כתב הריב"ש בתשו' סימן קצ"ג וזה לשונו ואף עפ"י שבידו לקדשו אין להאמינו להבא במגו לחוש למהוי ס' כדאסיקנא גבי בעל שאמר גרשתי את אשתי דכיון שהוא אומר כנגד דבריו הא' אינו נאמן במגו דאנן סהדי דמשקר כדאמרי' בפ' י"ן גבי אמר עבדי הוא וחזר אמר בני הוא אינו נאמן כלל שאין לפ' דבריו הא' וסותר אותם וכולי עכ"ל הרי דאפי' במגו דבידו אינו נאמן לסתור דבריו נ"ט

נראה דבשטר מכר אם כת"י יוציא ממ"א ודאי דאין המוכ' נאמן לומר תנאי היה במכר דאין חילוק בין מלוה למכר וכ"פ מהר"י הלוי סימן נ"ט מטעם דהלוקח מיקרי מוחזק כיון שלדברי כולם כדין החזיק בקרקע על המוכר להביא ראיה שהיה על תנאי כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן כ"ט ע"ש ונר' דבלא"ה אפילו המוכר מיקרי מוחזק אין נאמן לומ' תנאי היה במכר נגד השטר שנכתב סתם דהא הלוה ודאי מוחזק ולא מיקרי בעל השטר מוחזק דהא קי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ודוקא לגבי מגו אמרינן מגו בשטר אע"ג דהוי להוציא כמ"ש בסימן כ"ה ובדיני מגו ע"ש א"כ אם הלוה מוחזק אינו נאמן לו' תנאי היה ליפטר נגד השטר שנכ'. סתם ה"נ המוכר אפילו קרקע הוי בחזקתו אינו נאמן לומ' תנאי היה נגד שטר שנכ' סתם וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שמ"ט דכל שנכ' שטר חיוב סתם ממילא זוכה המלוה או הלוקח ע"ש וכן משמע בס"פ השואל דאין חי' בין מוכר למלוה דאר"ן האי מאן דאוגר ליה ביתא לחבריה לעשר שנים וכ' ליה שטרא וא"ל נקיטת ה' שנין נאמן ופירש"י דבעל הקרקע

נאמן לומר כבר דרת ה' שנים משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת ופרכי' אלא מעתה אוזפיה מאה זוזי בשטרא וא"ל פרעתיך וכולי הרי דמדמה לוקח ללוה וא"א דמלוה חשוב מוחזק ולא הלוקח מאי קו' התם המלוה שהוא מוחזק שהיה הלוה חייב לו נאמן והכא דבעל הקרקע מוחזק הוא נאמן אלא דכל שזכה בשטר הוי מוחזק וא"כ כמו שאין הלוה נאמ' לומ' תנאי היה נגד השטר שנכת' סתם ה"ה המוכ' וכ"כ הרמ"ה בפ' י"ן סימן יו"ד וז"ל אי איתנהו לסהדי דחתימי אשטרא משיילי' להו אי מסהדי דכי קנו מיניה סתמא הוא דקנו מיניה ולא אתני מידי דלא כת"י בשטרא קנה וכולי ואי ליתנהו לסהדי דשטרא דלשיילי' א"נ איתנהו ולא דכירי אי קנו מיניה על תנאי או לא חיישי' דילמא על תנאי הוא דקנו מיניה ולא קיים תנאו ולא קני וכולי ואי משום דרתימי עליה סהדי בלא תנאי לאו ראיה היא דכיון דקי"ל דעדים שאמרו תנאי היו דברינו כי אין כת"י יוציא ממ"א נאמני' וכולי מסתמא נמי כי נפיק שטרא מתחת יד הנותן ואמר על תנאי הוה מהימן וכיון דאילו הוה איתיה לנותן מחיים והוה טעין דעל תנאי קנו מיניה וכתביה ולא קיים תנאיה הוה מהימן מגו דא"ב קליה כי מת נמי טעני' ליתמי מאי דהוה וכולי ע"ש א"כ משמע דבלא מגו כגון דהוחזק השטר בב"ד שראו בידו הנותן אינו נאמן לומ' על תנאי אע"פ שהוא מוחזק משו' דהמקב' זכה בשטר שכ' לו סתם:

ואפשר לו' משום דהוא ס"ל דהעדים נמי אין נאמני' אלא במגו כשאין כת"י יוציא ממ"א ה"נ הנותן אינו נאמן אלא במגו דלא עדיף מעדים אבל למאי דקי"ל דהעדים אפילו כת"י יוציא ממ"א נאמני' ה"נ הנותן נאמן בלא מגו כמו העדים מיהו כבר כ' מהרימ"ט ח"א סי' קל"א דאפילו למ"ד דתנאי היו דברינו אף כשכת"י יוציא ממ"א נאמנים ה"ד עדים או ע"א אבל בעל דבר כל שהשטר מקויים אינו נאמן ע"ש א"כ בעל דבר אינו נאמן לכ"ע אלא במגו וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל ס"ו והביאו הטור סימן רמ"ג וז"ל ודאי שטר הנמצא ביד הנותן אם אין עדי הקנין קיימי' או שהלכו למ"ה והיה טוען הנותן שעל תנאי קנו מידו ולא נתקיים התנאי אפש' דהוה מהימן במגו דאי בעי קלייה ליה לשטר כ"ז שלא הוחז' בב"ד הא מוחזק בב"ד דליכא מגו אינו נאמן אף ע"ג דהוא ס"ל דהעדים נאמני' אפילו כשכת"י יוציא ממ"א כמ"ש הטור בסו' כ"ט ע"ש א"כ בע"ד לכ"ע אינו נאמן בלא מגו וכת' ה' בתי כהונה ח"ב סימן כ"ט דלפ"ד מהרימ"ט צ"ל דהא דנשבע המלוה היינו כשאין כת"י יוציא ממ"א דאל"ה כיון דבע"ד הוא לא חיישי' ליה ע"ש וליתא דאם אין כת"י יוציא ממ"א אין המלוה נשבע ונוטל אלא הלוה נאמן בשבועת היסת במגו דמזוייף כמבואר ברס"י זה אלא דהא דנשבע המלוה ה"ד בשטר מקויים כיון דעדי השטר היו נאמני' לומר תנאי היה אע"ג דבע"ד אינו נאמן מקבלי' טענתו לחייב המלוה שבועה.

ולכאורה נר' דהא דאינו נאמן לומ' תנאי היה בלא מגו ה"ד בשט' דלאו כל כמיניה לעקור עדות העדים וה' בתי כהונה בתשו' שם נסתפק בכת"י במקו' שנהגו לדון אותו כשטר דאפשר דה"ד לגבי טענת פרעתי אבל נאמן לומ' תנאי היה או טענה אחרת ושוב נתברר לו שנתנו כח לעשותו שטר גמור לכל מילי כב' עדים כשרים ע"ש א"כ במקום שלא נהגו לדון אותו כשטר נאמ' לומ' תנאי היה אפי' ליכא מגו דפרעתי כגון בתו"ז אבל הא ליתא דהודאת בע"ד כק' עדים ואינו נאמן לומ' תנאי היה בלא מגו ומהרב"א בתשו' סי' כ"ט כ' דאינו נאמן לומ' תנאי היה בכת"י במגו דפרעתי דאין אומרי' מגו אלא בטענות שקולות כמ"ש הר"ן ע"ש ומהרשד"ם סי' ע"ז דחה זה וז"ל ולא כמ"ש ה' הפוסק בפשיטו' וז"ל ואל תשבש לומ' דיהודה נאמן במגו דא"ב אמר פרעתי דאין אומרי' מגו אלא בטענות שקולות כמ"ש הר"ן ובמחילה מכבודו כבר כ' הר"ן בתשו' בשם המפרשי' דהא דלא אמרי' מגו ממעיז לשאינו מעיז היינו כדי שלא יתפטר מן השבועה אבל בשבועה נאמן וכו' וכ"נ מדברי הטור שכ' על כת"י ואם טוען אמת שהיא חתימתי אלא שכחתי וכו' או שטוען אמנה וכו' נאמן במגו שאם רוצה אומר פרעתי וטענת פרעתי גרועה מטענת אמנה שאם יאמר פרוע יאמרו העולם שקר הוא דאל"כ שבמ"ב הרי דס"ל דנאמן במגו אפי' שאין טענות שקולות ע"ש הרי דלכ"ע אינו נאמ' לומ' תנאי היה בכת"י בלא מגו ובמגו דפרעתי סובר מהרשד"ם דנאמן לומר תנאי היה אבל מהרב"א ס"ל דאינו נאמן במגו דפרעתי וכבר כתבתי בסי' ס"ט אות ה' דס"ל דדוקא בטענת אמנה גרועה נאמן במגו דפרעתי משום דטענת אמנה גרועה מטענת פרעתי דהא בשטר אם טען פרעתי צריך המלוה לישב' ועל טענת אמנה א"צ לישבע ולכך בכת"י נאמ' לומר אמנה במגו דפרעתי דהטענות שקולות אבל טענת תנאי אינה גרועה דהא צריך המלוה לישבע עלה וטענת פרעתי גרועה טפי דיאמרו העולם שקר הוא דא"כ שבמ"ב וא"כ אינו נאמן לו' תנאי במגו דפרעתי כיון שאין הטענות שקולות אבל לכ"ע אינו נאמן לומ' תנאי היה בלא מגו נגד הודאתו וכ"נ מדברי הטור סימן קמ"ז שכ' וזה לשונו אם טען על התלם שהודיתי לו חזרתי ולקחתיה ממנו אם אין כת"י יוציא ממ"א נאמן במגו שאין זה כת"י וכולי והרמ"ה כ' אפילו אם כת"י יוציא ממ"א נאמן במגו שהיה יכול לומר על תנאי מכרתיה לו ולא נתקיים התנאי שמה שזכה בו מכח הודאתו של זה שחתם בה אין זה הודאה גמורה שלא יכו' לומר על תנאי היה ע"ש משמע דבהודאה גמורה אינו יכול לומר על תנאי היה אפילו הוא מוחזק והיינו בתנאי שאינו עוקר השטר צריך המלוה לישבע כמ"ש הטו' ובעה"ת הובא בב"י וז"ל דהא תנאי לא עקר השטר מיד אלא לאח"ז ול"ד לאמנה ורבית ושאר טענות דעקרו לשטר מיד וכולי וכן לשון רש"י בפ' האשה שנתארמלה תנאי מילתא אחריתי וכו' דמודים הם

שהשטר אמת אלא שהתנאי היה ביניהם וזה עדות אחרת היא ושטר ממילא מעקר ביום שלא קיים תנאו בזמנו ע"כ משמע בהדיא דוקא תנאי דבקיומו היה השטר קיים והרדב"ז בתשו' חלק ג' סימן תקי"ח כתב דמשמע דאפילו (עכ"מ):

והרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף קס"א נשאל כעין נ"ד בלוי שערער על שמעון בקרקע והשיב שמעון מראובן אביך לקחתי' וזה שטר המכירה ולוי אמר השטר אינו כלום לפי שנעשה באסמכתא שאתה הלוית לאבי ק' זהובים וכ' לך שטר מכירה ומסרו ביד שליש ע"ת שאם לא יפרע לך עד זמן פ' שיתן לך השליש שטר המכירה והריני נותן לך הק' זהובים ותחזיר לי הקרקע והפירות וכולי השיב שמעון מכירה בלא שום תנאי היתה אלא שלאח' מכאן נתפשרתי עם אביך שאם יחזיר לי המעות עד זמן קצוב שאחזיר לו הקרקע וע"ז מסרתי השטר ביד שליש וכולי והשיב שהדין עם שמעון ואפילו אין לשמעון עדי חזקה כל ששטר המכירה בידו נאמן שאלו רצה היה יכול לטעו' שלא הושלש השטר ביד שליש מעולם ונאמן אח' שאין עדים ללוי ע"ז ואפילו שבועה לא בעי שהרי בודאי תפיסת שטרו שהוא בידו מעיד שהשליש החזירו לו וה"ז כמעיד שמן הדין הי"ל להחזירו וכיון שכן אף שבו' אינו חייב דהא איכא חד סהדא דמסייע וכו' וא"ל שאין סומכין על חזרת שליש דחוששי' שמא, השליש אינו בקי בדיני אסמכתא ואינו יודע שאינו רשאי להחזירו דכי הא ליכא למיחש אלא במקום דאתיליד ריעותא וכולי ע"ש משמע בהדיא שהלוקח אפילו לא החזיק ג"ש כיון ששטר המכירה בידו נאמ' לומ' שהמכירה בלא תנאי היתה אלא שאחר המכירה עשה לו הטבה שאם יחזיר לו המעו' לזמן קצוב יחזיר לו הקרקע ודוקא אם הושלש השטר ביד שליש דאיתרע אין הלוקח נאמן אלא במגו שהיה יכול לומ' לא הושלש השטר מעולם אלמא אם טען כן שלא היה תנאי ולא הושלש השטר מעולם נאמן ונראה דהרשב"א אזיל לשיטתיה שכ' בתשו' סימן תתקע"ד בראובן שמכר קרקע לחבירו ובאו ב' עדים והעידו שתנאי היה בשעת המכירה שאם יחזיר לו המעו' מכאן עד זמן פ' המכר בטל והלה מביא עדים שמכר בלא תנאי כיון שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד אלא שזה מביא עדים שיש לו להסתלק מחמת תנאי וזה מביא עדים שהמכי' לחלוטי' הרי הקרקע בחזקת לוקח זה שהוא עכשיו בידו ולא אמרי' אוקי קרקע בחזקת מרא קמא וכולי ע"ש הרי כיון דלכ"ע היה שם מכירה לוקח נאמן דקרקע בחזקתו וה"נ אפילו טען שהיה תנאי באסמכתא דהמכר בטל הלוקח נאמן ועיין במהראנ"ח ח"א סימן פ"ח שכ' על תשו' הרשב"א דהתם דאף כשת"ל דע"י תנא' המכר בטל מעיקרו מ"מ כבר היה שם מכר וע"י התנאי בא לבטלו וכולי וכ"כ בתשו' ח"ב סי' פ"ז דנר' מדברי הרשב"א שלדברי האומרים שהיה שם תנאי המכר בטל מעיקרו ואפילו לומר כשהיה

תנאי אחר גמר המקח דוקא דאל"כ היה המכר באיסור ובשעת המכר דקאמר היינו אחר גמר המכר מיד ודייקא נמי דקאמר דהיה שם קנין ואם היה בשעת המכר לא היו צריכין לקנין ומפני שהיה התנאי אחר גמר המקח דן הרב שהלוקח מוחזק משום דאינו אלא כחוזר ומוכר אלא שאין נר' כן מדכ' המכ' בטל ע"ש וכן מבואר בתשו' הרשב"א ח"ב סימן רפ"ט דהתנאי היה בשעת המכר דאל"כ מאי נינהו ואינה כלום ודקאמ' שהיה שם קנין לא על החזרה קאי אלא הקנין על המכירה והתנאי היה בשעת הקנין על המכירה עש"ב א"כ אפילו התנאי היה בשעת המכירה והמכר בטל מעיקרו כיון שהיה מכר מוקמי' בחזק' הלוקח והש"ך בס' תקפו כהן בסימן נ"ח הוכיח דלא שייך תפיסה בקרקע ותשו' הרשב"א כיון שלדברי כולם ירד ברשות להיות שלו עכ"פ לזמן ג"ש א"כ הרי הוא בעליו עד אותו זמן ובפרט שהיה זמן ג' שנים כדין שני חזקה ומ"ש הרשב"א שהיה תנאי שאם יחזיר מכאן עד שלוש שנים וכולי לא שיכול לסלקו בתוך הג' שנים באיזה זמן שירצה דא"כ אין בעליו לזמן אלא פי' שמכאן ואחר ג' שנים יסלקו ע"ש וליתא דבתשו' הרשב"א ח"ב סימן רכ"ט כ' שהמכירה היתה בר"ח אדר והתנאי היה שאם יפרע המעות עד ר"ח אייר הא' בטל המכר ואם לא יפרע המעות תוך זמן עד ר"ח אייר הקרוב להם המכר קיים עש"ב וכתב אפילו התנאי לזמן קרוב ובידו לפרוע בתוך הזמן שלא היו בעליו זמן מוחלט אפ"ה מוקמי' ליה בחזקתו:

ומהרשד"ם חח"מ סימן רצ"ג הק' על הרשב"א מדאמרי' ס"פ השואל ופסקה הרמב"ם והטור ומרן בסימן שי"ז המשכי' בית לחבי' בשטר לעשר שנים ואין בו זמן השוכר אומר עדיין לא עבר מזמן השטר אלא שנה והמשכו' אומ' כבר עברו ושלמו שני השכירו' על השוכר להביא ראיה ואם לא יביא ראיה ישב' המשכיר היסת ויוציאנו אלמא אפילו שהשוכ' ירד ברשו' מוקמי' ארעא בחזק' המשכי' ותי' דהתם כיון דאיכא למי' אוקי תרי בהדי תרי והו"ל דליכא עדים כלל והשוכ' עמד ג' שנים נאמ' לו' לקוח בידי דיש כאן חזקה וכולי אלא שהוא לא נסתייע מזה וא"ל דמיירי שעדיין לא נגמרו ג"ש כשבאו לדין וכו' ובסימן רצ"ד כתב מהרי"א שם דמוכרח לומ' כן דמיירי כשלא גמרו הג"ש דאי לאחר ג"ש הרי לא קיים והרב דחה דיכו' להיות כשעמדו לדין כבר עבר הזמן אלא שהמוכ' אומר שקיים תנאו בזמנו וכולי ע"ש הרי שהבינו שהתנאי היה שאם הביא לו המעות תוך ג"ש דהיינו תוה"ז ולא אחר ג"ש אלא דמהרשד"ם ס"ל דאפשר שלא באו לדין אלא עד גמר ג"ש וטוען המוכר שקיים תנאי תוך ג"ש וכבר כתבתי דבתשו' הרשב"א ח"ב מבואר שהזמן היה מועט מר"ח אדר עד ר"ח אייר ואח' הזמן מיד באו לדין: ונראה דאפי' לא היו עדי' על התנאי אלא שזה טוען ע"ת מכרתי וזה טוע' לחלוטי' כיון שהמוכר מודה

שירד הלוק' בדין אלא שטוען עליו שיש לו להסתלק כשיחזיר לו מעותיו מוקמי' ליה בחזקת הלוקח וכן מבוא' בתשו' מהרשד"ם חח"מ סימן רנ"א וז"ל ועל ההפרש שנפל בין האחים בענין תנאי המכירה שמכ' ראובן לשמעון כבר היה א"ל ששמעו' נאמ' והיה אפש' להביא קצת ראיה מתשו' הרשב"א וכולי בנ"ד נמי שמעון וראובן מודי' שהיה שם מכר מן הבתי' א"כ ראובן שרוצה עתה לבטל המכר מחמת תנאי עליו להביא ראיה אבל הא ודאי ליתא דל"ד דבשלמא התם מוקמי' המכי' על חזקתה מפני העדים אבל בנ"ד דליכא עדים איכא מגו דאב"א לא מכרתי והיה נאמן השתא דאמ' מכרתי ותנאי זה היה בינינו נאמן וכו' ע"ש הרי דאין המוכר נאמן אלא משו' מגו דיכו' לומר לא מכרתי:

ס' נשבע המלוה ונוטל וכו' כתב הש"ך דהיינו משו' דהעדים נאמנים לומר תנאי היה אפילו בכת"י יוציא ממקום אחר משום דתנאי מילתא אחריתי הוא ודמי לפירעון אבל למ"ד דאין נאמנים לומר תנאי היה בשכת"י יוציא ממקום אחר הכא נמי אין צריך המלוה לישבע ונמשך אחריו הרב בתי כהונה ח"ב סי' כ"ט עיין שם גם הרב שמחת יום טוב סימן ל' נמשך אחר הש"ך וכתב דיכול לומר קיימא לן כמ"ד הכי לפטור עצמו מן השבועה ע"ש וליתא דה"ד המוחזק בממון יכול לומ' קי"ל לפטור עצמו גם משבועה אבל המלוה שבא ליטו' לא יטול אלא בשבועה כמבואר בדברי הש"ך סימן פ"ז ס"ק ל"ח עיין שם והסמ"ע בסימן קנ"ז ס"ק ל"ה כתב וז"ל נשבע בנקיטת חפץ הטור כתב על דברי הר"מ במז"ל שהרמ"ה חולק וסבירא ליה שנוטל בלא שבועה וכו' ואפשר דכיון שזה בא להוציא מחבירו מש"ה פסק הש"ע כהרמב"ם עיין שם הרי דאין מוציאין מיד המוחזק בלא שבועה והכנה"ג ח"ב סימן כ"ד הגב"י אות פ"ד תמה על מהרימ"ט והביא תשו' הרא"ש כלל ע"א סי' ח' שכ' דכיון דפליגי רבוותא לא מפקינן ממונא עד שישבע המלוה הרי דאפי' המלוה מוחזק בשבועתו לא מפקינן ממונא עד שישבע המלוה אם אינו נשבע ע"ש בתשוב' בספר בעי חיי ח"א סימן ק"ג תי' דברי מהרימ"ט דמודה בזה עש"ב וכן כת' מהריק"ו שרש צ"ב באומר פרוזבול היה לי ואבד דפליגי רבוותא אם המלוה נאמן בלא שבועה וז"ל שאין בידנו לכוף ללוה עד שישבע המלוה דהממע"ה אמנם אי הוי תופס מלוה ואומ' קי"ל כמ"ד המלוה נאמן בלא שבועה נלע"ד שלא יש כח בידנו להוציא מיד המלוה וכו' עיין שם וכן כתב הרדב"ז בתשוב' ח"ב סימן תקנ"ג גבי מי שהוחזק כפרן דנחלקו הפוסקים אם שכנגדו נשבע ונוטל דמסתברא שלא יטול בלא שבועה חדא דהוי פלוגתא וכיון שהוא מוחזק מ"ל כהנך רבוותא ס"ל ע"ש וכן בפוגם שטרו בעדים ואפילו בפחות משוה פרוטה קי"ל בסימן פ"ד ובאה"ע סימן צ"ו דלא יפרע אלא בשבועה ע"ש וכ"כ הרא"ש והר"ן הביאם מרן הב"י שם וה"ט דמספק אין מוציאין מהמוחזק אלא

בשבועה וה"נ אין מוציאין מהלוה אלא בשבועה: ואפשר לחלק בין שבועה שהיא בלא טענה לשבועה שאינה אלא על ידי טענה דדוקא בשבועה ללקוחות ופוגם שטרו דחייב לישבע בלא טענה כיון דאי אפשר דלגבות ממון בלא שבועה מספק אינו גובה בלא שבועה ויכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דאינו גובה בלא שבועה אבל שבו' דאין מחייבין ב"ד אלא כשטוען הלוה השבע לי דגביית הממון אינו תלוי בשבועה אם כן ספק שבועה לבית דין יכול לומר קי"ל כמ"ד דאין צריך שבו' וכה"ג כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ס"ד גבי שבוע' הלוה שאין לו מה לפרוע דבטענת פרעתי אין לעכב שבו הלוה אבל בפוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלי' דתקנת חכמי' לישבע המלוה בבית דין בלא טענה דאין הלוה חייב ממון אלא אחר שישבע המלוה יכול הלוה לעכב שבועתו עד שיתברר חיוב הממון עליו עיי"ש אם כן בטענת פרעתי כיון שנתברר חיוב הממון על הלוה מקרי המלוה מוחזק וכי האי גוונא חי' ה' ט"ז בסימן זה דין ח' גבי חשוד והדרישה באה"ע סימן צ"ו הביאו הרב ש"ך בסימן זה סקי"ט אבל הש"ך שם כ' דלא מסתבר לחלק בכך ע"ש: ועוד דנר' דמ"ש הרמב"ם ומרן בסי' קנ"ז גבי כותל דצרי' לישב' בנק"ח ה"ד אם טען השב' לי דלא גרעה ממלו' בשטר וכה"ג כ' הרמב"ם גבי המפקיד אצל חבירו בשטר כשאין הנפקד נאמן לומ' החזרתי דצרי' לישב' בעל השטר בנק"ח שלא החזיר לו וישלם וכ' המ"מ דה"ד אם טען הנפקד השבע לי כדין מלוה בשטר ורבי' קצר והביאו מרן הב"י בסי' רצ"ו ע"ש וה"נ נשבע בנק"ח אם טען לו השבע לי ורבי' קצר וכן משמע מדברי המ"מ שכ' ואפי' במלוה בשטר אי א"ל אישתב' לי דלא פרעתי' משתב, ליה ע"ש ואפ"ה כ' הסמ"ע דפסק מרן כהרמב"ם כיון דבא להוציא מחבירו אלמא אפי' בשבוע' שאינה אלא ע"י טענה אין מוציאין ממון אלא בשבוע' וכן מוכח מדברי מהריב"ל ח"ג סי' כ"ו ומהר"ם די בוטון סי' ל"ה שכ' דאם היא מלוה בשטר גובה בלא שבועה אע"ג דכ' הרמב"ם דיש מי שהורה דנשבע המלוה בנק"ח ויכול הלוה לו' קים לי כסברא זו ההיא סברא יחידאה היא ע"ש משמע דהלוה יכו' לומ' קי"ל דאין המלו' גובה אלא בשבועה ומ"ש מהרי"בל בח"ב סי' מ"ו דאם טען הלוה לקחת ממני רבית נאמן המלוה בלא שבועה דיכול לומר קים לי כמ"ד דאין צריך שבי' היינו בלוה שבא להוציא מהמלוה הרבית: מיהו דברי הש"ך אינם נראים לע"ד דהא אם העידו עדי' אחרי' שהיה תנאי אפי כת"י עדי השט' יוציא ממקום אחר נאמנים כמ"ש מרן הב"י סימן כ"ט תשוב' הרשב"א דסבירא ליה דאם כת"י יוציא ממקום אחר אין נאמנים ומ"ש בתשו' המשכונה היינו משום דעדים אחרי' הם המעידים על התנאי עש"ב וכ"מ להרשב"א בתשובו' סימן אלף רמ"ו שכתב וז"ל ומ"ש אם התנאי בתוך השט' וכו' תשו' אף על פי שכת"י יוציא ממקום אחר אלו היו כאן עדים

אחרים שהעידו שהבעל כתבו על תנאי האשה אסורה לעלמא משום דהוה ליה תרי ותרי כב' אומרים נתגרשה וב' אומרים לא נתגרשה וכו' ומ"מ מסתברא שאם העדי' האחרים מעידים שנתנו לה בתנאי' אלו ודאי נאמני' שהרי אין עדים אלו מכחישים את עדי הגט ולא עדי הגט מכחישים את אלו שאלו החתומים מעידים שנכתב ונחתם בלא תנאי ואלו מעידים שבשעה שנתנו לה בפניהם נתנו לה בתנאי וכו' ע"ש הרי אם עדי' אחרי' מעידי' על הנתינה שהיא בתנאי נאמנים כיון שאינם מכחישים עדי הגט אבל בלאו הכי הוה ליה תרי ותרי ואם כן בממון אוקמינן ליה בחזקת מרא קמא וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ך' וז"ל אלו נמסר שטר זה ביד ראובן זה מתחילתו על תנאי זה בפני עדים אחרים שאין חתומים בשטר ועכשיו אמר ראובן שקיים אותו תנאי והיו כאן עדים שעל תנאי כך וכך נמסר בידו מתחילתו ולא נודע אם קיים אם לאו אין ראובן זה נאמן ששמעון חייב לו בשטר זה כלים לפי שחיוב השטר לא היה מתחילתו לחלוטין אלא על תנאי ושמא לא נתקיים ולא בא לכלל חיוב ואם אין השטר מקויים ואין כת"י יוציא ממקום אחר אפילו היה אחד מעדי השטר מעיד כן נאמן וכו' עכ"ל הרי בהדיא שעדים אחרים מעידים על התנאי אבל מדי השט' אין נאמנים אלא דוקא אם אין כת"י יוציא ממקום אחר וכן כתב הרשב"א הובא בספר א"ז לכתובות וז"ל ודוקא שאין כת"י יוציא ממקום אחר משום הפה שאסר וכו' אבל בשכת"י יוציא ממקום אחר דלאו מפיהם אנו חיים לא מהימני דהוה ליה כחוזרים ומגידים וגריעי מעדים אחרי' דמהימני אף על גב דאמרינן דתנאי מילתא אחריתי הוא לאו למימרא שהוא כמילתא אחריתי לגמרי וכאלו העידו שפרעו וכו' עש"ב וכן כתב רבינו ירוחם נתיב ך' ח"ב הביאו מרן הב"י והש"ך בסימן מ"ו ס"ק קט"ו עיין שם אלמא אפילו למ"ד דאין נאמנים לומר תנאי היה בשכת"י יוציא ממקום אחר לא הוי כמילתא אחריתי לגמרי אלא דאין נאמנים משום דהוה ליה כחוזרים ומגידים אבל עדי' אחרים נאמנים ולא חשבינן להו תרי ותרי ואם כן אם טען הלוה שהיה תנאי הוי טענה להשביע מלוה:

ושוב ראיתי למהראד"ב בספר לחם רב סימן פ"ח שכ' כדברי הש"ך דלמ"ד דאין העדים נאמנים בשכת"י יוציא ממקום אחר אין הלוה נאמן ואין צריך המלוה לישב' וכן כתב בסימן רנ"ד שכן נראה לכאורה אלא שהק' על בעה"ת שכתב דין זה בסתם בלא מחלוקת ובעדי' שאמרו תנאי וכו' כ' מחלוקת משמע דבלוה ליכא פלוגתא עי"ש ואיברא שכן נראה מדברי בעה"ת שער כ"א ח"ג דדוק' בעדים נחלקו אבל הלוה לעולם נאמן להשביע למלוה וכן נראה עיקר דהא אם העידו עדים אחרים שהיה תנאי אפילו כת"י עדי השטר יוציא ממקום אחר נאמנים ולא חשבינן להו תרי ותרי ואם כן אם טוען הלוה שהיה תנאי

הוי טענה להשביע את המלוה וכה"ג כ' הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ד' על שטר מתנה מוקדם שטעה הסופר וכו' וז"ל ואם כת"י יוציא ממקום אחר והוחזק השטר כבר בבית דין ושוב אין נאמני' דעדים אין נאמני' במגו מכל מקום ראובן הקונה נאמן לומר טעות היא משום מגו וכו' עש"ב הרי אפילו בכת"י יוציא ממקום אחר דאין העדים נאמנים הקונה נאמן וה"נ לגבי שבועה

וראיתי להרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקכ"ב שכ' דאין משביעין המלוה על טענת תנאי אלא אחר הפירעון ישבע היסת ע"ש ותימה עליו שלא זכר מה שכ' בעה"ת והטור דטענת תנאי אינה כטענת אמנה ורבית וצריך המלוה לישבע קודם הפירעון בנקיטת חפץ ונראה דס"ל דהם ס"ל דהעדים נאמנים לומר תנאי היה אפילו בשכתב ידם יוציא ממקום אחר אבל דעת הרמב"ם ורוב הפוסקי' דאין העדי' נאמני' לומר תנאי היה אלא בשכת"י יוציא ממקום אחר הכא נמי אין צריך המלוה לישבע כמו שכתבו מהראד"ב והש"ך: ס"א ואפי' אם כתוב בו נאמנות משום דסתם נאמנו' על הפירעון ועיין בתשובות הרשב"א חלק שני סימן ל"ג:

ס"ב ואם הודה המלוה וכו' הש"ך דחה דין זה דמה בכך שהודה שנעשה על תנאי ס"ם לפי דברי המלוה השתא שטר כשר הוא ודמי ממש לטענת סטראי וכה"ג דנאמן אפי' למ"ד דלא אמרי' מגו להוציא וכו' ע"ש ואיברא שכן דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ך' שכ' וז"ל אלו נמסר שטר זה ביד ראובן מתחלתו על תנאי זה וכו' ועכשיו אמר ראובן שקיים אותו תנאי והיו כאן עדים שעל תנאי כו"ך נמסר בידו מתחילתו ולא נודע אם קיים אם לאו אין ראוב' זה נאמ' ששמעון חייב לו בשטר זה כלום וכו' משמע דאם אין עדי' בתנאי אפי' המלוה מודה בתנאי נאמ' לו' שקיים במגו דלהד"ם וכו' דנאמן המלוה לומ' שלא קיים הלוה תנאו:

ס"ג כתב המבי"ט ח"א סי' ש"ב בשט' חוב שיש על ראובן ושם כתוב שכל זמן שראוב' יקיים התנאי' הרי החוב מחול לו מחילה גמורה מעכשיו וכו' אם אין כתוב זמן בקיום התנאי' אין שמעון יכול לכוף ראוב' לפרוע לו החוב כל שאפשר לו לראוב' עדין לקיים התנאי' וכו' ע"ש ולכאור' נר' דאין יכול לכופו לפרוע לו או יקיים התנאי' כמ"ש המש"ל בספ"ו מה' אישות בשם מהר"י באסאן דמי שקידש אשה על תנאי דאין עליו חוב לקיים התנאי ואפי' תתעגן כל ימיה וה"נ אין כופי' אותו לומ' לו או כנוס או פטור ע"ש והמש"ל הביא מ"ש הריטב"א בחי' בפ"ק דקידושי' גבי ההיא דאר"א התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלים שכ' ומסתברא שכופי' אותו להשלים או לפטור אותה ושלא יעגן אותה ואמרי' ליה או כנוס או פטור ע"ש וה"נ כופי' אותו או לקיים התנאי' או לפרוע

החוב ולא ישתעב' לו כל ימיו ועיין בשי' קידושי' שם שכ' דאין יכולה לתובעו שישלם ראי בעי מקיים התנאי אי בעי לא מקיים ואפי' אמר אין בדעתי להשלים לא מעקרי' קידושי' שמא יקיים לאח' זמן ע"ש הרי דס"ל כדעת מהר"י באסאן וה"נ אין יכול לכופו לקיים התנאי או לפרוע אלא א"כ מת:

ס"ד כתב מהרמ"א במשד"ר ראובן הוציא כת"י עד א' על שמעון אחיו וזה נסחו לפ' הודה שמעון שהחנות שקנה יש לו לראובן אחיו החצי וכו' ואחר עבור כ"ה שנים תבע ראוב' לשמעו' וכו' ושמעון השיב שא"ל שתתן לי החצי של המעו' שלקחתי בהם החנות וכו' תשו' לכאור' נר' שהדין עם ראובן כיון שהודה לו שמעו' ולא נשאר ביניהם אלא תביעת המעות ישבע ראובן שפרעו וכו' כמ"ש ה' תומת ישרים סי' קפ"א כיון שבעל הקרקע מודה שמכר וכו' כשאין עדים על המוכר להביא ראיה ע"ש אבל נר' דנ"ד שכבר דר בה שמעו' כ"ה שנים וראובן לא דר אפי' יום א' דומה לדין זה טען הלוה שנעשה על השטר על תנאי שאם אקיימנו אפטר וקיימתיו וכולי והודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומ' שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה ואם אין לו ראיה נשבע הלוה היסת ונפטר וכו' וה"נ אם ראוב' מודה שהודא' שמעו' ע"ד שיפרע לו מעות חלקו עליו הראיה שפרע ואם לאו ישבע שמעון היסת ויפטר עש"ב:

ונר' דאם הוא תנאי גמור על הלוקח להביא ראיה דאפ' האשה שנתארמלה גבי תנאי דברינו וכו' פירש"י וז"ל על תנאי מכרה לו שיעשה לו כו"ך ולא ראינו שקיי' לו תנאו וזה אומ' לא קיים לי ואינו מכר ע"ש וה"נ כשהודה בתנאי עליו להביא ראיה שקיים תנאו וכן קי"ל בסי' רמ"א האומר לחבירו הרי אני נותן לך כו"ך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו ע"ש בהסמ"ע אבל זה אינו תנאי וז"ל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רמ"ו תשו' שורת הדין הלוקח נאמן שאמר פרעתי לפי שהקרקע כבר נקנה ללוקח בקנין וכו' לפי שאין המס תנאי כשאר התנאים שיתבטל המקח מעיקרו בביטול תנאי אלא דמים בעלמא וכו' ואלו היה תנאי גמו' כלומ' ע"מ שתתן לי כו"ך וכו' ודאי היה הלוקח צריך להביא ראיה שנתקיים התנאי וכו' כמו שפירש"י גבי תנאי וכו' ע"ש וא"כ ה"נ כשאינו תנאי אלא פריעת ממון של הקרקע נאמן הלוקח שפרע וה' תומת ישרים כ' דגם רבינו האיי מיירי בדליכא שטר מכירה דאיכא מגו לא מכרתי אבל בדאיכא שטר מכירה דליכא מגו על המוכר להביא ראיה ומהראנ"ח ח"ב סי' ב' דחה דלא אמרי' שיהא נאמן לגבות חוב שחייב לו במגו שיכול לומ' לא מכרתי אע"ג דהחוב הוא מחמת מכר והביא דבריהם ה' כנה"ג סי' קצ"א בהגהב"י אות י"א ע"ש ואני מצאתי תשו' מהר"י ן' מיגש סי' קנ"ו וז"ל אשה שמכרה לבנה גינה ואמרה שלא קיבלה דמים

נשבעת היא ולוקחת הדמים מבנה לפי שאין עליה עדים שמכרה ומגו דאמ' דלא זבינית מהימנה כי אמרה נמי דלא נסיבת מהימנה ובשבו' ואם היו שני עדים שמכרה היתה השבועה מוטלת על הקונה והיה נפטר עכ"ל הרי מבואר דאם אין עדים על המכירה נאמן לגבות חובו במגו דיכול לומר לא מכרתי משמע דאפי' היה עד א' על המכירה אמרי' מגו שהיה מכחיש את העד דדוקא אם היו שני עדים על המכירה הוא דאינו נאמן אבל אם אין שני עדים אפי' יש עד א' על המכי' נאמן לומר לא נפרעתי במגו דלא מכרתי שהיה יכול להכחי' את העד דאמרי' מגו נגד עד א' בקרקעות מיהא דליכא רק שבועה דרבנן כמו שהוכחתי בדיני מגו עש"ב וא"כ ה"נ אע"פ שהודה בפני עד א' החצי של ראובן נאמן לומר לא נפרעתי במגו שהיה מכחיש העד ולכאור' נראה דס"ל דמגו להוציא אמרי' במגו דלהד"ם משום מגו חשוב הוא כמו דאי בעי שתיק ומהני אפי' להוציא כמ"ש מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט סי' ס"א מדתנן ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכ' המפרשי' אפי' תובעו אלמא אע"ג דקרקע בחזקת מרא קמא אמרי' מגו להוציא כיון דעיקר חיוב על פיו ע"ש וכן ראיתי בס' א"ז למציעא ד' ו' וז"ל בשם תלמידי ר' יונה שכן יראה מסתברא שאם היה ראובן מוחזק בקרקע א' ואמר לשמעון אמת שמכרתיו לך אבל לא נתת לי מעו' נאמן מגו שהיה יכו' לומ' לא מכרתיו לך ובטענה זה לא אמרינן מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע היא על פה הודאת התובע וכו' עיי"ש מיהו כבר הוכחתי בדיני מגו דלא אמרינן מגו להוציא אפילו במגו דלא היו דברים מעולם והפה שאסר וכו' והא דנאמן בשדה זו של אביך במגו משום דלא להוציא ממון דמוקמינן הקרקע ביד המוחזק בו עכשיו עש"ב וה"נ בעל הקרקע נאמן לומר לא נפרעתי במגו דלא מכרתי להחזיק בקרקע שלו וא"כ אפילו הודה בפני שני עדים כיון שהוא דר בו ומוחזק שני חזקה נאמן לומר לא נפרעתי במגו שהיה יכול לומר חזרתי ולקחתי ממך שהוא נאמן כמ"ש הרא"ש בתשובות כלל צ"ח סימן י"א ובתשו' הרשב"א סי' תק"ף והובאה בב"י סי' ק"מ ע"ש.

ס"ה על המלוה להביא ראיה וכו' לכאור' ק' דהא קי"ל בסי' רמ"א האומ' לחבירו הריני נותן לך כו"ך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם א"ל ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו וכ' הסמ"ע הטעם דלעולם מוקמי' הדבר כמו שהיה מעיקרא מש"ה צרי' להביא ראיה שנשתנה הדבר וכן בסי' מ"ו עדים שאמרו תנאי היה בדבר ולא ראינו שנתקיים התנאי הרי אלו נאמני' וכ' הש"ך משמע דר"ל שאומרי' תנאי היה בדבר שבעל השטר יעשה כו"ך ולא ראינו שעשה כו"ך והלוה או המוכר אומר לי עשה כו"ך בטי' השטר כ"ז שאין בעל השטר מברר שעשה כו"ך

וכן משמע מפירש"י וכו' ע"ש וכ"כ ה' חוקות הדיינים סי' רל"א וז"ל עדי' שהיו חתומי' בשט' ואמרו תנאי היו דברינו וכו' כלומ' על תנאי שיעשה המלוה ללוה כך מסר לנו השטר ולא ראינו שקיים תנאו והלוה אומ' לא קיים לי התנאי כיון שכן זה השטר אינו כלו' הרי אלו נאמני' וכו' אבל אחכ"ד אפילו הב' אומרים תנאי היו דברינו אין נאמנים וכו' ואם אמר בעל השטר כבר קיימתי התנאי והלה אומר לא קיימת על בעל השטר להביא ראיה וכלל הוא בידנו דכל מי שיוטל עליו לעשות התנאי עליו להביא ראיה שקיים התנאי כן כתב רש"י עכ"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רמ"ו ע"ש ואם כן ה"נ דמיירי בתנאי דקום עשה ואומר שעדיין לא קיימו על הלוה להביא ראיה שקיימו ונראה דוקא בתנאי שעל המלוה או על המקבל מתנה לעשות עליו להביא ראיה שקיים תנאו לחייב חבירו אבל תנאי שעל הלוה לעשות נאמן לומר שקיים תנאו ליפט' ועל המלוה להביא ראיה שלא קיים דהמע"ה וחזקת ממון עדיפא וכן כתב הרשב"א בתשובות ח"ב סימן ך' וז"ל אלו נמסר שטר זה ביד ראובן זה מתחילתו על תנאי וכו' ועכשיו אמר ראובן שקיים אותו תנאי והיו כאן עדים על תנאי כך וכך נמסר בידו מתחלתו ולא נודע אם קיים או לא אין ראובן זה נאמן ששמעון חייב לו כלום לפי שחיוב השטר לא היה מתחילתו לחלוטין אל על תנאי ושמא לא נתקיים ולא בא לכלל חיוב וכו' ע"ש ונראה דבתנאי שעל המלוה לעשות אפילו הלוה טוען שמא לא קיים והמלוה טוען ברי' אם לא הביא ראיה שקיים תנאו הוה ליה כאומר איני יודע אם הלויתני דנשבע היסת שאינו יודע ופטור כמבואר בסי' ע"ה ע"ש ומה שכתב מרן בתשוב' דמספק לא לחייבו א ממון ולא שבועה נראה דסביר"ל דדוקא באינו יודע אם הלויתני הוא דצריך לישבע משום דהבריא טוב והשמא גרוע דהו"ל למידע כמ"ש הב"ח בסי' ע"ה וז"ל וי"ל דהכא משמע דאם תובעו מנה בסתם אף על פי שאינו טוען אתה יודע בודאי שמנה לי בידך נשבע היסת ולקמן בסימן צ"ג הביא רבינו דברי הרמב"ם על ראובן שהטיל לכיס וכו' וטען ראו' דשמ' יודע בודאי בפחת זה וכו' וי"ל דהכא מסתמא יודע בודאי לוה ממנו וכו' אבל השותפים שהטילו לכיס דמסתמא ודאי לא ידע ששותפו הפסיד וכו' אין האחר חייב שבו' אלא אם כן תובעו שהוא ידע וכו' ע"ש וה"נ בתנאי שעל המלוה לקיימו בינו לבין עצמו מסתמא לא ידע הלוה אין צריך לישבע אלא א"כ טען לו אתה יודע כההיא דשותפי' ועיין בהמבי"ט ח"ב סימן מ"ב שכתב דתנאי שאפ' לקיימו בינו לשון עצמו או בתנאי שאין מי שיכחישנו ישב' המקבל שקיימו ונפטר והביאו הכנה"ג בסימן ר"ז אות ז' עיי"ש ובתשו' מרן מבואר דסבירא ליה דאפילו בתנאי שאפשר לקיימו בינו לבין עצמו ואין מי שיכחישנו אם לא הביא המלוה ראיה שקיימו אין מחייבין הלוה לא ממון ולא

שבו' וה"נ במתנה אם לא הביא ראיה המקבל שמקיים תנאי אין מוציאין מהנותן מספק כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור אבל הכא בתנאי שעל הלוה לעשות ליפטר: וראיתי להר"ן בפ' האומר שכ' וז"ל כ' הרמב"ן שכל התנאים שהוא מתנה ממה שהם תנאים שלו בלבד כגון שאמר ע"מ שאדבר עליך לשלטון או ע"מ שאלך למקום פ' אם אמר עשיתי והיא אינה יודעת נאמן ואין צריך עדים וכולי אבל תנאי שהוא בינו לבינה כגון ע"מ שתתן לי מאתים זוז או ע"מ שאתן לך ר' זוז כלל גדול אמרו הממ"עה לפיכך בקדושין היא נאמנת ומותרת לשוק בגירושין הוא נאמן ואסורה ונחלקו עליו האחרונים בכל שהוא בקום עשה אפי' הוא תנאי שלו בלבד כגון שאדבר עליך לשלטון דכל דהיכא דלא מייתי ראיה אינו בדין שתהא מקודשת דהא מוציא מחבירו הוא ועליו להביא ראיה והו"ל כאומ' הלויתיך וא"ל איני יודע אם הלויתני או לא וכולי ונראין דבריהם עכ"ל הרי דאפילו הבעל טוען בריא שקיים התנאי והיא טוענת שמא אין הבעל נאמן משום דהממע"ה והו"ל כאומר איני ידוע אם הלויתני דקי"ל כר"נ ור"י דפטרי וכ' התוס' בר"פ הפרה בד"ה דאפילו וכולי וז"ל וא"ת דהכא משמע דלית ליה לר"י ברי עדיף וכו' וי"ל דהתם ברי שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הילכך מדטען שמא מוכחא מילתא דברי דהאי אמת וברי עדיף אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וכולי וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע מ"ה אין בריא עדיף וכולי עיין שם הרי דגם ר"י דסבר באומר איני יודע אם הלויתני דחייב ה"ד התם משום דברי שלו טוב והשמא גרוע אבל הכא בתנאי שבידו לקיימו בינו לבין עצמו לכ"ע אין ברי עדיף ומ"מ משמע מדברי הרמב"ן והר"ן דגם בתנאי שבינו לבינה כגון ע"מ שתתן לי ר' זוז או ע"מ שאתן לך ר' זוז אין נאמנת היא לומר שלא נתקיים התנאי לגבי קידושין אלא משום דהמע"ה וכן בקידושי' נאמן הוא לומר שלא נתקיים התנאי מה"ט דהמע"ה וכן מוכח בהדיא בירושלמי כ' הר"ן ז"ל הגיע זמנו הוא אומר נתתי והיא אומרת לא נטלתי אמר ר' בון כיון שמבקש להוציא סמפון מינה עליו להביא ראיה פי' סמפון שטר התנאי הגע עצמך דלא היה סמפון כלו' דלא היה שטר על תנאי אלא שהתנאי הוא ע"פ אר"י מכיון שמבקש לאוסרה עליו להביא ראיה כלו' בתנאי שהוא בקיום מעשה הגיע עצמך שכנסה בתוך סמפו' כלו' שנשאה תוך הזמן זה שא"ל שיתן לה ר' זוז אתא עובדא קמיה דר' אבהו וא"ל זיל הב לה וכו' ומיהו כי אמרי' דאינו נאמן לומר נתתי דוקא הזמן התנאי דהו"ל כאומר פרעתי בתוך הזמן אבל לאחר זמנו כיון שאינו אלא כחוב אצלו נאמן לומר פרעתי ול"נ אפי' בתוך זמן התנאי אם אמר נתתי מכיון שכנסה נאמן דלא שייך למי' הכא דלא עביד איניש דפרע

בגו זימניה אלא שרצה לכנוס זימניה הוא וכולי עכ"ל הרי בהדיא דאם לא כנסה דאינו נאמן לומר קיימתי התנאי משום דבא לאוסרה והמע"ה ואם כנסה נאמן שקיים תנאו והרמ"ה בתשו' סימן רנ"ז כ' דאם יש עדים על הקידושין אפילו על תנאי ה"ז מקודשת ואסורה לכל אדם דאינה נאמנת לומר שלא נתקיים התנאי אלא בראיה ברורה ע"ש והא הפך הירושלמי והרמב"ן והר"ן וצ"ע וגם לדעת הר"ן דחשיב לאח' זמנו ומשמע דוקא למסקנא דלא הוי תנאי אבל למאי דס"ד ר' אבהו (עכ"מ): ומרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קנ"ד כ' בא' שנתחיי' ליתן להר"ד ת"ק לבנים בתנאי שיעשה הר"ד כל השתדלותו וכו' כ' וז"ל שאפי' ביד הר"ד שטר מקויים אם הוא על תנאי צריך המוציא להביא ראיה בעדים שקיים התנאי כל שלא הביא עדי' אינו גוב' כלו' והדבר פשו' שמאח' שהחיו' אינו אלא על תנאי דאיך יכול לחייבו אם לא הביא הלה עדים שקיים התנאי הא איכא למיחש שמא לא קיימו ומספק לא נחייב את זה לא ממון ולא שבועה וכ"כ הר"ן באומ' לחבירו הרי' נותן לך כו"ך ע"מ שתעשה דבר פ' על מקבל להביא ראיה שקיים תנאו עכ"ל והובאה בתשו' המבי"ט ח"ב סי' מ"ב וה' חלק עליו דלא כתב הר"ן אלא בתנאי שא"א לקיימו אלא בידיעת המתנה דאם הוא מכחיש שלא קיימו צריך להביא ראיה אבל בתנאי שאפשר לקי מו בינו לבין עצמו ואין מי שיכחישנו ישבע המקבל שקיימו ונפטר והביאו הרב כנה"ג בסי' ר"ז אות ז' ולא ראה דברי הר"ן בפ' האומר דהרמב"ן ס"ל הכי אבל האחרונים חלקו עליו דכל תנאי שהוא בקום עשה אפי' הוא תנאי שלו בלבד ואין מכחישתו אפ"ה צריך להביא ראיה שקיימו דהו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני ונראים דבריהם ע"ש ומהריב"ל ח"ד סי' קנ"ג כתב בא' שהתנה עם חמיו ואמר אם אבוא עמך בקושטא ואדור עמך י"ב חדש הרי בתך מקודשת מעכשיו בטבעת זו ואם לא אדור עמך יב"ח לא תהיה מקודשת לי וכו' ולא ישב עם חמיו יב"ח ולא נודע אם גרשו חמיו או הוא יצא מדעתו הביא ה' דברי הר"ן והטור בא"ה סי' ל"ח שכ' א"ל הרי את מקודשת לי על מנת שאדבר עליך לשלטון אם יש עדים שעשה מקודשת בודאי וכו' ואם אין עדים מקודשת מספק הרי דס"ל כאחרני' וא"כ בנ"ד דלא ידעי' אם חמיו גרשו או הוא יצא מדעתו נראי' הדברים דהיא ספק מקודשת כמו האחרונים דלס' הא' מותרת לינשא דכלל גדול אמרו המע"ה ע"ש ודבריו תמוהים דלא נחלקו אלא בתנאי שהוא שלו בלבד ואין האשה מכחשת משום דהוי כאומר איני יודע אם הלויתני דהמע"ה אבל צריך לצאת ידי שמים וה"נ ספק מקודשת היא אבל בתנאי שבינו לבינה והיא טוענת שלא קיים התנאי מודי' להרמב"ן שהיא נאמנת ומותרת לשוק וה' בית שמואל סי' ל"ח כ' דאם אין עדים והוא אומר נתקיים והיא אומרת איני יודע מדמה הר"ן לאומר איני יודע אם הלויתני

וא"כ היא מותרת לשוק וכ"כ ה' ח"מ ע"ש וליתא דבאומ' איני יודע אם הלויתני נמי פטור מסתפק אבל צריך לצאת יד שמים כמבו' בסי' ע"ה ע"ש וה"נ ספק מקודשת היא וכמו שהבין מהריב"ל וכן הוכיח מהרימ"ט בחי' על הר"ן ע"ש מיהו בברי ובברי היא נאמנת ומותרת לשוק לכ"ע כמ"ש ה' ב"ש ומ"ש ודלא כהב"ח שכ' דהוי ספק קידו' ע"ש ליתא שהרי הב"ח בסי' כ' דבשא' תנאים אם הוא או היא טוענים ברי שלא נתקיים התנאי אין מקודשת כלל אבל כאן אינה טוענת ברי ואינה יודעת אם דבר עליה לשלטון או לא הוי ספק מקודשת ע"ש הרי דס"ל דבברי וברי נאמנת היא לומר שלא קיים התנאי ומותר' ודוקא בברי ושמא הוי מקודשת ספק: ומ"מ דעת הר"ן והטור כדעת האחרונים דאפי' שאפש' לקיימו לבדו ואין הלה מכחישו אם הוא בקום עשה אינו נאמן לומ' שקיימ' לחייב חבירו ונר' שתופס כן מהריב"ל וכ"כ מהרמ"א בתשו' סי' ג' דהלכה כבתראי ע"ש ודברי הטור הם מהרא"ש בפ' האומר וז"ל עוד שנינו בתוספ' דהאומר לאשה הרי את מקודשת ע"מ שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל ונתן לה שו"פ הר"ז מקוד' מיד עד שיאמר לא דברתי ולא עשיתי דר"מ וחכ"א אם נתקיים התנאי מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ובהכי פליגי ר"מ סבר מקודשת מיד דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי עד שיאמר לא קיימתי התנאי ונאמן לומר קיימתי התנאי כיון שאין האשה יכולה להכחישו וחכמים אומרים דלא נגמרו הקידושין עד שיקיים התנאים וכו' דלית להו כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולפ' אהא דאמ' ר"מ שהוא נאמן על קיום התנאי מיהו קשה אמאי לא חיישינן שמא נתחרט ורוצה לבטל הקידושין ואומר שלא קיים התנאי כי היכי דחיישינן שמא יש לו ר' מאתים זוז אף על פי שהוא אומר שאין לו הילכך צ"ל אם נתקיי' התנאי כלו' אם ידוע בעדים שנתקיים התנאי מקודשת ודאי ואם לאו אינה מקודשת בודאי אלא ספק מקודשת עכ"ל הרי דמסיק דרבנן ס"ל דאין נאמן לומר שקיים התנאי אפילו בתנאי שלו בלבד שאדבר עליך לשלטון צריך להביא ראיה ואפשר דהרמב"ן ס"ל דר"מ ורבנן פליגי גם באו' ע"מ כאו' מעכשיו דמי או לא ומה שהקשה הרא"ש אמאי לא חיישי' שמא נתחרט ורוצה לבטל הקידושין כי היכי דחיישי' שמא יש לו ר' זוז י"ל דהתם לפי שאמר בשעת הקידושין ע"מ שיש לי חיישינן שמא יש לו דאם לא היה לו לא אומר כן שהרי דעתו לקדשה כמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן שם אבל בתנאי שלהבא וע"מ שאדבר עליך לשלטון חיישינן שמא עשה ועכשיו חזר מיהו קשה לרב אסי דאמ' משמיה דר"י הכל מודים בע"מ כאומר מעכשיו דמי וחכמי' לא נחלקו אלא במהיום ולאחר מיתה ע"ש דהא חכמים בתוס' סביר"ל דאומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי אבל ראיתי להרא"ש בפרק מי שאחזו שכתב וז"ל והרמב"ן הק' לדבריהם דהא ר"מ בעי תנאי

כפול בע"מ שתשמשי כדאמ' בסמוך ותניא בתוס' דקידושין פרק האומר האומר לאשה הרי את מקודשת ע"מ שאדבר עליך לשלטון ואעשה עמך כפועל נתן לה שוה פרוטה מקודשת מיד עד שיאמ' אם לא דברתי אם לא עשיתי דר"מ וכו' ובודאי אית ליה לר"מ הא דא"ר הכל מודים האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי כדמשמע בתוס' דתניא התם ע"מ שתשמשי את אבא ועל מנת שתניקי את בני הרי היא מגורשת מיד עד שיאמר אם לא תשמשי ואם לא תניקי דר"מ וכו' הרי זה גיטך על מנת שתשמשי את אבא שתי שנים על מנת שתניקי את בני שתי שנים ונתקרע הגט או נאבד אפי' בתוך שתי שנים הרי זה גט שהאומר על מנת כאומר מעכשיו דמי אלמא מדפליג ר"מ ברישא ולא פליג בסיפא ש"מ דאפי' לר"מ ע"מ כאומר מעכשיו ואפי' הכי בעי תנאי כפול וכו' עכ"ל וכן כתב הרשב"א בפרק מי שאחזו ע"ש הרי שכ' דר"מ סבירא ליה דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי לענין דאפילו נתקרע הגט או נאבד דהוי גט למפרע אבל בעי' תנאי כפול ומשפטי התנאים ובעל מנת שאדבר עליך לשלטון וכו' דאמר ר"מ בתוספתא (עכ"מ):

ס"ו ואם יש ללוה עדים וכו' כ' הב"ח דוקא בדאיכא ב' עדים דבתנאי נעשה אבל ע"א לאו כלום דכיון דעדי השטר חתמו בסתם חשיב כאילו העידו שלא היה תנאי ואין דבריו של א' במקו' ב' מיהו ודאי אין עדי השטר חשובי' מן הסתם כאילו העידו שלא היה שם תנאי דאל"כ ק' אפילו איכא ב' עדים דהיה שם תנאי מ"מ כיון דעדי השטר חשובי' כאילו העידו שלא היה שם תנאי תרי ותרי נינהו ואין הלוה נפטר בלא שבועה וכו' ע"ש ולא דק דגבי שבועת היסת קי"ל קולא לנתבע כמ"ש התוס' בשבועות דף מ"א בד"ה מאן דתני אסיפא וכולי בשם ר"ת השתא דלא איתמר הילכתא כחד מהנך לישני לא משבעי' ליה מס' דהמע"ה ע"ש וכ"ש בספיקא דתרי ותרי אבל הכא הול"ל דאם עדי השטר חשובי' כאילו העידו שלא היה תנאי הול"ל אוקי תרי בהדי תרי וכאילו אין עדי' ונשב' המלוה ונוטל דמספיקא המלוה שבא ליטול לא יטו' אלא בשבועה כמו שהוכחתי לעיל וא"כ אמאי נשבע הלוה ונפטר א"ו עדי השטר אין חשובי' לגמרי כאילו העידו שלא היה תנאי אלא דוקא לגבי ע"א דאין דבריו של א' במקום ב':

ס"ז ואם יש ללוה עדים וכו' כ' ה' כנה"ג אות רכ"א יראה דל"ד עדים אלא אפי' עד א' נפטר הלוה בלא שבועה דל"ל כיון דעדי השטר חתמו בסתם הו"ל כאלו הם מעידים שלא היה שם תנאי ואין דבריו של א' במקו' שנים דא"כ אפי' דאיכא שני עדים שאמרו שבתנאי נעשה אמאי נפטר הלוה בלא שבועה תרי ותרי נינהו וכו' ע"ש ועיין בתשו' מהרימ"ט חא"ה סי' כ"ז שכ' לדעת הרמ"ה דעד אומ' תנאי אינו נאמן טפי משטר שכתוב בו מלוה בלא תנאי אלא אף על גב דסתמא דשטר בלא שום תנאי משמע כיון דע"א אומ'

תנאי איתרע סתמ' דשטר ולא גובין בו ולא קרעי' ליה והוי ספק ואין מוציאין מידו ממון מספק וכו' ע"ש וא"כ אם תפס המלוה אין מוציאין מידו

ס"ח אם כתו' בשטר שנעשה בלא תנאי וכו' הוו תרי ותרי דסי' מ"ו סל"ז הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקי"ח ע"ש ועיי' במהרש"ך ח"ב בנוספות סי' א' בראובן שמכר חזקה לשמעון וכתוב בשטר בלא שיור ותנאי דאין העדים יכולים לומר תנאי היה מיהו נר' דה"ד אם עדי השטר מעידים ע"פ שתנאי היה אבל אם העדי' שחתמו על שטר מכירה בלא שיור ותנאי הם עצמם חתומי' על שטר שביד ראובן שלא מכר אלא על תנאי הוי כב' כתי עדים המכחישות זו את זו וכו' וכבר תמה המש"ל בפ"ג מה' עדות כיון שחתמו בשטר הא' בלא שיור ונעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד כל שחתמו אח"כ הפך אמרי' כיון שהגיד וכולי ומ"ל אם עדות השני בע"פ או בשטר וכן מבואר בתשו' הריטב"א הביאה מרן הב"י בסי' מ"ו עיין שם ועיין בתשו' רבינו ישעיה הא' בס' המכריע סי' מ"ג שכתב גבי עדים שאמרו שטר וכו' דאין נאמנים מפני שמכחישים עדותם שבשטר חתמו שהלוהו ועכשיו הם מעידים שלא הלוהו וכיון שהגיד וכו' ואפילו אם יכתוב לו שטר כי באותה שעה ידענו שלא הלוהו ושטר אמנה הוא אינו מועיל כלום אבל אם אמרו כשחתמנו בשטר על דעת שהלוה לו חתמנו וכך א"ל הלוה שהלוה לו אבל עכשיו הודה לנו המלוה ששטר אמנה הוא וכולי ודאי דנאמנים ואין חילוק בין כתב שטר או בע"פ דלא מצינו בכל התור' שעדות שבשטר חזקה יותר מעדות ע"פ אדרבה התורה אמרה ע"פ ולא ע"פ כתבם וכו' ודחה שם תשו' רב צמח גאון עש"ב וה"נ בתנאי אם כתוב בשטר בלא תנאי וכו' אין עדים עצמם נאמנים לומר תנאי היה להכחיש עדות' שבשטר אפילו אין כת"י יוציא ממקום אחר ואפי' יכתבו שטר אינו כלום אבל אם אמרו שהודה להם המלוה שהיה תנאי דכשחתמו בשטר ע"ד שלא היה תנאי חתמו שכך אמ"ל הלוה שנתחייב לו בלא תנאי אבל עכשיו הודה לנו המלוה שהיה תנאי ודאי דאפילו העידו בע"פ כן נאמנים והיינו כדקיימא לן בסימן ע"ה סי"א א"ל חייב אני לך והלה אומר ודאי שאינך חייב לי פטור ע"ש בהש"ך וכן כתב הרשב"א בחי' לקידושין דס"ה דאומר מנה לך בידי והלה אומר און לי בידך כלום הודאת בעל דין כמאה עדי' דמי וכאותה שאמרו כתבתי ונתתי שדה פלו' לפלו' והוא אומר לא כתב ולא נתן לי הודאת בעל דין כמאה עדים וכו' עיי"ש וכבר כתב הרשב"א בחי' פרק השולח דה"ט דאמרינן הודאת בעל דין כמאה עדי' על המקבל טפי מהנותן כיון שזה וזה מודים העמיד קרקע בחזקת בעלי' א' ע"ש וה"נ שזה מודה שחייב לו וזה מודה שאינו חייב לו העמיד ממו' בחזקתו ואם כן אפילו הודה

הלוה שנתחייב לו בלא תנאי כיון שהודה המלוה שהיה תנאי הודאת בע"ד כק' עדים ופטור הלוה בקיום התנאי דהעמיד ממון בחזקתו

עוד כ' מהרש"ך שם ול"ד למ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' כ"ט וסי' מ"ו על ראובן שהוציא שטר על שמעו' שמכ' לו כרם א' וכו' דשאני התם דלדברי כולם לוקח זה ירד כדין לכרמו והחזיק בו וכו' אמנם בנ"ד שעדיין ראוב' בבתי' ודאי דמ"ל אוקי שטרא בהדי שטרא וכו' עש"ב מבו' דס"ל דמ"ש הרשב"א דמוקמי' הקרקע ברשו' הלוק' היינו דוק' כשהוא מוחז' בו וכ"כ מהר"א ששון סי' קנ"ה ע"ש מיהו בלא"ה נר' דבתשובות הכרם המכר קיים עד שהמוכר יחזיר המעו' ללוקח וא"כ המוכר בא להוציא מיד הלוקח ועליו ראיה אבל בנ"ד שמכר על תנאי לעלות לא"י לא הוחלט ביד הלוקח שעה א' וכ"כ הש"ך בס' תקפו כהן סי' נ"ח תשו' הרשב"א כיון דלד"ה ירד בו ברשו' להיות שלו לזמן ג' שנים אלא שאח"ז יחזיר לו המכר א"כ הלוק' נקרא בעל הקרקע ובפרט שהיה הזמן ג' שנים כדין שני חזקה ומ"ש הרשב"א שהיה תנאי שאם יחזיר לו המעות מכאן ועד ג' שנים וכולי לא רוצה לו' שיכול לסלקו בתוך השלש שנים באיזה זמן שירצה דא"כ לא היה בעליו לזמן אלא פי' שמכאן ואחר ג' שנים יסלקו ע"ש וכבר כתבתי בסי' כ"ה סקי"ט שלא ראה תשו' הרשב"א ח"ב סי' רכ"ט דמבואר שם שהתנאי היה שהמכירה עד ר"ח אייר הבא לפנינו ואם יפרע המעות בזמן הנז' יבטל המכר שהביא לו המעו' בתוה"ז ולא רצה וכ"ת כיון שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרמו ורבי יוסף החזיקו בו וכו' אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוה"ז שיתבטל המכר וכו' ע"ש אלמא אפי' היה התנאי שאם יחזיר לו המעו' לזמן מועט בתוה"ז שירצה יבטל המכר אפ"ה הלוק' נק' בעליו משו' דירד ברשות וראיתי לרי"ו במישרים נתיב ב' ח"ב שכ' וז"ל וכל זה שאמ' שאינם נאמנ' כשכת"י יוציא ממ"א דוקא העדי' החותמי' בשט' אבל ב' אחרי' שהעידו על המלוה שהעידם על עצמו שיש בו תנאי נאמני' וכ"כ הגאוני' ואי כתו' בשטר שלא נעשה בו שום תנאי ושיור אינם נאמני' בשום ענין דכיון שהגיד שוב אינו חו"מ עכ"ל לכאו' נר' דס"ל דאפי' אם כת"י יוציא ממ"א אם עדי' אחרי' העידו על המלוה שהעידם על עצמו שיש בו תנאי נאמני' משו' דהודאה מילתא אחריתי וכ"כ מהריק"ש בתשו' בס' אהלי יעקב סי' ל"א ע"ש אבל אם כתו' בשטר בלא שום תנאי משמע דאפי' יש עדים אחרי' שהודה להם המלוה שיש תנאי אינם נאמני' דכיון שהעדים עצמם אינם נאמנים דכיון שהגיד שוב אינו חו"מ גם עדים אחרי' אינם נאמנים ס"ט ואפי' עדי השטר עצמם נאמני' וכו' ראובן שנתן לאשתו חצי חצר בתנאי כתובה לכל דבר וכו' והיא אומרת שהוא מתנה בהחלט כתובה ופירות מהיום וראובן טוען דלא נתן אלא בתנאי כתובה

והעדי' שכחו ולא כ' כן בשטר תשבע האשה שבועת היסת ואם אמרו העדי' שכן הדבר אמת כמו שטוען הבעל אלא ששכחו לכתו' בשטר שומעי' להם משו' שלא חזרו בעדות אלא הוסיפו על עדות וארז"ל תנאי היה דברינו נאמני' הרי"ף בתשו' סי' נ"ו ע"ש משמע דהעדי' נאמני' אפי' כת"י יוציא ממ"א:

ע' שנעשה על תנאי וכו' כ' הב"ח והלוה מוכן לקיים תנאו או יש עדי' שקיים תנאו והמלוה אינו מודה בתנאי וכו' ע"ש ונר' דאפי' אין עדי' שקיים התנאי הלוה נאמ' לומ' שקיים התנאי דהא כשאין עדי' והמלוה מודה בתנאי נאמן הלוה לומ' שקיים התנאי אע"ג דהמלוה טוען בריא שלא קיימו ואית ליה מגו וכ"ש כשיש עדים על התנאי שהכחישו המלוה דודאי הלוה נאמן לומר שקיים התנאי וכן מצאתי להרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תקכ"ח שכ' וז"ל וכן נר' סברת הטור סי' פ"ב וכו' וליכא למימר דהכא איירי כשאין מתבטל השטר כגון שאפש' לקיים התנאי דלא מרע לשטריה דהא עלה דרישא קאי דקאמר לוה קיימתיו והא כיון דאתו סהדי ואמרי תנאי היה מרעי ליה לשטריה דהא טוען לוה קיימתיו ומה נשאר עוד לקיים וכו' ע"ש והש"ך כ' יותר נר' לפרש דמיירי בתנאי שעל בעל השטר לקיימו בקום ועשה דהלוה נאמן שלא קיים בעל השטר התנאי וכן מלשון הטור ומרן בסי' מ"ו תנאי היה ולא ראינו שנתקיים התנאי וכו' ע"ש ונר' דאם המלוה כפרן פטור הלוה בלא שבוע' כדקי"ל ברישׂ סי' ע"ט מלוה שטען הלויתיך וכפר הלוה בב"ד ואמר להד"מ ובאו עדים שלוה ופרעו חייב לשלם ואין המלוה חייב שבוע' שהרי הוחזק זה כפרן אלמא אפי' להוציא אמרי' הכי וכ"ש המלוה שהוחזק כפרן דהלוה נאמן להחזיק:

ונראה דאפי' הלוה אינו יודע אם קיים המלוה התנאי או לא קיימו פטור שהרי כ' הטור שם שכל האומ' לא לויתי מודה הוא שלא פרע והרי יש עדי' שלוה ואע"פ שהעדי' מעדי' ג"כ שפרע מ"מ כיון שמתוך כפירתו מודה הוא שלא פרע הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ע"ש וה"נ המלוה שאומ' שלא היה תנאי כמודה שלא קיים התנאי דמי והרי יש עדים שהיה תנאי ואע"ג שמעידים ג"כ שקיים התנאי הודאת בע"ד כק' עדי' דמי ומ"ש הטור ומרן בסי' מ"ו ולא ראינו שנתקיים התנאי וכו' מיירי בשלא כפר בב"ד אבל הטו' ומרן הכא משמע דקאי אדלעיל שטען הלוה שהשטר נעשה ע"ח, שאם אקימנו אפטר וכו' דאם אין עדים המלוה נאמן ואם יש ללוה עדי' שבתנאי נעשה כטענתו נאמן וכן ל' בעה"ת שער כ"א ח"ג סי' ג' אית ליה ללוה סהדי דמסהדי בההוא תנאה כדקאמר לוה וכו' ע"ש משמע בהדיא כמ"ש: ע"א אם היה תנאי על המלוה אם הוא תנאי בקו"ע ע"מ שלא יעשה המלוה דבר פ' וטען המלוה שהיה תנאי ולא עבר על התנאי נר' דנאמן

המלוה כדקי"ל בסימן רמ"א באומר לחבירו הריני נותן לך כו"ך ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים התנאי אבל אם א"ל שלא תעשה דבר פלוני על הנותן להביא ראיה שבטל התנאי וכ' הסמ"ע הטעם דלעולם מוקמי' הדבר כמו שהיה וה"נ מי שנתחייב ע"ת שיעשה המלוה כו"ך על המלוה להביא ראיה שקיים תנאו אבל על תנאי שהוא בל"ת על הלוה להביא ראיה שעבר על תנאו ונר' דא"צ המלוה לישב' ואפילו טען עליו ברי שעבר על תנאו יכול להשביעו בנק"ח קודם הפירעו' אלא דוקא אחר הפירעו' שבו' היסת כמ"ש בסימן ע' גבי אל תפרעני אלא בעדי' דפטור משבו' דקודם הפירעו' אבל אחר הפירעו' צריך לישבע היסת דחזקה לא מהניא לפטור משבו' היסת עש"ב:

ע"ב אפי' אם כת"י יוציא ממ"א וכו' הש"ך הסכים והרמב"ם והראב"ד והרמב"ן והרשב"א ושאר פוסקים דס"ל דאם כת"י יוציא ממ"א אין נאמנים וגם הרא"ש אינו חולק עש"ב וכן הסכים הרשב"ש בתשו' סימן קל"ז וסימן ר"ח וכן תפס מהר"י וויל בתשו' סימן פ' והרדב"ז בתשו' סימן שמ"ז דאין העדים נאמנים לומ' תנאי היה אלא כשאין כת"י יוציא ממ"א ע"ש ובתשו' מהר"י וויל שם מבואר דאפילו לפטו' הנתבע אין העדים נאמני' אם כת"י יוציא ממ"א וכן הרשב"ש בתשו' סימן קל"ז אפי' להחזיק ביד היורשי' ע"ש אבל הרדב"ז בתשו' אחרת סי' תצ"ג הכריע דאם התנאי להוציא ממון אין להוציא נגד הרמב"ם ואם התנאי להעמיד ממון אין להוציא נגד רב האיי והנמשכים אחריו דס"ל דנאמנים אפילו כשכת"י יוציא ממ"א ע"ש ומהרש"ך ח"ב סימן רכ"ח כ' דא"ל דהטור שכ' אם יש ללוה עדים שבתנאי נעשה מקבלים עדותם היינו דוקא להחזיק מה שביד הלוה ולא להוציא כיון שמביא עדים פשיטא דראיה מהניא להוציא מיד המוחזק ע"ש וכבר כתבתי בסימן כ"ט שכן נראה דעת הטור ומרן דדוקא להחזיק נאמנים אפילו כת"י יוציא ממ"א ולא להוציא ממון ובתשו' חיים שאל ח"ב נדפס ס' חזה התנופה סי' ו' כ' מי שהוציא שט"ח על חבירו אין השטר מתקיים אלא ע"פ העדים החותמי' ואחד מהעדי' אומר שעל תנאי כו"ך חתם השטר ההוא וכו' השטר בטל לגמרי ולא יגבה דבר כשקיים זה הלוה ויכוף המלוה לקרוע השטר שהעד עקר השטר לגמרי בתנאי זה והוא נאמן אחר שאין השט' הזה יכול להתקיי' זולתו וכו' ע"ש ומשמע בהדיא דאם יתקיים השטר ע"פ אחרים אין העד נאמן אפילו בתנאי שעל הלוה לעשות ליפטר ומ"מ דעת הטור ומרן לחלק בין להחזיק בין להוציא כמו שהכריע הרדב"ז וכבר כתבתי בסימן כ"ט סמך לזה עש"ב ועיין בתשו' בני משה למהר"ם שלטון סי' ה' שחילק כן והסכים עמו רבו ע"ש ועיין בתשו' הרמ"ה סי' רפ"ג ומרן הב"י סימן כ"ט כ' שהרשב"א בתשו' כ' דהא דתנאי היו דברינו נאמנים דוקא כשאין כת"י יוציא ממ"א ובתשו' אחרת כ' על ראובן שכ' משכונה

ת"ק דינרי' על חצרו לשמעו' חמיו ומתו ראובן ושמעון ויורשי ראובן טוענ' שלא היתה משכונה זו אלא על תנאי שיקנה ראובן קרקע זה לאשתו וכבר קיים תנאו ונתבטל כח שטר המשכונה ויורשי שמעון אינם מודים בתנאי זה ויש ליורשי ראובן עדי' בתנאי זה והשיב שנאמני' העדים אפילו כתבי ידם של עדי שטר המשכונה יוצאים ממ"א לפי שאין אלו העדים מכחישי' עדי השטר וכו' ואין זה חולק על התשו' הא' דשאני הכא שעדים אחרים הם המעידים על התנאי עכ"ל וב' תשו' הרשב"א אלו הם בס' תולדות אדם סי' ן' וסי' ק"כ ומבואר שם כן דעדי השטר אם כת"י יוציא ממ"א אין נאמנים דהו"ל חוזרים ומגידים וגריעי מעדים אחרי' דמהימני וכו' ומשמע אפילו ליפטר המוחזק ע"ש:

ע"ג ואם ע"א אומר על תנאי וכולי מרן בב"ה והש"ך בסימן מ"ו ס"ק ק"ח כתב בשם הרמב"ן והריטב"א שעד זה אומר תנאי היה ועד אומר לא שמעתי בו תנאי אבל אמר כן ודאי לא היה בו תנאי ומכחיש את חבירו הו"ל ע"א בהכחשה ואינו כלום עיון שם ול' בעה"ת שער כ"א סח"ב והטור בסימן זה סי"ב אבל אינו נשבע שבו' התורה להכחיש העד האומר אינו תנאי כיון שהעדים מכחישי' זא"ז ע"ש משמע דע"א אומר לא היה תנאי ודאי ומכחיש את חבירו ובסימן מ"ו כ' הטור בשם. הרמ"ה דנשבע הנתבע שבו' דאורייתא ע"פ עד הא' שאמר שלא היה תנאי אע"פ שהעד האחר מכחישו לא אמרי' אוקי וכולי וכן הוכיח ה' כנה"ג בתשו' ח"ב סי' פ"ד אלא שהוסיף לו' דגם הריטב"א לא, אמר כן אלא לרב וכולי ע"ש וליתא דל' הריטב"א מבואר דגם למ"ד דהעד האומר תנאי נאמן קאמר דאם מכחישי' זא"ז הו"ל ע"א בהכחשה דאינו כלום ועיין בס' א"ז שם וכ"כ עוד בדף כ"ג גבי ע"א אומר נתגרשה וכולי וכ"כ הר"ן שם אבל תלמידי הרשב"א בס' א"ז שם כ' דכי אמרי' שני כתי עדי' דלא מצטרף חד מכל כת וכת בעדות אח' ה"מ להבא אבל למפרע לא מפסלי והשתא מתרצא הא דעד אומר תנאי ועד אומר אינו תנאי דהתם קודם שמכחישי' זא"ז בתנאי כבר נתקיים השטר למפרע ולאו כ"כ למעקרי' השתא מחמת הכחשה זו עכ"ל הרי דס"ל דאפי' במכחישי' ממש נתקיים השטר ע"פ דלא בטלה עדותם למפרע וכ"ד הרשב"א והרא"ה שם וכבר ה' דברי אמת בקונטרי' ח' סימן ג' האריך בזה והסכים שכ"ד הרמב"ם כמ"ש מהרשד"ם סי' ס"א וה' בית שמואל בא"ה סימן קנ"ב סק"ט אבל מרן שם פסק כהר"ן ומ"מ הרמ"ה ובעה"ת והטור סבירא להו דאפי' מכחישי' זא"ז האומר תנאי היה נאמן וכן מבואר בתשובות הרשב"ש סימן ר"ח דמיירי בהכחשה ע"ש וכן כת' שה"ג בשם ריא"ז וז"ל א' מן העדים אומר על תנאי היה ובטל השטר הזה והא' אומר לא היה שם תנאי והמכר קיים הואיל ומכחישין זה את זה הרי השטר בטל ונשבע הנתבע שבועת היסת כדין כל כופר ממון חבירו עכ"ל וכ"מ בדברי הרב משפט צדק ח"א

סס"י א' ע"ש וז"ל רבינו האיי בס' משפטי שבועות ש"ד אבל אם א' מעיד בהלואה או במתנ' חלוטה והא' מעיד על תנאי אפילו אם הם חתומי' בשט' ובשטר אינו כתוב תנאי ועדות השטר אינו יכול להתקיי' אלא מפי העדים הדין לעשות כדברי העד שמעיד תנאי או לבטל השטר מעיקרו וכו' ע"ש משמע אפי' אמר שהיה הלואה או מתנה חלוטה ולא היה תנאי שמכחיש חבירו וז"ל בעל העיטור בדיני קיום סוף דף ל"ג עד אומר תנאי ועד אומר אינו תנאי וכו' ה"נ חד דקאמר תנאי היו דברינו למיעקר סהדותיה דכתי' קאתי ולומר ע"מ שיתקיי' חתמתי וחד הוא ומכחשי להדדי ובטל השטר והו"ל כעדו' בלא שטר וכו' ע"ש וכתב מהר"ם בתשו' הארוכות סימן רצ"ז על אודות ראובן שתבע לשמעון שכירות בית לשני שנים ועתה יצאת קודם הזמן תן לי השכירות ושמעון משיב אמת הוא ששכרתי ביתך רק תנאי היה בדברינו שכל שעה שארצה לצאת הרשות בידי והביא ראובן עדים שלא היה שום תנאי ושמעון הביא עד א' המסייעו לא הבנתי אותם הדברי' אם העדים מכחישי' העד שבאותה שעה שאומר שהתנה הכי אמרו שלא התנה אותה שעה והשכירו בלא תנאי פשיטא שעד א' בטל במקום שנים אך אם אין מכחישים שהעד או' שמקודם התנה ובשעת השכירות יכול להיות שלא דיבר בפני עדי' כל תנאי אך סמך מקצת על תנאו הא' א"כ אז שמע' פטו' אף משבו' שע"א מסייעו להחזיק מל כי כן פסק ר"ת בתחיל' ב"מ וכו' עכ"ל:

ע"ד דין י"ג נשבע הלוה וכו' כ' הסמ"ע והש"ך דנשבע שבו' דאוריי' כדין מ"מ דכיון שיש עדים שאמרו שהשטר כולו פרוע הוי המלוה כתובע ע"פ והלוה מודה במקצת ע"ש אבל ה' קרית ספר בפי"ד מה' מלוה כ' דנ' דמדאוריי' לא מחייב שבועה מדין מ"מ כיון דהעדי' אומרי' פרוע כולו ואפש' שהם זכורים יותר ממנו א"כ הוי כמשיב אבידה מדאוריי' וכמש' בפ' י"ן ע"ש:

ע"ה וגובה מחצה וכו' ואינו כמשיב אבידה מפני שאימת השטר עליו הרמב"ם וכן גי' רבינו האיי בס' משפטי שבועות שער ד' ומהר"י ן' מיגש בפ' י"ן ע"ש וכ' הב"ח משמע דאפי' העידו העדי' שפרע הכל קודם שהודה הלוה במחצה לא חשי' משיב אבדה ע"ש וכ"כ מהר"א ששון סי' י"ב ע"ש וכבר השיגו הש"ך דכיון שכבר העידו העדי' פשיט' דליכא כלל אימת השט' שהרי השט' בטל לגמרי מפי העדי' ע"ש וכ"כ הפרישה ע"ש וז"ל רבי' יונה בעליות בפ' י"ן ק"ל ה"ד אי כבר העידו העדי' בב"ד שפרעו כולו הא ודאי משי' אבידה הוא וכו' ואומ' ר"י דמיירי שראינוהו מדבר עם העדי' בב"ד אלא שלא העידו עדיין בשעת טענתו ואפ"ה אמר רבי אבא כיון דאיכא שטרא מירתת דכיון שיודע בעצמו שלא פרעו כולו אומ' בלבו אפי' העדי' יזכרו וישובו בהם ולא יעידו בב"ד וכו' וא"ת כיון

שפוסל הלוה עדות של עדים אלו ולפיכך אין מועילי' לו לשבו' יגבה המלוה כל השטר וכולי י"ל דאע"ג דאמרי' כיון דאיכא שטר ארתותי מירתת לא מפקי' ליה מה"ט אלא מתורת משיב אבידה שאין לפוטרו משבו' מפני תיקון העולם כי לא יבא לכפור כדי שלא יתחייב שבו' כי טוב להודות שמא יזכרו העדים שלא פרעו כולו בפניהם ונמצא מתבדה מתוך השטר דא"ל שטרך בידי מ"ב הילכך וכו' ומ"מ איכא מגו שאם הוא חפץ בממון היה יכול לכפור על בטחון עדות העדי' שאומרי' שפרעו כולו כי יותר הדעת נוטה שלא יחזרו בהם ויעידו וכו' עש"ב הרי דס"ל דמשו' השטר לא מיקרי משיב אבידה שירא הוא לכפור הכל שמא יאמרו העדי' שלא פרע ומתברר מכח השטר דא"ל שטרך בידי מ"ב דמגו איכא לפוטרו מן הממון כיון שא"ל העדי' מקודם שפרע הכל והדעת נוטה שלא יחזרו בהם אבל לא אמרי' מגו לפטור משבועה אבל במלוה ע"פ פטור משבועה דכיון שאמרו העדי' שפרע הכל ומסתמא לא יחזרו בהם א"כ הוי משיב אבידה שהיה יכו' לכפו' בכל שהעדי' מסייעי אותו וכן גי' הרמ"ה בפ' י"ן סי' קכ"א אבל הכא דאיכא שטרא מירתת וכו' וכ' וז"ל ועוד אע"ג דסהדותא דהני סהדי לא מהניא למפטריה ללוה כלל לא מממון ולא משבו' בדברים אהניא ליה לבטולי לשטרא משו' מגו וכו' ונהי דאהני ליה מגו למפטריה מממון אבל משבועה לא מהני ולא אמרי' מגו לאפטורי משבועה דא"כ במודה במקצת דאמר רחמנא שבועה היכי משכחת לה לימא מגו וכו' וכ"ת שאני התם דאין אדם מעיז וכו' אבל הכא דאיכא עדים דמסייעי ליה מעיז ואיכא מגו וה"נ כיון דאיכא שטרא דמסייע למלוה דא"ל שטרך בידי מ"ב ע"כ מודה וכו' ועוד דע"כ אפי' היכא דאיכא מגו לא מהני לאפטורי משבועה דא"כ שבועת עד א' היכי משכחת לה וכו' עש"ב וא"כ למאי דאמרי' מגו לפטור משבו' אמרי' ומודה מקצת דלא נפטר במגו משום דחזקה דאין אדם מעיז וכו' ה"נ במלוה ע"פ פטו' משבו' במגו דדוקא בשטר צריך לישבע משום דהשטר מסייע למלו' דא"ל שטרך בידי מ"ב ואינו מעיז וגם למאי דקי"ל דלא אמרי' מגו לפטור משבועה הכא במלוה ע"פ פטור משבו' במגו שהיה יכול לכפור בכל שהעדים מסייעים אותו והוי משיב אבידה ומודה מקצת בעלמא לא חשיב משיב אבידה משום חזקה דאין אדם מעיז וכו' אבל הכא מעיז ומעיז ודוקא בשטר ירא לכפור דא"ל שטרך בידי מ"ב אבל יש להסתפק במלוה ע"פ ולא היה רק ע"א שמעיד שפורע הכל והלוה הודה במחצה דאפשר כיון שיכול לטעון שפרע הכל והעד מסייעו מעיז והוי משיב אבידה והרמב"ם ספ"ט מה' אישות כ' אמר עד א' מקודשת והיא אומרת לא נתקדש' הרי זה מותרת א' אומר מקודשת וא' אומ' אינה מקודשת לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשתי וכ' המ"מ דס"ל דעדיף כשאין עד א' אומר

כדבריה מפני שכל שאין לה עד כלל חזקה אינה מעיזה פניה להכחיש העד אבל כשעד א' אומר כדבריה סומכת עליו ומעיזה לפיכך לכתחילה לא תנשא אבל דעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א דאם מכחשת מותרת לינשא כן דעת הר"ן בפ' האשה שנתארמלה דאפי' ע"א מסייע לה נאמנת ודוקא שקבלה קידושין וא' אומר קרוב לו וא' אומר קרוב לה חיישינן שמא האומ' קרוב לו טועה אבל אם חלוקים בעיקר הקידושין נאמנת היא דחזקה אינה מעיזה להכחי' העד אפי' עד אחד מסייע לה ע"ש וא"כ ה"נ אפלו יש עד א' מסייעו אמרי' דחזקה אינו מעיז פניו בפני ב"ח ולא חשיב משיב אבידה וגם הרמב"ם לא סבר דעד א' מסייע' סומכת עליו ומעיזה אלא לחוש לכתחי' שלא תנשא אבל אמרי' חזקה אינה מעיזה פניה להכחיש העד אפילו עד אחד מסייעה לענין דאם נשאת לא תצא דמדאוריי' סומכת על החזקה אפי' עד א' מסייעה וא"כ ודאי דה"נ צריך לישבע מדאוריית' דלא חשיב משיב אבידה דאמרי' חזקה אינו מעיז בפני ב"ח:

ע"ו נשבע וגובה מחצה וכו' כ' בעל התרומות בשער ח' וז"ל י"ל מאחר שאין כאן הכחשה ועדותן קיימת ומבטלי' השטר ע"פ למה צריך לישבע על המחצה וכו' וי"ל דהא דאמ' פרעתי מחצה י"ל דהכחשה הוא וי"ל שאין הכחשה לגבי לקוחו' לא חשבי' הכחשה דאמרי' אנן אעדי' סמכי' וכו' עכ"ל וכ"כ הרשב"א הובא בס' א"ז בפ' י"נ דקכ"ח ע"ש משמע דאם הכחיש העדי' בפי' ואמר לא פרעתי גובה המלוה מהלקוחות כיון שהשטר מקויים בידו וקשה דאמאי לא חיישי' לקנוניא והרמב"ם והטור ומרן בסי' כ"א כ' מלוה שהאמין ללוה וכו' אפי' אמר הלוה לא פרעתי אין המלוה יכול לגבות בשטר זה מהלקוחות דחיישי' לקנוניא וכו' ע"ש אלמא אע"פ שהוא מודה כיון שהיה יכול לטעון פרעתי אינו גובה מהלקוחות ואע"ג דא"ל דהתם משו' הנאמנות שבשטר הוי ריעותא וכמ"ש הש"ך שם נר' דה"נ עדות העדי' הוי ריעותא גדולה ואם היה הלוה טוען פרע' כדב' העדים היה מבטל השטר וא"כ אפי' הודה ניחוש לקנוניא

ע"ז ועדים מעידים שכולו פרוע וכו' בעל התרומות שער ח' כ' שהק' הא' כיון שהעדי' מוכחשי' שהוא הכחישם למה בטל כח השטר על פיהם ותי' דאם אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשי' אבל השתא דאמר פרעתי מחצה אינה הכחשה אלא כאדם האומר ע"כ אני זוכר והעדים אמרו אנו זוכרים יותר ממך כי פעם אחרת פרעת לו מחצה האחר מיהו הכחשה היא לענין שצריך שבועה וכ"כ בש"מ לבתרא בשם הראב"ד והרשב"א ע"ש מבואר דס"ל דאם אמר לא פרעתי אלא מחצה לא בטל כח השטר וגובה הכל וכן מוכח מדברי הנ"י והר"ן ע"ש וכ' ה' גדולי תרומה דה"נ אם אמרו העדים שפרעו לכלו בפעם א' והלוה אומר פרעתי מחצה הכחשה גמורה היא עיין שם:

ע"ח
כתב בעל התרומות שער ח' וז"ל ואל יקשה בעיניך למה לא נדון זה כשאר מפיק שטרא אחבריה וקאמר אידך פרוע הוא דמשתבע מלוה וכו' אבל הא ליתא דבשלמא כי טעין פרוע כל השטר לית לן להימוני לטענת הלוה דסמכי' אחזקה דשטרך בידי מ"ב וכו' אבל כאן שמודה המחצה מן השטר לא הי"ל להחזיר לו השטר ולפיכך אם הניחו בידו וכו' ע"ש וכ' ה' כנה"ג אבל הרמב"ם בפט"ז מה' מלוה כ' דאפי' בטען שפרע מקצת נשבע מלוה וגובה וכן דעת הרשב"א והטור וכו' ואפשר דגם בעל התרומות מודה ולא ס"ל הכא דאם טוען פרעתי נשבע ונפטר אלא משו' דאיכא עדים דמבטלי' השט' ודוחק ע"ש וכ"כ ה' גד"ת ע"ש וכבר הוכיח הדרישה מדאמרי' בבתרא דקע"ב מי שיש לו ב' שטרות של חמשים חמשים ואמר לב"ד שיעשו לו א' של מנה אין שומעי' לו משו' דזכות ללוה שיהיו שני שטרות שאם הוא בשטר א' צריך לפרוע הכל ביחד שמא יאבד שוברו ויחזור ויגבה הכל ממנו ע"ש והו"ל להוכיח כן ממימרא דרבא דלעיל מההיא מי שיש לו שטר במנה א' ואמר לב"ד שיעשו ב' שטרות של חמשים אין שומעי' לו מה"ט דזכות הוא למלוה שיכל הלוה שיפרע הכל ביחד שמא יאבד שוברו ויחזור ויגבה הכל ממנו ע"ש וכבר הסכים הדרישה דבעל התרומות לא אמ' אלא הכא דאיכא עדים דמבטלי' השטר דבזה א"ל הניח השטר בידו משו' המחצה ולא חשש שמא יתבע ממנו הכל שסמך על העדים שפרעו וא"כ אם יודע שלא ידע זה בעדים לבע"ת לא הי"ל להניח שטרו בידו ולהר"י מיגש פטור ע"ש ונראה (עכ"מ)

ע"ט ואם כ' שהאמינו על עצמו כשני עדים וכולי משמע דנאמנו' סתם לא מהני ונשבע הלוה וכ"כ הטור וכן משמע מבעה"ת שער ח' ע"ש וה' גד"ת תמה כיון דהמניה אין טענת הלוה כלום בענין הפירעו' ואי משום דאיכא עדים הא מסקי' לכ"ע כיון שהם מעדי' דפרע כולו והוא אומר דפרע חציו הו"ל כאילו אין כאן עדים ע"ש ונראה דלק"מ דהלוה נאמן במגו דיכול לומר פרעתי כולו דהשטר לא נתקיים אלא ע"י הודאתו כמ"ש התו' שם וא"כ נאמנו' סתם לא מהני מה"ט דאם טען פרעתי כולו העדים מסיועי' אותו ואין הנאמנות לגבי העדי' כדקי"ל בסימן ע"א דאם ליכא עדים על הנאמנות והלוה אומר שהאמינו ופרעו נאמן במגו ע"ש וה"נ דכוותא דכיון דלא נתקיים השטר והנאמנות אלא ע"י הודאתו נאמן במגו וכן כתב הרמ"ה בפ' י"נ סימן קכ"א וז"ל ועוד אע"ג דסהדותא דהני סהדי לגבי האי לוה לא מהניא למפטריה ללוה כלל לא מממון ולא משבו' בדברי' אהניא ליה לבטולי שטרא משום מגו דמגו דיכול למימר פרעתי כולו דהא איכא עדים דמסייעי ליה ולא הוה מהני ליה שטרא למלוה ול"מ כי אמר נמי פרעתי מחצה מהימן וכו' ונהי דאהני

ליה מגו למפטריה מממון אבל משבוע' לא מהני דלא אמרי' מגו למפטריה משבו' וכולי ונפ"מ נמי דאפילו היכא דהמניה עילויה נמי אמרינן מגו דהא קי"ל דא"נ הימניה עילויה כי אתו סהדי דפרעי מהימני דנהי הימניה טפי מנפשיה טפי מסהדי לא המניה אבל ודאי היכא דהמניה כבי תרי כיון דקי"ל דאע"ג דאתו סהדי דפרע לא מהימני לאכחושי למלוה דהא טעין לא פרעתי איעקר ליה מגו מהאי דינא לגמרי דהא אי נמי הוה טעין פרעתי כולו לא הוה מהימן ולא הוה מהני ליה הני סהדי לאכחושי למלוה הילכך השתא נמי דטעין פרעתי מחצה לא מהימן וגבי ליה מלוה כולי מממונא דשטרא בלא שבו' עכ"ל פ' נשבע וגובה מחצה וכולי כתב הרב שפתי כהן דה"ד כשעומ' הלוה בדבריו הראשונים אבל אם חזר ואמר נזכרתי הר"ז נאמן כיון שעדים מעדים ומסייעי' אותו כמ"ש המ"מ מה' טוען ע"ש ומדברי המ"מ נראה בהדיא דאפילו אחר שבאו העדים יכול לומ' נזכרתי שפרעתי הכל כדברי העדים כמ"ש הש"ך בסימן ע"ט סק"י וכן מבואר בתשו' המבי"ט ח"א סימן ט"ז ובדברי הרשב"ץ שכתבתי בסימן ע"ג דאפילו אחר שבאו העדים נאמן וכן האומר לא לויתי ואחר שבאו העדים והעידו שלוה ופרע וחזר ואמר נזכרתי שפרעתי כמו שאמרו העדים נאמן ואין נר' דא"כ אפילו עומד בדבריו יהא נאמ' במגו בלא שבו' דהוי כמשיב אבידה דאילו רצה לטעון נזכרתי שפרעתי הכל דמעיז כיון שיש עדים מסייעי' אותו מיהו כבר כתבתי בסימן ע"ט דמהר"י ן' מיגש ובעל העיטור והרשב"א והר"ן וה' חקות הדיינים והרשב"ץ ס"ל דאינו נאמן לומ' נזכרתי שפרעתי וגם הרמב"ם דס"ל דמי שהודה בב"ד נאמן לומר נזכרתי אם הביא עדים כ' הנ"י דה"ד כשחזר בו קודם שבאו העדים אבל אם לא חזר אלא אחר שבאו העדים אינו נאמן ע"ש ונר' דה"ה הכא:

דיני מגו

א' מגו דאורייתא כדאמרי' בפרק האשה שנתארמלה מנין להפה שאס' הוא הפה שהתי' וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שמ"ט דמגו דאורייתא ואין לבטל כח המגו אלא וכולי ע"ש מיהו התוס' בקמא ד"פ ע"ב בד"ה אין לך וכולי וז"ל והא דאמרי' בפ"ב דכתובות ב' החותמי' על השטר ואמרו קטנים היינו אם אין כת"י יוציא ממ"א נאמנים האי לאו מגו הוא שאין השטר מתקיים אלא על פיהם והפה שאסר הוא הפה שהתיר כדתמרי' התם בההוא פירקא מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר וכולי הא למ"ל קרא סברא הוא וכולי ע"ש וברפ"י דכתובו' גבי ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך ולקחתיה ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר פרש"י זה אינו יודע שהיא של אביו אלא ע"פ של זה וכולי וכבר הק' התוס' דח"כ הא דקתני ואם עדים שהיא של אביו ליתני ואם יש לו תובע ואפילו אין כאן עדים ובגמ' נמי פריך וליתני שדה זו שלך היתה

משמע דבהלה תובעו איירי וכולי והריטב"א הוסיף וז"ל דכי הלה תובע מאי הוי דהא איכא מגו מעליא שיכול לטעון לא היתה של אביך כיון שאין עדים לזה שהיתה של אביו ומגו דאורייתא הוא וסברא הוא וכולי ומכח זה פי' בכוונת רש"י כגון שחין עדים לתבוע דכל שאין לו עדים לא חשיב עורר כלל וכו' ור' בצלאל בס' א"ז שם כ' דלשון רש"י משמע כפשוטו דר"י לא ס"ל מגו אלא מגו דאי בעי שתיק דהיינו הפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל מגו בעלמא ע"י תביעה דלאו הפה שאסר הוא אלא משום דלא ס"ד או איערומי קא מערים כמ"ש לקמן גבי התם הרי שור שחוט לפניך וכולי והא דקתני סיפא ואם יש עדים וכו' דאשמעי' דאע"ג דמהימני ליה כבר משום הפה שאסר וכו' אם שוב באו עדים שהיא של אביו לא מהימניה ליה מאי דטעין מעיקרא לקחתיה ממנו ואינו נאמן ומוציאין השדה מידו עד שיביא ראיה לדבריו ואע"ג דתנן לקמן נשביתי וטהורה אני נאמנת שהפה שאסר וכו' ואם יש עדי' שנשבית והיא אומרת טהורה אני אינה נאמנת ואם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא ואמרי' בגמ' לא נשאת ממש אלא כיון שהתירוה לינשא וכו' שבויה שאני דבשבויה היקלו עכ"ל א"כ ר"י לית ליה מגו בעלמא ודוקא בלא תביעה דהפה שאסר וכו' הוא דאמרי' מגו והא דאמר רבה בפ"ק דמציעא מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' חזקה וכו' וכ' התוס' פי' יהא נאמן במגו דאי בעי לכפור הכל וכו' ע"ש נר' דלר"י לק"מ דדוקא הפה שאסר וכו' אמרי' מקרא או מסברא אבל כשהלה תובעו לא אמרי' מגו אבל רבה ס"ל דלא קי"ל כותיה אלא אפי' הלה תובעו אמרי' מגו מדאורייתא וא"כ מודה מקצת הטענה אמאי ישבע יהא נאמן במגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא אמרי' מגו בכה"ג שהלה תובעו אבל כשאינו תובעו סברא הוא דהפה שאסר וכו' ואפ' דדוקא הכא ס"ל הכי כמ"ש רשב"ם בבתרא ד' ל"ב ע"ב וז"ל ולא דמי לשאר מה לי לשקר שבגמ' ששני הטענות יכולים להיות אמת אותה שהוא טוען ואותה שהיה יכול לטעון ולא טען דאמרי' מגו אבל הכא דמי למ"ל לשקר במקום עדים וכו' דהלה מודה שהשטר פסול והודאת בע"ד כק' עדים דמי ואילו באו ב' עדים שאמרו שהוא שטר פסול ליכא תו מ"ל לשקר עכ"ל וא"כ אפשר דה"נ אם הלה תובעו כיון שהוא מודה לו שהיא של אביו הודאת בנ"ד כק' עדים דמי הוי כמגו במקום עדים ולא אמרי' מגו אלא כששני הטענות יכולים להיות אמת אבל כשאינו תובעו דהוי בריא ושמא נאמן ורבה דאמ' מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע יהא נאמן במגו דהיה כופר הכל אזיל לטעמיה דס"ל התם גבי שטר זייפה דאמרי' מ"ל לשקר אי בעי אמר שטר מעליא הוא ע"ש:

ועוד אפשר דסבירא ליה דמגו להוציא לא אמרי' וקרק' בחזקת מרא קמא ואם הוא תובעו אין הלה נאמן במגו להוציא מחזקת בעליו כמ"ש התוס' בבתרא שם לרב יוסף אבל כשאינו תובעי הוי בריא ושמא ובבריא ושמא אמרינן מגו אפילו להוציא כמו שהוכיח ר' שמשון בגמר' ריש מציעא עיי"ש אבל רבה דסבירא ליה דאמרינן מגו להוציא מוקי מתני' אפילו בתובעו דהוי בריא וברי' ולכך ס' רבה במודה מקצת דאמרינן מגו דאורייתא אף ע"ג דהלה תובעו והתוס' בגיטין דף נ"א בד"ה וראב"י וכו' שכ' אמאי לא מהימן במגו דאי בעי שתיק דמגו הוי מן התו' וכ"כ הרשב"א והריטב"א בחי' שם גבי ב' כיסין וכו' דמיירי בבריא דאל"כ פטור משום מגו דאי בעי שתיק ומגו דאורי' כדילפינן וכו' אפשר דה"ד מגו דהפה שאסר וכו' וכן ל' הרמב"ן במלחמות שם והיינו דמקשי' וראב"י לית ליה משיב אבידה וכו' ולא מגו ובזה ניחא מ"ש התוספו' שם בד"ה מפני וכו' פי' למה לא יהא נחמן במגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא אמרינן מגו וכו' ע"ש דסבי"ל דאף על גב דילפי' מקרא דאמרינן הפה שאסר וכו' וגם כן סברא היא מכל מקום כשהיה הלה תובעו נילף מהכא דלא אמרינן מגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיפ' הא מהא וכה"ג כתב הר"ן בפרק האומר בקידושין ע"ש מיהו נראה משום דהתם מסקינן דאיצטריך את בתי נתתי לומר דנאמן האב לאסור את בתו לזה ולא ליבם והפה שאסר וכו' סברא הוא ואם כן נילף מהכא דלא אמרי' מגו הפך הסברא ומ"מ משמע דרבה ס"ל דמגו דאוריי' אפילו לא הפה שאסר וכולי דמודה במקצת אפילו הלה תובעו אי לאו חזקה דאין אדם מעיז וכו' נאמן במגו שהיה כופר הכל וכן כתב הרא"ש בפרק כל הנשבעי' על מהר"י ן' מיגש דסבירא ליה דלא אמרינן מגו לפטור משבועה דאין נראה דכיון דמגו דאורייתא מ"ל ממון מ"ל שבועה וכתב הרב מעדני מלך שם דהיינו מדאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' ונר' דס"ל כמ"ש דמהא דמנין להפה שאסר וכו' סברא וכו' א"ל דה"ד הפה שאסר וכו' אבל מדרבה שמעינן דאפילו הלה תובעו אמרינן מגו דאורייתא אך קצת קשה דהרי כתבו התוס' בכתובות בד"ה מנין וכו' בשם ר"י דהאב נאמן להתיר את בתו כשאסרה בלא מגו אלא דקרא יתירא דריש באא"ע להיכא דאינו נאמן לאחר זמן שיהא נאמן בתוך כדי דיבו' במגו ע"ש ואם כן מאי פריך ל"ל קרא סברא הוא וכו' אימא דאתא קרא באא"ע דאפילו בהלה תובעו אמרינן מגו דסברא ליכא אלא דהפה שאסר וכו' אלא משמע דהלה תובעו לא הוי מגו דאורייתא ואפ' דגבי מ"מ למאי דלא ס"ד חזקה דאין אדם מעיז וכו' לכ"ע אמרי' מגו משום דהוי כמשיב אבידה וכבר הב"ח בסימן רצ"ו הק' במודה במקצת איך יהא נאמן במגו דכופר הכל כיון דלא אמרי' מגו לפטור משבועה ותי' דהא דלא אמרינן מגו לפטור משבועה

ה"ד כששני הטענות שוות כגון בשומרים דבב' הטענות נפטר השומר לגמרי אבל במודה במקצת דמשיב אבידה הוא דאי בעי כופר הכל דלא יתחייב כלו' ועכשיו מודה במקצת ודאי דמסתברא לפוטרו משבו' במגו דכופ' הכל עיי"ש וכן כתב בספר א"ז לכתובות דף י"ח בשם שיטה דלא אמרי' מגו לפטור משבועה אבל יש לפ' ליפטר משום דמשיב אבידה הוא חזקה וכו' וכן ל' רש"י בריש מציעא מפני מה וכו' ולא חשיב כמשיב אבידה לפוטרו וכו' ע"ש אם כן א"ל דרבה נמי ס"ל כר"י דלא אמרי' מגו כשהלה תובעו בבריא אלא דוקא הפה שאסר ומודה במקצת שאני דהוי משיב אבידה אבל בר"פ כל הנשבעין מוכח בהדיא דמגו דאוריית' דמק' רבא לרמב"ח שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ וכו' מתוך שיכול לומר החזרתי לך יכול לומר נאנסו ומשני דאפקיד ליה בשטר וכו' אלמא אפי' מגו דהחזרתי הוי דאורייתא ועלה כ' הרא"ש שם כיון דמגו דאורייתא מ"ל ממון מ"ל שבועה ע"ש וראיתי להראב"ד בס' תמים דעים סי' רי"א שכ' המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי לך נאמן בשבועה חמורה מגו דאי בעי אמר נאנסו וכו' וצ"ע אי בעי להפוכי הנתבע לתובע השבועה וא"ל השבע לי וטול וכו' יש מי שאומ' כיון דהאי שבועה שבועת התורה כדין נאנסו לא מצי להפוכה ויש מי שאומ' מן הדין לא הי"ל להימניה לנפקד כיון דשטר ביד המפקיד הוא ומדין מגו מהימני' ליה מ"ל נפקד לא בעינא דאהיה נאמן בהאי מגו אלא השבע את וטול דלא ניחא ליה בתקנתא דרבנן דאהיה נאמן מדין מגו עכ"ל לכאו' נר' דס"ל דמגו לא הוי דאוריית' ואפש' דמפקיד בשטר כיון דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי אין הנפקד נאמן מדאוריית' אפי' במגו נגד חזקה אלא תקנת רבנן הוא דנאמן במגו דיכול לומ' אי איפשי בתקנת' דרבנן

ב' מגו להוציא לא אמרי' כן דעת רוב הפוסקים ועי' בתשו' הריב"ש סי' של"ו שכ' דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דמגו להוציא אמרי' ובחי' הרמב"ן לבתרא ד' ל"ב הוכיח כן דאמרי' מגו להוציא עש"ב אבל הרשב"א במיוחסות כו' ק' ובתשו' ח"ב סי' רנ"ד כ' דמגו להוציא לא אמרי' אלא דוקא בשטר ע"ש ובס' א"ז לכתובות סוף ד' ט' כ' וז"ל ועוד כ' הרשב"א וא"ת כיון דאילו אינו מכחישו מהימנא וגביא כתובה השתא נמי מהימנא משום מגו א"ל מגו לאפוקי ממונא במקום בריא ובריא לא אמרי' ואע"ג דאיכא שטר כתובה אפוקי ממונא הוא ול"ד להיא דאמרי' בפ' שבועת הדייני' וכולי מגו דאי בעי אמר להד"מ כי א"ל סטראי נינהו מהימן דאלמא כל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבינן ליה דהא ליתא דהתם היינו משום דההוא שטרא שעת הכושר הו"ל אבל הכא א"א דזנתה תחתיו שטרא כמאן דליתיה דמי דלא חל שיעבודא וכו' ורבי' תי' אע"ג דא"ל

מגו כיון דעכשיו הוא מכחישה ומסייע ליה חזקה דאין טורח וכו' לא אמרי מגו במקום חזקה ואע"ג דבעיא היא אי אמרי' מגו לאפוקי ממונא במקום חזקה או לא אמרי' ע"כ ונר' דרבו דהרמב"ן משום דס"ל דאמרי' מגו להוציא צ"ל כיון דמסייע ליה חזקה דאין טורח וכו' לא אמרי' מגו להוציא במקום חזקה אבל הרשב"א ס"ל דמגו להוציא לא אמרי' אפי' שלא במקום חזקה ועי' בה' כנה"ג סימן פ"ב שכ' בשם הרשב"א בתשו' כ"י דאמרי' מגו להוציא הפך תשו' הנז' ומצאתי תשו' הרשב"א ח"ג סימן שנ"ג שכ' וז"ל בעיקר הדין אי אמרי' מגו לאפוקי ממונא או לא נחלקו בו גדולי המורים ונר' עיקר כדברי האומ' דאפי' לאפוקי אמרי' וכו' אבל מדרך הסברא היה ראוי יותר לומר דלאפוקי ממש לא אמרי' שאינו מן הדין שנוציא ממון בטענה זו מפני שהיה יכול לטעון מה שלא טען ודי אם נאמר כן להעמיד ואפי' בדבר שהוא עומד בחזקת הבעלים במגו דאי בעי אמר אנא זבינתא מינה וכיוצא בזה אע"ג דקרוב הוא זה לאפוקי ממונא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת אבל לאפוקי ממש לא ומה שבאו לסמוך עליו לומ' דמגו דאוריית' לאו לאפוקי ממונא ש"מ דהא מבתי נתתי לאיש הזה באו ללמוד וכו' הזה התירה והוציאה מכולהו אינשי אחרינא דעלמא לאו לאפוקי ממש הוא וכו' עכ"ל הרי שכ' הנר' עיקר דאמרי' מגו להוציא אבל מסברא הסכים דלהוציא ממון ממש לא אמרי' מגו אבל להחזיק אפי' בדבר שהוא עומד בחזק' בעלים דקרוב הוא לאפוקי ממון אחזקת בעלים אמרי' מגו והרמב"ן בפ' ח"ה הוכיח מדאמרי' בפ' המקבל מלוה אומר ה' ולוה אומ' ג' מלוה נאמן מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי פי' בסוף ג' באו לדין וכו' וקרקע אע"ג דמעיקרא היא ממושכנת בחזקת בעלים היא עומדת וא"ה מהני מגו לאוקומי ברשות מלוה ולאפוקי מרשות לוה דהוא מארה ודאי ואין מגו להוציא ממון יותר מזה ע"ש ולפי האמור לק"מ דדוקא להוציא ממון ממש לא אמרי' מגו אבל להחזיק אפי' בדבר שהוא בחזקת בעליו אע"ג דקרוב הוא להוציא ממון מהני מגו להעמידו ביד המוחזק בו עכשיו דהא פסקי' התם כרבה בקרקע דאמרי' מגו משום ברשות מחזיק קיימא ומגו לאוקומי ממון הוא:

ונר' דעת הרמב"ן דדוקא כשטען על גוף הקרקע לקוחה היא בידי אמרי' מגו לאוקומי ברשות המחזיק בה אבל התם כיון שמודה שהיא ממושכנת עומדת לחזרה דאף לטענתו עומד היא בחזק' בעלי' הוי מגו להוציא וראיתי לה' נתיבות משפט ד' כ' ע"ג שכ' דהר"ן ס"ל דאמרי' מגו להוציא ממ"ש בפ' שבועת הדייני' וז"ל דכי אמרי' התם דנאמן לומר במתנה יהיב ליה ה"מ כשלוה בא להוציא ממונו ממנו וכו' אבל בכאן שבא להוציא ומ"ה אינו נאמן לומ' סטראי למה יהא יותר נאמן לומר במתנה יהיבי וכו' ע"כ הרי אע"ג דקרי ליה להוציא נאמן אי איכא מגו דלהד"מ ע"ש וכן הוכיח ה' כנה"ג אות נ' ע"ש ואינו

מוכרח דא"ל דס"ל דמגו להוציא לא אמרי' והא דנאמן לומ' סטראי במגו דלהד"מ כבר כ' מהרשד"ם משום דעדיף משאר מגו דאי בעי הוה שתיק ולא היה צריך רק להראות שטרו וכן הוכיח מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ה דמגו דלהד"מ אמרי' אפי' להוציא דאית ליה מגו דאי בעי שתיק מדתנן בפ' האשה שנתארמלה ומודה ר"י באומ' לחבירו שדה זו של אביך היא ולקחתיה הימנו דנאמן אפי' הלה תובעו אלמא אע"ג דקרקע בחזקת בעלים הא' ואין זה זוכה בקרקע אלא מכח מגו נאמן כיון דעיקר החוב על פיה והסכים עמו ה' נתיבות משפט עצמו ד' קפ"ח עש"ב וכ"כ עוד ד' קנ"א דאמרי' מגו להד"מ לפטור משבועה לכ"ע מהאי טעמא דהוי כמגו דאי בעי שתיק ע"ש ואף שהוכחתי לדעת מהרימ"ט דלא מהני אפי' מגו דלא היו דברים מעולם להוציא בסי' צ"ג ס"ג עש"ב מכל מקו' אפשר דהר"ן מחלק כך ועוד נראה כיון דשטר לאו כגבוי דמי מיקרי להוציא אלא לענין מגו אף על גב דלא אמרי' להוציא ה"ד במוציא לגמרי אבל בשטר אמרינן מגו אפילו להוציא כדאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום אף על גב דבעלמא קיימא לן ארעא בחזקת בעלים היא ומגו להוציא לא אמרינן מכל מקום בדאיכא קצת חזקה שעומד בתוך הקרקע אמרינן מגו וה"נ בשטר מה"ט כמו שכ' מהרח"ש ח"א סימן מ"ט ע"ש:

והר"ן בפרק קמא דכתובות גבי האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה וכו' וז"ל הכא בשותקת מיירי או במכחישתו וכיון דהוא נמי טוען בריא נאמן וכ"ת בכה"ג נמי תהיה נאמנת מגו דאי בעי אמרה נאנסתי תחתיך או מוכת עץ אני תחתיך י"ל כיון דחזקה הוא דאין אדם טורח בסעודה כל בריא ובריא לא אמרינן ביה מגו לאפוקי ממונא א"נ דלאו מגו מעליא וכו' ע"ש נראה דסבירא ליה דמגו להוציא אמרינן מיהו כיון דאיכא חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה לא אמרינן מגו להוציא דמ"ל דבפ"ק דב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא ה"ד להחזיק וקיימא לן קולא לנתבע אבל להוציא ממון לא אמרי' מגו במקום חזקה וכן כתב הרשב"ץ שם וז"ל וא"ת וכו' א"ל מגו לאפוקי ממונא במקום בריא ובריא לא אמרי' ואף על גב דאיכא שטר כתובה אפוקי ממונא הוא ול"ד להה"א דאמרינן וכו' מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם כי א"ל סטראי נינהו מהימן אלמא כל לאוקומי שטרא לא אפוקי ממונא חשבינן דהא ליתא דהתם היינו משום דהוא שטרא שעת הכושר היה ליה אבל הכא א"א דזנתה תחתיו שטר כמאן דליתיה דמי דלא חל שיעבוד שטר כלל וכו' ורבי' נ"ר תירץ אף על גב דאית ליה מגו כיון דעכשיו הוא מכחיש ומסייע ליה חזקה דאין אדם טורח בסעודה וכו' לא אמרינן מגו במקום חזקה ואף על גב דבעיא היא בפרק קמא דב"ב אי אמרינן מגו לאפוקי ממונא במקום חזקה

בהא ליכא מ"ד עכ"ל נראה דהרשב"א ס"ל דשטר כזה דלא היה לו שעת הכושר לא אמרינן מגו להוציא ממון בבריא ובריא ואף על גב דאם טוענת נאנסתי או מוכת עץ אני תחתיך הו"ל היא בריא והוא שמא כיון דעכשיו גם כן הוא טוען בריא לא אמרינן מגו להוציא אבל רבו סבירא ליא משום דהוי מגו במקום חזקה ולא אמרינן מגו במקום חזקה אלא להחזיק ולא להוציא וזה דעת הר"ן דמגו להוציא אמרינן בשטר מיהא אפילו לא היה ליה שעת הכושר או אפילו בלא שטר אמרינן מגו להוציא אלא דהכא משום דחזקה דמסייע ליה לא אמרי' מגו להוציא במקום חזקה והרב כנה"ג בתשוב' בעי חיי חא"ה סימן י"ח נדחק דהר"ן תי' לסוברים דלא אמרינן מגו להוציא ולסוברים דאמרינן מגו להוציא תי' דהוי מגו גרוע עיין שם:

ג' מגו להוציא לא אמרינן כתב מהרשד"ם סימן מ"ג דקיימא לן הכי דמגו להוציא לא אמרי' וטעמ' דסטראי דגובה משום דאי בעי הוה שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו עיי"ש אח כן מגו דלא היו דברים מעולם אלים ואפילו להוציא אמרינן מגו דלא הד"מ וכ"כ מהר"ם הלוי בתשובות מהרימ"ט ח"א סימן ס"א והביא ראיה מדתנן בר"פ האשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכו' והכריחו התוס' ורוב המפרשי' דמיירי אפילו תובעו אלמא אף על גב דקרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה בקרקע אלא מכח המגו אמרינן מגו להוציא כיון דעיקר החיוב על פיו וכן הסכים ה' נתיבות משפט דף קפ"ח עש"ב והתוס' בפרק הכותב גבי הפוגמת כתובתה בד"ה דמיפרע וכו' כ' ולא שייך כאן מגו וכו' ונראה דסביר"ל דאף על גב דהוי מגו להוציא אמרינן מהאי טעמ' דאי בעי שתיק ולא היתה צריכה אלא להראות כתובתה כמ"ש מהרשד"ם גבי סטראי וכן כתב הרב פני יהושע שם אבל תלמידי רבינו יונה בספר א"ז שם כתב' משום דלא אמרינן מגו להוציא ממון גם מגו לפטו' מהשבו לא אמרינן ע"ש אם כן אפילו מגו לא היו דברים מעול' ואי בעי שתיק והוי כמשיב אבידה לא אמרינן וכבר כת' התוס' בבתרא דף ל"ב בד"ה והילכתא וכו' דהא דאמרי' מגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר סטראי נינהו אף על גב דמגו להוציא לא אמרינן שאני התם דאיכ' שטרא וכן כתב בעה"ת סוף שער י"ז ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשובות ח"ב סימן רנ"ד ובמיוחסות סימן ק' וז"ל לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע בהדיא בשבועת הדיינים וכו' דנאמן לומר סטראי נינהו מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם א"נ לא נתתם לי בפרעון אלא במתנה ואף על גב דמגו לאפוקי ממונא לא אמרינן וטעמא דמילתא משו' דשטרא מוחזק הוא וכו' ע"ש משמע בהדיא דאין חילוק בין מגו דלא היו דברים מעולם

למגו דטענה אחרת אלא דבשטר אמרינן מגו מטעם דהוי כמוחזק בממון ואם כן ה"נ כיון דשטר כתובה בידה אמרינן מגו דהוי כבמוחזק בממון אף על גב דפוגמת כתובתה לא איתרע שטרא דהא מן הדין נוטלת בלא שבועה אלא שהחמירו חכמים עליה לישבע ובריית דהתם דלא חשיב פוגם שטרו בא מכח השטר כיון שהוא עצמו מודה שפרע מקצת ואינו חייב כל הכתוב בשטר כמ"ש התוס' בד"ה ואלו וכו' אפשר דאה"נ לתנא דברייתא בלאו הכי לא אמרינן מגו להוציא אבל לתנא דמתני' דחשיב ליה בא מכח השטר דלא איתרע השטר אמרינן מגו אפילו להוציא אבל ה"ר יונה דסבי"ל גבי הפוגמת כתובתה דאפילו מגו דלא היו דברים מעול' לא אמרינן להוציא וכבר כתבתי בסימן נ"ח סק"ב דברי הרשב"א דמגו להוציא בבריא ובריא לא אמרינן ואף על גב דאיכא שטר כתובה בידה אפוקי ממונא ול"ד להיא דאמרינן בפרק שבועת הדיינים מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם כי אמר סטראי נינהו מהימן וכו' דהתם היינו משום דההוא שטרא שעת הכושר היה לו אבל הכא א"א דזנתה תחתיו שטרא כמאן דליתיה דלא חל שיעבוד השטר וכו' עיי"ש הרי דאין חילו' בין שטר חוב לכתובה אלא בשעה שהיה ראוי לגבות בו דבריא בחיובא דהוא כמוחזק בממון בשטר שבידו אמרי' מגו להוציא ודוקא גבי משארסתני נאנסתי כיון דספק אם זנתה תחתיו או עד שלא נתארסה נאנסה דלא חל שיעבוד הכתובה לא אמרי' מגו להוציא אלא בבריא ושמא ולא בבריא ובריא אבל בפוגמת כתובתה דשטר כתובה הוה לו שעת הכושר דברי' בחיובא אפילו בבריא ובריא אמרינן מגו להוציא כמו בשטר חוב גבי סטראי וה"ר יונה שכתב גבי פוגמת כתובתה דלא אמרינן מגו אפשר דסבירא ליה דה"נ בשטר חוב לא אמרינן אפילו מגו לא היו דברים מעולם והא דנאמן לומר סטראי נינהו במגו כבר כתב הרמב"ן בחי' לבתרא דהתם נאמן על מה שהוא תפוס סטראי נינהו ואין טענתו על מנה, שבשטר אלא על מה שפרע לו שהוא אומר סטראי ואף על גב דממילא מהני ליה לגבות המנה שבשט' ע"ש הרי דסבירא ליה דאפילו בשטר לא אמרינן מגו דלא היו דברים מעולם להוציא וגבי סטראי משום דטענתו על מה שתופס וכן כתב הרא"ש בפרק שבועת הדיינים בשם מהר"י ן' מיגש עיי"ש א"כ בפוגמת כתובתה אף על גב דשטר כתו' בידה לא אמרינ' אפילו מגו דלא היו דברים מעולם להוציא ממון:

ד' מגו הוציא דלא אמרי' ה"ד להוצי' ממון אבל להעמיד הקרקע ביד המחזיק בו עכשיו אמרינן כמ"ש התוס' והרא"ש שם בפ' ח"ה ד' ל"ב בד"ה והילכתא וכו' ומ"ש בד"ה אמאי וכו' בשם ריב"ם דכיון דמגו להוציא אע"ג שהוא מוחזק בקרקע לא אמרי' דקרקע בחזקת בעליה עומדת ע"ש ה"ד לר"י אבל אנן קי"ל כרבא דאמרי' מגו להעמיד הקרקע בידו

וכ"כ הרמב"ן בחי' שם ע"ש ודלא כהכנה"ג אות נ"ח מ"ש ע"ש ונר' דאם החזיק ג' שנים אין נאמן בעל הקרקע במגו להוציא מידו דמגו להוצי' הוי וכה"ג כ' המרדכי בפ' הניזקין גבי אין אדם מוריש שבוע' לבניו דלא אמרי' אלא להוציא אבל להחזיק דכי מוריש שבו' לבניו ודוקא במטלטלין דשייך בהו תפיסה אבל במקרקעי לא משום דמוקמי' לה בחזקת מרא קמא אא"כ מכרה לאחר והחזיק בו ג' שנים כה"ג חשבי' מוחזקת עכ"ל ועי' בתה"ד סי' ש"ל וה"נ כל שלא החזיק בה ג' שנים אע"ג דנאמן במגו להעמיד הקרקע בידו דלא קני להוציא מ"מ לא חשיב מוחזק לגבי בעל הקרקע דנאמן בעל הקרקע במגו דלא זה מיקרי מוציא ולא זה מיקרי מוחזק אבל אם החזיק בו ג' שנים אין בעל הקרקע נאמן במגו להוציא מידו וכ"כ התוס' במציעא ד' ק"י בד"ה א"ל וז"ל וא"ת א"כ לעולם יהיה בעל הקרקע נאמן הוא לומר בגזל הוא בא מגו דאי בעי אמר במשכנתא היה אצלך או לפירות הורדתיך וכו' א"נ חשיב מגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה עכ"ל ע"ש:

ה' מגו הוציא התוס' והרא"ש בבתרא דף נ"א גבי קבל מן האשה וכולי וז"ל ואם תקף הבעל מידה אין מוציאין מידו דאין נאמנת לומר של פלוני הם מדאמרינן לעיל לוה מן האשה וגירשה אין לה עליו כלום ואם תהיה נאמנת להוציא מידו דבר שהוא בחזקתו לומ' של פלו' הוא תהיה גם נאמנת לומר שלי הוא מגו דאי בעי אמרה אחרים הפקידו בידי וכו' וק' דהא מגו להוציא לא אמרינן דהא מיירי בטוען הבעל בריא דאם הוא טוען שמא והיא טוענת ברי' צריך להחזי' לה כמבו' בטור א"ה סי' פ"ו ע"ש ואם כן מגו להוציא לא אמרינן ואע"ג דבשט' אמרינן מגו להוציא כבר כתבתי דה"ד בשטר דומיא דסטראי דבריא בחיובא וספק בפירעון אבל התם דהספק בחיוב דשמא הממון שלו וגלוי זוזי הוא דבעי ואף ע"ג דלעולם בשטר אמרינן מגו להוציא ה"ד בסטראי דבריא בחיובא וספק בפירעון וכן כתב הרשב"א משום דהשטר היה לו שעת הכושר אבל לגבי משארסתני נאנסתי א"א דזנתה תחתיו שטרא כמאן דליתיה דמי דלא חל שיעבוד השטר כלל וה"נ בלוה מן האשה א"א דממון של הבעל ולגלוי זוזי הוא דבעי לא חל החיוב ולא אמרי' מגו להוציא ונ"ל דהתוס' דהכא סביר"ל דאמרינן מגו בשטר אפי' לח הי"ל שעת הכושר

ו' מגו להוציא מבוא' לעיל דהיכא דאיכא שטרא מעליא אמרי' אפילו מגו להוציא וכולי הש"ך וראיתי לרבי' יונה בעליות הביא דבריו ה' בש"מ בפ' ח"ה ד' ל"ג ע"א כ' וז"ל משמע שלא היה נאמן על תביעת חובו עד שיאכל פירות שיעור מעותיו ל"ק דודאי כל זמן שלא אכל פירות שיעור מעותיו לא היה נאמן במגו להוציא ממון דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא והאי נמי אע"פ שיש שטר בידו כיון שאין דינו ליטול מן היתומים אלא בשבוע' אם באת לומר שיטול בלא שבועה במגו דהו"ל מגו לאפוקי ממונא וכו' ע"ש

הרי דס"ל דלא אמרי' מגו להוציא אפי' בשטר מעליא בלא שבו' מגו להוציא לא אמרי' כ"כ רבי' ירוחם נתיב ג' חלק ז' שכן הסכימו רוב הפוסקים דלא אמרי' מגו להוציא ע"ש וכ"כ ראב"ן ד' ק"א ע"ג ע"ש

ז'

מגו להוציא לא אמרי' יש להסתפק מגו דבידו דאלים אי אמרי' להוציא או לא ומדתניא בפ' ז"ב תניא אמר להם א' אני ראיתי אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פ' הם בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימים כללו של דבר דבכל שבידו נאמן ופירש"י מה לו לשקר אם רוצה נוטלן ונותנן למי שהוא מעיד ע"ש וז"ל דה"ד משום דאין אדם חוטא ולא לו נאמן במגו להוציא הממון ליורשים אבל התובע אינו נאמן להוציא אפי' במגו דבידו מיהו הר"ן בפ' האומר בקידושי' גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכולי כ' אע"ג דבפ"ק דב"ב מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו לגרשה ומ"ל לשקר דבידו כעדים דמי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בחי' לשם מגו דבידו אמרי' אפי' להוציא דכעדים דמי וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג ע"ש א"כ אפשר ה"נ מגו דבידו אמרי' אפי' להוציא דכעדי' דמי ובפ' יי"ן דאמרי' הכא אע"ג דמוחזק באח וכולי כ' רשב"ם דמוחזק חזקה בעלמא בלא עדים וכו' ומהרש"ך ח"ב סימן ל' כ' משום דאם יש עדים הוי מגו במקום עדים דלא אמרי' עש"ב ולא דק דאין זה מכחיש העדים דאף שהעידו העדים שיש לו אחים אפשר שיש לו בנים דבחששה בעלמא אמרי' מגו כדאמרי' בבכורות דף ל"ו ובכתובות ד' כ"ז ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' סימן אלף קע"ט וז"ל ואם הוא מודה בקבלת מעות אלא שטוענת שלא שמעה שנותנן בתורת קידושי' וכו' נ"ל מן הדין שהיא נאמנת ועדים אלו לא העידו ששמעה היא אלא שאפשר ששמעה וכו' חששה בעלמא היא וכולי ומגו במקום עדים כזה אמרי' לפי ששמיעתה חששה בעלמא היא ובמקום חששה אמרי' דומה למ"ש בשלהי פרק האשה שנתארמלה וכולי ע"ש ואה"נ לא העידו העדים שאין לו בנים אלא שיש לו אחין ולא ידעו אם יש לו בנים או לא ובמקום חששה אמרי' מגו במקום עדים לכ"ע אבל מהריב"ל בכללי מגו כתב דטעמא דרשב"ם דאם יש עדים אינו נאמן במגו דמגו להוציא הוא וכמו דלא אמרי' מגו להוציא ממון הוא הדין הכא עיין שם אם כן סבירא ליה מגו להוציא אמרינן ואפילו להוציא דמה לי לשקר שבידו דאלים וכעדי' דמי וכמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א והר"ן דאפילו לא אמרי' מגו במקום חזקה בעלמא מגו דבידו דכעדים דמי ואפ' דסובר רשב"ם דאם יש עדים שיש לו אח הרי היא בחזקת לשוק עומדת ובמקום חזקה לא אמרי' מגו באיסור כמ"ש ה' כנה"ג

בכללי המגו אות קי"א דלא מ"ל אי אמרי מגו במקום חזקה או לא אלא בדבר שבממון אבל בדבר איסור פשיטא דלא אמרי' מגו במקום חזקה וכ"מ בשם הר"ן ע"ש ונר' דס"ל דהא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה ה"ד שלא להוציא ממון ע"י חזקה וכ"כ בס' א"ז לבתרא שכ' בשם הנ"י וז"ל דהא פשיטא דחזקה עדיפא ממגו דהא מגו להוציא לא אמרי' וע"י חזקה זו אנו מוציאין והכא מ"ל אי מהני מגו שלא להוציא ע"י חזקה וכו' ע"ש וא"כ דוקא התם בממון חזקה דנאמן הנתב' ליפטר במגו נגד חזקה דלא פרע בגו זמניה אמרי' משום דחזקת ממון מסייע ליה אבל בחזקת ודאי דלא אמרי' מגו וה' כנה"ג ח"ב אות יו"ד כ' בשם הר' מקור ברוך דבעיא היא אי באיסור אזלי' לחומרא ע"ש אך ק' דהא דלא אמרי' מגו להוציא ה"ד בברי וברי אבל בברי ושמא ברי עדיף ואמרי' מגו אף להוציא ממון וא"כ ה"נ יהא נאמן לומר יש לי בנים במגו אפי' הוי להוציא לדברי מהריב"ל אבל במקום חזקה נר' דמכח חזקה הוי כברי' וכ"נ מדברי הר"ן בקידושי' דלא תי' דלא מ"ל בפ"ק דב"ב אלא בברי וברי והתוס' ביבמות ד' קי"ו ע"ב בד"ה באותה שעה וכו' הק' אמאי לא מהימנא שהיתה יכולה לומר גירשתני וכו' וא"א דבאיסור ודאי דלא אמרי' מגו במקו' חזקה לק"מ דאשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת ולא אמרי' מגו במקום חזקה להוציא ואיך נאמנת לומר מת בעלי במגו דגרשתני וכן אמרי' התם בר"פ האשה החזיקה היא מלחמה בעולם מי אמרי' מ"ל לשקר דאי בעי אמרה שלום בעולם וכו' ע"ש: ח' מגו להוציא לא אמרי' כ' מהרשד"ם סי' ע"ג וז"ל דבטענת סטראי נינהו לאו משום מגו גובה דהא מגו לא קבלתי לא הו"ל כשאר מגו דעלמא דהא קי"ל דלא אמרי' מגו אלא לפטור אבל להוציא לא אמרי' מגו וכו' וטעמא דסטראי היינו משום דאי בעי הוה שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו ע"ש הרי אע"ג דלא אמרי' מגו להוציא מ"מ מגו דלהד"מ אמרי' אפי' להוציא וכ"כ מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א דבעה"ת שכ' דכשאין עדות על הנאמנות נאמן לומ' פרעתי במגו דלהד"ם משום מגו חשוב הוא כמו אי בעי שתיק ומהני אפי' להוציא כדתנן בר"פ האשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר וכולי וכת' כל המפרשים אפי' תובעו אלמא אע"ג דקרקע בחזקת מרא קמא ואין זה גובה בקרקע אלא מכח מגו אמרי' מגו להוציא כיון דעיקר החיוב על פיו דהוי כמו דאי בעי שתיק וכן הסכי' ה' נתיבות משפט ד' קפ"ח ע"ש באורך וכ"כ הר' בס' א"ז לכתובו' ד' ט"ז בד"ה ומשמע לי וז"ל ואשמועי' דטעמא דמגו עיקר ואפי' להוציא דהא קרקע בחזקת בעלי' הראשוני' עומדת וכיון דמודה דשל אביו היה הול"ל דלא תצא מחזקת בעליה אלא בראיה קמ"ל דמגו דאי בעי שתיק אמרי' וכו' ע"ש ובבתרא ד' קכ"ח גבי האומ' לחבירו

עבדי גנבת וכו' כ' רשב"ם בד"ה אתה נתת לי וכו' וז"ל ונאמן הוא בטענה זו ואע"ג דאמרי' בפ' ח"ה הגודרות אין להן חזקה ה"מ לאלתר אבל וכו' או בעבד שלא ראה אותו בעדים זה המערער בביתו של זה עכ"ל אלמא אפי' הוא תובעו נאמן במגו דלהד"מ אפי' העבד בחזקת מריה קמא ולא הוי מגו להוציא אבל מדברי הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' קכ"ט מבואר דלא אמרי' מגו להוציא ולא מגו ליפטר משבועה אפי' מגו דלהד"מ עש"ב וכן נר' לע"ד שהרי כ' התוס' בבתרא דל"ב בד"ה והילכתא וכו' ובהכותב דאמרי' מנו דיכול לומר להד"מ יכול לומר סטראי נינהו אע"ג דמגו להוציא לא אמרי' שאני התם דאיכא שטרא וכ"כ בעה"ת סוף שער י"ז ע"ש וכ"כ הרשב"א ח"ב סי' רנ"ד ובמיוחסות סי' ק' וז"ל לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה כאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע בההיא דשבועת הדיינים וכו' דנאמן לומר סטראי נינהו מגו דאי בעי אמר להד"מ א"נ לא נתנם לי בתורת פירעון אלא בתורת מתנה ואע"ג דקי"ל דמגו לאפוקי ממונא לא אמרי' וטעמא דמילת' משום דשטרא מוחזק הוא וכו' ע"ש משמע בהדיא דאין חי' בין מגו דלהד"מ בין מגו אחר דא"כ אימא דבשטר לא מקרי מוחזק והתם גבי סטראי נינהו אינו נאמן במגו דמתנה אלא במגו דלהד"מ דאלים כמגו דאי בעי שתיק וכן משמע מדברי מהר"י ן' מיגש בחי' לשבועות גבי סטראי וכו' שכ' וז"ל אבל היכא דמסהדי סהדי דיהבי זוזי ולא ידעי' אי בתורת פירעון או פקדון או מתנה ומאי דדמי להו אמרי' מגו דאי בעי אמר מתנה יהבינהו ניהליה ומהימן כי אמר סטראי נינהו מהימן תדע דהא בפי' אמרי' אבל פרעיה בין דיליה לדיליה מגו דאי בעי אמר להד"מ יכול לומר סטראי נינהו אלמא כל היכא דאית ליה מגו מהימני' ליה ה"נ מהימניה ליה וכו' והביאו הבעה"ת שער י"ט סימן ב' ע"ש וא"א אימא דאינו נאמן אלא במגו דלהד"מ דאלים כמגו דאי בעי שתיק אלמא אין חי' בין מגו למגו והא דנאמן בשדה זו של אביך במגו דאף ע"ג דקרקע בחזקת מרא קמא לא משום דאפילו להוציא אמרינן מגו חשוב דהא גבי שטרא זייפא פסקי' הילכתא כרבה בארע' וכתבו התוס' משום דמגו לאוקומי ממונא הוא דאית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא ע"ש וכן כ' הרשב"א בתשובות ח"ג סימן שנ"ג וז"ל בעיקר הדין אי אמרינן מגו לאפוקי ממונא או לא נחלקו בו כל גדולי המורים ונראה עיקר כדברי האומר דאפילו לאפוקי אמרי' אבל מדרך הסברא היה ראוי לומר דלאפוקי ממש לא אמרינן וכו' ודי אם נאמר כן להעמיד ואפילו בדבר שהוא עומד בחזקת הבעלים דמגו דאי בעי אמר אנא זכינא מנך אף על גב דקרוב הוא זה לאפוקי ממונא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת אבל לאפוקי ממש לא וכו' עכ"ל הרי דקרקע לא חשבי' לאפוקי ממש מחזקת בעליו ה ולכך כל מגו מהני להעמידו ביד המוחזק בה עכשיו אבל להוציא

ממון ממש לא והרשב"א בתשובו' שם סיים וז"ל ומה שבאו לסמוך עליו לומר דמגו דאורייתא לאו לאפוקי ממש ש"מ דהא מבתי נתתי לאיש הזה באו ללמוד וכולי הזה התורה והוציאה מכולהו אינשי אחריני דעלמא לאו לאפוקי ממש הוא וכו' עכ"ל משמע בהדיא דאפילו מגו דהפה שאסר וכולי לא אמרינן להוציא אלא משום לאו לאפוקי ממש עיין שם ולרב יוסף התם דאינו נאמן במגו וכתבו התוס' בשם ריב"ם משום דלא אמרינן מגו להוציא ממון כמו שהוא מוחזק בקרקע אינו כלום דקרקע בחזק' בעליה קיימא ע"ש צ"ל דשאני שדה זו של אביך דמגו דהתם אלים ממגו דלא היו דברים מעולם דהא בשטר זייפא דאיכ' מגו דלא היו דברי' מעול' לא מהימן אבל למאי דקי"ל כרבה נאמן בכל מגו משום דאוקומי ממונא הוא וכן כ' הרמב"ן בחיד' שם וז"ל ושמעתי משום דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא וכן כתב הר"י הלוי והאי נמי כיון דאית ליה חזקה דאבהתיה לא מפקינן מניה ורבא סבר אמרי' מגו אפילו לאפוקי ממונא ואיפסיקא הילכתא כרבה בארע' משום דברשות המחזיק קיימא הוה ליה מוציא מחבירו ומגו לאוקומי ממונא הוא ואף על גב דקיימא לן דקרקע בחזק' בעליה קיימת כיון דאיכא מגו ותפיס ע"ש והתוספו' ריש מציעא בד"ה וזה וכו' שכתבו וז"ל וא"ת ויהיה נאמן במגו דחציו שלו דמגו דאי בעי אמר כולה שלי וכו' ומפרש ריב"ם דמגו להוציא לא אמרינן דבחציו הב' מוחזק זה כמו זה וההיא דח"ה דגחין וכו' והימניה רבה להוציא במגו דאי בעי אמר שטר מעליא הוא התם היינו טעמא משו' דאפילו הוה שתיק אפילו לא היה מודה היה נאמן וכו' ור"י א"ל דאפילו מגו לא היה וכו' אפילו להחזיק כגון בעובדא קמייתא וכו' עכ"ל ע"ש הרי דס"ל דר"י מודה דקרקע הוי להחזיק אלא דסבירא ליה דלא הוי מגו ורבה סבירא ליה אמרינן מגו דשתיק אפילו להוציא ממון אבל אנן פסקינן הילכתא כרבה בארעא משום דהוי להחזיק וכרב יוסף בזוזי דלא אמרינן מגו וא"כ ש"מ דלא אמי' מגו להוציא אפילו במגו דאלים כגון דאי בעי שתיק ואפ' דגם רבה מודה דלא אמרינן מגו להוציא אפילו במגו דלא היו דברים מעולם ודוקא התם הוא דסביר"ל הכי וכמו שכתב הרשב"א הובא בספר א"ז לבתרא שם וז"ל דרבה נמי לא פליג בהא דלדידיה נמי לאפוקי ממונא לא אמרי' אלא דסביר"ל דארעא כיון דקאי בגווה לאוקומי הוא וזוזי נמי כיון דטעין מעיקרא הא שטרא דאלו שתיק והאי בטענתו קמייתא גבי לה השת' נמי לאו לאפוקי ממונא חשבי' ליה ולא אמרינן מגו לאפוקי ממונא אלא היכא דאיהו לא טעין כלל דהשתא הוא דאמרינן כיון דלא טעין אף ע"ג דמצי טעין כיון דלאפוקי ממונא לא אמרינן וכולי עכ"ל הרי דכ"ע לא אמרינן שום מגו להוציא ורבה לא אמרה אלא דוקא התם דכבר טענתיך המגו ואפילו הכי פסקי' כר"י דאפילו מגו דטענ' שכבר טען אותה לא אמרי' וגם בקרק' דפסקי' כרבה

נראה מדברי הרא"ש שם דאינו נאמן במגו אלא משום דכבר זכה בקרקע בטענתו א' ואף על גב דחזר ואמר שטר מזוייף הוא נאמן במגו דאי בעי קאי בטענתו א' דהוי כמגו דאי בעי שתיק וכן כתבו ה"ר יונה והרשב"א בספר א"ז שם אבל בעלמא הוי מגו להוציא ובספר א"ז למציעא בדף וי"ו בשם תלמידי רבי' יונה שכ' וז"ל שכן יראה מסברא שאם היה ראו' מוחזק בקרק' א' ואמר לשמעון אמת הוא שמכרתיו לך אבל לא נתת לי המעות עדיין נאמן מגו שהיה יכול לומר לא מכרתיו ובענין זה לא אמרינן מגו לאפוקי ממונא כיון שחזקת הנתבע היא על פה הודאת התובע וכו' ע"ש ונראה דהא דמיא לשדה זו של אביך דנאמן כיון שחזקת התובע היא ע"פ הודאת הנתבע אמרינן מגו אפילו להוציא ממון אבל מגו דלא היו דברים מעולם גרע דהא רב יוסף סבירא ליה דלא אמרינן מגו דלא היו דברים מעולם להוציא הקרקע מחזקת בעלים הא' ואנן דקיימא לן כרבה ה"ד בקרקע דלא חשוב מוציא ממש דמוקמינן לה בחזקת מרא דהשתא אבל בזוזי לא מהני מגו דלא היו דברים מעולם והא דנאמן לומר סטראי במגו דלא היו דברים מעולם ה"ד משום דאיכא שטר אבל בעלמא לא כמ"ש:

ט' מגו להוציא לא אמרי' התוס' בבתרא ד' ל"ב ע"ב בד"ה והילכתא הוכיחו דבשטר אמרינן מגו מההיא דסטראי דאם לא נתן לו בפני עדים נחמן במגו דלהד"מ והיינו משום דלא איתרע שטרא שהשטר בחזקתו וכ"כ בעה"ת והרמב"ן כמ"ש הש"ך ע"ש ועי' בס' פני משה ח"א סימן נ"ח ומה שהק' הש"ך בדיני מגו סימן ט"ו על הר"ש והגמ' שלא תי' דה"ט דאמרי' מגו גבי משארסתני נאנסתי משום דשטר כתובה בידה ע"ש נ"ל דלק"מ דה"ד בשטר דומיא דסטראי דברי בחיוב' וס' בפירעון אבל התם דהספק בחיוב' דשמא נאנסה קודם שנתארסה ולא נתחייב א"כ לא חשיב שטר מעליא וכה"ג כ' מהרימ"ט ח"א סימן קי"ט ע"ש ושו"ר להי' שבות יעקב ח"ב בדיני מגו ס"ק ב' ע"ש ומצאתי להרשב"א בתשו' סו' תקע"א שכ' וז"ל ומה שראיתי למקצת רבנים דהכא תפס דהיינו הכתובה שהוא חייב לה אנ"ל מכמה דברים חדא דלא אמרי' הכי אלא כשתופס שלא בעדים אבל דתפס בעדים דשטר כתובה כנגדו לא ועוד דאין זה תפיסה אלא באומ' פרעתיך הגע עצמך אילו היה א' חייב לחבירו מנה בשטר וא"ל יש לי בידך כנגדן מלוה ופקדון מי מהימן ואמרי' כיון דתפס תפס ומ"ש בפ' ח"ה וכו' זוזי כדקיימי קיימי התם משום דקאמר זייפא הוא ואיתרע דהא בעובדא דאבימי וכו' דמודה שקיבלם אלא שטוען סטראי נינהו ואפ"ה נאמן ולא אמרינן דזוזי היכא דקיימי קיימי לפי שהשטר דמוחזק עכ"ל ועי' בתשו' שער אפרים סי' קל"ג ד' ק"ב:

יו"ד מגו להוציא לא אמרי' דכתבתי בשם מהרשד"ם ומהר"ם הלוי והר' נתיבות משפט דמנו להד"מ אמרי' אפי' להוציא דאלים דמגו דאי בעי שתיק ע"ש ולע"ד אין נר' שהרי מדברי התוס' בכתובו' ד' י"ג בד"ה רב אסי וז"ל וא"ת והא ר"י לית ליה מגו גבי משארסתני נאנסתי וי"ל דהתם לאו מגו גמור הוא דהא אפי' אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לר"י וכו' ע"ש וא"א אימא דר"י לית ליה מגו דמוכת עץ אבל במגו דלהד"מ דאם בעיא שתקה דלא נבעלה מודה ר"י משום מגו דאלים הוא:

י"א מגו להוציא בברי ושמא אמרי' ונאמן הטוען ברי במגו אפילו להוציא כ"כ הר"ש והגמר' ריש ב"מ ע"ש וכ"נ בהדיא מדברי הר"ן בפ"ק דכתובות גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' ומשמע דאפילו בברי גרוע ושמא טוב כי התם שהבעל אינו יודע מתי נבעלה אמרי' מגו להוציא ע"ש ונר' דדוקא בטועני' עכשיו בריא ושמא אבל כל שטוענין עכשיו ברי וברי אע"ג דאם טען טענת העזה המגו ברי וזה שמא לא אמרי' מגו להוציא וכבר הוכחתי כן בסימן ס"ז דין ל"ד מדברי בעה"ת וכן מצאתי למהר"ם בתשו' הארוכו' סי' תתקס"ג וז"ל ול"ל דאדרבה יהא ראובן נאמן לומר נתתי לך רשות להשאילו במגו דאי בעי אמר לא השאלתיו ונשרף בביתו באונס דמגו להוציא לא אמרי' וכו' דל"ד להיא דמשארסתני נאנסתי בפ"ק דכתובות דמהימנא ליה במגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיך אלמא אמרי' מגו להוציא מן הבעל כתו' דשאני התם דאמרי' מגו להעמיד הגוף על חזקתו ועוד דהיא טוענת בריא והוא טוען שמא אפילו השתא לא ידע הבעל אם כדבריה או לא אבל הכא נהי מעיקר' לא ידע שמעון אם ראובן חייב לשלם אם נשרף באונס אם לאו ואם השאילו אם לאו וכולי מ"מ השתא מיהא שמודה ראובן שהשאילו לחתנו יודע שמעון וכולי ע"ש הרי דס"ל דהא דאמרי' מגו להוציא בברי ושמא ה"ד דמשארסתני נאנסתי דגם בטענ' עכשיו לא ידע הבעל אם כדבריה אם לאו אבל אם לפי טענת עכשיו הוי ברי וברי אע"ג דאם היה טוען טענת המגו הו"ל זה בריא וזה שמא לא אמרי מגו להוציא ומהרימ"ט ח"א סימן הוכיח מדברי התוס' דכתובו' גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' בד"ה לא וכו' שהק' ליהמנה במגו דמוכת עץ וכולי ואי לא אמרי' מגו להוציא א"ש הרי אע"ג דאם טענה מוכת עץ הוי ברי ושמא כיון דטענת עכשיו הוי ברי וברי לא אמרי' מגו להוציא וכבר כ' ה' שרש יוסף ענף ה' פי' דברי התוס' דלא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אלא דוקא להחזיק אבל להוציא לא אמרינן מגו במקום חזקה עש"ב ובספר א"ז לכתובו' שם כ' הרשב"א וז"ל וא"ת וכיון וכולי א"ל מגו לאפוקי ממונא במקום ברי וברי לא אמרי' ואע"ג דאיכא שטר כתובה אפוקי ממונא ול"ד וכו' סטראי נינהו וכולי ורבי' תי' אע"ג דא"ל כיון דעכשיו הוא מכחישה ומסייע ליה חזקה

דאין אדם טורח וכולי לא אמרי' מגו במקום חזקה ואע"ג דבעיא בפ"ק דב"ב אי אמרי' מגו לאפוקי ממונא במקום חזקה בהא ליכא מ"ד עכ"ל הרי שכ' רבו משום דמגו להוציא במקום חזקה לא אמרי' וכ"כ הר"ן שם וכן יש לפ' דברי התוס' וכ"כ ה' שם תי' קו' התוס' דהוי מגו במקום חזקה והוצרכו לסניף דמגו להוציא ע"ש אבל לתי' הרשב"א במקום ברי וברי ואע"ג דאם היתה טוענת מוכת עץ הוי בריא ושמא כיון דהשתא הוא מכחישה והוי ברי וברי לא אמרי' מגו להוציא כדברי מהר"ם שכתבתי:

י"ב מגו להוציא כ' רבי' שמשון בס' כריתות מצינו מגו להוציא בבריא ושמא גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובה וכ"כ בגמ' ריש ב"מ וכ' הש"ך בדיני מגו אות ט"ז וז"ל ויש לדקדק אמאי לא תי' דהתם כיון דשטר כתובה בידה אמרי' מגו להוציא וא"ל דס"ל דאפי' בשטר מעליא לא אמרי' מגו להוציא דהא מוכח בהכותב גבי סטראי דבשטרא מעליא אמרי' מגו להוציא וכו' ע"ש ואפ' דס"ל דגם דבשטר לא אמרי' מגו וטעמא דסטראי משום דאי בעי שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו כמ"ש מהרשד"ם סי' ע"ג ע"ש ועוד נעלם ממנו מ"ש הרמב"ן בחי' לבתרא שם דמגו להוציא לא אמרינן וההיא דסטראי נאמן לומר על מה שהוא תפוס סטראי נינהו ואין טענתו על מנה שבשטר אלא על מה שפרע שהוא אומר סטראי נינהו ואע"ג דממילא מהני ליה מגו לגבות בו מנה שבשטר עכ"ל הרי דס"ל דאפי' בשטר לא אמרי' מגו להוציא והתם נאמן לומר על מה שתפוס וכ"כ הרא"ש בפ' שבועת הדייני' בשם מהר"י ן' מיגש וז"ל ויכול לומר סטראי נינהו מגו דאי בעי אמר במתנה כדאמרינן בפ' שבועת העדות וכו' וכ"ת ל"ד דהתם נאמן במגו להחזיק מה שבידו אבל הכא מגו להוציא הוא כי דייקת שפיר לאו להוציא הוא דאנן סהדי לאו מגופה דשטרא קא מסהדי בפריעה הוא וכו' ע"ש ועי' במהרימ"ט ח"א סי' ק"ח אבל ראיתי להגמ"י פט"ו מה' טוען שכ' וז"ל והא דמשמע בפ' הכותב ובפ' ש"ה דאמרי' מגו להוציא וכולי סטראי נינהו י"ל דשאני התם דאיכא שטר והא דאמרינן בכתובו' דטענת לומר משארסתני נאנסתי במגו וכו' ע"ש הרי שכ' דטעמא דנאמן לומר סטראי במגו משום דאיכא שטר ולא תי' כן בההיא דכתובה והש"ך תי' דבשט"ח והא אמרי' מגו להוציא כיון שהממון שלו בידו משא"כ האשה שלא לותה לבעל כלום וכו' ע"ש וכה"ג חי' ה' בסי' זה ס"ק י"ט גבי חשוד בין כתובה לשטר דבחוב שיעבוד' דאוריי' ואפי' למ"ד שיעבוד נכסים דרבנן ודאי חייב לשלם מה שהלוהו בשטר בלא שבו' אלא שחכמים תיקנו שישבע ובחשוד אוקמוה אדאוריית' אבל כתובת אשה תקנה דרבנן היא וכו' ע"ש וכה"ג כ' התוס' בבתרא ד' קנ"ח בד"ה ובהא וכו' משום דירושת הבעל דרבנן מוקמי' נכסי בחזקת יורשי האשה ע"ש וה"נ א"ל דבשט"ח אמרי' מגו להוציא דחשיב

כמוחזק אבל כתובת אשה דרבנן הממון בחזקת הבעל ולא אמרי' מגו להוציא מיהו נ"ל עיקר דה"ד בשטר שחייב לו ודאי כמו גבי סטראי גבי פוגמת כתובתה דברי בחיובא והס' הוי בפירעון אבל התם דספק בחיובא דשמא נאנסה קודם שנתארס' ולא נתחייב א"כ לא חשיב שטר מעליא וכה"ג כ' בפ' ארוסה בד"ה בהא וכו' וז"ל ופלוגתא דמתני' התם הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים לא שייכא להכא דהתם אפי' ב"ש מודה דשמא אותו שטר מעולם לא עמד לגבות שהרי הבעל טוען היה מקחו מקח טעות ע"כ הרי דלא אמרי ב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אלא בשטר שעומד לגבות שעה א' אבל התם שהבעל טוען שהוא מקח טעות ואותו שטר מעולם לא עמד לגבות לאו כגבוי דמי ועי' בבית שמואל א"ה סי' ס"ח ס"ק כ"ב ובתשו' נודע ביהודה סי' ט"ל:

י"ג מגו להוציא דלא אמרי' ה"ד בברי וברי אבל ברי ושמא אמרי' ונאמן הטוען ברי במגו אפילו להוציא כ"כ ר"ש והגמ"ר ריש ב"מ ע"ש וכ"נ בהדיא מדברי הר"ן בפ"ק דכתובות גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' ומשמ' דאפי' בברי גרוע ושמא טוב כדהתם שהבעל אינו יודע מתי נבעלה אמרי' מגו להוציא וכ' בתשו' בשמים ראש סי' ן' דאשכחן נמי דכותה לשמואל דאין הולכין אחר הרו' להוציא ממון נגד ברי או יתומים כיון דחוב דידהו מכח אבוהון קאתי כברי דמי ע"ש והיינו דבר"פ המוכר פירות מותבי' לרב מדתנן האשה שנתארמלה או נתגרשה והיא אומרת בתולה נשאתני והוא אומ' לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאת בהינומא וראשה פרוע כתו' מאתים טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים לא ואמאי הולך אחר רוב נשים בתולות נישאות וכו' אבל לשמואל ניחא דאף נתארמלה דהיורשים טוענים שמא כיון דמכח אביהם קאתו כברי דמי ואין הולכין אחר הרוב להוציא ממון בברי וברי אבל ברי ושמא לכ"ע נאמן הטוען ברי נגד השמא אפי' להוציא ממון כיון שהרוב מסייעו והכ"נ לא אמרי' מגו להוציא מן היורשי' דטענ' כברי חשבי' לה וכן בר"פ האשה שנתארמלה אמרי' דלא אר"ג נאמנת משארסתני נאנסתי וכו' אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא וכ' הרא"ש ואלמנה נמי חשיבה טענת היורשי' ברי כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וכ"ה בירושל' שם כמ"ש בס' א"ז שם בשם שטה והריטב"א ע"ש ובתשו' בשמים ראש סי' רנ"ב הוכיח עוד דמה שטוענ' ליורשי' חשבי' טענת ברי אלא שכת' דה"ד טענה שאביהם היה נאמן בה אף אם היה חבירו טוענו ברי אבל טענ' שלא אביה' נאמן בה אם חבירו מכחישו בברי כגון טענת נאנסו דאין נאמן בה אלא משום דחבירו אינו מכחישו בברי וברי ושמא ברי עדיף אין טוענ' אותה ליורשים דאע"ג דטענת היורשי' מיקרי טענת ברי מ"מ לא חשיב ברי גמור ודוקא מי שטוען ברי גמור הימנתו תורה עש"ב ונר' דה"נ אין טוענין ליורשים טענה

שאין אביהם נאמן בה אלא במגו להוציא כיון שאביהם אינו נאמן במגו להוציא אלא אם חבירו אינו מכחישו בברי והטור סי' ע"ה כ' וז"ל אע"ג דגבי נתבע יש חי' בינו ליורש וכו' לענין תובע אין חי' דכמו שאין נשבעין על טענת ס' של תובע כך אין נשבעין על טענ' ספק של יורשיו שאם טוען סובר אני שיש לאבא מנה בידך ל"ש תבע ללוה עצמו ול"ש תבע ליורשיו אין לו עליו שבועה כלל וכו' ע"ש וא"כ כשם שבשמא ושמא לא אמרי' מגו להוציא כך לא אמרינן מגו ליורשים להוציא דאין חילוק בינו ליורשיו: י"ד מגו להוציא כ' רש"י והגמ"ר ריש ב"מ מצינו מגו להוציא בברי ושמא גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה ע"ש וכ' הש"ך אות ט"ז י"ל אמאי לא תי' דהתם כיון דשטר כתובה בידה אמרינן מגו להוציא וא"ל דס"ל דאפי' בשטר מעליא לא אמרי' מגו להוציא דהא מוכח בהכותב גבי סטראי דבשטר אמרי' מגו להוציא וכו' ע"ש וכבר תמהתי עליו מדברי הרמב"ן בפ' חז"ה ומדברי הרא"ש בפר' ש"ה בשם מהר"י ן' מיגש ע"ש ועי' במהרימ"ט ח"א סי' ק"ח וכ' ה' נתיבות משפט ד' רצ"ד נר' בהדיא דבלא"ה מיקרי להוציא אפי' יש שטר בידו ואלו בפ' הכותב גבי פוחתת כתובתה דאמרי' האי שטרא חספא בעלמא הוא כ' וז"ל ובמגו לא מהימנא כיון דלפי דבריה השטר אינו כלום לא אמרי' מגו לאפוקי ממונא וכו' נר' מדבריו דוקא משום דלפי דבריה השטר מזייף מיקרי להוציא הא לא"ה כיון שהשטר בידו מיקרי להחזיק ע"ש ונר' דס"ל דאע"ג דלא אמרי' מגו להוציא אפי' בשטר מ"מ מגו דלהד"מ והפה שאסר וכו' אלים ואמרי' אפילו להוציא כמו שהוכיח מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ה והסכים עמו ה' נתיבות משפט עצמו ד' קפ"ח עש"ב וא"כ גבי פוחתת כתובתה הו"ל להימנה מגו דאי בעיא שתקה ולהראות שטר כתובתה והפה שאסר וכו' אמרי' אפי' להוציא אלא משום דלפי דבריה השטר אינו כלום וכ"כ מהרשד"ם סי' ע"ג גבי טענת סטראי דנאמן אע"ג דמגו להוציא לא אמרי' משמע דאי בעי שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו ע"ש מיהו כבר הוכחתי לעיל דאין חי' מדכתב מהר"י ן' מיגש תדע דנאמן לומר סטראי במגו דמתנה דהא אם פרעו בינו לבינו אמרינן דנאמן במגו דלהד"מ אלמא כל היכא דא"ל מגו מהימני' ליה ה"נ וכו' והביאו הבעה"ת שער י"ט סי' ב' ע"ש וא"א אימא דאינו נאמן אלא במגו דלהד"מ דאי בעי שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו לכן נר' דס"ל דבשטר אמרי' מגו להוציא אלא דס"ד דאינו נאמן לומר מתנה אלא להחזיק ולא להוציא וא"כ (עכ"מ)

ט"ו מגו להוציא לא אמרי' נר' אע"ג דמגו להוציא ברי ושמא אמרינן להוציא מן היורשים לא אמרי' מגו דמה שאנו טוענין ליורשי' כברי חשבי' להו דהא קי"ל מלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים משום דטענין להו שמא פרע אביהם אע"ג דברי בחיובא וס' בפירעון

חייב כדתנן הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך חייב ע"ש וכן בר"פ האשה שנתארמלה אמרי' דלא אמר ר"ג נאמנת לומר משארסתני נאנסתי וכו' אלא בברי ושמא אבל ברי וברי לא כ' הרא"ש ואלמנה נמי חשבי' טענת היורשים ברי כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען וכו' ע"ש הרי דלענין מגו להוציא טענת היורשים מיקרי ברי וברי דהא קתני מתני' נתארמלה וכו' ומוקמי' לה כר"ג דמודה בברי וברי וכן בירושלמי שם בעי תינח נתגרשה נתארמלה מי יעורר היורשי' וכו' ופי' שטה ישנה בס' א"ז ניחא נתגרשה שלא יכול לטעון נשאתיך בבריא אבל נתארמלה מי יאמר בברי דאלמנה נשאתה ומשני היורשי' וכו' כלומר אנו טוענין בשבילם וכו' כיון דטעני' ליתמי כל דמצי אבו' למיטען כברי חשבי' ליה וכ"כ הריטב"א ע"ש ונר' דה"ה שלא בפניו אין המלוה נאמן ובס' א"ז בפ' שני דייני גזירות גבי אמרה גרשני בעלי וכו' כ' תר"י וז"ל יש להק' לשמואל דאוקמא בששמעו שמת למה אינה נוטלת כל הכתובה ביחד וכו' ורבי' שמשון תי' דמיירי במכחשת את העד וכו' א"נ בשמעה שמת בעל' ומכחשת השמועה ואומ' גרשני לא נאמין אותה לענין שתגבה כתובתה במגו שהיתה יכולה לומר מת בעלי משום דהו"ל מגו לאפוקי ממונא ומגו לאפוקי ממונא לא אמרי' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' בשמעה שמת והיא מכחשת ואומרת גרשתני לא אמרי' מגו:

והרמב"ם בפ"ד מה' נחלות כ' מי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה בן ואמר בני הוא אם ת"ח הוא או אדם כשר ירשנו וכו' ובס' א"ז לבתרא בפ' ח"ה גבי רבא בר שרשום כ' ה"ר יונה וז"ל דודאי כל זמן שלא אכל פירות כשיעור מעותיו לא היה נאמן במגו להוציא ממון דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא והא נמי כיון שאין דינו ליטול מן היתומי' אלא בשבו' אם באת לומר שיטול בלא שבועה במגו הו"ל מגו לאפוקי ממונא ונ"ל שאין ללמוד מכאן דלא אמרי' מגו לאפוקי ממונא וכו' והטור בסי' ק"ן כ' בשם הר' יונה משום דלא מצינו מגו אלא במי שבא לגבות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמו בטענה אחרת וכו' והיינו משום דהוי מגו מממון לממון כמ"ש הב"ח שם והוא טעם אחר שכ' הר' יונה שם ודלא כהסמ"ע שם ס"ק ט' ע"ש ונראה משום דהטור ס"ל דאמרי' מגו להוציא בשטר אע"ג דבלא המגו השטר בטל ולא היה גובה כלל וכ"ש בשטר זה שיכול לגבות בו אלא שהיה צריך לישב' וכו' מגו לפטור משבוע' אמרי' כדעת אביו הרא"ש שכ' בסי' צ"ג ע"ש אבל לכ"ע לא אמרינן מגו להוציא אפי' מיורשי' וכ' המ"מ הטעם משום דירושה אפי' עבד גמור בידו לתת לו כל נכסיו במתנה וכיון שהוא בחזק' כשרות אמרי' העמיד כשרות של זה כנגד חזקת שפחות של זה ונשאר דין מגו אבל בשאר בני אדם

ליכא אלא מגו נגד חזקת שפחות ואין אומרי' מגו כנגד חזקה כי הך ואין מוציאין ממון מיד היורשי' הודאים וכו' ע"ש:

ט"ז מגו להוציא לא אמרי' וראיתי להב"ח שהק' מדקי"ל כר"ג בפ"ק דכתובו' דאומ' משארסתני נאנסתי נאמנת במגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני אלמא אמרי' מגו להוציא וכו' ותי' דהתם כיון שהיא טוע' בריא והוא טוען שמא אמרי' מגו אפי' להוציא ע"ש וכבר הביא הש"ך או' ט"ז דברי ר' שמשון בס' כריתות והגמ"ר ריש מציעא ע"ש וכבר כתבתי באות י"א שכ"נ מדברי הר"ן בפ"ק דכתובו' גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' ומדברי מהר"ם בתשו' הארוכו' סי' תתקס"ג ע"ש וה' שער המלך פ"ח מה' טוע' הק' ממ"ש התוס' בבתרא ד' נ"ב בד"ה דברים וכולי וז"ל וא"ת דתנן בהגוזל בתרא המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול והשתא אפילו לא יצא שם גניבה בעיר יהא נאמן במגו דאי בעי אמר השאלתיו לך הספרים עשוים להשאיל וכו' ומורי הר' דוד תי' דלא מהימן במגו דאי בעי אמר דהוי מגו להוציא וכו' ע"ש הרי בהדיא דס"ל דלא אמרי' מגו להוציא אפילו בבריא ושמא ע"ש ולכאו' נר' דלא אמרי' מגו להוציא בבריא ושמא אלא בההיא דמשארסתני נאנסתי דלעולם טענ' הבעל שמא אפי' טענה היא מוכת עץ אבל התם אם טען השאלתיו לך הו"ל חבירו טוען בריא וכיון דאינו נאמן לומר גנובים אלא במגו דשאולים טענת מגו הוי בריא ובריא לא אמרי' מגו להוציא וכה"ג כ' ה' כנה"ג בדיני מגו אות קי"ז אע"ג דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתבע ה"ד כשטענת המגו אינה סותרת החזקה אבל אם טענת המגו סותרת החזקה לא אמרי' מגו במקום חזקה עיין שם:

ונראה דלהוציא מהיורשים לא אמרי' מגו כמ"ש הרא"ש בר"פ האשה שנתחר' וז"ל ומתני' אתיא כר"ג משו' דהוי ברי וברי ואלמנה נמי חשיבה טענ' היורשים ברי כיון דטענ' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למטען עיין שם ואע"ג דכת' התוס' בבתרא ד' ל"ג בד"ה מנו וכו' וז"ל תימא מאי דעתיה דרבא בר שרשום דאפי' טעין לקוחה היא בידי שבועת היסת לעולם צריך וכו' וי"ל דאין נשבעין שבועת היסת אלא היכא דטוען ברי אבל הכא לאו טענת ברי היא שאין ודאי ליתומים וכו' ע"ש אלמא טענת היורשים מיקרי טענת שמא לענין שבוע' מ"מ לענין דלא אמרי' מגו להוציא מקרי טענת ברי' והרא"ש שם כתב כל מה שאביהם יכול לטעון ולהשביע טענ' ליתמי ומשביעי' אפי' בשמא והביאו הטור סימן ק"ן ע"ש אבל התוס' ס"ל דאין משביעין בטענת היורשים משא"כ לענין מגו להוציא מיקרי טענ' ברי משום טוענים ליורשים להחזיק בשלהם ולא להוציא מאחרים כמ"ש מהר"ם בתשו' מיימו' השייכים להלכות אישות סי' ה' וכ"כ מהר"י ן'

מיגש בתשו' סי' קכ"א דלהוציא אין חי' בין יתומים לאחר ע"ש וה"ה דאין לחייב שבוע' לכשנגדו דמקרי טענת ספק כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב ע"ש וכ"כ הטור בסי' ע"א וז"ל ואע"ג דגבי נתבע יש חי' בינו ליורשים וכולי לענין תובע אין חי' וכמו שאין נשבעי' על טענת ספק של תובע כך אין נשבעי' על טענת ספק של יורשיו וכו' ע"ש וא"כ לענין מגו להוציא טענת היורשים מקרי ברי לכ"ע דהא קתני מתני' נתארמ' וכו' ומוקמי' לה כר"ג דמודה בבריא וברי כמ"ש הרא"ש וכ"כ בס' א"ז בשם שטה ישנה וז"ל בירושלמי בעי תינח נתגרשה נתארמלה מי יעורר היורשי' והלך אחר הרוב דרוב הנשים בתולות נישאות זאת אומרת אין הולכין בממון אחר הרוב וה"פ ניחא נתגרשה שהוא יכול לטעון אלמנה נשאתיך בבריא אבל נתארמלה מי יאמר בבריא אלמנה נשאת ומשני היורשי' וכו' כלומר אנן נטעון בשבילם וכו' והא דמוקמי' מתני' כר"ג ומודה ר"ג בברי ובריא וכולי כיון דטעני' ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למיטען כברי חשבי' לה וכ"כ הריטב"א ע"ש: י"ז מגו במקום חזקה כ' ה' כנה"ג אות קי"ז אע"ג דמגו במקום חזקה בעיא דלא איפשיטא ה"מ כשהטענה שטוען סותרת החזקה אבל טענת המגו אינה סותרת החזקה אבל אם טענת המגו סותרת החזקה לא אמרי' מגו במקום החזקה כן י"ל מהא דאמרי' בגיטין מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' וכ"כ ה' יבין שמועה כלל תקנ"ט ע"ש אבל בס' גופי הלכות סי' שפ"א כ' קצת סתירה לזה מדברי הכרתות וכ' תי' אחר דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו גרועה היא דהא רבא ס"ל דפורע בתו"ז אבל חזקה דאין אדם מעיז אלימא וכה"ג כ' התוס' בכתובו' ד"ט בד"ה לא וכו' ע"ש וכן מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' ש"ע וז"ל ועוד וכי כל החזקות האחרות ע"כ יש חזקה אלימתא דאין מגו עומד כנגדה כמגו דמודה במקצת ואחריני יש בתלמוד כיוצא בו ע"ש הרי שכ' דלא אמרי' מגו במודה במקצת משום דחזקה אלימתא היא ולא משום דטענת המגו סותרת החזקה אבל מדברי התוס' בר"פ האשה שלום בד"ה או"ד וכו' משמע קצת דחזקה זו לא גריעה משאר החזקות ואדרבה כ' שאין הוה כלל שהיה פורע בתו"ז ע"ש ובעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג כ' וז"ל וש"מ דאפי' במקום חזקה אמרי' מגו וטעמא דמודה במקצת הטענה דלא אמרי' מגו לאו משום חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח אלא משום אישתמוטי וכו' ע"ש הרי דס"ל דאפי' טענת המגו סותרת החזקה אמרי' מגו ומודה במקצת דלא אמרי' מגו לאו משום חזקה דאין אדם מעיז וכו' וכבר כת' בסי' צ"ג לדעת מהר"י ן' מיגש דהא דאמרי' חזקה וכו' ה"ד לענין דלא חשיב משיב אבידה לפוטרו משבועה ומגו לפטור משבו' לא אמרי' עש"ב:

י"ח מגו במקום חזקה בפ"ק דבתרא מ"ל תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז מי אמרי' מגו במקום חזקה או לא והרמב"ם השמיטה ואפ' דס"ל דנפשטה מדאמרי' בפ' האשה שנתארמל' אין נאמני' לפוסלו דברי ר"מ וחכ"א נאמנים בשלמא לרבנן הפה שאסר וכו' אלא לר"מ בשלמא קטנים כדר"ל דאמר אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול וכו' הרי דרבנן ס"ל דאמרי' מגו אפי' במקום חזקה דודאי רבנן מודים בחזקה דר"ל אין העדים חותמין על השטר וכו' ולא נחלקו על ר"מ אלא משום שיש מגו וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רל"ז ע"ש וכבר הק' התוס' שם דתפשוט מהכא וכו' וה' גופי הלכות סו' רע"ב תי' דפעמים יכול לפשוט הבעיא מאמורא ולא בעי למיפשט אלא ממשנה או מהברייתא ע"ש ונר' משום דלמסקנא טעמא דר"מ משום דמודה בשטר שכ' דא"ץ לקיימו א"כ קטנים נמי מה"ט הוא ורבנן ס"ל דמודה בשטר שכ' צריך לקיימו וא"כ לא שמעי' חזקה זו דאין העדים וכו' אלא מדר"ל דלדידיה ע"כ דרבנן ס"ל דאמרי' מגו במקום חזקה אלא דלא בעי למיפשט אלא ממשנה או מברייתא והרמב"ם בפ"ג מה' עדות פסק כרבנן דנאמני' לומר קטנים במגו דמזוייף אע"ג דחזקה שאין חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול כמ"ש בפרק כ"ד מהלכות מלוה ולוה וה"נ מלוה גופיה דייק ואינו מחתים עדים קטנים אם כן שמעינן דאמרינן מגו במקום חזקה ובר"פ האומר גבי אמר יש לי בנים וכולי דמוקי אביי בריית' במוחזק באחי ולא מוחזק בבני דאמרי' מ"ל לשקר וכולי רבי ס' מ"ל לשקר כעדים דמי ועדים עקרי חזקה ור"נ ס' מ"ל לשקר כחזקה דמי וכולי וכתב הר"ן שם משמע דקי"ל כר' דמ"ל לשקר כעדים דמי ואע"ג דפ"ק דב"ב מ"ל אי אמרי' מגו במקו' חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת וכו' אבל הכא מגו דבידו לגרשה ומ"ל דבידו כעדים דמי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בחי' שם אבל הרמב"ם בפ"ג מה' יבום כתב היה מוחזק שיש לו אחים ואמר בשעת מיתה אין לו אחים אינו נאמן ע"ש במ"מ וכן קי"ל בא"ה סי' קנ"ז עיון שם א"כ אפי' מגו דבידו לא אמרי' במקום חזקה וה' כנה"ג אות קי"א על קו' התוס' מדתנן יבמה שאמרה לא נבעלתי לאחר ל' יום אינה נאמנת אע"ג דאית לה מגו דאי בעיא אמרה אינו יכול וכו' כ' אפשר דלא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אלא בדבר שבממון אבל בדבר איסור פשיטא דלא אמרי' מגו במקום חזקה ושוב מצאתי כן בשם הר"ן ע"ש וא"כ ה"נ במוחזק שיש לו אחים ואמר בשעת מיתה אין לי אחים אע"ג דביש לו מגו דבידו לגרשה אינו נאמן מה"ט דודאי לא אמרי' מגו אפי' דבידו בדבר איסור וכן מצאתי בבעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג וז"ל תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז מהו מי אמרי' מ"ל לשקר ומסתמא כר"נ דאמרי' מ"ל לשקר כחזקה דמי קא מיבעיא ליה דאי כר' דאמר כעדים דמי פשיטא דאתו עדים ועקרי

לחזקה ומשום דר"ן דיינא ונחית לעומקא דדינא והילכת' כוותיה קמ"ל מי אמרי' מ"ל לשקר דאוקי ממונא בחזקת מריה או"ד במקום חזקה לא אמרי' מ"ל לשקר דלא אתי חזקה ועקרה חזקה וא"ל דאפי' לר' מ"ל מה לי לשקר דהתם בידו לפוטרה ועדיף מהא דהכא וכו' עכ"ל הרי בהדי' דבדבר איסו' לא אמרי' מ"ל לשק' במקו' חזק' ודוק' בממון מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה משום דאוקי ממונא בחזקת מריה וגם ר' דסבר דכעדים דמי באיסור ה"ד מגו דבידו דאלים וכבר הוכיחו הרמב"ן והרא"ש שם דבמוחזק שיש לו אחים אין נאמן לומ' אין לו אחים להתיר לשוק דמגו להכחיש החזקה לא אמרי' ולא קי"ל כשינויא דאביי ע"ש ואפשר דהרמב"ם השמיט בעיא זו דס"ל דאין חי' בין איסור לממון וכיון דקי"ל דאינו נאמן לעקור החזקה אפי' במגו דבידו ק"ו למגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא אמרי' מגו במקום חזקה והש"ס דלא בעי למיפשט אלא ממשנה או מבריית' ולכך כ' סתם דבת"ז גובה בלא שבועה דמשמע אפי' יש ללוה מגו אינו נאמן מהו המ"מ בפ"ג מה' יבום דין ד' וז"ל דיש לחלק דשאני אחים דלא תליא מילתא דאפשר דיש לו אחים והוא לא ידע ולא ראינו אינה ראיה ננד חזקה אבל באומר יש לי בנים אפשר דנאמן ע"ש וא"כ אע"ג דקי"ל במוחזק שיש לו אחים ואמר אין לו אחים אינו נאמן דלא ראינו אינה ראיה נגד חזקה אבל בממון דתליא מילתא אפשר דנאמן במגו נגד חזקה והרמב"ם בפ"ד מה' נחלות כ' מי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה ואמר בני הוא אם ת"ח או אדם כשר הוא יירשנו וכולי וכתב המ"מ הטעם משום דירושה אפי' עבד גמור בידו לתת לו נכסיו במתנה וכיון שהוא בחזקת כשרות אמרי' העמד חזקת כשרות של זה כנגד חזקת שפחות של שלזה ונשאר דין מגו אבל בשאר בני אדם ליכא אלא מגו נגד חזקת שפחות ואין אומרי' כי הך חזקה ואין מוציאין ממון מיד היורשי' הודאים וכו' ע"ש הרי אפי' מגו דבידו לא מהני חזקה והא דמ"ל אי אמרי מגו במקום חזקה היינו משום דאוקי ממונא בחזקת מריה כמ"ש בעל העיטור וכ"כ בס' א"ז לבתרא על קו' התוס' בשם גי' וז"ל קצת נר' דלק"מ דהא פשיטא דחזקה עדיפא ממנו דמגו להוציא לא אמרי' וע"י חזקה זו אנו מוציאין ממון והכא מיבעיא לן אי מהני מגו שלא להוציא על ידי חזקה ע"ש ואם כן התם להוציא ממון מחזקת היורשים לא מהני אפילו מגו דבידו ואף על גב דבמוחזק דאין לו בנים ואמר יש לי בנים נאמן במגו נגד חזקה שאני חזק' איסור מחזקת ממון וכבר כתב בתשו' בשמים ראש סי' ן' שהרמב"ן הביא ראיה דאמרינן מגו להוציא מדאמרינן ביבמות בפרק האשה החזיק' היא מלחמה בעיר מהו מי אמרינן מ"ל לשקר דא"ב אמרה שלום בעולם וכו' ואני נפלאתי מה ענין חזקת איסור לחזקת ממון להוציא מיד אחר דזה כלל גדול בתורה בדין המע"ה וכאן היא בחזק' עצמה ואנו מתירים אותה וכו' ע"ש הרי

דס"ל דאמרינן מגו להוציא מחזקת איסור להתיר אשה שהיא בחזקת עצמ' מה שאין כן להוציא ממון מיד אחר וה"נ נאמן לומר יש לי בנים במגו נגד חזקה להתיר האשה ולא להוציא ממון מחזקת היורשים וברי"פ האשה מ"ל החזיקה היא מלחמה בעולם מהו מי אמרינן מ"ל לשקר וכו' וכתבו התוספות וז"ל אומר ר"י דל"ד להא דמ"ל בפ"ק דב"ב פרעתי' בתוך זמן מי מהימן במגו וכו' עיי"ש משמע דסבי"ל דאין חי' בין איסור לממון ומדבריו שם שכ' וכן הא דקאמר בפ' האומר וכו' מבואר דסבי"ל דאי לא אמרינן מגו במקום חזקה אפי' מגו דבידו לא אמרי' ע"ש והתוס' שם דף קי"ו בד"ה באותה שעה וכו' כ' וז"ל וא"ת דאמאי לא מהימנא לה במגו שהיתה יכולה לומר גרשתני למ"ד אפילו שלא בפניו וכו' ע"ש וקצת קשה כיון דחזקת איסור א"א עומדת הא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה ובאיסור לחומרא ועיין בתשו' בשמים ראש סימן ן' שכתב דהרמב"ן הביא ראיה דאמרינן מגו להוציא מדאמרינן בפ' האשה החזיקה היא מלחמה בעיר מהו וכו' ואני נפלאתי עליו דמה ענין חזקת איסור לחזקת ממון להוציא מיד אחר דזה כלל גדול בדין דהממע"ה וכאן היא בחזקת עצמה וכו' עיי"ש הרי דסביר"ל דאמרינן מגו להוציא מחזקת איסור א"א משום דאשה בחזקת עצמה ואפשר שזה דעת התוס' ומה שהק' הרב ח"ה כיון דאינה מעיזה לומר גרשתני אפילו שלא בפני הוי מגו דהעזה ולא אמרינן עיי"ש לא קשיא מדי דהא לא אמרינן מגו דהעזה ה"ד לפוטרו משבועה אבל לגבי ממון אמרינן מגו דהעזה כמבואר בדברי הרמב"ן והר"ן והריב"ש סימן שצ"ב ע"ש וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רע"ג דכל שבא להחזיק בדבר ידוע לחבירו אם אתה חושדו שלא כדין בא להחזיק בו כל שמעיז פניו בכך מעיז ומעיז בכל טענה וכו' עש"ב ואם כן נאמנת לומר מת בעלי במגו דגרשתני דאמרינן מגו דהעזה לאוקי ברשות עצמה אבל הרמב"ן סבירא ליה כיון דאשה בחזקת איסו' ובחזקת בעלה עומדת ועל ידי מגו אתה בא להוציא מחזקת בעלה ש"מ דאמרינן מגו להוציא וכן כתב הר"ן בפ' האומר דקידושין בשם הרמב"ן דכל תנאי שבין אשה לאיש כגון ע"מ שתתן לי ר' זוז או ע"מ שאין לך ר' זוז כלל גדול אמרו הממע"ה לכך בקידושין היא נאמנ' ומותר' לשוק ובגירושין הוא נאמן ואסורה וכו' עש"ב והכא נמי להוציא מחזקת בעלה לא אמרינן מגו אלא ש"מ דאמרי' מגו להוציא מיהו כבר כתבו הפוסקים דדוקא בברי וברי לא אמרינן מגו להוציא אבל בבריא ושמא אמרינן מגו כדאמרי' בכתובות וא"כ דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו דמוכת עץ משום דהיא טוענת בריא והבעל טוען שמא ע"ש ה"נ נאמנת לומר מת בעלי במגו כיון שהיא טוענת ברי ואין מי שיכחישה:

י"ט מגו במקום חזקה בפ"ק דב"ב מ"ל תבעו לאחר זמן וא"ל פרעתיך בתוך זמן מי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקיימא לן קולא לנתבע ואם תפס המלוה אין מוציאין מידי כמבואר בסימן ע"ח ע"ש וכת' הרב שרש יוסף ענף ג' דלא מ"ל אלא כי איכא עדים על הלואה וליכא אלא מגו דאי בעי אמ' פרעתיך אחר זמן אבל כי ליכא עדים על הלואה מגו דאי בעי שתיק אלים כמ"ש התוס' בקמא ד' ע"ב בד"ה אין וכו' דהא לאו מגו הוא שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר וכו' ובזה ניחא מ"ש התוס' בפ' האשה שנתארמלה דאמרי' אליבא דר"מ דאין נאמנים לומר קטנים היינו משום דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול משמ' דלא אמרי' מגו במקום חזקה ולרבנן אמרי' וצ"ע דבעיא היא וכו' רבנן ס"ל דשאני הכא דהפה שאסר וגם ניחא מ"ש מור"ם בסי' פ"ב בשטר שאינו מקויים דאם אמר קטן הייתי נאמן במגו דמזוייף למה דאיכא חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול משום דהפה שאסר וכו' אלים ואמרי' מגו במקום חזקה עש"ב וכן תי' ה' פני יהושע בחי' לכתובו' שם ובקונ' אחרון כ' ראיה לזה מדכ' הפוסקים בפשיטות דנהי דחזקה אין אדם פורע בתו"ז אפ"ה אם אין עדים על קביעות הזמן נאמן לומר פרעתי תו"ז במגו ומשמע דהיינו משום דהפה שאסר וכו' ע"ש וכן נר' קצת בבעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ד ע"ג שכ' דנאמן במגו דלהד"מ ואח"ך כ' בתבעו לאח"ז הבעיא וכו' ע"ש וברי"פ האשה שלום מ"ל החזיקה היא מלחמה בעיר מי אמרי' מ"ל לשקר וכו' וכ' הריטב"א בחי' וז"ל וק' לרבוותא תפשוט ליה דלא אמרי' בכי האי כמקום חזקה מסיפא דמתני' דמלחמה בעולם ואמרה מת בעלי אינה נאמנת דילמא אמרה בדדמי ואע"ג דאיכא מגו דאי בעיא אמרה מת על מטתו וקברתיו ומתרצי' דלא דמי דהתם הנאמנות היא כדמפ' בדיבורה ותימא מת על מטתו או מת וקברתיו וחיישא דילמא מכחשי לה שלא מת על מטתו או שלא היתה היא בקבורה וכו' הילכך לאו מנו מעליא הוא אבל הכא כל היכא דממעטת בדיבורה מהימנא טפי דהשתא הוא דאמרה מלחמה בעולם ומת שם ואלו בעיא שתקה ואמרה מת בעלי בלחוד וכו' עכ"ל הרי דס"ל דיש חי' בין מגו דלהד"מ למגו דעלמא וכבר כתבתי בסי' מ"ו אות ב' סברא זו דפשיטא דאמרי' מגו דמזוייף במקום חזקה שהרי כ' התוס' בכתובו' ד' י"ח גבי עדים שאמ' כת"י הוא זה אבל אנוסי' היינו וכו' וא"ת למה נאמני' והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסי' וכו' וי"ל כיון שהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום וכו' הרי דאפי' במקום עדים נאמני' במגו דמזויף וה"נ מודה בשט' שכתבו נאמן לומר פרעתי אפי' הוא תו"ז במגו דמזוייף וכ"כ ה' פני יהושע בחי' ספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי וכו' דמגו דלהד"מ לא מקרי מגו במקום חזקה כיון דחזקה לא נודעה לנו אלא ע"פ דהוי הפה

שאסר וכו' ואם אין עדים ודאי דנאמן לומ' פרעתי בתו"ז מגו דלהד"מ ע"ש ומה שהק' על התוס' שנר' מדבריהם דאפי' ליכא עדים דאיכא מגו דלהד"מ אין נאמן לומר טעיתי ע"ש כבר כתבתי בסי' קכ"ו דין י"ג דס"ל דהתם הוי מגו במקום עדים או חזקה אלימתא וכה"ג כ' מהר"ם בתשו' דשייכי לס' נזיקין סו' י"ב ע"ש אבל במהרח"ש ח"א סי' א' ומהר"ם די בוטון סי' נ"ב מבו' דגם במגו דלהד"מ מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ע"ש וכן מוכח מדברי התוס' בכתובו' ד' י"ט בד"ה חזקה וכו' וז"ל הכא משמע דלא אמרי' מגו במקום חזקה ולרבנן אמרי' וצ"ע דבעיא בפ"ק דב"ב וכו' נר' דס"ל דאפי' מגו דמזוייף דהפה שאסר וכו' הוי בעיא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא דאל"כ אימא דרבנן לא אמרו אלא במגו דמזוייף דהפה שאסר וכו' וז"ל הנ"י בפ' מי שמת דקדקו האחרוני' דכיון דס"ל דמודה בשטר שכ' צריך לקיימו הא דאמרי' חזקה אין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול ה"מ בשטר מקויים אבל בשטר שאינו מקויים נאמן לומר קטן היה מגו דיכול לומר איני מכיר בשטר מעולם ושטר זה מזייף הוא ואף על גב דמ"ל בעלמא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מגו או משום שאין כל החזקות שוות או משום דנוקי ממונא בחזקת מאריה וכולי ע"ש משמע בהדיא דאין חי' בין הפה שאסר וכולי למגו דעלמא דגם מגו דמזוייף מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ואין נאמן לומר קטן היה במגו דמזוייף אלא משום דחזקה אין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול אינה חזקה גמורה או משו' דנוקי ממונא בחזקת מאריה ובס' א"ז לכתובות שם כ' הרשב"א וז"ל וא"ת ולר"מ נמי היכי מפקי' ממונא משו' חזקה כיון דאיכא מגו וכו' וי"ל לא כל החזקות שוות וכו' וכן תי' בשטה ישנה דאין כל חזקות שוות וכו' וא"ד אפי' תימא מגו במקום חזקה אמרי' אבל הפה שאסר וכולי לא אמרי' שכיון שהעידו שזה כת"י וחזקה שאם הוא כת"י והלוה אמת לא היו קטנים וכולי לא מהימני' שהרי הם כסותרים עדותם ודבורם הא' וכחוזרים ומגידים דמי דהא דבור קמא משמ' בכח חזקה שלא היו קטנים עכ"ל הרי דס"ל דאין חי' בין הפה שאסר וכו' למגו דעלמא ואדרבה א"ד ס"ל לר"מ דהפה שאסר וכולי גרוע דכיון שהעידו שזה כת"י וחזקה לא היו קטנים אין נאמני' ולדידיה ה"נ מודה בשט' שכ' כיון שהוא כת"י והלואה אמת חזקה לא פרע בתו"ז לא אמרי' הפה שאסר וכו' והתוס' בריש גיטין בד"ה ואם וכו' כ' דטועני' ליורשי' מזוייף דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שיכול אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפי' לא טעני' להו מזוייף טעני' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע במגו דא"ב אמר מזוייף וכו' וכ' מהר"ם דנ"מ במקום שאין יכול לטעון פרעתי כגון שמת בתו"ז השטר ונר' דס"ל דאפי' אביהם אינו נאמן לומ' בתו"ז פרעתי במגו דמזוייף

דאין זה מגו טוב כמ"ש התוס' בכתובות די"ט למ"ד מודה בשטר שכ' א"ץ לקיימו דאינו נאמן לומר פרעתי במגו דמזויף דשמא ירא לומר מזוייף פן יכחישוהו וליכא מגו ע"ש ואע"ג דאנן קי"ל כמ"ד מודה בשטר שכ' צריך לקיימו דס"ל דנאמן במגו אע"ג דבמה שטען השתא אין יכולי' להכחישו ובטענת המגו יכולים העדים להכחישו כמ"ש מהר"ם בתשו' הארוכו' סימן קס"ז ע"ש מ"מ מגו גרוע הוא וא"כ בתו"ז דאיכא חזקה דאין אדם פורע בתו"ז לא מגו גרוע במקו' חזקה והא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא נתבע ה"ד כגון פרעתיך בגו זימנא במגו דיכול לומר פרעתיך לאח"ז דמגו נהור הוא אבל מגו דמזויף גרוע דשמא ירא לומר פן יכחישוהו ובמקום חזקה לא אמרי' מגו גרוע וכבר כתבתי בסי' נ"א אות ו' לדעת הפרישה דלא אמרי' מגו גרוע במקום שטר וכ"ש במקום חזקה ע"ש מיהו אפשר אע"ג דהוא נאמן מ"מ ודאי מלתא דלא שכיחא היא דפרע בתו"ז ואין טועני' אותה ליורשים כמ"ש הנ"י בפ' השואל בשם הראב"ד ופסקו רמ"א בסי' ע"ח ע"ש וכ"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק כ"ו דהלוה נאמן לומר בתו"ז פרוע במגו דמזוייף אבל אין טועני' ליורשי' כן דחזקה גרע ממלתא דלא שכיחא עיין שם אבל נראה דכל טענה שאביהם נאמן עליה במגו דאפילו לא שכיחא טענה דלא שכיחא טעני' לה להיורשי' שהרי כ' הרא"ש בפ"ק דגיטין סי' וז"ל ק"ל מהא דאמרי' בפ' ג"פ שכ"מ שאמר תנו מנה לפי ואמרו היתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי אין נאמני' דא"א דפרעיה לא אמר תנו משמע דוקא יתומים הוא דאין נאמני' וי"ל דהוא גופיה נמי לא הוה מהימן מטעם מגו דאי הוה מהימן יתומים נהימני' בהאי מגו וכו' אלא ש"מ דשכ"מ גופיה אי הוה ידעי' שחזר ואמר שטעה מהימן לאו משום מגו וכולי אלא משום דשכ"מ אין דעתו צלולה עליו ורגיל לטעות וכולי וליורשי' נמי אין טועני' שטעה משום דלא שכיחא וכולי וכן כתב מהר"ם בתשובותיו הארוכו' סי' תתפ"ו עיין שם ואם איתא מה הכרח דאי הוה מהימן יתומים נמי ליהמנו בהאי מגו אימא כיון דאין טועני' ליורשי' טענה דלא שכיח' אבל אביה' בטוען ברי נאמן לומר שטעה דומיא דנאנסו ומזייף ואם טען כן מהימן אבל אין טועני' אותם ליורשי' משום דלא שכיחי אלא ודאי דכל טענה שאביהם נאמן עליה במגו אפילו לא שכיחא טועני' אותה ליורשי' וא"כ ה"נ בתו"ז שאביהם היה נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף טועני' ליורשי' כן ושו"ר לה' נתיבות משפט ד' רס"ו שהק' על התוס' בריש גיטין דא"כ תיפשוט דע"כ אמרי' מגו במקום חזקה דאם לא כן לא שבקת חיי דכל אדם יזייף בשטר תו"ז ומזוייף לא טעני' לורשים ולא פרוע דהוי מגו במקום חזקה וצ"ל דשאני מגו דמזוייף דאין כאן חזקה שהרי התוס' בפ"ק דב"ב דמיירי שיש עדים שחייב לו וקבע לו זמן דאל"כ נאמן במגו וכו' ולקמן מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה וכו' נר'

מדבריהם דמגו דלהד"מ בכלל הבעיא וה"ה דמגו דמזוייף ע"ש הרי דס"ל דאי אמרינן מגו במקום חזקה ה"נ טועני' ליורשים שמא פרע אביהם בתו"ז במגו דמזוייף אע"ג דהאי מילתא דלא שכיחא היא מיהו מה שהוכיח מדברי התוס' דמגו דלהד"מ ובכלל הבעיא יש לדחות:

כ' מגו במקום חזקה בפ"ק דב"ב מ"ל תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע כמבואר בסי' ע"ח ע"ש ונר' דלהוציא ממון בשטר אע"ג דקי"ל דבשטר אמרי' מגו להוציא במקו' חזקה לא אמרינן מגו להוציא בשטר דקיימא לן חומרא לתובע וקולא לנתבע דהא קיימא לן כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ודוקא לענין מגו בחזקה קצת שהשט' בידו אמרינן מגו אבל בכל ספק אין מוציאין מהלוה בשט' דלאו כגבוי דמי ובתשובות בעי חיי חלק ראשון סימן כ"ז גבי סטראי דאם טען שפרע לו שטר אחר והחזירו לו נאמן אבל אם טען חוב בע"פ היה אינו נאמן במגו משום דהוי מגו במקום חזקה דחזקה אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ ומגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע ע"ש:

וכבר תמהתי עליו בסימן נ"ח והוכחתי דאמרי' מגו במקום חזקה זו דלאו כל החזקות שוות אבל מגו במקום חזקה דאין אדם פורע בתו"ז כיון דבעיא היא קי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע ואין מוציאי' מהלוה בשטר והתוס' בפ"ק דב"ב בד"ה מי וכו' הק' מדתנן יבמה שאמרה לא נבעלתי לאחר ל' יום אין כופין אותו משום דלא מוקי איניש אנפשיה טפי מל' יום אע"ג דאית לה מגו דאי בעיא אמרה אינו יכול לבוא עלי דנאמנת ובס' א"ז תי' בשם גי' דהא פשיטא דחזקה עדיפא ממגו דמגו להוציא לא אמרי' וע"י חזקה זו אנו מוציאין והכא מ"ל אי מהני מגו שלא להוציא ע"י חזקה עיין שם ועיין במהרימ"ט חא"ה סי' כ"ח א"כ לא אמרי' מגו במקום חזקה אלא להחזיק ונר' דגם התוס' מודים דלא אמרינן מגו במקום חזקה אלא שלא להוציא ממון אלא דס"ל דהאשה בחזקת עצמה וכן מצאתי בתשו' בשמים ראש סי' נ' שכ' דהרמב"ן הביא ראיה דאמרי' מגו להוציא מדאמרי' ביבמות בר"פ האשה שלום החזיקה היא מלחמה בעיר מהו מי אמרי' מ"ל לשקר דאי בעיא אמרה שלום בעולם וכו' ואני נפלאתי דמה ענין חזקת איסור לחזקת ממון להוציא מיד אחר דזה כלל גדול בדין דהממע"ה וכאן היא בחזקת עצמה ואנו מתירין אותה וכו' עש"ב הרי דס"ל דאמרינן מגו להוציא מחזקת איסור להחזיק אשה בעצמה משא"כ להוציא ממון מיד אחר וא"כ ה"נ אי אמרי' מגו במקום חזקה שלא להוציא ממון ה"נ אמרינן מגו להתיר האשה שהיא בחזקת עצמה אבל להוציא ממון בשטר ודאי דלא אמרי' מגו במקום חזקה והתוס' בכתובות ד' ט' בד"ה לא וכו' כ' וז"ל אבל ק' דלהימנה

במגו דא"ב אמרה מוכת עץ אני וכו' לכן נר' דהוי מגו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעוד' ומפסיד' אע"ג דבעיא בפ"ק דב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא שמא חזקה דהכא עדיפא ואי לא אמרינן מגו להוציא אתי נמי שפיר עכ"ל ונראה דסביר"ל דמגו להוציא לא אמרינן אפילו במקום שטר וז"ל הרשב"א בספר א"ז שם וא"ת כיון וכו' א"ל מגו לאפוקי ממונ' במקו' ברי' וברי' לא אמרי' דאף על גב דאיכא שטר כתובה אפוקי ממונא הוא ול"ד להיא דאמרי' וכו' אבל בפני עדים לא אמרינן מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם כי א"ל סטראי נינהו מהימן אלמא כל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבינן ליה דהא ליתא דהתם היינו משום דההוא שטרא שעת הכושר הוה ליה אבל הכא א"א דזנתה תחתיו שטר כמאן דליתיה דמי דלא חל שיעבודה דשטר כלל וכו' ורבי' נ"ר תירץ דאף על גב דא"ל מגו כיון דעכשיו הוא מכחיש ומסייע ליה חזקה דאין אדם טורח וכו' לא אמרינן מגו במקום חזקה ואף על גב דבעיא היא בפ"ק דב"ב אי אמרינן מגו לאפוקי ממונא במקום חזקה בהא ליכא מ"ד עכ"ל הרי דהרשב"א סבירא ליה דבלא חזקה לא אמרינן להוציא במקום שטר כזה דלא הוה ליה שעת הכושר אבל רבו סביר"ל דהוי מגו במקום חזקה ומגו להוציא במקום חזקה לא אמרינן ועי' שם כהר"ן וכן תי' ה' שרש יוסף ענף ה' שכוונ' התוס' דלא אמרי' מגו במקום חזקה אלא להחזיק ולא להוציא עי"ש ועיין בס' א"ז דנראה שהבין כן אבל המרדכי בפרק דייני גזירות כת' וז"ל נסתפק הרב הכהן אם אדם הוציא שטר חוב על חבירו וא"ל הלה פרעתי כך וכך בזה השבוע והוא השיבו האמנתי' אם נאמן במגו דיכול לומר לא פרעתי לך שום דבר ושלא הייתי חייב לך כלום וכו' אי נמי מגו שיכול לומר עדיין לא הגיע זמני ליפרע ולכך פרעתיך וכו' ור"ת אומר דנאמן וכ"כ הג"א עיי"ש נראה דסבירא ליה דאמרינן מגו במקום חזקה אפילו להוציא וכבר תמה הרב פמ"א סימן כ"ב כיון דבעיא היא וקיימא לן קולא לנתבע אמאי אמרינן הכא מגו במקום חזקה להוציא נראה דבמגו שהיה יכול לומר לא פרעתי לך ולא הייתי חייב לך כלום א"ל דסבירא ליה דודאי אמרי' מגו דלא היו דברים מעולם במקום חזקה כמ"ש מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סימן ס"א דאמרינן מגו דלא היו דברי' מעולם אפילו להוציא כיון דעיקר החיוב ע"פ והרב נתיבות משפט דף קפ"ח הסכים עמו ע"ש ואם כן ה"נ אמרינן מגו במקום חזקה להוציא בשטר וכן כתב הרב פני יהושוע בחי' ספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי וכו' דמגו דלא היו דברי' מעול' לא מקרי מגו במקום חזקה כיון שהחזקה לא נודעה לנו אלא ע"פ דהוה ליה הפה שאסר וכולי ואם אין עדים ודאי דנאמן לומר פרעתיך בתוך זמן מגו דלא היו דברי' מעול' עיין שם ואף שהוכחתי בסימן ע"ח דגם מגו דלא היו דברים מעולם הוי בעיא ואם תפס המלוה אין מוציאין מידו

אפשר דהמרדכי והג"א סבירא להו דמגו דלא היו דברים מעולם אלים אפילו להוציא בשטר אמרינן מגו במקום חזקה אבל מגו דלא הגיע הזמן נראה דאפילו פרעו בפני עדים נאמן לומר האמנתיך במגו דלא הגיע הזמן וכה"ג כתב הרב פמ"א בתשו' שם דאם יש עדים שמכר שדהו הוי חזקה אלימתא ומבטלת אפילו השטר שיש בו נאמנות אבל כי ליכא עדים על מכירת השדה לא נתבררה החזקה אלא ע"פ והפה שאסר וכו' עיי"ש אבל המרדכי והג"א שכתבו א"נ משום דיכול לומר עדיין לא הגיע זמני לפרוע וכולי נראה דסבירא להו דאפילו פרעו בפני עדים דליכא מגו דלא היו דברים מעולם נאמן לומר פרעתיך לאחר זמן והאמנתיך במגו דלא הגיע הזמן אף על גב דמגו במקום חזקה להוציא הוא אפשר לא א החזקות שוות כמ"ש הנ"י בפ' מ"ש וז"ל דקדקו האחרוני' כיון דסביר"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הא דאמרי' חזקה אין העדים חותמים על השטר אלא אם כן נעשה בגדול ה"מ בשטר מקויים אבל בשטר שאינו מקוי' נאמן לומר קטן היה במגו דיכול לומר איני מכיר בשטר זה מעולם ושטר זה מזויף ואף על גב דמ"ל בעלמא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מגו זה משום דאין כל החזקות שוות וכו' ע"ש:

כ"א מגו במקום חזקה כתב הר"ן בחי' לענין איסור דפשיטא דלא אמרינן מגו במקום חזקה וכי מספק"ל בממון הביאו ה' יבין שמועה כלל תקנ"ח ע"ש והר' כנה"ג אות קי"א ונמשך אחריהם ה' שבות יעקב בדיני מגו שלו ע"ש אבל מהר"ם די בוטון סי' נ"ב והרב מקור ברוך סי' כ"ה כ' כיון דבעיא היא באיסור אזלינן לחומרא ע"ש וכה"ג אמרינן בר"פ המקבל למימרא דמספק"ל לרב אי הולך כזכי דמי או לא והא איתמר הולך מנה לפ' אינו חוזר התם ס' ממונא לקולא הכא ס' איסורא לחומר' ע"ש וכן התוס' בפ"ק דב"ב שהק' דתפשוט דמגו במקום חזקה לא אמרינן מדתנן יבמה שאמרה לא נבעלתי וכו' נר' דס"ל דאין חי' בין איסור לממון גם הרמב"ן והרשב"א והר"ן בפ' האומר דקידושין גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכו' כ' אע"ג דבפ"ק דב"ב מ"ל אי אמרינ' מגו במקום חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו לגרשה ומ"ל לשקר דבידו כעדים דמי ע"ש משמע דבחזקת איסור נמי מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אלא מגו דבידו אלים דהוי כעדים דאמרינן מגו דבידו אפילו להוציא ממון ובפ' י"ן דאמרינן הכא אע"ג דמוחזק באח וכו' כ' רשב"ם דמוחזק חזקה בעלמא בלא עדים וכולי וכ"כ הטור בא"ה סימן קנ"ו ורבינו ירוחם דאם יש עדי' שיש לו אחין איני נאמן לומר שיש לו בנים וכתב הרב ב"ש שם ס"ק י"א דכיון דאינו מוחזק בבנים ועדים מעידים שיש לו אח הוה ליה כאילו עדים מעידים שזקוקה

ליבם וא"ל אם כן נגד החזקה שיש לו אחים נמי לא יהא נאמן כיון דאינו מוחזק שיש לו בנים הוי כאילו מוחז' דזקוקה ליבם וי"ל מגו נגד החזקה בעיא דלא איפשיטא היא וכו' ע"ש ולא דק דהרי בעל העיטור והר"ן סבירא להו דלא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא אלא בממון משום דחזקת ממון מסייע למגו אבל באיסור פשיט' דלא אמרינן מגו במקום חזקה והתוספו' סבירא להו דבחזקת איסור נמי מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ואזלי באיסורא לחומרא ואם כן הכא נמי בחזקת שיש לו אחי' שהיא בחזקת זקוקה ליבם אמאי נאמן במגו כיון דמגו במקום חזקה בעיא היא הוה ליה למיזל לחומרא וצריכה חליצה ולדברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן בפרק האומר דהא דמ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת אבל הכא דבידו לגרשה (עד כאן מצאתי:)

והרב המאירי בפר' האשה שלום בבעיא החזיק' היא מלחמה בעיר וכו' כתב וז"ל זה שנסתפקנו כאן במ"ל לשקר אם נאמר במקום חזקה או לא וכן פ"א של בתרא בשמועת פרעתיך בתוך זמן ובגמרא של קידושין החלטנו להיות מ"ל לשקר עוקר החזקה כבר ביארנו שכל בענין שהוא בעל דבר הואיל לצורך עצמו הוא אנו מספקי' בה כגון זו שבכאן וזו של בתרא אבל זו של קידושין הוא בעל אצל אשתו ואין אדם חוטא ולא לו וראוי לו' שתהא טענת מה לי לשקר עוקרת החזקה עכ"ל ובזה ניחא מה שהקשו התוס' בפרק האשה שנתארמלה דאמרינן אליבא דר"מ דאין נאמנים העדים לומר קטנים היינו במגו דמזוייף משום דחזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול ולרבנן אמרינן מגו במקום חזקה וצ"ע דבעיא היא וכו' דרבנן דלא מ"ל אלא בבעל דבר וכיון לצורך עצמו הוא אבל הכא גבי עדים אפשר דסביר"ל לרבנן כר' דפ' האומר דמ"ל לשקר עוקר החזקה מהאי טעמ' דאין אדם חוטא ולא לו אבל ר"מ סבירא ליה כר' נתן דלא אמרינן מ"ל לשקר במקום חזקה ומכל מקו' משמע מדברי התוס' והרב המאירי דאין חי' בין איסור לממון:

כ"ב מגו במקום חזקה בפ"ק דב' בתרא מ"ל תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז אי אמרי' מנו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע ואם תפס המלוה אין מוציאין מידו כמבואר בסי' ע"ח עיין שם והרמב"ם השמיטה ואפשר דס"ל דאין חי' בין איסור לממון כמו שהוכחתי באות ח"י מדברי התוס' והרמב"ן והרשב"א והר"ן עיין שם גם אמר יש לי בנים וכולי קי"ל דאינו נאמן לעקור החז' אפי' במגו דבידו ק"ו מגו שהיה יכו' לטעון טענ' אחרת דלא אמרי' מגו במקום חזקה והש"ס לא בעי למפשט אלא ממשנה או ברייתא ולכך כ' סתם דבתו"ז גובה בלא שבו' דמשמע אפילו יש ללוה מגו אינו נאמן וא"ל שזה

דעת מהר"י בן מיגש שכתבתי בסימן מ"ז גבי האומר שטר אמנה וכולי דאם טען שהוא פרוע נאמן במגו שהיה יכול למחול וה"ד לאח"ז אבל בתו"ז כיון דקי"ל חזקה דלא פרע בגו זמניה אינו נאמן וכבר כתבתי בסי' מ"ז דס"ל דדוקא הלוה נאמן לפטור עצמו במגו אבל המלוה אינו נאמן דלא אמרינן מגו במקום שחב לאחרים עיין שם ואפשר דס"ל דאפילו מגו דבידו שהיה יכול לא אמרי' מגו במקום חזקה כדקי"ל באומר יש לי בנים כמו במוחזק שיש לי אחים דקי"ל דאינו נאמן לומר אין לי אחים להתירה לשוק דאפילו מגו דבידו להכחיש החזקה לא אמרי' וה"נ אינו נאמן אפי' במגו דבידו למחול להכחיש החזקה:

כ"ג מגו במקום חזקה דבריא ושמא ודאי דבריא עדיף ה' מקור ברוך הביאו ה' כנה"ג עיין שם וכן נראה דהא לא אמרי' מגו להוציא דוקא בברי וברי אבל בברי ושמא אמרי' וכ"ש במקום חזקה דבעיא היא בבריא וברי דודאי בבריא ושמא אמרי' מגו:

כ"ד מגו במקום חזקה בפ"ק דב"ב מ"ל תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז מי אמרי' מגו במקום חזקה או לא והרמב"ם השמיטה וראב"ן בס' ד' ק' כ' וזה לשונו אבל אם בא לאח"ז לתבוע חובו ואמר שמעון פרעתיך בתו"ז נאמן דאמרי' מ"ל לשקר מגו דאי בעי אמר פרעתיך בזמני ונאמן כי אמר פרעתיך בתו"ז נאמן דאבע"ל וכולי ת"ש האומר לחבירו מנה לי בידך וא"ל הן למחר א"ל תנהו לי א"ל נתתיו לך פטור והעמידו רב אסי נתתיו לך פטור דא"ל פרעתיך בתו"ז דנאמן בשבו' וקי"ל כוותיה דהוא בתראה וכל נחמן דאמר בתלמוד שבו' בעי וכולי ומדרב אסי שמעי' דאמרי' מ"ל לשקר במקום חזקה עכ"ל הרי דס"ל דלמסקנא אמרי' מגו במקום חזקה וכבר כתבתי בסי' ס"ה ס"ק כ"ב דאפ' שזה דעת רבי' ברוך בהג"א פ' זה בורר מיהו אפש' דס"ל דמגו דבידו אלים דהוי כעדים ואמרי' מגו דבידו במקום חזקה כמ"ש הר"ן בפ' האומר עש"ב ומ"מ אפש' דהרמב"ם ס"ל כראב"ן דמסקנא היא כרב אסי דאמרינן מגו במקום חזקה ועוד אפשר משום דאמרינן בפרק האשה שנתארמלה (עכ"מ):

כ"ה מגו במקום חזקה כ' התוס' בפ"ק דב"ב ד' כ"ב בד"ה מי אמרי' וכולי וז"ל אך קשה דמ"מ תיפשוט דלא אמרי' מגו במקום חזקה מדרמב"ח דאמר בכל הנשבעי' המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בשטר ולא מהימן לומר החזרתי במגו דא"ב אמר נאנסו משום דא"ל שטרך בידי מ"ב וכ"ש דלא אמרי' מגו במקום חזקה דחזקה עדיפא דא"ץ שבו' וטענת דשטרך בידי מ"ב לא מהני לפוטרו משבוע' ושמא סוגיא דהכא לא סברא כרמבי"ח וכולי עכ"ל א"כ לרמב"ח לא אמרי' מגו במקום חזקה והגמ"י פ"ד מה' מלוה גבי טען הלוה ישבע לי שהוא פרעתיו ויטול משביעי' אותו וכולי כ' אע"ג דגבי

מפקיד אצל חבירו בשטר שייך למימר דשטרך בידי מ"ב כדאמרי' בפ' המוכר את הבית וכו' ה"ד גבי פקדון אבל גבי מלוה י"ל דילמא אפשיטא דספרא וכו' וכ' מהרש"ך חלק ג' סימן רל"ו וז"ל דק"ל למה משביעי' את המלוה כיון שהשטר בידו ויכול לומר שטרך בידי מחי בעי ותי' דלא מהני טענת שטרך בידי מ"ב אלא גבי מפקיד ע"ש וזה דעת ריב"א שכ' התוס' בפ' כל הנשבעין וז"ל בשטר צריך להחזיר לו בעדים תימא דליהמן בשבוע' במגו דא"ב אמר נאנסו כדמוכח בס"פ המוכר חת הבית וכו' וריב"א מפרש דהכא צריך להחזיר לו בעדים משום דשטרך בידי מ"ב אבל התם דמיירי בעיסקא דפלגא מצוה ופלגא פקדון א"ל דאפשיטא דספרא זייר ליה עכ"ל ולפ"ז א"ל דמ"ד המפקיד אצל חבירו בשטר אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ס"ל דחזקה דשטרך בידי מ"ב אלימתא היא בפקדון והמפקיד גובה בלא שבועה אבל מ"ד המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן במגו דנאנסו ס"ל דחזקה דשטרך מ"ב גריעה היא ומגו מרע לה והרמב"ם והטור ומרן סי' רצ"ו שכ' ובמקום שאין המפקי' יכול לומר נאנסו אינו נאמן לומר החזרתי אלא ישבע בעל השטר בנקיטת חפץ שלא החזיר לו וישלם ע"ש היינו למאי דקי"ל כמ"ד דבפקדון לא אלים טעמא דשטרך בידי מ"ב במקום מגו דבלח מגו לא יטול המפקיד אלא בשבועה אבל רמב"ח ס"ל דחזקה אלימתא היא ונוטל בלא שבועה ובפ' האשה שנתארמלה אמרינן לר"מ דאין נאמני' לומר קטני' היינו במגו דמזוייף משום דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול וכ' הרשב"א שם וז"ל וא"ת ולר"מ היכי מפקי' ממונא במקום חזקה משום דאיכא מגו הא מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא וכו' וי"ל לא כל החזקות שוות אבל הכא חזקה אלימתא היא עכ"ל הרי דבמקו' חזקה אלימתא לא אמרינן אפי' מגו דמזוייף והפה שאסר וכולי ורבנן דפליגי התם ס"ל דחזקה גרועה היא ומנו מרע לה כמ"ש הנ"י בפ' מ"ש וז"ל דקדקו האחרוני' כיון דס"ל מודה בשטר שכ' צריך לקיימו הא דאמרי' חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול ה"מ בשטר מקויים אבל בשטר שאינו מקויים נאמן לומר קטן היה במגו דיכול לומר שטר מזוייף הוא ואע"ג דמ"ל בעלמא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרי' מגו או משום שאין כל החזקות שוות או משום דנוקי ממונא בחזקת מאריה וכו' עכ"ל א"כ כרבנן ס"ל דנאמני' לומר קטן היה במגו דמזוייף משום דחזקה וכו' א"כ נר' דר"מ ורבן פליגי בהכי דרבנן ס"ל דחזקה זו דאין העדים חותמי' על השטר אא"כ נעשה בגדול גרועה ומגו מרע לה ור"מ ס"ל דחזקה גדולה היא מחזקת דאין אדם פורע בתו"ז וה"נ במפקיד אצל חבירו בשטר דרמב"ח ס"ל דחזקה דשטרך בידי מ"ב אלימא בפקדון אפי' במקום מגו ואידך ס"ל דחזקה גרועה היא כמו במלוה וא"כ הא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא

אתיא ככ"ע משום דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז עדיפא אבל הרמב"ם השמיט בעיא זו ואפש' דס"ל דנפשטה מפלוגתא דר"מ ורבנן דהא ר"מ ס"ל דלא אמרי' מגו במקום חזקה דאין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול (עכ"מ):

כ"ו מגו במקום חזקה כגון הקובע זמן לחבירו ותבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז אם נאמן במגו דיכול לומר פרעתיך בזמני בעיא היא ברישׁ בתרא וקי"ל קולא לנתבע כמבואר בסימן ע"ח וכתב הרב כנה"ג אות קי"א דהשה"ג כתב בפרק החובל דלראבי"ה מגו במקום חזקה אמרינן והם דברים תמוהים ע"ש ואפשר דראבי"ה סבירא דהבעיא נפשטה וזה לשון ראב"ן בספרו דף ק' אבל אם בא לאחר זמן לתבוע חובו ואמר שמעון פרעתי בתוך זמן נאמן דאמרינן מה לי לשקר מגו דאי בעי אמר פרעתיך בזמני ונאמן כי אמר פרעתיך בתוך זמן נאמן דאיבעיא לן וכו' ת"ש האומר לחבירו מנה לי בידך וא"ל הן למחר א"ל תנהו נתתיו לך פטור והעמידו רב אסי נתתיו לך פטור דא"ל פרעתיך בתוך זמן דנאמן בשבוע' וכו' וכותיה קיימא לן דהא בתראה הוא עכ"ל וכן כתב בתשובות מהר"מ הארוכות סימן תרפ"א עיין שם ונראה דסבירא ליה דרב אשי דאמר מאי אין לך בידי לא היו דברים מעולם לא דחויא בעלמא אלא הכי סבירא ליה וא"כ רישא דקתני נתתיו לך פטור היינו אפילו א"ל פרעתיך בתוך זמן דאם לא כן הא דקתני סיפא אין לך בידי חייב ליתני אפי' א"ל נתתיו לך דבתו"ז חייב וא"כ אפשר דראבי"ה ס"ל הכי כיון דבעיא היא וקי"ל קולא לנתבע שפיר קאמר ראבי"ה דאמרינן מגו במקום חזקה שלא להוציא ממון אבל ק' על מהר"ם שכ' שה"ג שכ' מגו במקום חזקה לא אמרינן וכ"כ הנ"י בפ' החובל דאינו נאמן דהוי כמגו במקום חזקה ע"ש והא בעיא היא וקי"ל קולא לנת' ונר' דס"ל דהתם חזקה אלימתא היא כעדים היא וכ"כ מהר"ם בתשו' דשייכי לס' נזיקין סי' י"ב דהו"ל כמגו במקום עדים דאנן סהדי דמשקר דאין אדם נותן רשות לקצוץ נטיעותיו שאין עומדים ליקצץ וכו' ע"ש וא"כ מ"ש הנ"י והשה"ג דמגו במקום חזקה לא אמרינן היינו דוקא בחזקה אלימתא דהוי כעדים והתוספות בכתובות ד' י"ט בד"ה חזקה וכו' כ' הכא משמע דלא אמרינן מגו במקום חזקה ורבנן אמרינן וצריך עיון דבעיא היא בפרק קמא דב"ב וכו' ע"ש וה' גופי הלכות סי' רמ"א כ' ואפשר לתרץ דכיון דלא ידעי' טעמא דר"מ ורבנן אלא בר"ל דאמר חזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול לא בעי למיפשט בבתרא אלא או ממשנה או מברייי' וכה"ג כ' התוס' בכ"מ דלא בעי לפשוט מאמורא ע"ש וא"כ לדידן דקי"ל כרבנן התם אמרי' מגו במקום חזקה דאין העדים חותמים וכו' ה"נ אמר' מגו במקום חזקה ונאמן לומר שפרע בתו"ז במגו והרמב"ם השמיט בעיא זו ואפש' דס"ל הכי עוד תי' ה' גופי הלכות דהך חזקה דאין אדם

פורע בתו"ז לאו חזקה אלימתא היא דאיכא דפרע בגו זמניה דהא רבא ס' הכי ולהכי מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אבל חזקה דאין העדים חותמי' וכו' חזקה אלימתא היא וכה"ג כ' התוס' בכתובות ד"ט בד"ה לא וכו' מיהו ק' דא"כ למאי דקי"ל כרבנן התם אפילו בחזקה אלימתא אמרינן מגו וכ"ש בחזקה גרועה ודוחק לומר דבעיא דב"ב לר"מ היא ע"ש וראיתי בספר א"ז לכתובו' שם שתירץ הרשב"א כן וזה לשונו וא"ת ולר"מ וכו' י"ל לא כל החזקות שוות וכו' וחזקה דהתם לא אלימאן ודלא עביד איניש דפרע בגו זמניה לבטולי מגו משום דזמנין מתרמי ליה זיזא וכו' הילכך א"ל התם דילמא לא אלימא חזקה דלא עביד איניש דפרע בגו זמני' לאבטולי מגו אבל הכא וחזקה אלימתא היא וכו' וכן תי' בשטה ישנה וע"ש תי' אחר ונר' דלרבנן אפי' ס"ל דאמרי' מגו במקום חזקה כמ"ש הרשב"א והרא"ה שם א"ל דדוקא במגו דמזויף ס"ל הכי כמ"ש התוס' במשנה וז"ל וא"ת למה נאמנים הא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים ולא פסולי עדות וכו' וי"ל כיון דהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום מה שאמרו כת"י הוא זה כיון דאנהו גופייהו דאמרי תכ"ד קטנים וכו' ע"ש הרי דאפי' הוי כמגו במקום עדים נאמנים במגו דמזוייף וא"כ נר' הכא דאם היא מלוה בשטר בתו"ז ולא נתקיים השטר דנאמן לומר פרעתיך במגו דמזוייף דאמרי' מגו כזה אפי' במקום חזק' ומ"מ בחזקה אלימתא לכ"ע לא אמרי' מגו דהוי כעדים וזה דעת מהר"ם ושו"ר לה' כנה"ג בסי' שפ"ב שכ"כ ע"ש:

כ"ז מגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן כמ"ש התוס' בפ"ק דכתובו' ד' ט' בד"ה לא וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' הובאה בב"י סי' ע"א מחו' כ"ב על ראובן שנתחייב ע"פ ב"ד לפרוע לשמעון ואח"ז תבעו בב"ד שיש לו עליו מנה שגבה ממנו רבית מסתברא דאינו נאמן דחזקה אילו היה כן לא היה מקבל עליו בפני ב"ד לפורעו אע"ג דאית ליה מגו דא"ב אמר פרעתי במקום חזקה אלימתא כי הא לא אמרי' מגו והיא בתשו' הרשב"א ח"ד סי' י"ט וז"ל אע"ג דבעיא היא בריש בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא מסתברא דחזקה דהכא עדיפא ואלימא דהא חזקה כגון זו מרעא לשטרא שהרי שנינו המוציא שט"ח על חבירו והלה הוציא שמכר לו את השדה וכו' ואמרי' עלה באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כ"ע לא פליגי דמצי א"ל הי"ל לפרו' את שלך אלמ' במקו' חזק' זו מרעי' לשטרא דחזקה אלימתא היא וכו' ע"ש הרי דבחזקה אלימתא לא אמרינן מגו ומוציאי' ממנו ואפי' מגו דבידו דאלים שכ' הר"ן בפ' האומר גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לו בנים וכו' דהא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד במגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו לגרשה ומ"ל לשקר דבידו כעדים דמו וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בחי' שם נר' דלא הוי כעדים ממש וחזקה אלימתא ופי' מגו דבידו

אינו עומ' נגדה דחזקה אלימתא הוי כעדים כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' אלף מ"ז דאם היה עליו כתובת אשה וב"ח ואמר מטלטלין אלו של פ' דחזקה כל מה שבידו שלו הוא ואפי' במקום מגו לא מהימן כדאמרי' בפ' האשה שנתארמלה באומר שטר אמנה וכו' וכ"כ המ"מ בפ' א' מה' מלוה בשם הרמב"ן דמגו במקום חזקה זו לא אמרי' לפי שאדם עשוי לעשות קנוניא להפקיע ממון חבירו וה' שרש יוסף כ' דהרמב"ן לא מטעם דהוי חזקה אלימתא דא"כ ל"ל למימר לפי שאדם עשוי וכו' אלא דס"ל דדוקא הלוה עצמו נאמן במגו לפטור עצמו אבל הכא כיון דמודה שחייב לו וחזקה כל מה שבידו שלו הוי המלוה כמוחזק ולא אמרי' מגו במקום חזקה להוציא ע"ש וכבר כתבתי בסימן מ"ו לדעת מהר"י ן' מיגש דמלוה שאמר שטר פרוע נאמן במגו דיכול למחול וה"ד לאח"ז אבל אם השטר עדיין בתו"ז כיון דקי"ל דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז אינו נאמן דס"ל אע"ג דהלוה נאמן אפילו בתו"ז לפטור עצמו במגו מ"מ במקום שחב לאחרים לא אמרי' מגו במקום חזקה מיהו הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רמ"ה כ' הטעם דכל מה שיש ברשות האדם אנן סהדי שהוא שלו ובמקום שחב לאחרים הוי כעין מגו במקום עדים וז"ל בתשו' ח"ג סי' קל"ד והממון ביד האח וטוען שאינו שלו אלא של אחרים וכו' אינו נאמן לומר של אחרים במקום שחב לאחרים אפילו במקום מגו לפי שחזקה גדולה היא למה שביד האדם שהוא שלו וכאותה שאמרו בפ' האשה שנתארמלה האומר שטר אמנה וכו' הרי שאינו נאמן במה שבידו להפסיד זכות מי שחייב לו ואע"ג דהתם איכא מגו דאי בעי מחיל ליה ואע"ג דמ"ל בפ"ק דב"ב אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ולא איפשיטא ואפ"ה לא כל החזקות שוות אלא איכא חזקה אלימת' דאמרי' לה אפי' במקום מגו וזו א' מהם וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאפילו במקום שהוא חב לאחרים נאמן במגו במקום חזקה אלא משום דחזקה כל מה שביד האדם שלו גדולה היא אמרי' לה אפי' במקום מגו ונ"מ למלוה ע"פ בתו"ז ואמר מלוה שהוא פרעו אע"ג דאיכא חזקה דאין אדם פורע בתו"ז במקום חזקה זו אמרי' מגו ונאמן במגו דיכול למחול א"נ במקום שחב לאחרים אבל חזקה דכל מה שביד האדם הוא שלו חזקה גדולה היא ואפי' מגו אלים דבידו לא אמרי' וכן מגו דלהד"מ והפה שאסר וכו' שכ' קצת האחרונים דודאי אמרי' ליה במקום חזקה מ"מ במקום חזקה אלימתא אפי' הפה שאסר וכו' לא אמרי':

כ"ח מגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן כמ"ש התוס' בכתובו' ד' ט' בד"ה לא וכו' ע"ש ובזה ניחא מה שהק' התוס' בפ"ק דב"ב מדתנן יבמה שאמרה אחר ל' יום לא נבעלתי אינה נאמנת ואין כופין אותו ואמאי אינה נאמנת במגו דאינו יכול לבוא עלי והש"ך תי' דהא דנאמנת לומ' אינו יכול היינו מכח חזקה דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה לאחר

ל' יום וה"נ, דיבמה אינה נאמנת בתוך ל' יום לומר לא נבעלתי אלא מכח חזקה דאין האשה מעיזה וכולי אבל לאחר ל' יום כיון דאיכא חזקה אחרת כנגדה דלא מוקים איניש אנפשיה אמרי' אוקי חזק' כנגד חזק' ואוקי מלת' אחזקתי' ואין לכופו עש"ב ולית' דא"כ תק' לרב' דלי' ליה דרב אמנונ' דאין האש' מעיז' וכו' היבמה שאמרה בתוך שלשים יום לא נבעלתי אמאי נאמנת וכבר כתב הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ש"ע דהא דאמרינן אין האשה מעיזה וכו' ה"ד להפקיע עצמה מיד בעלה דזו ודאי עדות גדולה דאינה עשויה להעיז כל כך בפניו וכו' אבל הכא אדרבה היא מערכת עצמה תחת יד יבמה שלא תנשא לשוק בלא חליצה אין עדות ונאמנת לגבי עצמה ליאסר עד שיחלוץ לה וכו' ואף לכוף ליבם נאמנ' בתוך ל' יום משום דמוקמינן לה אחזקא קמייתה דיבמה ולא משתריה אלא בחליצה אבל לאחר ל' יום דל"מ מוקי אנפשיה ונכנסה עמו לבית הסתר חזקה אלימתא היא ובודאי משוי לה וכו' עיין שם אם כן לא שייך חזקה דאין האשה מעיזה גבי יבמה ובתוך שלשים יום דנאמנת משום דמוקמינן לה אחזקת יבמה ואין ניתרת אלא בחליצה אבל לאחר ל' יום דלא מוקי איניש אנפשיה חזקה אלימת' היא וכבר כתב הרשב"א שם דיש חזקה אלימתא דאין עומד נגדה במגו דמודה במקצת וכו' עיין שם ואם כן שמעי' דבחזקה אלימת' לא אמרי' אף מגו דלא היו דברים והפה וכו' במגו דמודה במקצת וכו' וכן כתב מהר"ם די בוטון בתשובו' סימן נ"ב גבי היא אומרת אנוסה ויש לי צער והוא אומר מפותה ואין לה צער דאף על גב דליכ' עדי' אלא שהוא אומר מפותה בשדה אינו נאמן במגו דלא היו דברים מעולם דהרי מגו במקום חזקה אלימת' עיין שם הרי דלא אמרינן במקום חזקה אלימתא אפילו מגו דהפה שאסר דהוי כעדים דלא אמרינן מגו במקום עדים וכן כתב המרדכי ובפרק האשה שנתארמלה דאמרינן לר"מ דאין נאמנים לומר קטנים היינו במגו דמזוייף משו' חזק' דאין העדים וכולי כתב הרשב"א בספר א"ז וז"ל וא"ת לר"מ היכי מפקינן ממונא במקום חזקה משום דאיכא מגו דמ"ל וכו' אי אמרי' מגו במקו' חזקה או לא ולא איפשיט' הילכך זוזי היכא דקיימי תיקום וי"ל לא כל החזקו' שוות וכו' אבל הכא חזקה אלימתא היא וכולי עיין שם הרי דבמקום חזקה אלימתא לא אמרינן אפילו מגו דמזויף והפה שאסר וכו' משמע דרבנן פליגי התם דחזקה דאין העדים וכו' גרועה היא ומרע לה מגו וכן כתב הנ"י בפ' מ"ש הטעם משום דאין כל החזקות שוות או משו' דנוקי ממונא בחזקת מאריה עיין שם אבל במקום חזקה אלימתא לכ"ע לא אמרינן אפילו הפה שאסר וכו'

וראיתי בתשו' נודע ביהודה חא"ה סימן ס"א שכ' דחזקה זו אלימתא טפי משאר חזקות ולכ"ע נגד חזקה זו לא אמרי' ס"ם דבשלמא שאר חזקות כגון חזקת א"א וכגון בהמה

בחייה בחזקת איסור עומדת אם אירע ס"ס אין הס"ס מכחיש החזקה שהרי אנו מודים שעד עתה היתה א"א אבל אין החזקה שתחשוב ודאי א"א לעולם וכן ס"ם בשחיטה אנו מודים שעד עתה היתה אינה זבוחה אלא שאנו אומרים עתה נזבחה ויצאה מן החזקה שאין החזקה שלא תזבח לעולם משא"כ כאן אם נסתפקנו שלא נבעלה עוקרים החזקה זו דבל' יום חזקה שנבעלה עקורה גמורה ומכחישים חזקה זו לגמרי עיין שם ונראה דודאי חזקה זו אלימתא מחזקת א"א וז"ל מהריק"ו שרש ע"ב ועל אשר כתבת הסברה נכונה דיש לנו חזקה דאוקי ממונא בחזקת מאריה נגד חזקה דרב המנונא ידוע כי כמה חזקות יש בתלמוד אשר מחמתם מוציאין ממון כגון חזקה דר"ל פ"ק דב"ב וחזקה דאין העדים חותמי' על השטר אלא א"כ נעשה בגדול פ"ב דכתובו' וכהנה רבות ולא אמרי' דחזקה דאוקי ממונא בחזקת מריה תעמוד מנגד והטעם נכון למבין כי א"ל אוקי ממונא בחזקת מאריה אלא כנגד חזקה דאתיא ממילא כגון חזקת הגוף אבל היכא דהחזקה באה מחמת טעם כגון חזקה דאין אדם פורע בתו"ז או חזקה דאין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו דפ' המדיר פשיטא דאין חזקת ממון עומדת כנגדה וכולי עיין שם באורך אם כן ה"נ חזקה דלא מוקי איניש אנפשיה טפי מל' יום עדיפא מחזקת ממון מה"ט וכיון דקי"ל דאין מוציאין ממון מכח ס"ס דחזקת ממון עדיפא מרובא וכ"ש דלא אמרי' ס"ם כנגד חזקה זו:

כ"ט מגו במקום חזקה התוס' בפ"ק דב"ב הקשו מדתנן יבמה שאמרה תוך ל' יום לא נבעלתי כופין אותו לאחר ל' יום וכו' אין כופין אותו דלא מהימנ' אע"ג דאית לה מגו דא"ב אמרה אינו יכול לבוא עלי דנאמנת וכולי ובתשו' הרשב"א ח"ג סימן ש"ע הק' כן ה' דן אשכנזי ותי' הרשב"א דחזקה זו דיותר מל' יום לא מוקי איניש אנפשיה חזקה אלימא היא ולא כל החזקות שוות וחזקה זו דלא מוקי איניש טפי מל' יום אלימתא היא ואין מגו עומד כנגדה וכולי ע"ש נראה דס"ל דאין חי' בין ממון לאיסור ולעולם אמרי' מגו במקום חזקה אבל חזקה אלימתא אפילו לענין ממון נמי לא אמרי' מגו במקום חזקה.

ל' מגו במקום חזקה גם יש חזקה נגד חזקה אמרי' אוקי חזקה נגד חזקה ונאמן במגו דהא מגו במקו' עדי' הוכחתי אם יש שני עדי' מכחישין אותם מוקמי תרי בהדי תרי ואמרי' מגו וכ"ש חזק' נגד חזק' והרי הרמב"ם בפ' ה' נחלות כ' מי שהיתה לו שפחה והוליד ממנה בן ואמר בני הוא אם ת"ח הוא או אדם כשר יירשנו וכו' וכ' המ"מ הטעם משום דירושה אפי' עבד גמור בידו לתת לו כל נכסיו במתנה וכיון שהוא בחזקת כשרות אמרי' העמד חזקת כשרות של זה כנגד חזקת שפחות של זה ונשאר דין מגו אבל בשאר בני אדם ליכא אלא מנו נגד חזקת שפחות ואין אומרים מגו נגד חזקה כי הך וכולי ע"ש הרי

אפי' בחזקה דלא אמרי מגו נגדה אם יש חזקה נגד חזקה אמרי' העמד חזקה נגד חזקה ונשאר מגו:

כתב בתשו' בשמים ראש סי' רנ"ו על ראובן שהיתה לו שפחה וילדה בן ואמר בני הוא ושחררתי את אמו וז"ל אחר שראובן זה היה מתנהג עמה בכל ענייני עבדות כמקדם והיא הוחזקה שפחה לפנינו וכל העולם קורים אותה שפחת פ' ולא בושה בדבר הרי זה שפחה גמורה וכו' מיהו י"ל מכאן ולהבא משוחררת היא וולדה דא"ל מגו כדאמרי' גבי בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא אפ"ה כיון דעל למפרע אנו מחזיקין אותו בשקר ודאי דהוי כמו אתו סהדי שלא שחררה גם על של עתיד לא שייך פלגי' דיבורא דיהב ליה וכו' עכ"ל ונר' דודאי אינו נאמן לומר בני הוא אלא דנאמן להחזיקה היא ובנה משוחררת מכאן ולהבא מגו דא"ב משחרר להו וכ"כ מהרשד"ם חי"ד סי' קצ"ז דנאמן לומר עבדי זה שחררתיו במגו אבל אמר בני הוא ושחררתי את אמו לא אמרי' מ"ל לשקר א"ב משחררו דאם משחררו אינו בנו וא"כ אין יכול לעשות עתה מה שהוציא מפיו אבל לגבי ממון שירשנו נאמן במגו דיכול ליתן לו במתנה ונאמן הוא לגבי ממון ולא לגבי איסו' ע"ש ולכאו' נר' דגם לגבי ממון אינו נאמן דלא אמרי' מגו לחצי טענ' וכיון שאינו נאמן לגבי איסור אינו נאמן לגבי ממון (עכ"מ)

כתבו התוס' בר"פ האשה שנתארמלה בד"ה מודה בשטר וכו' וא"ת מ"ט לא מהימן במגו דא"ב אמר מזוייף וי"ל דשמא ירא לומר מזוף פן יכחישוהו וליכא מגו וכו' אבל אין לפרש דלא מהימן במגו לומר פרוע הוא משום דאי פרעיה שטרא בידי מ"ב דהא כי טעין נמי אמנה הוא מסקינן דאין נאמן והתם לא שייך האי טעמא עד כאן לשונם ונר' דהא דמיבעיא לן אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא היינו למאי דקיימ' לן מודה בשט' שכתבו צריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו במקו' חזק' דשטרך בידי מאי בעי אבל רב דאמר מודה בשטר שכ' אין צריך לקיימו סבירא ליה דלא, אמרינן מגו במקום חזק' השטר וכ"ש במקום חזקת דאין אדם פורע בתו"ז דעדיפ' משטר כמו שכתבו התוס' בפ"ק דב"ב בד"ה מי אמרינן וכו' דרמב"ח סבירא ליה הכי והך סוגיא לא סבירא ליה כותיה עש"ב מיהו בפרק המוכר את הבית תניא שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו דייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה מאי לאו בהא קמיפלגי מ"ס מצי א"ל דשטרך בידי מאי בעי ומר סבר לא ודחי' לא דכ"ע אית להו דר"ח וכו' ואם כן רב דס' מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ע"כ דסבר כדייני גולה דאינו נאמן במגו מהאי טעמא דנאנסו מהאי טעמ' דשטרך בידי מאי בעי וכדס"ד וזה דוחק ועוד בפ' קמא דמציעא גבי ב' אדוקים בשטר פליגי מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני וכו' ר' סבר מודה

בשטר שכתבו צריך לקיימו ורשב"ג סבר מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ומ"ט דרשב"ג דאינו נאמן במגו דליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהרי הלוה טוען שהחזיר לו ונפל ממנו:

ל"א מגו לא מהני אלא תוך כדי דיבור כמו נשביתי וטהורה אני וכן א"א הייתי גרושה אני וכן כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו אבל לאחר כדי דיבור לא מהימני' וכן פירש"י וכולי הר"ש ודברי רש"י בפרק האשה שנתארמלה גבי עדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו ולו' עי"ש וכבר תמה הרב בית הלוי דף נ"ז ע"ב דה"ד גבי עדים כיון שהגיד וכו' אבל בעלמא סובר רש"י דאמרינן מגו אף לאחר זמן וכמו שכ' בריש פ' דייני גזירות גבי עשאה סימן לאחר ע"ש וכן ראיתי בספר א"ז שכתב בשם בעל ההשלמה וז"ל כתוב בהשלמ' הא דתנן נשביתי וטהורה אני נאמנת שהפה שאסר וכו' איכא לעיוני אי אמרה נשביתי ולאחר זמן אמרה טהור' אני מי אמרינן הפה שאסר וכו' וגבי שדה נמי אי אמר של אביך היתה ולאחר זמן אמר לקחתיה ממנו אי אמרי' הפה שאסר וכו' אי לא מיהו גבי עדים פשיטא לן שאם אמרו כתב ידינו הוא זה ולאחר כדי דיבור אמרו אנוסי' היינו שאינם נאמנים כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ובריש פרק שני דייני גזירות משמע דאמרינן בה הפה שאסר וכו' דגרסינן התם הוא שעשאה סימן לאחר וכו' וטען ואמר חזרתי ולקחתיו ממך הפה שאסר וכו' שמעי' דאמרינן הפה שאסר וכולי אפילו לאחר זמן וכולי עכ"ל עיי"ש והרב הלכות יום טוב דף קמ"ט חי' דדוקא גבי א"א הייתי וגרושה אני נשביתי וטהורה אני אינה נאמנת לאחר זמן משום דאין אומרת שנתגרשה אחר שאמר' א"א אני אלא אומרת בשעה שאמרה א"א הייתי כבר היתה גרושה דכיון דמתחילה אמרה סתם ולא פירשה דגרושה היא ש"מ דלא היתה גרושה ועכשיו הוא שחזרה אבל אם אמרה א"א אני ואחר זמן אמרה אמת שאמרתי א"א הייתי אבל אחר כך נתגרשתי נאמנת וכן גבי עשאה סי' לאחר נאמן לומר שלקחה אחר זמן מה"ט ע"ש ואם כן אפש' שזה דעת הר"ש דדוקא בנשביתי וטהורה אני וכיוצא בעי' תוך כדי דיבור אבל הא ליתא דהתוספות בפרק הכותב ד"ה אית וכו' הוכיחו מדתנן בפרק שבועת הדיינים מנה לי בידך ואמר הן למחר א"ל נתתיו לך פטור ופרכינן מינה למ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדי' הוא הכא כיון דתביעה בעדים כמאן דאוזפי בעדים דמי וקתני פטור ומאי קו' שאני הכא דמהימן במגו דאי בעי אמר אתמול לא היו דברים מעולם אלא ודאי מגו למפרע לא אמרינן עכ"ל הרי דאפילו טוען אחר הודאתו פרעו אינו נאמן במגו וה"נ אם אמרה א"א אני ולאח"ז אמרה נתגרשתי אינה נאמנת ואדרבה מסתברא איפכא דדוקא באמרה א"א הייתי וגרושה אני שאומרת שכבר היתה גרוש' נאמנת לאחר

זמן משום דלא הוחזקה שעה א' א"א אבל באומרת א"א ואחר כך אמר' נתגרשתי כיון דהוחזק' א"א בהודאתה אינה נאמנת לומר לאחר זמן נתגרשתי דומיא דמנה לי בידך ואמ"ל הן דהוחזק שהוא חייב לו אינו נאמן לומר למחר נתתיו לך וכן ראיתי למהרש"ח סימן תמ"ו שחילק כן מיהו אפשר לתרץ בעיקר קו' דדוקא הפה שאס' וכו' אבל מגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת לכ"ע לא אמרינן אלא בתוך כדי דיבור כמו שחי' ה' נתיבו' משפט דף שכ"א עש"ב ומה שהוכיחו התוס' בפ' הכותב מדתנן בפרק ש"ה מנה לי בידך וא"ל הן למחר א"ל נתתיו לך פטור ופרכינן מינה למ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים והא הכא כיון דתבעיה בעדים כמאן דאוזפי' בעדים דמי וקתני פטור ומאי קו' שאני הכא דמהימן במגו דאי בעי אמר אתמול לא היו דברים מעולם אלא ודאי מגו למפרע לא אמרינן י"ל דלמ"ד המלוה א"ח בעדים צריך לפורעו בעדים דסביר' ליה כיון שהקפיד להלוות לו בעדים גלי דעתיה דאין מאמינו וכמאן דא"ל שלא יהא נאמן עליו אלא בעדים דמי וכמ"ש הריטב"א באומר אל תפרעני אלא בעדים וקיימא לן דאינו נאמן במגו משום דחזקה שלא פרעו אלא בעדים וסבירא ליה כדעת בעל העיטור (עד כאן מצאתי):

ל"ב מגו מגו לפטור משבועה לא אמרינן כ' הרמב"ם בפי"ד מה' טוען ה' ט' אכלה שני חזקה בחיי אביהם מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביה' נאמן לומר חוב יש לי על אביהם וגובה אותו מהפירות שלא בשבועה מתוך שיכול לומר שלי וכתב הרב גד"ת ד' פ"א דסבירא ליה דהא דלא אמרינן מגו לפטור משבוע' כשאין המגו מעלה ומוריד לענין הממון עצמו דבלא המגו נאמן להוצי' הממון א"נ להחזיקו אלא דבלא המגו היה חיוב שבועה ואתה בא לפוטרו משבועה מכח המגו כגון במשכון שאם היו שם עדים שחפץ זה הוא משכון בידו ולא ידעו כמה דא"ל מגו היה נוטל הממון שטוען עליו אבל לא יטול אלא בשבועה אם כן כשאין שם עדים דיש לו מגו לא אמרינן מגו לפטור משבועה אלא נשבע כמו שהיה נשבע אם היו שם עדים אבל הכא כיון דהמגו בא על עיקר הממון אגב מועיל גם כן לפטור גם משבו' והביאו הרב כנה"ג אות קס"ט בקיצור ע"ש ונראה דסבירא ליה אף על גב דרבא בר שרשום היה בידו שטר מדאמרינן אי מהדרינא וכולי לא יפרע אלא בשבועה וכמו שכתב רשב"ם וכ"נ מדברי הרמב"ם שם מכל מקום בלא המגו לא היה נפרע עד שיגדלו ובכח המגו נפרע בעדי' קטנים לכך אהני לפוטרו גם כן משבועה אבל גבי משכון אפי' כשיש עדים שבמשכון בא לידו ואין יודעים בכמה נאמן המלוה בשבועה כמו שהכריח הש"ך בסימן ע"ב ס"ק ק"ט מדברי הרמב"ם והמ"מ דאי מיירי בשאין עידי ראיה שיש לו מגו דהחזרתי מאי אולמיה דיש עדים מאין עדי' אימ'

דגם כשיש עדים כיון דאיכא מגו דהחזרתי נאמן בשבוע' היסת עש"ב אבל מרן בסימן ע"ב ס"ק י"ח כתב דאם הוא בענין שאינו יכול לטעון לקוח או לא היו דברים מעולם או החזרתי דליכא מגו נשבע הלוה היסת שלא הלוהו אלא שקל ונוטל משכונו אבל אם יש לו מגו נשב' הלוה בנקיטת חפץ ונוטל ע"ש הרי דאינו נאמן על המשכון אלא במגו ואפילו הכי לא אמרינן מגו לפטור משבועה וכן כתב הרמב"ם בפרק י"א מהלכות שכירות ופרק ע' מהלכות טוען דאם טען האומן ב' קצצת לי ובע"ה או' לא קצצתי אלא א' הואיל ונאמן לומר לקוח הוא בידי יכול לטעון עד כדי דמיו ונשבע בנקיטת חפץ ככל הנשבעים ונוטלים וכן פסק מרן בסימן פ"ט ע"ש:

וכבר הוכחתי כן בסימן נ"ח מדין סטראי דקיימא לן דאם היו עדים בפירעון דליכא מגו בטל השט' ואם אין עדים נאמן במגו ואינו נוטל אלא בשבועה וכ' הסמ"ע דאפילו לא טען השבע לי בית דין משביעין אותו כיון דאיכא ריעותא כדין פוגם שטרו אלמא אפילו דלא היה יכול להוציא הממון אלא מכח המגו לא מהני לפוט' משבועה ואדרבה מסתברא כיון דטענתו גרועה ואינו נאמן להוציא ממון או להחזיקו אלא בכח המגו לא מהני המגו לפוטרו משבועה אבל אם טענתו טובה דנאמן בה לגבי הממון בלא מגו אהני המגו לפוטרו משבועה וכה"ג חי' הש"ך סימן פ"ט ס"ק יו"ד עש"ב וכן כתב הרב לח"מ בפר' א' מהלכות טוען דין י"ז וז"ל ולרביעית י"ל דשאני התם בה' גזילה העד מועיל לב' דברים א' לעשו' טענ' בע"ה טענת בריא והב' להיות מחוייב שבועה מן התורה כדין עד א' אבל כאן אינו מועיל העד אלא כדי לעשותו טענת בריא לבד ומה שמק' שם הר"א ז"ל דאינו ראוי שהעד יועיל לב' דברים עכ"ל עיי"ש ואם כן הכא נמי כיון דבלא המגו היה חייב ממון אין מועיל המגו לשני דברי' לפוטרו מממון ולפוטרו ג"כ משבו' אבל במקו' דבלא מגו נמי נאמן בלא שבועה אהני מגו לפוטרו משבועה: ושו"ר לה' שער המלך פ"ד מה' גזילה שדחה כן מדברי הרמב"ם שם בה' טוען אלא שכ' דה"ד להוציא אבל אם המגו בא לפטור ממון א"ל דאגב מועיל ג"כ לפוטרו משבו' ובזה ניחא השגת הראב"ד בפי"ד מה' טוען עש"ב ולע"ד לא מסתבר כמ"ש וכבר הש"ך בסי' קע"ט ס"ק כ"ד השיג על הר' גד"ת בכוונת הראב"ד והמ"מ עש"ב ועי' בס' שרש יוסף ענף ג':

ל"ג מגו לפטור משבו' לא אמרי' כ"כ מהר"י ן' מיגש בחי' בפ' כל הנשבעי' והביאו הראב"ד בס' תמ"ד סימן קצ"ה וז"ל דהא שומרים דא"ל מגו לא מפטרי משבו' ומודה במקצת ועד א' הא חזי' דא"ל מגו ואפ"ה חייביה רחמנא שבו' הילכך אמרי' מגו לפטור מממון אבל משבו' לא וכולי ע"ש וה' כנה"ג בתשו' ח"א סימן ק"ג תמה דאדרבה ממודה מקצת ראיה דאמרי' מגו לפטו' משבו' מדמק' דיהא נאמן במגו דכופר בכל כמ"ש

הריטב"א והר"ן ותי' דה"ד כשהטענות שוות ובשתיהם פטור לגמרי אבל במודה במקצת דאם היה כופר בכל לא חייב כלום ועכשיו מודה במקצת מסתברא לפוטרו משבו' במגו דכופר בכל ע"ש וכן ראיתי לה' נתיבות משפט ד' קנ"א מה שתי' מה שהק' הר' גידולי תרומה שער ס"ה ח"א על המ"מ שכתב במכרה מטלטלי' דכיון שהיתה יכולה לכפור בהם ולא היתה נשבעת אלא היסת והא לא אמרי' מגו לפטורי משבו' כ' דה"ד במגו דלקוח או שאר טענות אבל מגו דלהד"מ אלים טעי משאר מגו ואמרי' ליה אפילו לפטור משבו' לכ"ע דהוי כמגו דאי בעי שתיק וזה שכ' הרמב"ם בפי"ג מה' מלוה מגו דלקוח ולא מגו דלהד"מ עיין שם וא"כ מודה במקצת דאמרי' מגו דלהד"מ אפילו לפטור משבו' וכה"ג כ' מהרשד"ם סי' ע"ג וז"ל דבטענ' סטראי נינהו לאו משום מגו גובה דהא מגו דלא קיבלתי לא הוי כשאר מנו דעלמא דהא קי"ל דלא אמרי' מגו אלא לפטור אבל כדי להוציא לא אמרי' מגו וכולי וטעמא דסטראי היינו משום דא"ב שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו ע"ש הרי אע"ג דלא אמרי' מגו להוציא מ"מ מגו דלהד"מ אמרי' אפילו להוציא וכ"כ מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א ס"א דבעה"ת שכ' דכשאין עדות על הנאמנו' נאמן לומר פרעתי במגו דלא היו דברים מעולם משום דמגו חשוב הוא כמו דאי בעי שתיק ומהני אפילו להוצי' כדתנן בריש פרק האשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכתב' כל המפרשים אפילו תובעו אלמא אף על גב דקרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה בקרקע אלא מכח מגו אמרינן מגו להוציא כיון דעיקר חיוב על פיו דהוי כמגו דא"ב שתי' ע"ש וה' נתיבו' משפ' דקפ"ח הסכים עמו ודחה דברי מהרימ"ט עש"ב מיהו כבר הוכחתי בסי' ח' מכמה רבוות' דלא אמרי' מגו להוציא אפי' במגו דלהד"מ עש"ב וא"כ נראה דה"נ לא אמרי' מגו דלהד"מ לפטור משבועה ואע"ג דלהוציא ממון גרע שהרי הרא"ש ס"ל דמגו להוציא לא אמרי' ומגו לפטור משבועה אמרי' מ"מ לדידן לא מסתבר לחלק ביניהם דכמו דלא מהני מגו דלהד"מ להוציא ממון ה"נ לא מהני לפטור משבועה ומדברי הר' יונה בס' א"ז לבתרא במעשה דרבא בר שרשום ר"ל דמגו להוציא אמרי' אבל מגו לפטור משבוע' לא אמרי' ע"ש ועוד נעלם מהם דברי מהר"י הלוי הובא בס' תמ"ד סי' קצ"ט דמוכח לה ממודה במקצת דלא אמרי' מגו לפטור משבועה ע"ש:

ל"ד מגו לפטור משבועה לא אמרי' הכי קי"ל בסי' צ"ג וכ' בתשו' בשמים ראש סי' ן' גבי פוגם שטרו בתו"ז דאין צריך לישבע משום דאיכא מגו דלהד"מ ואף שהר"ם תפס ס' רבו מהר"י ן' מיגש דמגו לפטור משבועה לא אמרי' מ"מ א"ל דלא חייבה המשנה שבועה אלא לאח"ז דאילו בעי הלוה אמר השבע לי אלא דאנן לא פתחי' ליה ואם פגם

שטרו פתח פיך לאלם הוא ומשבעי' ליה אבל בתו"ז לא וכולי ע"ש ואי ק"ל ממלוה על המשכון דאפי' ליכא עדים דנאמן במגו דלקוח צריך לישבע בנק"ח כבר כתבתי בס' נ"ח כמ"ש שם ובסי' ע"ג שכן דעת הרמב"ם וכ"כ בתשו' בשמים ראש סי' מ"ה ע"ש וכיון דאינו נאמן להוציא הממון אלא מכח המגו לא מהני המגו ג"כ לפוטרו משבועה אבל בפוגם שטרו דנאמן ליטול הממון בשטרו בלא מגו מהני המגו לפוטרו משבועה וכה"ג כתב הש"ך בסי' פ"ט ס"ק יו"ד ע"ש ועוד דמגו דלהד"ם אלים ואמרינן אפילו לפטור משבועה כמ"ש ה' נתיבות משפט ד' קנ"א ע"ש וה"נ פוגם שטרו נאמן בלא שבועה במגו דלהד"מ אבל במלוה על המשכון לא אמרי' מגו דלקוח לפטו' משבועה ע"ש אך ק' מדכ' הרמב"ם בפ"ד מה' גזילה הטוען את חבירו שנכנס לביתו וגזלו כלים והוא אומר דהך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך ובע"ה אומר אין לך בידי כלום אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות הואיל ואין שם עדים שמעידים שגזל ה"ז נשבע וגובה חובו מן המשכון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר והואיל והוא נשבע ונוטל הרי זה נשבע בנק"ח ע"ש וכן מדכתב הטור בסי' ע"ב גבי משכון וז"ל דאם הוא בענין שהיה המלוה יכול להחזיק במשכון ולטעון עליו לקוח הוא בידי או לא היו דברים מעולם או החזרתיו לך נאמן לו' שהלוהו עליו עד כדי דמיו בשבועה וכתבו הגאונים אף על פי שאם היה טוען לקוח היה בידי או לא היו דברים מעולם היה נפטר משבו' היסת כשטוען שהלוהו עד כדי דמיו צריך לישבע בנקיטת חפץ כדין כל הנשבעי' ונוטלי' וכן פסק מרן שם אלמ' אפילו איכ' מגו דלא היו דברי' מעולם לא נפטר משבועה וכן ר' האיי בשערי שבועות שער י"ז מנה מן הנשבעין ונוטלין האומר לחבירו תן לי הפקדון שהפקדתי אצלך וא"ל לא כי אלא הלויתיך עליו דאם אין שם עדים הואיל ויכול לומר לא היו דברי' מעול' ואמר משכון הוא נשבע ונוטל כנגד דמי המשכון והביאו הראב"ד בספר תמים דעים סימן קצ"ה ע"ש והרי המלוה על המשכון מדאוריית' נוטל בלא שבועה ואפי"ה החמירו חכמים שלא יטול אלא בשבועה אפילו איכא מגו דלהד"ם דלא אמרינן אפילו מגו דלא היו דברים מעולם לפטור משבועת המשנה וכבר הוכחתי בסימן ח' גבי מגו להוצי' דלא אמרינן אפילו מגו דלא היו דברים מעולם להוציא עיין שם באורך והלח"מ בפרק י"א מהל' שכירות ה' ו' גבי אם הודה במקצת הק' דאי אמרינן מגו דהעזה אם כן בשבועה יפטר במגו דלא שכרתיך וכו' עיי"ש ולא קשיא מדי דלא אמרינן מגו לפטור משבועה כמו שכ' הרמב"ם ונראה דהוא הדין דלא אמרינן מגו לפטור משבו' היסת והרמב"ם בפרק ה' מהלכות טוען דין ו' כתב מסרתי לך וכו' להד"מ ישבע היסת וכו' ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד פטור אף משבועת היסת ופי' הלח"מ דבטוען להד"מ לא

נפטר משבועה במגו דאבד דר' ס"ל דמגו לפטור משבועה לא אמרי' ע"ש הרי דלא אמרי' מגו לפטור משבו' היסת וכ"כ הב"ח בתשו' סי' ס"ו עיי"ש ולכאו' נר' דלמ"ד מגו לפטור משבו' אמרי' ה"נ בשבו' היס' אמרי' מגו לפטו' אם לא היה צרי' שבו' בטענ' המגו מדכ' התוס' והרא"ש בפ' ח"ה גבי מגו דא"ב אמר לקוחה היא בידי וז"ל ותימא מאי דעתיה דרבב"ש דאפי' אי טעין לקוחה היא בידי שבועת היסת לעולם צריך דנהי אין נשבעי' על הקרקעו' מדאוריי' מדרבנן נשבעין וכו' משמע דאם אין נשבעין על הקרקעות אפי' היסת ניחא דנאמן לומר חוב אחר יש לי במגו בלא שבועה ע"ש ברשב"ם והרמב"ן כ' שם דא"ץ לישבע היסת דחזקה וכו' ע"ש וכ"כ ראב"ן בס' ד' ק"ב ע"ג וז"ל שמעי' מהכא דע"י מגו נאמן בלא שבועה ובפ' המוכר את הבית אמרינן וכולי מאי דנאמן נמי דקאמר בשבועה אלא נקוט האי כללא בידך דכל דאיכא טענת מגו דאי הוה טעין לה הוה בעי אישתבועי כי הכא כי טען נאנס ממני פקדונך הו"ל לישבע שנאנס כי טען נמי החזרתיו לך בעי לישבע שהחזירו וכל היכא דאי טעין טענת מגו לא חייב לאישתבועי כי הכא דרבב"ש דכי טעין לקוחה היא בידי לא היה נשבע דחזקה במקום שטר וכו' כי טעין נמי זוזי אחריני גבי אבוהון נאמן בלא שבועה ועד"ז תיקון כל מגו שבתלמוד דכל היכא כי טעין המגו א"ץ שבועה כי טעין נמי טענה אחריתי אינו נשבע וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאם בטענת המגו לא היה צריך לישבע היסת נאמן בטענה אחרת במגו בלא שבועה אבל הריטב"א בתשו' הביאה מרן בב"י בסס"י ס"ו גבי שטרות כ' וז"ל אם טען החזרתי לך במגו דא"ב אמר נאנסו והיה א"ל דאפי' היסת אינו נשבע במגו דאם טען נאנסו שאינו נשבע אפילו היסת אלא דבכה"ג ליכא מגו דשבועת היס' בפקדון ומלוה שכופר בכל תקנתא דרבנן בתראי היא וכיון דמדינא פטור וחייבו רבנן כי אית ליה מגו נמי חייב שבו' היסת דלא מהני ליה מגו דידיה טפי מטענת חזר' עצמ' וזה דעת רבותינו עכ"ל הרי שכתב דלא אמרינן מגו לפטו' משבועת היסת דכיון דמדינא נאמן על הטענה עצמ' בלא שבועה ואפילו הכי חייבו רבנן לישבע לא מהני מגו טפי וכן הסכים הש"ך בסימן צ"ה ס"ק י"ז ע"ש ועיין בב"י י"ד סימן קס"ט שכתב גבי ראובן שאמר לשמעון לקחת ממני רבית וכו' וז"ל ונראה לי דגם הרא"ש מודה בזה כיון שטוען לא היו דברים מעולם משביעין אותו דע"כ לא קאמר דנאמן בלא שבועה אלא באומר לקחת על ידי גוי וכו' ואין להק' כי אמר לא היו דברים מעולם נהמניה במגו דא"ב אמר ע"י גוי לקחתיו דמגו לאפטורי משבו' לא אמרינן עכ"ל וכבר תמה עליו מהרח"ש בתשו' ח"ב סימן ל"ב ובתשוב' ח"ג סימן כ' והרב כנה"ג שם דהרי הרא"ש סביר' ליה דאמרי' מגו לפטור משבו' וכן מהרד"ב בתשו' עיי"ש ואפשר דסבירא ליה דבשבועת היסת לכ"ע לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה

וכבר כתבתי מדברי התוס' והרא"ש בפרק ח"ה בעובדא דרבב"ש מוכח דאם אין נשבעין על הקרקעות היסת ניחא שהיה נאמן בלא שבועה במגו דלקוחה היא בידי ונראה דלא אמרינן מגו לפטורי משבועת היסת ה"ד אם הטענה מצד עצמ' נאמן בה מדינא אלא דרבנן תיקנו לישבע אבל התם דאינו נאמן על הטענה מצד עצמה אלא במגו דלקוחה אם בטענת לקוחה נאמן בלא שבועה השתא נמי מהני מגו לפטורי משבועה וכה"ג כתב הרב גידולי תרומה הביאו הכנה"ג אות קס"ט דהא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבו' ה"ד כשאין המגו מעלה ומוריד לענין הממון עצמו דבלא המגו נאמן להוציא הממון אבל אם המגו בא על עיקר הממון אגב מועיל לפטור גם משבועה עיין שם וה' בתי כהונה סימן כ"ח כתב דבנדון דידן כבר ידוע דכמה רבוואתא דסבירא ליה דמגו לפטור משבועה דיכול לומר שמעון קיימא לן כמ"ד הכי ופטור משבועת היסת ע"ש ומה שהק' מהרש"ך ח"א ד' פ"ג מדאמרינן בפ' שבועת הדייני' ר"ח מתני אסיפא מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אר"ן משביעי' אותו שבועת היסת וכו' וכו' אבל ברישא דליכא דררא דממונא לא וא"א יהא נאמן בלא שבועה במגו דלהד"ם ולמ"ד דמגו למפרע לא אמרי' ניחא דמגו דא"ב אמר אתמול להד"ם הוי מגו למפרע אבל הרא"ש ס"ל דאמרי' מגו למפרע ע"ש וכבר הוכיח ה' נתיבות משפט ד' שי"ח שי"ט ש"ך כהרא"ש ג"כ ס"ל דלא אמרי' מגו למפרע וכלל מוסכם וסברא גדולה היא עש"ב וכן הסכים הש"ך בסי' נ"ו ס"ק דלכ"ע לא אמרי' מגו למפרע וכ"כ בהדיא הרא"ש בפ' בתרא דכתובו' גבי עשאה סי' לאחר וכו' ע"ש מיהו ה' נתיבות משפט ד' שכ"א חי' בין מגו דטענה אחרת להפה שאסר וכו' שהיה שותק ומ"ל לשקר וכה"ג כ' הרמב"ן בפ' ח"ה דאמרינן הפה שאסר וכו' לחצי טענה ע"ש וכן דעת רש"י בפ' ב' דייני גזירות גבי עשאה סי' לאחר וכו' וכ"כ בס' א"ז בשם בעל ההשלמה וז"ל הא דתנן נשביתי וטהורה אני נאמנ' שהפה שאסר וכו' א"ל אי אמרה נשביתי ולאח"ז אמרה טהורה אני מי אמרי' הפה שאסר וכו' וגבי שדה נמי אי אמר של אביך היתה ולאח"ז אמר לקחתיה ממנו מי אמרי' הפה שאסר וכו' ובפ' ב' דייני גזירות משמע דאמרי' בה הפה שאסר וכו' אפי' לאח"ז ע"ש הרי דאמרי' הפה שאסר וכו' אפי' לאח"ז וא"כ ה"נ במנה לי בידך וא"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך למה לא יהא נאמן במגו דהפה שאסר וכו' ואפ' דאפי' אמרי' מגו למפרע ה"ד לפטור מממון אבל לפטור משבועה דמגו גרוע לא אמרי' לפטור משבועה כמ"ש הרא"ש בפ' כל הנשבעין דלא אמרי' מגו גרוע דהעזה לפטור משבועה ע"ש אלמא מגו דהעזה אמרי' לפטור מממון ולא לפטור משבועה דהוי מגו גרוע וה"נ מגו למפרע הוי מגו גרוע ולא אמרי' לפטור משבו':

מיהו זה ניחא אי אמרי' בסיפא דהודה בפני עדים ולמחר א"ל נתתיו לך הוא דצריך לישבע וכ"כ התוס' בקמא ד' קי"ח בד"ה ר"נ וכו' שכן פשט הלכה משמע אבל דעת ר"ת שם דאפי' ליכא עדים בהודאה והיה יכול לכפור בשעה שטען פרעתי חשיב דררא דממו' ע"ש ובתוס' דבתרא ד' מ"ד בד"ה המפקיד וכו' וכן ל' הטור בסי' פ"ז ל"ש א"ל מנה לי בידך וא"ל הן ולמחר א"ל נתתיו לך וכו' או שא"ל אמת שהיה לך בידי אבל אתה מחלתו לי או נתתיו לי ל"ש א"ל מנה לי בידך וא"ל אין לך בידי כלום דליכא דררא דממונ' בכל ענין נשבע היסת משמע דאפי' כשתבעו הודה אמת שהיה לך בידי אבל אתה מחלתו לי וכו' דליכא עדים בהודאה חשיבא דררא דממונא ותוס' במציעא ד' צ"ז בד"ה ביום וכו' ס"ל דאמרי' מגו לפטור משבועה וכדעת הרא"ש והטור וא"כ למאן דמתני ר"נ אסיפא איכא דררא אפי' ליכא עדים על הודאתו וטען פרעתי או מחלתו צריך לישבע וגם התוס' שכתבו שכן פשט הלכה דלא חשיב דררא דממונא אבל בלא"ה לא אמרינן מגו:

אבל ראיתי להפרישה בסי' צ"ג שכ' ונר' דכופר בכל התקינו עליו שבועת היסת אע"פ שהיא שבועה דרבנן מ"מ כיון דתיקנו מכח חזקה דאין אדם מעיז לתבו' לחבירו אלא כשיש לו בידו לא נפטר משבו' במגו דהעז' וה"ה בהנך שבועות שיש טעם ברור לתקנתא ושוב מצאתי שכ' הריטב"א והביאו הב"י סס"י ס"ו שבו' היסת בפקדון ומלו' שכופ' בכל תקנ' דרבנן בתראי וכיון דמדי' פטו' וחיי' רבנן כי א"ל מגו נמי חיי' שבו' היס' דלא מהני ליה מגו טפי מטענ' חזרה עצמה וזה דעת רבותי' עכ"ל הרי דלכ"ע לא אמרי' מגו לפטור משבו' היסת ודברי התוס' והרא"ש בעובדא דרבב"ש דמוכח דאם אין נשבעין על הקרקעות היסת נאמן בלא שבועה במגו דלקוחה היא בידי שאני התם דליכא העזה נגד היתומים ודוקא בכופר בכל לא אמרי' מגו לפטור משבועה מכח דחזקה דאין אדם מעיז וכולי או משום כיון דהטענה מצד עצמה נאמן בה ואפ"ה חייבו רבנן שבועה לא מהני מגו אבל התם דאינו נאמן על הטענה מצד עצמה אלא במגו דלקוחה אם בטענת לקוחה היה נאמן בלא שבועה השתא נמי מהני ליה מגו לפטור משבועה ושו"ר לה' בס' כהנת עולם ה' רבית ד' י"ו הוכיח והסכים כן דלכ"ע לא אמרי' מגו לפטור משבועת היסת עש"ב:

ל"ה מגו לפטור משבועה לא אמרי' כ"כ מהר"י ן' מיגש בחי' בפ' כל הנשבעין והביאו הראב"ד בס' תמ"ד סי' קצ"ה וז"ל וכיון שכן מאן דתבע חבירו קמן בדינא וקא"ל שותף דידי הוית ופליגנא בהדך השתא והתנאי עלך מקמי דנפלגי בהדך דתשתבע לי על טענת שמא וקא מודה ליה חבריה דשותף דידי הוה מיהו קא"ל דלא אהני ליה שו"פ בעולם דאע"ג דליכא סהדי בההיא שותפות וא"ל מגו לא מפטר מהשבועה אלא משביעי' ליה

על טענת שמא וכו' והמגיה שם הק' אמאי לא אמר כגון שלא חלקו וליכא עדים דהיו שותפין דנשבע על טענת שמא דאע"ג דא"ל מגו ואמאי נקט בחלקו ע"ש וכבר כ' ה' שרש יוסף דאם תבעו קודם חלוקה פשיטא דאינו נאמן בלא שבועה שלא נאמן במגו דלהד"מ דהוי מגו דהעזה אבל אם תבעו אחר חלוקה מכח התנאי והלה מכחישו שלא התנה ס"ד דנאמן במגו דלהד"מ דלא הוי מגו דהעזה דהשתא נמי שכפר בתנאי מגו הוא אלא דלא אמרי' מגו לפטור משבועה:

ל"ו מגו לפטור משבועה כ' הכנה"ג אות קס"ו דאפי' למ"ד מנו לפטור משבועה ה"ד אם בטענת המגו פטור משבועה אבל כשהטענת המגו היה צריך שבועה לא אמרי' מגו לפטור מהשבועה כדאמרי' בפ"ק דמציעא אברייתא דסלעי' דינרים וכו' וכמ"ש התוס' בגיטין ד' ל"א בד"ה תנ"ה ע"ש וכן נר' דעת בעה"ת סוף שער ו' שכ' על דברי הרמב"ם וז"ל וכ"ת דילמא מיירי בלא ראה וכו' ומגו דיכלה למימר להד"מ ומהימנא כי אמרה במתנה נתנם לי מהימנא הא ודאי ליתא דס"ס לאו לאשתבועי קא מיבעיא ומגו לאפטורי משבועה לא מהניא ע"ש ר"ל דלא נפטר משבועה במגו דאי טעין טענה מעלייתא מה"ט דמערים וכו' כדאמרי' דמציעא ע"ש ודלא כה' גידולי תרומה ע"ש:

(זה הלשון שייך לסי' צ"ג והעתקתי אותו בכאן בכללי מגו)

ל"ז

מגו לפטורי משבועה לא אמרי' כ' הרמב"ן בחי' לגיטין ד' נ"א וז"ל ולפי דעתי שלא הפריזו הר"י הלוי וחביריו על מדותיהם ואמרו שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה אלא בטוענו בריא כגון שבועת השומרים ושבועת מודה מקצת גופיה כמ"ש ה' בפי' שבועות שלו אבל שהוא חייב בטוען שמא משום הודאתו של זה לא עלה על דעת ע"ש וא"כ הכא בשבו' השותפין דטוען שמא נאמן בלא שבו' במגו ונר' דדמי למגו להוציא דלא אמרי' וכ' ר' שמשון והגמ"ר הביאם הש"ך בכללי מגו אות ט"ו מצינו מגו להוציא בבריא ושמא גבי משארסתני נאנסתי דגובה כתובתה ע"ש וה"נ אמרי' מגו לפטור משבועה בבריא ושמא:

ל"ח מגו לפטורי משבו' לא אמרי' כדקי"ל בסי' צ"ג וסי' רצ"ו וכ' הסמ"ע הטעם דדוק' בממון היקלו לומר מגו כי קשה להוציא ממון מיד בעליו אבל היכא שנפטר ממון בשבועה לא רצו חכמים לפוטרו משבועה מכח המגו עיין שם וכי האי גוונא כתב מהר"ם בתשובו' דשייכים לס' משפטים סימן ן' וזה לשונו ואין להקשות לפר"ש דהא דקיימא לן משנת ר' אליעזר בן יעקב קב ונקי ואמרינן התם דבנו קטן אינו מעיז ובפרק זה בורר אר"ן דינוקא במילי דאבוה לא ידע דיש לחלק דגבי שבו' דבקל יכול להיות דרמי שבועה עליה וכולי והכי צריכין למימר בהא דאמרינן בפרק הניזקין ודילמא לענין שבוע' דגדול

במילי דאבוה כקטן דמי אבל לענין זיבורית לא וטעמ' דבקל רמו רבנן שבועה כדאשכחן טובא נשבעין ונוטלין וטובא שבועת היסת מדרבנן וכו' עכ"ל וכבר כ' התוס' בכתובות דף פ' ד"ה ישבע וכולי וז"ל מקשים אמאי לא תנא האי נשבע ונוטל בהדי נשבעין ונוטלין בשבועות וכו' ונראה דהתם לא חשיב אלא אותם שצריך להשמיענו דנוטלין דאי לא אשמועינן הוה אמינא דאפילו בשבועה אין נוטלי' וכו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מנכסי יתומים אי לאו דאשמעינן הוה אמינא דנוטלים בלא שבועה לא חשיב להו התם והלשון מוכיח כן דהתם קתני נשבעים ונוטלין משמע דאתא לאשמעינן דנוטלים והכא קתני לא יפרעו אלא בשבועה משמע דאי לאו דאשמעינן הוה אמינ' דנוטלים בלא שבו' וכן כתב הר"ן בריש פרק כל הנשבעי' עיין שם ואם כן הכא נמי נשבעין ונוטלים דשבועות מן הדין לא יטלו בשבו' אלא שחכמים היקלו עליהם ליטול מיהא בשבועה אפילו להוציא ממון אבל הנך דפ' הכותב דלא יפרעו אלא בשבו' מן הדין נוטלים בלא שבו' מכת השטר שבידם אלא דחכמים החמירו עליהם לישבע דבקל רמו רבנן שבו' והכא נמי לא אמרינן מגו לפטור משבו' מהאי טעמא ואם כן לכאורה משמע דמדאורייתא אמרי' מגו דהא מגו דאורייתא ואין חילוק בין ממון לשבו' אלא החכמים חייבוהו שבועה דבקל רמו רבנן שבו' ככל הנך דלא יפרעו אלא בשבו' אבל הא ליתא דמהר"י ן' מיגש בפרק כל הנשבעין הוכיח משבו' השומרים דא"ל מגו וכן מודה מקצת ועד א' איכא מגו ואפילו הכי משתבעין וכו' והרא"ש דחה כיון דמגו דאוריית' מה לי ממון מ"ל שבו' נשבעים שומרים משום דמגו דהעזה הוא ומודה במקצת הא אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפנ' ב"ח וליכא מגו ע"ש אם כן למהר"י ן' מיגש לא אמרינן מגו לפטור משבועה מדאוריית' ולהרא"ש גם מדרבנן פטור משבועה מכח המגו אך קשה דהא קימא לן כר"ל דבתו"ז אינו נאמן לומר פרעתי ונפרעים אפילו מיתומים קטנים בלא שבועה מכח חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אבל אם תבעו לאחר זמן וטען שפרעו בתוך זמן נאמן במגו דקי"ל דקולא לנתבע כמבואר בסי' ע"ח אם כן מגו עדיף מחזק' דאף על גב דקיימא לן מגו להוציא לא אמרינן ובחזקה זו אנו מוציאין ממון אלמא חזקה זו עדיפא ממגו מכל מקום לגבי הנתבע דחזקה דממון מסייע לי אמרינן מגו במקום חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן וכיון דחזקה זו מהני' לפוטרו משבו' כ"ש מגו דעדיף מחזקה ולדברי ה' גידולי תרומה והביאו הרב כנה"ג אות קס"ט דהא דלא אמרינן מגו לפטור משבו' ה"ד כשאין המגו מעלה ומורי' הממון עצמו דאם לא היה המגו נאמן להוציא ממון או להחזיקו דבלא המגו היה חייב שבועה ואתה בא לפוטרו משבוע' מכח המגו כזה לא אמרינן מגו לפטור משבועה אבל אם המגו בא על עיקר הממון אגב מועיל גם

כן לפטור משבו' ע"ש א"ל דה"נ הא דמהני חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן ליטול בלא שבו' משום דבלא החזקה לא היה נאמן להוציא ממון ואם כן החזקה באה על עיקר הממון ואגב הועילה לפטור גם כן משבו' וה"נ מגו שבא על עיקר הממון מועיל גם כן לפטור משבו' מיהו כבר הוכחתי בסימן נ"ח דאפילו מגו שבא על עיקר הממון לא מהני לפטור משבו' עש"ב ובתשוב' בשמים ראש סימן ן' כתב בפוגם שטרו בתוך זמן דאין צריך לישבע הטעם משו' דאית ליה למלוה מגו דלא היו דברים מעול' ואף שהרמב"ם סובר דמנו דאינו פוטר משבו' מכל מקום א"ל דלא חייב' המשנה שבו' אלא בפוגם שטרו אחר זמן דאלו בעי לוה אמר אישתבע לי אלא דאנן לא פתחי' ליה והיכא דאיכ' פגם פתח פיך לאלם ומשבעינן ליה אבל בתוך זמן לא וכו' עיין שם וה"נ הבא ליפרע מנכסי יתומים ומנכסים משועבדים ושלא בפניו שלא יפרעו אלא בשבו' ה"ד לאחר זמן כמ"ש בפרק הכותב דאינם נאמנים דילמא אי הוה אבוהון גבי מן הלוה הוה טעין אישתבע לי דלא פרעתי' ובעי אישתבועי השתא אנן טעני' דפתח פיך לאלם הוא ע"ש ואם כן ה"ד לאחר זמן אבל בתוך זמן נפרעין מהם בלא שבועה מכח חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן דלא חייבה המשנה שבוע' אלא בדליכא חזקה או מגו דמהני חזקה לפטור משבו' המשנה וכן מהני מגו לפטור משבו' המשנה אך ק' המלוה על המשכון שכתב הרמב"ם דאפי' דליכא עדים דנאמן במגו דלקוח צריך לישבע בנקיט' חפץ ולא אמרינן מגו לפטור משבו' וכבר כתבתי בסימן נ"ח דפוגם שטרו כיון דבלא מגו נאמן ליטול ממון אהני ליה המגו לפוטרו אף משבועה אבל מלוה על המשכון דאינו נאמן להוציא ממון אלא מכח המגו אינו פוטרו גם משבו' וכה"ג כתב הש"ך בסימן פ"ט ס"ק יו"ד עיי"ש ואם כן אכתי קשה דהא מכח חזקה דאין פורע בתוך זמן אפילו מלוה ע"פ נפרע בלא שבו' אם כן אפילו לא היה נאמן להוציא ממון אלא מכח חזקה מהני לפוטרו גם משבועה וכ"ש דמגו דעדיף מחזקה מיהו תי' עוד שם דפוגם שטרו דמגו דלא היו דברים מעולם הוי כמשיב אבידה דפטור משבו' וכן רבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכו' כתב הב"ח בסימן רצ"ו משום דמשיב אבידה הוא דאי בעי כפר בכל ועכשיו שהוא מודה במקצת מסתברא לפוטרו משבו' וכן כתב הרב נתיבות משפט ד' קנ"א דמגו דלא היו דברים מעולם אלים ומהני לפטור עיין שם והנה בחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן מדברי הטור בסימן ק"ח גבי שטר בידי נראה דבתוך זמן אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ותמה הש"ך שם דמגו במקום חזקה בעיא היא וקיימא לן קולא לנתבע וצ"ל דדוק' התם דאי בעי לא אמר כלום שפרע בתוך זמן והפה שאס' הוא הפה שהתיר וכו' עיי"ש וכה"ג כתב הרמב"ן בפרק המוכר את הבית גבי שטר בידי ע"ש ואם כן דוק' הפה שאסר וכו'

עדיף מחזקה דאף על גב דאהני חזקה לגבות בלא שבוע' אמרינן הפה שאסר וכו' אם כן כ"ש דמהני הפה שאסר וכו' לפטור אף משבו' אבל מגו דהיה יכול לטעון טענה אחרת גרע מחזקה ולא מהני מגו לפטו' משבו':

ט"ל

מגו לחצי טענה לא אמרי' כ"כ התוס' בבתרא ד' ל"ג בד"ה ואי וכו' והרמב"ן בחי' שם גבי ההוא דאמר זבינתא מינך ואכלתי' שהרי אר"ן הדרא ארעא הדרא פירי אמאי לא יהא נאמן במגו דלפירות ירדתי דאין זה מגו שהרי בא לתבוע גם הקרקע ע"ש וכ"כ בעה"ת ש' נ"א ח' ח' בשם הר"ן בר"מ וז"ל כתבנו בפ' ח"ה בשם רבותי' גבי הא דאמרי' ואי אמר לפירות ירדתי וכו' כל היכא שטוען אדם לחבירו טענה רבה ומנו מועיל לו למקצת טענתו לא אמרי' מגו כי התם וכי הכא שהוא טוען שהממון שלו ולא אתי מגו אלא לצור ע"פ צלוחיתו בטל מגו ופרח משם עי"ש וכן כתב עוד בסוף ש' ו' בשם הר"ן ב"ר מאיר באשה שאמרה א' נתנו לי על מנת שאין לבעלי רשות בהם וז"ל וא"ת וליהוי מהימנ' במגו דאי בעיא אמרה אתה נתת לי תשו' מפני שהטענ' הזאת מוציאין הנכסים מתחת יד בעלה בטענה זו אינה נאמנת לעולם ומאחר שהיא טענה שאינה נאמנת להפקיע' מירושתו אינה נאמנת במגו לענין פירות דלא אמרינן מגו היכא שהמגו מגרע טענתיה כי הכא ונראין דבריו ע"ש ובסוף פרק הכותב דאמר כשאין שם עידי גירושין מגו דיכול לומר לא גירשתיה יכול למימר גירשתיה ונתתי לה כתובתה כתב בספר א"ז וז"ל וכתב ריב"ש ועדיין ק' דלאו מגו מעליא הוא דאם אמר לא גירשתיה יתחייב לה כתובת' לאחר מותו וכו' ועכשיו אומר שפרעה נפטר לגמרי וניח' ליה וכו' דהא השתא אין לנו לפורעה שהרי יש לנו להאמינו כשאומר פרעתיה כמו אם היה אומר לא גירשתיה לענין שלא תפרע עתה בטענת אבד גיטי עד לאחר מית' ואף על פי שהטענה ההיא לא היתה לו יפה כל כך כמו זו שהוא טוען יש לנו להאמינו בכדי הטענה ההיא דומיא דהנהו עזי דאכלו חושלא בנהרדעא שנאמן לטעון עד כדי דמיו מגו דאי בעי אמר לקוחות הן בידי שאף ע"ג דהשת' טעין טפי מכדי דמיהן מהימני' ליה עד כדי דמיהם ע"כ ע"ש וכן כתבו התוס' במציעא דף ק"י בד"ה א"ל וכולי וז"ל וא"ת אם כן לעולם יהא בעל הקרקע נאמן לומר שבגזל מגו דאי בעי אמר משכנתא הוא וכו' א"נ אין זה מגו שאין טוען ברצון משכנתא היא או לפירות הורדתיך לפי שסבור להוציא גם הפירות שאכל וכו' ע"ש וכן כת' התוס' בכתובות דף ט' ד"ה לא וכו' דאינה נאמנ' במגו דמוכת עץ לרבנן דאמרי דמוכת עץ כתובתה מנה דאין זה מגו דאינה רוצה להפסיד כלום מכתובתה וכו' עיי"ש ובפרק קמא דמציעא דף ז' ע"ב גבי מצא שטר כתובה אמר רבינא לרבנן חיישינן לב' כתובות ור"י לא

חייש לב' כתובות כתב בספר א"ז ור"י דאמר בנתאלמנה לא יחזיר והיינו כשטוען פרעתי וכו' וכתב בגי' וא"ל דנימא דאיירי ר"י בטוען שני כתובות דנימא בנתאלמנה מגו דאי בעי אמר פרעתי אבל עודה תחת בעלה ליכא מגו דאינו נאמן לומר פרעתי וי"ל דאין זה מגו דאם טוען פרעתי לא היה נאמן אמנה ומאתים רק התוספת לבד לכך טען ב' כתובו' וכו' כדי שלא יצטרך לפרוע כלום ע"ש ונראה משו' דלא אמרינן מגו לחצי טענה ואינו נאמן אפילו (עכ"מ):

והתוס' בר"פ האשה שנתארמל' דף י"ו ע"ב ד"ה וליחוש וכו' כ' וז"ל אלא אפי' למ"ד דלא מצי טעין אחר מעשה ב"ד מפסיד במה שכתובתה תחת ידה שאם תתבענו פעם אחרת ולא יהיו עידי הינומא יהא נאמן במגו לומר פרעתי מנה במגו דא"ב אמר אלמנה נשאתיך וכו' וכ' ה' ח"ה ר"ל באומר פרעתי הכל יהא נאמן מיהא על מנה במגו דאלמנה נשאתיך ע"ש וא"נ כן דכבר הוכיחו התוס' דלא אמרי' מגו לחצי טענה אלא דוקא אם יטעון פרעתיך מנה וכ"כ הר"ן בפ' האומר גבי קדשתי את בתי וז"ל וא"ת אמאי לא יהא נאמן לומר נשבית ופדיתיה במגו דקדשתי וגרשתי ותי' כיון דטענת נשבית פוסלה אפי' מתרומה לא נאמן אף לפוסלה מכהונה ומגו לחצי טענה לא אמרי' וכו' וה' פני יהושע בחי' ד' ס"ד כ' נלע"ד דבלא"ה אין כאן מגו שאם יאמר קדשתי' לפ' וגרשתיה א"כ אוסרה בקרובו של פ' ואפ' שאין בדעת האב לאוסרה עליהם וכו' ועוד דאם יאמר קדשתי' וגרשתיה ע"כ צ"ל בפני פ' ופ' קידשתיה והלכו להם למ"ה או מתו ולא מיקרי מגו דלא שכיח כלל ואמרו הרוצה לשקר ירחיק עדיו וכו' ע"ש וכעין זה כ' הרא"ש בפ' שבועת הדיינים באומר אל תפרעני אלא בפני עדים אע"ג דנאמן לומר פרעתיך בפני פ' ופ' שמתו מ"מ אין זה מגו טוב כי יאמרו הרוצה לשקר ירחיק את עדיו ע"ש וה"נ כיון דאינו נאמן לומר קידשתי' אלא בפני פ' ופ' והלכו למ"ה ומתו לא מהני לענין מגו שיאמרו הרוצה לשקר ירחיק את עדיו אבל הר"ן אזיל לטעמיה שכ' בפ' שבועת הדייני' באומר אל תפרעני אלא בעדים אע"ג דנאמן לומר פרעתיך בפני פ' ופ' אינו נאמן לומר פרעתיך ביני ובינך משום דאנן סהדי דלא פרע בלא עדים והוי מגו במקום עדים ע"ש ואפשר משום דס"ל דאפי' לא א"ל בפני פ' ופ' אלא פרעתיך בפני עדים שמתו נאמן כמ"ש הרא"ם בתשובות ח"ב סימן ל' דלאו דוקא בפני פלוני ופלוני אלא אפי' בפני עדים מדכ' הרמב"ם שטוען שהיו קידושין בפני עדי' והלכו למ"ה או מתו ש"מ דבפני עדים קאמר דאס"ד דלאו בסתם עדים מיירי אלא דאמר בפני פ' ופ' וטעמא משום דמרתת שמא יבואו ויכחישוהו א"כ לא הול"ל או מתו כיון דלא כרתת שמא יבואו ויכחישוהו וכולי ע"ש וא"כ שפיר אמרי' מגו דיכול לומר לא קידשתיה בפני עדים שמתו דלא מרתת

ורשב"ם בבתרא ד' מ"ה גבי פקדון כ' דאם טען החזרתי לך בפני פ' ופ' והלכו למ"ה נאמן אבל אינו נאמן לומר החזרתי שלא בעדים במגו דהחזרתי בפני פ' ופ' אין זה מגו טוב לפי שירא לטעון כן פן יבואו ויכחישוהו וכ"כ הר' יונה בעניות בסוף הסוגיא דף מ"ו ע"ש והרשב"א שם דקדק מדברי רשב"ם דדוקא בטוען הלכו למ"ה היה נאמן בל אומר מתו לא נאמן עיין ש' א"כ משמע דאם היה אומר מתו נאמן ה"נ נאמן לומר החזרתי לך שלא בעדי' במגו דהחזרתי לך בפני פ' ופ' שמתו והמ"מ בפ' ט"ו מה' מלוה כ' וי"מ לדברי רבינו כשאומר פרעתיך ביני לבינך למה לא יהא נאמן מגו דא"ב אמר פרעתיך בפני פ' ופ' ומתו וזו קושיא חזקה וכולי ומתוך כך י"מ דדוקא בהלכו הוא דנאמן דמירתת דילמא אתו אבל במתו אינו נאמן וכולי ולדברי רבי' יש לתרץ שאין כאן דין מגו שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי וכו' ע"ש הרי דס"ל דאם אומר מתו נאמן הוי מגו טוב אלא משום דצריך לקיים תנאו אבל הכא נאמן לומר נשבית ופדיתיה במגו דקדשתיה וגרשתיה גם מה שתי' שאם יאמר קידשתיה לפ' אוסרה לקרוביו ושמא לא רצה לאוסרה עליהם ע"ש כבר כ' מהרימ"ט בתשו' חא"ה סי' כ"ח גבי סבלונו' שנאמן לומר שלא שלח לשם קידושין במגו דא"ב מגרש לה אע"ג דאוסר עצמו בקרובותיה משום דבסתם נשים דלא קפדי אינשי וכו' ע"ש וכבר כתבתי בסי' ס"ב שכ"נ דעת הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י א"ה סי' מ"ב ס"ז שכ' ועוד דכל שלא באו עידי השטר ממש נאמנת לומר שטר מזוייף מגו דא"ב אמרה גירשתני וכולי והרי לפי טענתה שאומרת שהשטר מזוייף וליכא קידושי' מותרת לקרוביו ואם היתה טוענת גרשתיה היתה נאסרת לקרוביו וגם נפסלה מכהונה ואפ"ה אמרי' מגו דלא קפדי כך וכ"ש דהאב נאמן לומר נשבית ופדיתיה במגו דקידשתיה וגירשתיה דלא קפדי וכ"כ הר"ן גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכו' וז"ל ולענין הלכה משמע דקי"ל כרבי דאינו נאמן לאסור דהא מ"ל לשקר במקום עדים דקיימא לן הלכה כרבי מחבירו ואף על גב דבפרק קמא דב"ב מ"ל אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא התם הוא מגו שהיה יכול לטעון טענ' אחר' דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא דמגו דבידו הוא וכו' וא"ת והיכי אמרינן דהא מגו כעדים דמי והא בפ' י"נ גבי זה בני מפרש טעמא הואיל בידו לגרשה ואייתי למיפשט מינה דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן ומסי' דאינו נאמן אלמא חיישי' לה אפילו מכאן ולהבא אין מאמיני' אותו וי"ל שא"א מגו אפילו במה שבידו לחצי טענה וכו' עכ"ל הרי דאפילו מגו שבידו דאלים דאמרינן במקו' חזקה לא אמרינן ליה לחצי טענה:

אבל התוס' בפרק י"ן בד"ה הואיל וכו' נראה דס"ל דאמרי' מגו לחצי טענה ואפ' דהיינו דוקא במגו דבידו לגרשה אבל מגו שהיה טוען טענה אחרת לא אמרי' לחצי טענה

כמבואר בדבריהם בפרק ח"ה כמ"ש התוס' בכתובות דף נ"ה בד"ה שבידו וכו' תימא איך נאמין אותו על תרומה בהאי מגו הא אין בידו להאכילו לאחר מית' ואם כן אין זה מגו כמ"ש ביש נוחלין וכולי לא צריכא בנכסים שנפלו כשהוא גוסס אלמא אי לאו קרא לא היה נאמן לפי שאין בידו דלא דמי דהכא כיון דנאמן להאכילו בחייו משום דבידו סברא הוא דנאמן אפילו לאחר מית' עכ"ל ונראה דסבירא ליה דודאי נאמן להאכילו בחייו משו' דבידו דאפילו לחצי טענה אמרינן מגו דבידו אלא תק"ל איך נאמן שזה כהן ואוכל תרומה לעולם ותי' דסברא הוא וכו' וק' על הרמב"ן והר"ן דבפרק י"ן פרכינן לרבנן יכיר ל"ל למיתב לו פי שנים לא יהיה אלא אחר אלו בעי למיתב לו במתנה וכולי ל"צ בנכסים שנפלו לאחר מכאן משמע דנכסים שיש לו עכשיו ל"צ קרא דנאמן במגו לחצי טענ' ובספר שער המלך ה' מכירה דף כ"ט כתב דסביר"ל דלאו משום מגו הוא דנאמן אלא ה"פ כיון דאמר זה בני בכור ודאי כוונתו לזכות לו פי שנים מנכסיו וא"כ אפילו הוא משקר הא גלי דעתיה דרוצה ליתן לו במתנה פי שנים מנכסיו וכ"נ שהבין הרשב"א הביאו הרב בני אהרן סי' נ"ה שהק' דאיצטריך קרא דאם אחר הוא ונתן בלירוש' לא אמר כלום וכו' ותי' משום מגו קאמר משמע דס"ד דלאו משום מגו הוא שהרי הרשב"א שם כ' וז"ל בשלמא לר"י איצטריך קרא דאי לאו קרא לא היה נאמן במגו דאי בעי למיהב ליה במתנה דמגו במקום חזקה כי הא וכ"ש במקום עדים שזה נולד קודם לו לא אמרינן אלא לצריך היכרא פשיטא וא"ת איצטריך דאי אחר הוא ונתן לו בל' ירושה לא אמר כלום וכו' ע"ש הרי שכתב דלר"י איצטריך קרא משום דאינו נאמן במגו במקום חזקה או עדים וא"א לר"י נמי קש' ל"ל יכיר כיון דאמר זה בני בכור הוא משקר שיש עדים שזה נולד קודם לו הרי גילה דעתו שרוצה ליתן לזה במתנה פי ב' והרמ"ה בפרק י"ן סימן ק"י כתב וז"ל למאי וכולי אא"ב כי איצטריך קרא לאשמעינן כשהיה א' מוחזק שהוא בכור ואמר האב על א' קטן ממנו שהוא בכור דמהימן לאחזוקי בגדול דממזר ניחא אלא א"א איצטריך קרא לאשמעינן דצריך היכרא כגון שאין ידוע איזה מהם גדול מחבירו וכולי ל"ל קרא לא יהא וכו' ש"מ דלר"י אי אמר על הקטן שהוא בכור ה"ל הגדול ספק ממזר דאס"ד לר"י נמי כי אהני יכיר למיהב פי ב' בלחוד הוא דאהני ליה מ"ש דק"ל לרבנן לר"י נמי תק"ל יכיר ל"ל אי בעי למיתב ליה פי שנים מי לא יהיב אלא כי איצטריך יכיר למיפסליה וכו' עש"ב הרי דלר"י נמי אפילו מוחזק זה שהוא בכור אמרי' מגו במקום חזקה וכן כתב הרמ"ה שם דהא קיימא לן דל"ש בממון ול"ש באיסור כל היכא דבידו לעשות אותו דבר שהוא מעיד עליו נאמן ובר"פ האשה רבה מוכח דאפילו אתחזק איסורא נאמן וכן כ' הרא"ש בפ' הניזקין ונתבאר בי"ד סימן קכ"ז ע"ש ואם כן אפילו במקום חזקה נאמן במגו דבידו

לעשות אלא דלר"י איצטריך קרא דאפי' מוחז' זה בכור בעדים שנולד קודם נאמן לומר על הקטן שהוא בכור דממילא הוי הגדול ממזר כמ"ש הרמ"ה שם סימן ק"ט ע"ש אבל הרמב"ן אפשר דסבירא ליה דלר"י איצטרי' קרא לאשמעינן דנאמן לומר על הקטן שהוא בכור לפסו' הגדול אבל לענין פי ב' לא צריך קרא דאפי' משקר הוי מתנה דהאומר זה בני הוא הוי ל' מתנה כמ"ש מהרימ"ט סימן נ"ו עיי"ש אבל לא אמרינן מגו דבידו לגרשה אף על גב דהוי לחצי טענה כדאמרינן גבי בכור דנאמן על הנכסים שהם בידו ליטול פי שנים במגו דבידו ליתנם לו וכן כתב רשב"ם בפרק י"ן בד"ה לגרשה וכו' דמגו דא"ב יהיב לי במתנה כי אמר נמי בני הוא וירשני נאמן ואי משום נכסים הבאים לאחר מכאן ודאי אינו נאמן דהא ל"ל מגו וכו' הרי דנאמן על הנכסים שהם עכשיו בידו במגו דיכול ליתנם לו אף על גב דהוי מגו לחצי טענה ובפרק ח"ה גבי אר"ן הדרא ארעא וכו' נראה דסביר"ל דלא אמרינן מגו לחצי טענה כמו שכ' הרמב"ן שם ולפי מ"ש נראה דסביר"ל דמגו דטענה אחרת לא אמרי' מגו לחצי טענה אבל מגו דבידו אלים ולכך נאמן לומר זה בני ליורשו במגו דבידו ליתן לו במתנה כמו שחילק הרמב"ן והרשב"א והר"ן במגו במקום חזקה וכן ריא"ז בפרק י"ן שכתב בשם מז"ה דאינו נאמן להתירה אלא לישראל שיכול להתירה לו בגיטא אבל לא לכהן שאינו יכול להתירה לו בגיטא ע"כ נראה דסבירא ליה דהאומר זה בני נאמן להתיר אשתו לישראל במגו ולא לכהן דליכא מגו דאמרי' מגו לחצי טענה אפשר דה"ד במגו דבידו לגרשה אבל מגו דטענה אחרת לא אמרינן לחצי טענה וכן כתב הר' בני יעקב בתשוב' סס"י לדעת הרמב"ם וריא"ז דלא אמרינן מגו לחצי טענה עיין שם באורך:

וה' כנה"ג בדיני מגו אות קע"ב הביא דברי התוס' הרמב"ן דפ' ח"ה דלא אמרי' מגו לגרוע ושם באות פ"א כ' מגו לחצי טענה כגון זה בני לפוטרו מן היבום להתירה לישראל ולא לכהן מגו דבידו לגרשה לדעת התוס' אמרי' ולדעת הרמב"ן וריא"ז לא אמרי' ע"ש ונראה דה"ד במגו דבידו דהתוס' ס"ל דאלים כעדי' ואמרי' אפילו לחצי טענה ומדברי ריא"ז אדרבה נראה קצת דס"ל דאמרינן מגו לחצי טענה דאל"כ אף לישראל לא הו"ל להתיר מיהו אפשר דלא חשיב ליה מגו לחצי טענה משום דאין הבעל מקפיד אם תאסר לכהן אלא לפוטרה מן היבום כמ"ש הרמב"ן בחי' שם אלא דסובר ריא"ז שאין מאמינים אותו אלא להתירה לישראל דאיכא מגו ולא לכהן ומ"מ נראה דמגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת לחצי טענה לכ"ע לא אמרי' וכן תפס מהרח""ש ח"א סי' א' ומהרימ"ט ח"א סי' ס' וסי' ע"ג ע"ש והרמב"ם פ' ו' מה' אישות ומרן בא"ה סי' ק' סי"א כ' א"ל הבעל כך היה גירשתיה ונתתי לה כל הכתובה עיקר והתוס' וכולי מתוך שיכול לומר לא גירשתי ולא

יתחייב בתוס' נאמן ומשביעה בנק"ח ונותן לה את העיקר ונשבע הוא שבו' היסת על התוס' עכ"ל הרי אפילו טוען לפטור עצמו מכל הכתובה נאמן על התוס' בלבד דאמרי' מגו לגרוע טענתו וכן הק' מהרימ"ט ח"א סי' ק"ה וכ' הר' שע"ה שם נר' שחשב דזה מוסכם ולא אמרי' מגו לחצי טענה ואינו כן דהרי התוס' בפרק י"ן דס"ל דאמרי' מגו לחצי טענה וא"כ נר' דרבי' הכי ס"ל ע"ש וכבר כתבתי בסי' ס"ב דבעל התרומות סוף שער ו' כ' בשם הר"ן בר' מאיר דדעת רבי' דלא אמרי' לגרוע טענתו וכמ"ש בשער נ"א עיין שם ובס"פ הכותב דאמרי' מגו דיכול לומר לא גירשתיה וכו' כתב הרמב"ן בס' א"ז וז"ל איכא דק"ל והא אמר רב המנונא אשה שאמרה לבעלה גירשתני נאמנת ואף ליטול כתובתה וכו' ויש מי שאומר נאמנת היא ליטול כתובתה ואינה נאמנת ליטול תוס' וכ"כ ר"מ הספרדי ובהכי מתרץ קושיין וכו' ע"ש הרי דהרמב"ן דס"ל דלא אמרי' מגו לחצי טענה ניחא ליה לדעת רבי' דאמרינן הכא מגו דלא גירשתיה נאמן מיהא על התוס' דהוי לחצי טענה ונר' דס"ל דמגו דלהד"מ והפה שאסר וכולי אמרי' לחצי טענה שהרי כ' הרמב"ן בפ' ח"ה גבי הדרא ארעא והדרא פירי וכו' כתב וז"ל וא"ת הא אמרי' דהיכא דליכא סהדי דאכל מהימן לומר אכלי ודידי אכלי מגו דא"ב אמר לא אכלי מעולם ומפסיד ארעא וכבר פי' הר"ש וכולי וי"א שא"צ לדברי הר"ש בזה דהתם כיון דליכא סהדי דאכל ואי שתיק מיפטר כי אמר אכלי ודידי אכלי הו"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר ואע"ג דכי טעין לקוחה היא בידי אלומי אלמוה לטענתיה מהימן שהרי כל עצמך אינך יכול לתובעו פירות אלא על פה הודאתו אבל היכא דצריך טענה כגון באו עדים שאכל לא אמרי' בה מתוך שיכול לגרוע טענתו יהא נאמן וכו' ע"ש הרי דס"ל דאמרי' הפה שאסר וכולי לחצי טענה שו"ר להרב נתיבות משפט דף ר"ס שתי' דה"ד בשאין הטענות שוות מחמת עצמם כגון התם שזה תובעו גוף הקרקע ואומר לקוחה היא בידי דלא שייך למי' מ"ל לשקר על הפירות אי בעי טעין לפירות ירדתי דאה"ן דמשקר אלא שבחר בטענה זו שרצונו לשלם בגוף הקרקע אבל הכא דשני הטענות שוות מחמת עצמן בין שטוען לא גירשתיה מעולם בין שטוען גירשתיה ונתתי לה כל הכתובה ודעתו ליפטר מעיקר ומתוס' אלא דכשאומר לא גירשתיה אינו נאמן ואם ידע דבאומרו לא גירשתיה יתחייב בעיקר מיהא אמרי' וכו' ולכאור' נר' קצת ראיה דבפ' י"ן אמרי' בעל שאמר גירשתי את אשתי למפרע פלגי' דיבוריה דנאמן להבא במגו דבידו לגרשה וא"א מנו לחצי טענה הוא שהוא רוצה לפוטרה מזנות דלמפרע ואתה מאמינו על זנות דלהבא ולא למפרע אלא ודאי (עכ"מ):

מ' מגו לחצי טענה לא אמרי' כ"כ התוס' בבתרא ד' ל"ג בד"ה ואי וכו' והרמב"ן בחי' שם גבי ההוא דאמר זבינתא מנך ואכלתי' שהרי אר"ן הדרא ארעא ופירי ואמאי לא יהא

נאמן במגו דלפירות ירדתי דאין זה מגו שהרי בא לתבוע גם הקרקע ע"ש וכ"כ בעה"ת שער נ"א חלק ח' בשם הר"ן בר' מאיר ע"ש וכ"כ התוספות במציעא ד' ק"י בד"ה א"ל וכו' והתוס' בכתובות ד' ט' בד"ה לא וכו' כמ"ש לשונם לעיל בס' ט"ל ע"ש וכ"כ הר"ן בפ' האומר גבי קדשתי את בתי וכו' ע"ש אבל התוס' בב"ב ד' קל"ד גבי האומר זה בני דנאמן במגו דבידו לגרשה כ' התוס' וז"ל אע"ג דהאי מגו לא חשיב שאם היה מגרשה היה פוסלה מן הכהונה והשתא שאומר זה בני לא פסול לה מ"מ חשיב מגו לפוטרו מיבם עכ"ל נר' דס"ל דאמרי' מגו לחצי טענה אע"ג דבטענתו לא פסלה מן הכהונה נאמן לפוטרה מיהא ביבם במגו ומהרא"ש סי' כ"ה כ' בשם רב א' דזה שאמר זה בני כונתו לפוטרה מן היבם ולא איכפת ליה אם נאסרת לכהן וזה אמת ע"ש וז"ל ר' יונה בעליות לפטור את אשתו מן היבום איצטריך ליה וכ"ת הא נמי פשיטא דנאמן לומר זה בני לפטור את אשתו מן היבום מגו דא"ב פטר לה בגיטא וכדפרכי' ליורשים פשיטא משום דאיכא מגו י"ל להכי איצטריך וכו' אין כאן מגו מעליא דלא ניחא ליה למיפטרא בגיטא ולפוסלה מן הכהונה לכך הוא אומר זה בני לפוטרה מן היבום ושלא תיפסל מן הכהונה ע"י גירושיה קמ"ל דמהימן ומגו מעליא הוא דמאי איכפת ליה אי פסלה מן הכהונה ע"י גירושיה וכו' עכ"ל הרי דהוי מגו מעליא משום דלא איכפת ליה אי פסלה מן הכהונה ומשמע דנאמן בטענה דזה בני להתירה אף לכהונה וכ"נ דעת רשב"ם ד' קליה שם והא אמר ר"ח וכו' מיהו לכהן אסורה וכו' שהרי אינה נפטרת בטענת יש לי בנים וכו' משמע דבטענת יש לי בנים מותרת לכהונה וה' ח"ה שם כתב דמדברי התוס' אין נראה כן אלא כיון דבטענת יש לי בנים אינ' נאמנת רק משום דבידו לגרשה וכולי להתירא לכהן אין כאן מגו ע"ש וליתא שהרי כתבו התוס' שם בד"ה חדא וכו' ואור"י דשפיר גם כן רבה דאף לכהן הדיוט אסור' דהא מטעם שאמר גירשתיה היה מתירה ולא שהיה אומ' שהיו לו בנים דאם כן היה נאמן כדתנן במתני' וכו' עיין שם משמע בהדיא דאם אמר שהיו לו בנים נאמן להתיר' לכהן והרב כנה"ג בח"מ סימן רע"ט הגב"י דחה דברי מהרא"ש דס"ס למה מותרת לכהן כיון דהמגו לא מהני רק לפוטרה מן היבום ולא קשיא מדי כיון דלא איכפת ליה אם תאסר לכהן ונאמן בטענה דיש לו בנים ממיל' מותרת היא לכהונה ומ"ש ה' כנה"ג שם כוונת התוספות דוקא לפוטרה מהיבום שלא ייבם אותה אבל לא מהני מגו לפוטרה בלא חליצה כיון דמגו גרוע ע"ש ליתא דמדברי התוספ' דף קל"ה מוכח בהדיא דפטורה אף מן החליצה ולא חיישינן לה דאומר זה בני נאמן והתם אמר רב יוסף דהשתא דאמרת דאמרינן הואיל בעל שאמר גירשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה ואומר גרשתי אותה נאמן לגמרי לפוטר' בלא חליצה דהוי מגו מעליא וכבר הכריח כן הרמ"ה

שם סימן קס"ב וז"ל וש"מ מי שאמר בשעת מיתתו על א' שהוא בנו או שאמר יש לי בן נאמן לפטור את אשתו מן היבום ואצ"ל בבריא ואף על גב דמוחזק לן דאית לי אחי ואפילו חליצה נמי לא בעי דאס"ד בעיא חליצה מאי רבות' דאשמעינן אף ע"ג דמוחזק לן דאית ליה אחי' מאי אהני לן אלא ע"כ הא קא משמע לן דאף על גב דמוחזק לן דאית ליה אחי לא נטרי' להו אלא משתריא לשוק בלא חליצה וכו' עכ"ל וכן מוכח התם דאמר רב יוסף דהשתא דאמרת דאמרי' הואיל בעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה וההיא נאמן לגמרי לפוטרה בלא חליצה דהוי מגו גמור וה"נ האומר זה בני נאמן לגמרי דמינה נילף:

מ"א

מגו דהעזה כ' הריב"ש וז"ל ואף אם היה משה חי והיה תובע הכוס הזה נאמן לומר מנה לי ביד אביך וע"כ אני תופס כיון דליכא עידי פקדון וראה ואע"פ שאין להאמינו כאן במגו משום דהו"ל מגו דמעיז לשאינו מעיז אפ"ה בשבוע' מהימן כמ"ש המפרש' דבשבועה אמרי' מגו דמעיז לשאינו מעיז כדמשמע מההוא עובדא דהנהו עיזי וכ' וכ"כ הרמב"ן בחי' שבועות שלו בסוף המסכתא וכן הסכמת האחרונים ע"ש וכ"כ הר"ן בפ' כל הנשבעי' בסוגיא דשבועת השומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה וכו' וכ"כ הריטב"א בחי' גבי ל"ש אלא ששכרו בעדים וכו' וז"ל מיהו הא ודאי ק' היכי אמרינן מגו ממעיז לשאינו מעיז דאילו אמר לא שכרתיך היה מעיז פניו וכו' ומורי הרא"ה כ' דכי אמרי' הכא דיכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך בשבועה הוא ומעיז לשאינו מעיז נאמן בשבועה כדגמ' מודה מקצת וכו' והר"י תי' דכי טעין שכרתיך ונתתי לך שכרך בבריא איכא קצת העזה אע"ג דלא מעיז כולי האי כאלו אמר לא שכרתיך אפ"ה אמרי' בה מגו דמאן דמעיז במקצת מעיז הרבה ואינו מחוור ויותר נר' דברי ר' האיי דהכא כיון דכולה תקנתא דשכירו היכא דאיכא מגו כל דהו אוקמא רבנן אדין תורה עכ"ל הרי דס"ל דאמרי' מגו ממעיז לשאינו מעיז לפטור עצמו מהממון אבל לא לפטור מהשבועה וא"כ למאי דקי"ל דלא אמרי' מגו דלפטור משבועה אין חי' דלפטור ממון אפי' מגו דהעזה אמרינן ולפטור משבועה אפילו מגו מעיז לשאינו מעיז לא אמרינן:

ומהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א הוכיח דמגו דלהד"מ חשיב כמגו דאי בעי שתיק אמרי' אפי' להוציא דהא באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן במגו דלהד"ם אלמא אע"ג דקרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה אלא מכח המגו אמרי' מגו להוציא כיון דעיקר החיוב ע"פ והסכים עמו ה' נתיבות משפט ד' קפ"ח עש"ב וא"כ א"ל דה"נ נאמן לומ' שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו במגו דלא היתה של

אביך מעולם אע"ג דהבן יודע שהיתה של אביו והוי מגו דהעזה להוציא קרקע מחזקת בעליו מה"ט דמגו דלהד"ם אלים מיהו א"ל בפ' כל הנשבעין א"ל רבא מאי מעליותא א"כ שביתת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו דהפקיד ליה בעדי' מתוך שיכול לומר החזרתי לך יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בשטר' מכלל וכו' מוכח דאין חי' בין מגו דלהד"ם למגו דטענה אחרת דא"כ אימא דוקא במגו דלהד"ם אמרינן מגו דהעזה דא"כ אימא דדוקא אמרינן דנאמן לומר נתתי לך שכרך במגו דלהד"ם אע"ג דהוי מגו דהעזה אבל מגו דטענה אחרת לא אמרינן מעיז לשאינו מעיז ושבועת השומרים דאפקיד בעדים בלא שטר היא והרא"ש והריטב"א שם כ' דאנן דקי"ל דשבו' השומרי' אפי' במפקיד בלא עדים דמגו דלהד"ם הוי מגו דהעזה ושאני שבועת שכיר דתקנת חכמים היא ובמגו כל דהו אוקמי' אד"ת ע"ש א"כ משמע דאין חי' בין מגו דלהד"ם בין מגו דטענה אחרת דמגו דהעזה לפטור משבועה לא אמרי' אפי' מגו דלהד"ם אבל לפטור מממון אפי' מגו דטענ' אחרת אמרי' וראיתי בתוספות הרא"ש במשנה והובא בס' א"ז לכתובות שם שכ' וז"ל פירש"י שאינו יודע שהיה של אביו ונראה דאפילו יודע אפילו הכי מהימני' ליה וכו' וא"ת אי טעין טענת בריא שהיתה של אביו אם כן ליכא מגו דאי הוה אמר לא היתה של אביך מעולם היה מעיז פניו אבל השתא לקחתיה ממנו אינו מעיז דהא לא ידע אם לקח וי"ל דאי מיירי דקטעין טענת בריא של אביו היתה מיירי נמי דקטעין טענת בריא שלא לקחה עכ"ל הרי דסבירא ליה דלא אמרינן מגו דלא היו דברים מעולם דהעזה ומתני' מיירי שאינו יודע שהיתה של אביו או שיודע שהיתה של אביו וטוען גם כן בריא שזה לא לקחה וזה לכאורה הפך ממ"ש בתשוב' דאמרינן מגו דהעזה וראיה מעזי דאכלי חושלי וכו' וא"ל דסבירא ליה דדוקא להחזיק מטלטלין שבידו אמרינן מגו דהעזה אבל קרקע בחזקת מרא קמא ולהוציא לא אמרינן מגו גרוע ואף ע"ג דבפ' ח"ה פסקינן כרבה דאמרינן מגו להעמיד הקרקע ביד המוחזק בה עכשיו דלאוקומי ממונא ע"ש בתוספות ה"ד במגו טוב אבל מגו גרוע דהעזה לא אמרינן בקרקע דהוי כמוציא מחזקת בעליו הראשונים דקרוב הוא להוציא ממון מחזקת בעליו הא' דהא לענין ספק אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא אלא דכיון דאיכא מגו להא שמוחזק בה עכשיו נאמן כמ"ש הרמב"ן בחי' שם וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן שנ"ג דאמרינן מגו להעמיד אפי' בדבר שעומד בחזקת בעלים במגו דאי בעי אמר זבינתא מינן אף על גב דקרוב הוא זה לאפוקי ממונא משו' דקרקע בחזקת בעלים עומדת אבל לאפוקי ממונא ממש לא אמרי' מגו ע"ש הרי אף על גב דקרקע אחזקת בעלי' עומדת לא חשב מגו להוציא ממש אלא קרוב להוציא ממון הוא ואם כן א"ל דלא אמרינן

מגו דהעזה בקרקע בחזקת בעלים עומד וקרוב להוציא ממון הוא ודוקא במטלטלין דשייך תפיסה אמרינן מגו דהעזה להחזיק מה שבידו וכה"ג כ' הרב מש"ל פכ"א מה' מלוה בתשוב' דהנ"י בפרק הגוזל בתרא שכתב גבי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר שאינו נאמן לומר נגנבו ממני במגו דהשאלתי לך משום דהוי מגו דהעזה התם משום דזה רוצה להוציא כליו מיד אחר ולא אמרינן מגו גרוע דהעזה להוציא מיד אחר אבל להחזיק דמה שבידו לכ"ע אמרינן מגו דהעזה ע"ש ונראה דהתם נמי לא מקרי להוציא ממון ממש כיון שצריך להחזיר הדמי' ללוקח כמו שכתב הש"ך בסימן קל"ג ס"ק י"ג ע"ש אלא קרוב להוציא ממון דלא אמרינן מגו גרוע דהעזה אלא להחזיק מה שבידו וה"נ בקרקע כיון דקרוב להוציא ממון הוא מחזקת בעליו לא אמרינן מגו גרוע דהעזה ואע"ג דהרא"ש בפרק כל הנשבעין כתב גבי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר דנאמן לומר נגנבו ממני במגו דהשאלתים לך וכן כתב בתשו' עיין שם נראה דסבירא ליה דהתם לא מקרי להוציא כיון שצריך להחזיר הדמים ללוקח אבל בקרקע בודאי דקרוב להוציא מחזקת בעליו לא אמרינן מגו גרוע דהעזה ודוקא במטלטלין אמרינן מגו דהעזה להחזיק מה שתופס:

מ"ב מגו דהעזה כ' הר"ש מנו דהעזה לא אמרי' כי הא דסלעים דינרין מלוה או' ה' ולוה או' ג' דלא מהימני' לוה במאי דאמר ג' במגו משום דהוי מגו דהעזה דפחות מב' לא מצי למימר דמיעוט סלעי' דינרין ב' וכ' ה' כנה"ג אות קכ"ג וז"ל ביאור דבריו מדאמרי' בגמרא ה"נ מסתברא דב' פטור לכ"ע דאי ב' חייב היכי פטרי לכ"ע בג' האי איערומי קא מערים הוא סבר אי אמינא ב' בעינא אישתבועי וכולי מוכרח לומר דס"ל דב' לא מהימן במגו דא"ב אמר חד משום דהוי מגו דהעזה דאי לא הוי מגו דהעזה לא הוי הכרח דלעולם דב' נמי חייב ואע"ג דמטעם מגו היה נאמן מגו דא"ב אמר חד מ"מ אערומי קא מערים ולכך אינו נאמן אבל ג' דליכא למימר איערומי קא מערים פטור אלא ודאי מדאמרי' דאי ב' חייב ג' נמי חייב מוכרח לומר דאינו נאמן לומר אחד משום דהוי מגו דהעזה ולכך אמר ג' דאיערומי קא מערים עש"ב ולא דק דלא שייך מגו דא"ב אמר א' שהשטר מכחישו דסלעים אינו פחות מב' ודוקא באומר ג' במגו דב' אע"ג דאומ' ב' נמי אינו נאמן מ"מ דטענה טובה היא יותר שהשטר מסייע ולכך מערים ואומר ג' כדי שנאמינו במגו שיכול לומר ב' שהשטר מסייעו וכבר השיגו ה' שבות יעקב בדיני מגו ס"ק י"ב ופי' כוונת רבי' שמשון כמ"ש התוס' שם בב"מ בד"ה וש"מ דהילך פטור וא"ת יהא נאמן בג' מגו דאי בעי אמר ב' וי"ל כיון דהילך פטור אי יאמר ב' הו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז וכו' ע"ש וכ' הש"ך ממודה במקצת מוכח כן דאין נאמן במגו דכופר הכל מה"ט דלא מעיז ע"ש וה' כנה"ג כ' משום דא"ל כמ"ש המרדכי בפ' הגוזל קמא וז"ל ורש"י פי' מפני מה אמרה

תורה מודה מקצת הטענה ישבע ולא כופר הכל ולפי זה ליכא למילף מהא דמגו דהעזה דלא אמרי' ע"ש ולא דק דהם ס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' וכבר כ' הכנה"ג דר"ש מוכרח דס"ל דאמרי' מגו לפטור משבועה וא"כ ש"מ מגו דהעזה לא אמרי' דאל"כ מודה מקצת הטענה למה ישבע יהא נאמן במגו דכופר הכל מיהו כבר כתבתי בדיני מגו לפטור משבועה דזו ק' על הסמ"ג שכ' מנו לפטור משבועה לא אמרי' ובעשין צ"ה כתב מ"מ אמרה תורה וכו' פי' הו"ל לפטורי במגו דכופר הכל אי נילף מהכא דלא אמרי' מגו וכו' ונר' דס"ל כמ"ש הב"ח בסי' רצ"ו דה"ד כשהטענות שוות כגון בשומר דבב' הטענות נפטר השומר לגמרי אבל במודה במקצת דמשיב אבידה הוא דאי בעי היה כופר הכל דלא היה מתחייב כלל ועכשיו הוא מ"מ ודאי מסתברא לפוטרו משבועה במגו דכופר הכל וכ"כ בס' א"ז לכתובות ד' ח"י בשם שטה דלא אמרי' מגו לפטור משבועה אלא דה"פ ליפטר משום משיב אבידה הוא חזקה וכו' ע"ש:

מ"ג מגו דהעזה לא אמרי' כ' הכנה"ג סי' ס"ד שלא מצא מי שיסבור דאפי' בשבועה לא אמרי' מגו דהעזה ע"ש וליתא דהרי כ' הריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ואף אם היה משה חי והיה תובע הכוס הזה נאמן לומר מנה לי ביד אביך וע"כ אני תופש כיון דליכא עידי פקדון וראה ואע"פ שאין להאמינו כאן במגו משום דהי"ל מגו מעיז לשאינו מעיז אפ"ה בשבו' מהימן כמ"ש המפרשי' דבשבועה אמרי' מנו מעיז לשאינו מעיז כדמשמ' מההוא עובדא דהנהו עזי וכו' וכ"כ הרמב"ן בחי' שבועות שלו בסוף המסכתא וכן הסכימו האחרונים ע"ש הרי דבשבועה מיהא אמרי' מגו דהעזה:

מ"ד כתב מהריב"ל ח"ג סי' ק"ב על אשה שנתקדשה קידושי' גמורין ואח"ך אמרה בפניו שכבר נתקדשה קודם לאחר דאין נאמנת במגו דגרשתני דהוי מגו דהעזה כדאמרי' במודה במקצת וכו' וכ"כ הפרישה בא"ה סי' מ"ח וה' בית שמואל שם ס"ק ד' ע"ש וכ"כ ה' נתיבות משפט ד' רנ"ט מסברא דאין מקום לומר מ"ל לשקר אי בעיא אמרה גירשתני כיון דחזקה אינה מעיזה וכולי וכבר כתבתי בסי' ס"ב דברי הרשב"א והריטב"א בפ' האשה שנתארמלה שכ"כ ואין האשה נאמנת בטענה אחרת במגו דגרשתני כיון דחזקה אין אשה מעיזה פניה בזו לא אמרינן מגו דהעזה והיינו משום דחזקה גדולה היא דמה"ט מתירים אותה לכתחלה אינה נאמנת בטענה אחרת בזה במגו ומהר"ם ן' חביב בס' עזרת נשים ד' ז' תמה הלכה רווחת היא דמגו דהעזה אמרי' בפ' ח"ה גבי הנהו עיזי וכו' והריב"ש סי' שצ"ב חי' לאוקומי ממונא ובשבועה כגון הנהו עיזי וכולי אמרינן מגו מעיז לשאינו מעיז אבל לפוטרו משבו' דמודה במקצת לא אמרי' מגו דהעזה וא"כ נ"ל דאשה זו שטוענת קודם לכן נתקדשתי ואנו רוצים להאמינה במגו דגירשתני דמיא להההיא דעיזי וכו' דה"נ

מוקמי' האשה ברשותה שרוצה להיות ברשות בעלה א' נאמנת במגו דגירשתני דאמרינן מגו דהעזה לאוקומי הדבר ברשותו ע"ש ונראה דודאי נאמנת האשה שנתקדשה לבעל לאוקומה ברשותה כמבואר בהר"ן בפרק האומר דקידושין דבתנאי שהוא בינו לבינה כגון ע"מ שתתן לי ר' זוז או ע"מ שאתן לך מאתים זוז כלל גדול אמרו המוציא מחבירו עליו הראיה לפיכך בקידושין היא נאמנת ומותרת לשוק ובגירושין הוא נאמן ואסורה אבל בתנאי שהוא שלו בלבד ע"מ שאדבר עליך לשלטון או ע"מ שאלך למקום פ' ואמר עשיתי והיא אינה יודעת הרמב"ן ס"ל דהוא נאמן וא"ץ עדים וחלקו עליו האחרונים דכל תנאי שהוא במקום עשה בלבד אפילו הוא תנאי שלו כל שלא הביא ראיה אינו בדין שתהיה מקודשת דהא מוציא מחבירו הוא והו"ל כאומר הלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני דפטור ונראין דבריהם ע"ש הרי דאפי' הבעל טוען בריא והיא טוענת שמא דעת האחרונים והר"ן דאין הבעל נאמן בלא ראיה דהממע"ה וכ"ש אם הבעל טוען שמא והיא טוענת בריא דודאי היא נאמנת לאוקומה ברשותה דהמוציא מחבירו עליו הראיה וא"כ כיון דאמרי' מגו דהעזה לאוקומי ממונא ה"נ לענין קידושין אמרי' מגו לאוקומי האשה ברשותה מיהו נר' דה"ד בספק קידושין דמוקמי' לה בחזקת פנויה דומיא דאין מוציאין ממון מחזקת בעליו אבל הכא דלעולם היא אסורה לכ"ע והרי נתקדשה לזה לפנינו והיא רוצה להפקיע עצמה ממנו להיות ברשות אחר אדרבה (עכ"מ):

מ"ה מגו דהעזה לא אמרי' הר"ש ובס' א"ז לכתובו' ר"פ האשה שנתארמלה כתב הרא"ש וז"ל פירש"י שאינו יודע שהיא של אביו ונר' דאפי' יודע אפ"ה מהמני' ליה וכולי וא"ת אי טוען טענת בריא שהיא של אביו א"כ ליכא מגו דאי הוה אמר לא היתה של אביך מעולם היה מעיז אבל השתא דטען לקחתיה ממנו אינו מעיז דהא לא ידע אם לקח וי"ל דאי מיירי דקטעין טענת בריא של אביו היתה מיירי נמי דקטעין טענת בריא שלא לקחה עכ"ל הרי דס"ל דלא אמרי' מגו דהעזה והכנה"ג חא"ה סי' ס"ח הגב"י הק' ממתני' בפ"ק דכתובות היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא אירשתיך ר"ג אומר נאמנת במגו דמוכת עץ והא הוי מגו דהעזה דזה שטוען שהיא דרוסת איש ודאי שמצא פתח פתוח והיא מעיזה לומר מוכת עץ אני פתח סתום וא"ל דה"ט דלא אמרינן מגו זה דהוי מגו דהעזה אבל לר"ג ק' ונר' דלק"מ דלמ"ד מגו דהעזה לא אמרי' דמוכת עץ נמי פתחה פתוח ולמ"ד מוכת עץ פתחה סתום אפש' דס"ל כדעת רוב הפוסקים דאמרי' מגו דהעזה ועוד דבתשו' הרשב"א ח"א סי' שס"ט סובר הר' דן אשכנזי דלא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא והכריח מזה דמוכת עץ שכיחא מדאמר ר"ג נאמנת במגו והרשב"א דחה דל"ג בדברי ר"ג מגו וכולי אלא ה"ג ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא משו' דא"ל חזקה

דגופא וכן גי' הר"ש הנגיד וכן הגי' בספרים המדוייקים שלפנינו ואפי' דרש"י גריס לה וכדמוכח בפ' האשה שנתארמלה מ"מ עיקר טעמא דר"ג לאו משו' מגו הוא אלא משום חזקה דגופא דהא במוכת עץ אני ליכא מגו כדאמרי' בפ' האשה שנתארמלה ואפ"ה הימנה ר"ג ועוד ההוא מגו דמוכת עץ לאו מגו גמור דהא אפי' אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לר"י טפי מדאמרה משארסתני נאנסתי אלא ע"כ עיקר משום דחזקה דגופא היא וטעמא דמגו סניף בעלמא וכו' וכ"כ הרשב"א והרא"ה והריטב"א בפ"ק דכתובות שם וא"כ למ"ד דמוכת עץ פתחה סתום אפי' לא אמרי' מגו דהעזה א"ל דעיקר טעמא דר"ג משו' חזקה דגופא אלא שהוסיף מגו כל דהו מיהו ק' דבר"פ האשה שנתארמלה גבי ומודה ר"י וכו' אמרי' מכדי האי מגו והאי מגו מ"ש האי מגו מהאי מגו הכא אין שור שחוט וכו' וא"א גבי משארסתני נאנסתי ליכא מגו דהוי מגו דהעזה או משום דמוכת עץ לא שכיחא ולא אמרי' מטענה דלא שכיחא אבל הכא מודה

מ"ו מגו דהעזה לא אמרי' ונר' לכאורה דה"ד בבריא ובריא אבל בבריא ושמא אמרי' מגו דהעזה כמו דאמרי' מגו להוציא דמחלקי' בבריא ושמא דהא באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן במגו דלא היתה של אביך מעולם אע"ג דהבן יודע שהיתה של אביו והוי מגו דהעזה משום דעכשיו שאומר לקחתיה ממנו הוי ברי ושמא אמרי' מגו דהעזה אבל מהר"ם הלוי בתשובות מהרימ"ט ח"א סי' ס"א הוכיח מהא דשדה זו של אביך וכו' דמגו דלהד"ם חשוב כמגו דאי בעי שתיק דאמרינן אפי' להוציא דהא קרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה אלא מכח המגו אפ"ה כיון דעיקר החיוב ע"פ אמרינן מגו להוציא והסכים עמו ה' נתיבות משפט ד' קפ"ח עש"ב וא"כ ה"נ דאע"ג דהוי מגו דהעזה מגו דלהד"מ אלים משום דעיקר החיוב ע"פ אבל לא מטעם דבריא ושמא אמרי' מגו להוציא דהא להוציא מן היורשים לא אמרינן מגו דטענת היורשים כברי חשבי' לה כמ"ש בדיני מגו להוציא ע"ש וא"כ בשדה זו של אביך וכו' אי חשבי' לה הקרקע בחזקת מרא קמא אין זה זוכה מכח המגו להוציא מחזקת היורש וה"נ לא אמרי' מגו דהעזה לגבי היורשים דהוי בבריא וברי אלא משום מגו דלהד"מ אלים ואפילו להוציא אמרי' מגו להוציא וכן אמרי' מגו דלהד"מ אפי' הוי העזה ועוד יש לצדד דלא אמרי' מגו להוציא בבריא ושמא אלא כההיא דמשארסתני נאנסתי וכו' דלעולם טענת הבעל שמא וטענת האשה בריא דגם בטענת המגו דמוכת עץ היא בריא אבל גבי שדה זו של אביך וכו' אע"ג דטוען לקחתיה ממנו דהוי בריא ושמא מ"מ כיון דאינו נאמן אלא במגו דלא היתה של אביך מעולם ובטענת המגו הו"ל בריא ובריא לא אמרי' מגו להוציא ולא מגו דהעזה אבל מטעם מגו דלהד"מ אלים אע"ג דהוי מגו דהעזה ולהוציא ממון דהוי תרתי לריעותא

אפשר דאמרי' מגו מיהו כבר הוכחתי בדין מגו להוציא ואפילו מגו דלהד"מ להוציא לא אמרי' ובשדה זו של אביך וכו' אמרי' מגו להעמיד הקרקע ביד המוחזק בו עכשיו ולא מיקרי להוציא ממש עש"ב וכן גבי מגו דהעזה אין חי' בין מגו דלהד"מ למגו אחר דהא בפ' כל הנשבעי' א"ל רמב"ח לרבא מאי מעליותא א"כ שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי לך יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בשטר מכלל וכולי וא"א אימא דוקא אמרי דנאמן לו' נתתי לך שכרך דמגו דלהד"מ אפי' הוי מגו דהעזה אבל מגו דטענ' אחרת לא אמרי' מעיז לשאינו מעיז ושבו' השומרי' במפקיד בעדים דלא שטר הוא והרא"ש שם כתב דאנן דקי"ל דשבועת השומרים אפי' במפקיד בלא עדים דמגו דלהד"מ הוי מגו דהעזה ושאני שבועת שכיר דתקנת חכמים היא ומגו כל דהו אוקמה אד"ת וכ"כ הר"ן והריטב"א א"כ משמע דאין חי' בין מגו דלהד"מ בין מנו דטענה אחרת לא אמרינן מגו דהעזה ובשדה זו של אביך וכולי אמרי':

מ"ז

מגו במקום מנהג בס"פ המקבל גבי אריס אומר למחצה ירדתי ובע"ה אומר לשליש פלוגתא דרב יהודה ור"נ וכ' הרמב"ם בפ"ח מה' שלוחין והטור ומרן סי' ש"ל דהולכים אחר מנהג המדינה וזה שטען שלא כמנהג עליו להביא ראיה וכ' הכנה"ג כ' המרדכי בפ' המקבל מכאן הוכיח רב האיי בשערי שבועות שהטוען תמורת המנהג אפילו במקום המגו עליו להביא ראיה ואם אין ראיה ישבע שכנגדו ויטול שהוא טוען כמנהג המקום וכ' מהרימ"ט חא"ה סי' כ"ז דאם עד מסייע לטוען תמורת המנהג ישבע הטוען כמנהג שבועת התורה להכחיש את העד ע"ש:

ונראה דאין חייב שבו' התורה ממש להכחיש את העד דבפרק הכותב במתני' דעד א' מעיד שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבו' וכו' סבר רמב"ח למימר דשבו' דאורייתא וא"ל רבא דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וזו נשבעת ונוטלת ועוד אין נשבעים על כפיר' שיעבוד קרקעות אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בע"ה וכתב הרשב"א במיוחסות סימן ק"י ובתשובות ח"ב סימן רנ"ד דרמב"ח נמי לא טעי בהא דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמי' אלא דשבועה כעין דאורייתא קאמר שהחמירו בו כשבו' דאורייתא וכן כתב הריטב"א בפרק הכותב שם ואם כן אפילו ליכא כפירת שעבוד קרקעות כגון שמחל לו השעבוד אין צריך לישבע מדאוריית' ליכא שבו' דאורייתא ולרבא אינו כדי להפיס דעתו וכ"ש במקו' מנהג דהא אמרינן מגו במקום שטר כדמסקי' בפ' המוכ' את הבית גבי המפקיד אצל חבירו בשטר ע"ש ברש"ם ואפילו הכי אין המלוה

נשבע להכחיש את העד אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו וכל שכן במקום מנהג דלא מהני המגו דודאי הטוען כמנהג אין צריך לישבע להכחיש את העד רק מדרבנן להפיס דעתו ואם כן אם אין שם עד אחד אין צריך לישבע רק היסת וכה"ג כתב בעה"ת שער י"ז ח"ב סימן ה' וז"ל זה שפסקנו שגובה בלא שבו' אם הוא בתוך זמן מי אמרינן דוקא כי א"ל לוה למלוה אישתבע לי אבל אי א"ל אישתבע לי משתבע היסת דלא עדיפא דגו זימניה לאפטורי מהיסת ואף על גב דהוי תוך זמן די לנו אם פוטרים אותו משבו' המשנה כדין מפי' שטרא וכו' הרי דסבירא ליה אף על גב דבשטר אם א"ל השב' לי צריך לישב' כעין דאורייי' בתוך זמן מכח החזק' פוטרי' אותו משבו' המשנה וסגי בשבו' היסת וכ"ש הטוען הפך המנהג דאפילו מגו לא מהני ליה דודאי שכנגדו אין צרי' לישבע כעין דאורייתא רק היסת ול"ל כי ליכא מגו שכנגדו נוטל בלא שבו' ודוקא בדאיכא מגו צריך שכנגדו לישבע כעין דאורייי' דכבר ה' גד"ת הביאו הכנה"ג אות ק"ע דלא אמרי' מגו לחייב שבו' כמו דלא אמרינן מגו לפטור משבו' וכן כתב הרב בית שמואל בא"ה סימן צ"ו ס"ק ח' עיין שם ואם כן א"א דאין לו מגו אין צריך הלה לישבע אפילו דאיכא מגו אין צריך לחייבו שבו' דלא אמרינן מגו לחיי' שבו' אלא לעולם צריך לישבע היסת ובדאיכא עד אחד הפך המנהג נשבע הלה שבו' המשנה להכחיש את העד כדי להפיס דעתו אך ק' דהא בתוך זמן אפילו יש עד אחד מסייע שפרע שכנגדו נוטל בלא שבוע' מכח חזקה וכ"ש הפך המנהג דנוטל בלא שבוע' אפילו יש עד אחד והמרדכי שם כתב דבפ"ח דפיאה משמע דאפילו במקום מגו לא מהימן ואם כן מנהג עדיף מחזקה דהא מגו במקו' חזקה בעיא היא וכו' וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפילו במקום מנהג מהימן במגו עכ"ל והגמ"ר הגיה משמע במקו' מנהג אינו נאמן אפילו במגו ול"ל ראיה מפיאה עיין שם ובפ"ח דפאה תנן נאמנים על החטים ואין נאמנים לא על הקמח ולא. על הפת וכו' וכת' הרמב"ם והר"ש והרע"ב נאמנים על החטים לומר של מעשר עני הם שניתן לי אבל אין נאמנים לומר קמח ופת זה של מעשר עני שנותן לי קמח ופת דאין דרך לחלק קמח ופת מעשר עני ואם אמר חטים נתנו לי ועשיתי קמח ופת נאמן וכ"ה בירושל' כיון דאין דרך לחלק קמח ופת הוי מגו במקום עדים ע"ש וז"ל הירושלמי שם מהו שיהא נאמן לומר חטים נתנו לי ועשיתי אותם קמח ופת פשיטא לי שהוא נאמן עיין שם ונראה שהוא כר"ן דסבי"ל הכא דאפילו א"ל מגו דשכירו ולקיטו אין נאמן לומר לשליש הוא הפך המנהג אבל לרב יהודה דסבירא ליה דבע"ה נאמן אפילו היפך המנהג במגו ה"נ סבירא ליה התם דאין נאמן לומר חטים נתנו לי ועשיתי אותם קמח ופת אבל ה"ר יהונתן בס' א"ז למציע' שם כ' ור"ן אמר הכל כמנהג המדינה ומי שמוציא עצמו מן המנהג עליו להביא ראיה וכולי

ול"ל לר"ן האי מנו משום דשכירו ולקיטו קלא איתי להו ע"ש ואם כן אפשר שזה דעת המרדכי דלכ"ע נאמן במגו הפך המנהג הפך ההיא דפאה וכן נראה דעת הרמב"ם פי"ב מה' מעשר וכתב מהר"י קורקוס דגרסינן בירושלמי אינו נאמן והוכי' כן עיי"ש ואם כן במקום שהיה נאמן אמרינן מגו הפך המנהג כרב יהודה הכא ור"ן דסבירא ליה דאין בע"ה נאמן במגו דשכירו ולקיטו וקיימא לן כותיה לאו משום דלא אמרינן מגו במקום מנהג אלא דלא חשיב ליה מגו משום דשכירו ולקיטו קלא א"ל כמו שכ' רב יהונתן ומגו במקו' שהקול סותר טענת המגו לא אמרי' דאמרי' בפ' ח"ה גבי רבה בר שרשום לקוחה היא לא מצית אמרת דהא נפק קלא דארעא דיתמי היא וכתבו התוס' והרא"ש שם אף על גב דאם טען לקוחה היא בידי נאמן לא אמרי' מגו וה"נ אף על גב דאם טען שכירו ולקיטו נאמן לא אמרינן מגו מטענה שהיא היפך הקול ונראה דה"ה אם טענת המגו סותרת המנהג דלא אמרינן וה' כנה"ג אות קי"ו כתב דאף על גב דמגו במקום חזקה בעיא היא ולא איפשיטא ה"מ כשהטענה שטוען סותרת החזקה אבל טענ' המגו אינה סותרת החזקה לא אמרינן מגו במקום חזקה וכו' וכן כתב הרב יבין שמועה כלל תקנ"ט עיי"ש וא"כ כיון דאם טענתו סותרת המנהג לא אמרינן מגו וק"ו אם טענת המגו סותרת המנהג דלא אמרינן אך קשה דהא מגו במקום קול שהקול סותר טענת המגו כתב הכנה"ג אות פ"ד דבפרק ח"ה בעובדא דרבה בר שרשום כתבו התוס' והרא"ש אף על גב דאם טען לקוחה היא בידי נאמן מטעם מגו לא נאמן מפני הקול וכ' מהריב"ל לפ' רשב"ם ורב האיי בהך עובדא דרבב"ש ליכא למילף הי כללא וכו' ואח"ז באות פ"ה כ' מגו במקום קול שהקוך סותר לטענה שאומר כגון שיצא קול שיש לו אחים ואמ"ל אין לי אחים אינו נאמן במגו דא"ב לגרשה כדאמרי' בפ' י"ן ע"ש וא"א כיון דלא אמרינן מגו במקום קול שהקול סותר הטענה שאומר ק"ו אם הקול סותר טענת המגו:

מ"ח מגו במקום מנהג וכו' כ' הנ"י ס"פ המקבל גבי אריס אומר למחצה ירדתי וכו' מיהא שמעי' דלא אמרי מגו לבטל המנהג המדינה דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים וכ"כ הגאונים וכל המפרשים ע"ש והמרדכי שם כ' וז"ל רב האי גאון בשערי שבועות כל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה וכו' ובפ"ח דמס' פאה משמע דאפי' במקום מגו לא מהימן וא"כ מנהג עדיף מחזקה דהא מגו במקום חזקה בעיא היא וכו' וצ"ע דהא בשמעתין משמע דאפי' במקום מנהג מהימן במגו עכ"ל וכ"כ מהרי"ק שרש י"ט ע"ש והגמ"ר שם הגיה משמע דבמקום מנהג אינו נאמן אפי' במגו ול"ל להביא ראיה מפאה ועי' בתשו' מהרימ"ט בחא"ה סי' כ"ח שהק' כן ות' דהכא כשיש עדי' שהוא אריס ולא שכיר ע"ש וליתא דבגמרא אמרי' אמר אביי טעמא דרב יהודה דאמר בעל הבית נאמן

דא"ב אמר שכירי ולקיטו וא"כ ר"נ פליג אפי' ליכא עדים אינו נאמן לומר אריס לשליש במגו דשכיר מיהו בספר א"ז כתב ר' יהונתן דר"ן לא חשיב לה מגו משום דשכירו ולקיטו קלא א"ל ע"ש וא"כ אפשר דר"ן דס"ל דאמרי' מגו במקו' מנהג אלא דלא חשיב לה מגו לכך הביא ראיה מההיא דפאה והתוס' בפרק קמא דב"ב בד"ה מי וכו' כתבו וז"ל אך קשה דמ"מ דתיפשוט דלא אמרי' מגו במקום חזקה מדרמב"ח דאמר בפ' כל הנשבעי' המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בשטר ולא מהימן לו' החזרתי לך במגו דאי בעי אמר נאנסו משום דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי וכ"ש דלא אמרינן מגו במקו' חזק' דחזקה עדיפא דאין צריך שבו' וכו' ושמא סוגיא דהכא לא סברא כרמב"ח וכו' ע"ש ואם כן אפשר דהמנהג לא עדיף מחזקה ור"י ור"ן הכא פליגי בהכי דר"י סביר"ל כמ"ד המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו נגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי ור"ן סביר"ל כרמב"ח דלא אמרינן מגו במקום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וה"ה במקום מנהג ואם כן אפשר דלא קיימא לן כר"ן דהא קיימא לן כמ"ד המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ואת"ל דמנהג עדיף משט' והוי כחזקה הא מיבעיא לן אי אמרינן מגו במקום חזק' או לא וקיימא לן קולא לנתבע לכך הוכיחה מהך דפאה דמנהג הוי כעדים ועדיף מחזקה דקתני נאמני' על החתו' אבל ממתני' דפאה מוכח דמנהג עדיף והוי כעדים דתנן אין נאמנים על הקמח וכ"ש דמשמע בירושלמי דאם אמ' חטים נתנו לי ועשיתי קמח ופת נאמן אלא כיון דאין דרך לחלק כלל קמח ופת הוי מגו במקום עדים ע"ש ובירושל' שם הכי אמרינן מהו שיהיה נאמן לומר חטים נתנו לי ועשיתי אותם קמח ופת פשיטא לי שהוא נאמן עיין שם אבל הרמב"ם בפרק י"ב מה' מעשר נראה דסבירא ליה דבמקום שנאמן אמרינן מגו אלא דגרסינן בירושלמי אינו נאמן כמו שהוכיח מהר"י קורקוס שם והא דרב יהודה בפרק המקבל דסבירא ליה דבע"ה נאמן במגו סייעתיה ור"ן דסבירא ליה דאין בע"ה נאמן במגו דשכיר וקיימא לן כותיה לאו משום דלא אמרינן מנו במקום מנהג אלא דלא חשיב ליה מגו משום דשכירו ולקיטו קלא א"ל כמ"ש ר' יהונתן בספר א"ז שם מיהו אפשר דיש חי' בין איסו' לממון וכמ"ש הרב כנה"ג אות קי"א דלא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא אלא בממון אבל בדבר איסו' פשיטא דלא אמרינן מגו במקום חזקה וכן מצאתי בשם הר"ן עיי"ש ואם כן א"ל דמנהג לא עדיף מחזקה אלא גבי איסור דמאי החמירו וכבר כתב מרן הכ"מ בפי"א מה' מעשר לדעת הרמב"ם דמאחר דקיימא לן רוב מעשרי' הם ואפי' הכי חיישינן משמע דרבנן החמירו לחוש למיעוט' וה"ה דהחמירו למיחש אפילו בס"ס ע"ש ועיין בס'

בתי כהונה בבית ועד סי"א ואם כן א"ל דה"נ החמירו שלא האמינו אפילו במגו אבל לגבי ממון נאמן ליפטר דחזקת ממון עדיפא אפי' מרובא דאין הולכין בממון אחר הרוב: מ"ט מגו במקו' מנהג כ' הנ"י בס"פ המקבל גבי ארים אומר למחצה ירדתי וכו' מיהא שמעי' דלא אמרי' מגו לבטל מנהג המדי' דלגבי מנהג הוי מגו במקו' עדי' וכ"כ הגאוני' וכל המפרשי' ע"ש וכ"כ מהריק"ו שרש י"ט ע"ש וכ' מהרשד"ם חי"ד סימן צ"ז ואני רואה דבר זה פשוט בגמ' בפ' הכותב אמר רב ענן לדידי מפרשה לי מיניה דשמואל במקום שאין כותבין כתובה ואמר כתבתי עליו להביא ראיה וכו' ופירשי' ואם לא הביא ראיה קתני מתני' גובה כתובתה ואינו נאמן לומר שניתי מנהג העיר וכו' ע"ש ומינה ראיה דהתם מודה הבעל שלא פרע לה כתובתה אלא שרוצה לעכב הפירעון בטענה שהוא כתב לה כתוב' ואם יפרע לה חושש שמא מפקה כתובתה וגביא אח"ך ולכך במקום שאין כותבין אינו נאמן לעכב הפירעון משום חששא בעלמא שהיא הפך המנהג אבל בלא"ה א"ל דאפי' הלה טען הפך המנהג נאמן שלא להוציא ממון:

נ' מגו במקום עדים פלוגתא דאביי ורבא במציעא דפ"א ובב"ב ד' ל"א כשיש עדים על גוף הטענה וקי"ל כאביי מגו במקו' עדים לא אמרי' משום דרבא ס"ל כותיה בבתרא ד' ל"ג ע"ש בתוס' וכן בפ' שבועת הדייני' באומר לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע אמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואינו נאמן במגו דלויתי ופרעתי אלא דמשום דמגו במקום עדים לא אמרי' כמ"ש מהר"י ן' מיגש שם ובעה"ת שער י"א ע"ש וכ' הש"ך דה"ד כשיש עדים על טענת המגו שהיה יכול לטעון וכ"ש הוא ע"ש ועי' בתשו' הרשב"א ח"ב סימן קמ"ח ולכאו' מתני' היא בפ' האשה שנתארמלה באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו נאמן שהפה שאסר וכו' ואם יש עדים אינו נאמן האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת וכו' ואם יש עדים שהיתה א"א אינה נאמנת נשביתי וטהורה אני וכו' נאמנת ואם יש עדים שנשבית אינה נאמנת אלא כשיש עדים על טענת המגו לא אמרי' הפה שאסר וכו' ונר' דרבה מודה דלא אמרי' מגו כשיש עדים הפך טענת המגו דאפי' טענת המגו היא יותר טובה כיון שאינו נאמן בה לא שייך מגו כדאמרי' בפ"ק דמציעא לענין שבוע' גבי סלעין דינרין וכו' ע"ש ולא אמר רבה דאמרי' מגו אלא דוקא במקום עדים על גוף הטענה וכה"ג כ' ה' יבין שמועה וה' כנה"ג דהא דקי"ל דאמרי' מגו במקום חזקה ה"ד כשטענת המגו אינה סותרת החזקה אבל כשטענת המגו סותרת החזקה לא אמרי' מגו במקום חזקה ע"ש מיהו בלא"ה ק' רישא דקתני היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאת בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים וכ' התוס' אפי' למ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד ואמר פרעתי

נאמן מ"מ אינו נאמן לומר כאן אלמנה נשאתיך מגו דאי בעי אמר פרעתי דמגו במקום עדים הוא וכ"כ תוספות הרא"ש שם אלמא אפי' עדים על גוף הטענה לא אמרי' מגו ודוחק לומר דרבה ס"ל כמ"ד דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום ולא מוקמי מתני' כמ"ד דהטוען אחר מעשה ב"ד נאמן אלא אליבא דאביי אבל כבר תמה הרמב"ן בחי' בפ' ח"ה דאיך אמרי' מ"ל לשקר להכחיש עדים שהתורה האמינ' וע"ק מדתנן מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי אין לך בידי כלום חייב ואמאי נימא מגו דיכול לומר פרעתיך לאח"ז נאמן לומר להד"מ דהא מ"ל לשקר במקום עדים אמרי' ומכח זה פי' דה"ד באין עדים מכחישים אותו ממש שזה שאמר של אבותי שמא אביו לקחו מאביו של זה עש"ב וכן תמה עוד הריטב"א בפ' השוכר את האומני' איך סבר רבה שיהא נאמן להכחיש עדים ותי' דס"ל כיון דא"ל מגו מתרצים דיבוריה שלא מת מחמת מי' קאמר ואביי ס"ל דיש לתפוס דברים כפשטן ודכותה ההיא דזה אומר של אבותי וכו' דפ' ח"ה וה"נ רבה גרסי' וכו' ע"ש תי' אחר בשם הר"י וכ"כ עוד הריטב"א בכתובות ד' נ"ז ע"ש א"כ במקום עדים ממש לכ"ע לא אמרי' מגו ולרבה נמי מתני' אפי' למ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד נאמן לומר פרעתי ואינו נאמן לומר אלמנה נשאתיך במגו דפרעתי דמגו במקום עדים ממש מכחשים אותו לא אמרי' וכ"כ בס' א"ז בפ' ח"ה גבי זה אומר של אבותי וכו' ע"ש ודלא כה' שבות יעקב בדיני מגו ע"ש מיהו בתשו' הרשב"א הביאה מר"ן הב"י סי' ע"א מחו' כ"ו שכ' וז"ל משא"כ ראובן נאמן לומר החזרתי מגו דא"ב אמר נאנסו דבר ברור הוא זה האמינו בשני עדים כשרים ואלו באו שנים והעידו שלא החזיר אינו נאמן במגו דנאנסו דהא קי"ל כמ"ד מגו במקום עדים לא אמרי' וכו' וכ"כ בתשו' הרשב"א ח"ד סי' ס"ח ע"ש משמע דאפי' בעדים מכחישים אותו ממש פליגי אלא דקי"ל כמ"ד מגו במקום עדים לא אמרי' ועי' בה' שרש יוסף נ"א

מגו במקום עדים אם יש שני כתי עדים המכחישים זא"ז לא אמרי' מגו במקום עדים מהראנ"ח בתשו' ח"ב סי' מ' והביאו הכנה"ג אות קס"ה וכ' דס"ל כיון שיש עדים מכחישים מוקמי' תרי בהדי תרי ונאמן הבע"ד במגו ע"ש וכ' ה' שרש יוסף ענף ח' כיון דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מריה וא"כ להוציא ודאי הוי מגו במקום עדים ואם להחזיק ל"ל מגו בלא"ה אין מוציאין מיד המוחזק ע"ש ובר"פ האשה שנתארמלה גבי ב' חתומים על השטר ובאו ב' מן השוק ואמרו אנוסים היו וכו' אם כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים אר"ן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה וכ' הריטב"א וז"ל והא דאמרי' אי תפש לא מפקי' מניה יש שפי' דוקא תפשו בלא עדים דא"ל מגו דיכול לומר תפשתי וכדין תפשתי ועדים האחרונים שקר הם מעידי' וכו' וכ"ת אם כשתופס בלא

עדים דא"ל מגו אפי' רישא נמי אמאי מפקי' מניה וי"ל דברישא כיון דהאי שטרא תפיס והאי שטרא חספא בעלמא הוא אין כאן מגו וכו' מיהו אי טעין ואמר אנא אמלוה תפיסנא ולא משום האי שטרא השתא ודאי איכא מגו וכו' ע"ש מבואר דס"ל דשני כתי עדים אמרי' אוקי תרי להדי תרי ונאמן המלוה לומר דעדים אלו שקר הם מעידים במגו ולא חשיב מגו במקום עדים כיון שיש עדים מסייעים אותו אבל כשאין כת"י יוצא ממ"א אפי' תפס בלא עדים אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים אחרונים כיון שנאמנים הם לקרוע השטר אבל למאי דקי"ל דכת"י יוצא ממ"א אפי' תפס בעדים אין מוציאין מידו נר' דאם אין כת"י יוצא ממ"א דוקא אם תפס בעדים קורעין השטר אבל אם תפס שלא בעדים נאמן במגו וכ"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק צ"ה ולא מהני תפיסה בעדים משמע דתפיסה שלא בעדים מהניא ואע"ג דעדים אחרונים נאמנים לקרוע השטר מ"מ המלוה נאמן במגו ולא הוי מגו במקום עדים וכן מצאתי להרשב"א הובא בס' א"ז לכתובות ד' י"ו גבי זימנין דתפסה מאתים וכו' וז"ל והא דאמרי' לקמן גבי שנים החתומים על השטר ומתו ובאו ב' אחרים ואמרו כת"י הוא אבל אנוסים היו וכו' אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים וכו' ואם תפס לא מפקי' מיניה א"ל ההיא נמי כשתפס שלא בעדים מיהו ודאי התם לכאו' א"א לומר כן דא"כ אתה צריך לומר דרישא דקתני אם אין כת"י יוצא. ממ"א נאמנים אם תפס אפי' שלא בעדים מפקי' מיניה ואין זה נכון לומר כן כיון דאיכא שטר בידיה ומדינא לא בעי קיום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד אם תפס שלא בעדים דלא מפקי' מיניה דלא קרי' בכי הא מגו במקום עדים כיון דאיכא עידי השטר דמסייעיה ליה וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' אין כת"י עידי השטר יוצא ממ"א אם תפס המלוה שלא בעדים נאמן מטעם דא"ק קיום מדאורייתא דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד והם מסייעים אותו ולא הוי מגו במקום עדים וכן דעת הר"ן שם הביאו מרן הב"י סי' מ"ו דאפי' אין כת"י יוצא ממ"א אם תפס בלא עדים נאמן לומר שעידי השטר הם נאמנים במגו ע"ש ועיין בהרב עדות ביעקב סס"י מ"ו: נ"ב מגו במקום עדים כ' התוס' בפ' האשה שנתארמ' במתני' דהעדי' שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים וכולי אין נאמנים הכא ליכא להקשות דלהימניה במגו דאי בעו אמרו פרוע הוא וכולי ועוד דבשנים לא אמרי' מגו וברישא נאמנים משום דאי בעו שתקי וכ' ה' פני יהושע נ"ל דהא דבשנים לא אמרי' מגו משום דאין אדם יודע מה שבלב חבירו מש"ה לא שייך מגו דפרוע דכל א' מעדים סובר שמא חבירו לא יאמר פרוע ועד אחד בפירעון לא מהני מידי אבל ברישא הוי מגו דאם ישתוק א' מהם אף אם יקיים חבירו השטר לא הוי קיום השטר בעד א' לא מהני ע"ש וכ"כ הרשב"א לכתובות סוף ד' י"ט גבי שנים

החותמין על השטר ומתו ובאו ב' מן השוק ואמרו אנוסים היו וכו' וז"ל וא"ת השתא נמי להימניה משום מגו דא"ב פסלו לעדים עצמם וי"ל דבעדים לא שייך מגו שאין מנו אלא באחד אבל בדבר שאינו מתקיים אלא בעדות שניהם לא שייך מגו דדילמא בטענה זו הושוו שניהם בטענה אחרת לא יהיו שניהם לדעת א' ואינו דומה למתני' דכת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכולי דנאמנים משום הפה שאסר דהתם ביטולו של שטר תלוי הוא אפי' בדעת א' מהם דמה אלו רצה הא לומר אינו כת"י ובטל השטר עכ"ל וכן חי' מהר"י מינץ סימן ג' והוכיח כן מדברי התוס' גבי עדים שאמרו אמנה היו דברינו וכולי והק' אמאי לא מהימני במגו וכו' ותי' ר"י וכו' ולא תי' דלא אמרי' מגו בב' עדים כמ"ש בד"ה ואם וכו' אלא ודאי יש לחלק דוקא בב' כתי עדים המכחישים זא"ז דעד א' אינו כלום דצריך ב' עדים לכוון דבריהם לא אמרי' מגו דאין א' יודע וכו' אבל גבי אמנה היו דברינו כיון דמיירי שאין כת"י יוצא ממ"א א"כ איזה מהם שאומר אין זה כת"י אין השטר כלום ע"ש ותמהני דמתני' היא העדי' שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכולי הרי אלו נאמנין אלמא אמרי' מגו בשני עדים וצ"ל משום דביטול השטר תלוי בדעת א' מהם וה"נ גבי מודעה היו דברינו אמרי' הפה שאסר וכו' ול' הר"ש שכ' דגם שתיקה א"ל יסכימו לדבר אחד וכו' כבר כתב הש"ך אות י"ט שהוא מגומגם דמה שייך הסכמת חבירו בזה אפילו לא יסכים חבירו מ"מ אם ישתוק הוא אין כאן עדות ע"ש אך ק' שהרי התוס' שם בד"ה מחמת נפשות וכו' כ' וא"ת וכי יאמרו קטנים היינו או אנוסים מחמת ממון היינו ליהמנו במגו דאנוסים מחמת נפשות וכו' וי"ל דבב' עדים לא אמרי' מגו כדפי' לעיל עכ"ל הרי דאפי' ביטול השטר תלוי בדעת א' מהם דאם יאמר אנוס הוא מחמת נפשות הוי שטר בעד א' לא אמרי' מגו ובפ' האשה שנתארמלה גבי עד א' אומ' ובפ' הכותב ד' פ"ה דאמרי' דמגו דיכול לומר להד"מ יכול לומר סטראי נינהו כ' ה' פני יהושע משמע שהם רבים וא"כ י"ל על התוס' שכ' דלא אמרי' מגו בשנים דאין א' יודע מה בלב חבירו וא"כ אמאי אמרי' הכא מגו בב' ויש לחלק דדוקא בב' עדים לא אמרי' מגו משא"כ בבעלי דינים וכ"כ התוס' בפ' הא"מ ע"ש והוא לשיטתו דהא דנאמנים העדים ברישא מגו דא"ב שתקי היינו משום דאם ישתוק א' מהם אף יקיים חבירו השטר אינו כלום אבל לפי מ"ש עיקר דבשתיקה יסכימו ב' א"ש דה"נ נאמנים במגו דא"ב שתקי דוקא אבל בפ' הא"מ דאי בעי אמרי אהדרי' ללוה דצריך טענה הוצרכו לחלק בין עדים לבעלי דינים ע"ש:

נ"ג מגו במקום עדים לא אמרינן בסוף פר' האשה שנתארמלה גבי עיר שכבשוה וכו' בעי רב אשי אמרה לא נחבאתי ולא נטמאתי מהו מי אמרי' מה לי לשקר או לא ומ"ש מההוא מעשה וכו' התם ודאי איכ' עדים דאיכא מיא הכא ודאי איטמי חששא הוא ובמקום

חששא אמרינן מקשה ה' ל"א אמאי דס"ד תק"ל מתני' דאשה שאמרה נשביתי וטהורה אני נאמנת והא הוי מגו במקום עדים ולא קשה מדי דמה לי לשקר לא אמרינן אבל הפה שאסר וכו' אמרינן שהרי כ' התוספות במתני' העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו וכו' נאמנים וז"ל וא"ת ולמה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכו' וי"ל כיון דצריך קיום הכא לא חשיב כלל קיום מ"ש כת"י הוא זה כיון דאנהו גופיהו אמרי תוך כדי דבור קטנים או אנוסי' היינו אבל לקמן חשבינן להו כשני עדים כיון דכבר מקויים וכו' ובסיפא דאין נאמנים כ' הכא ליכא להק' דלהימנו במגו דא"ב אמרו פרוע הוא כיון דמקויים הוא הוי מגו במקום עדים וכו' ע"ש הרי אף על גב דחשיב מגו במקו' עדים אמרינן הפה שאסר וכו' וכן כתבו התוספות בקמא דף ע"ב בד"ה אין לך וכו' לאו מגו הוא כדאמרי' בההוא פ' מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר ופריך הא למה לי קרא סברא הוא וכו' ע"ש אם כן למאי דס"ד דהוי כמגו במקום עדים ה"ד מגו דנחבאתי דמגו דאי בעיא אמרה וכולי אבל אמרה נשביתי וטהורה אני דאי בעיא שתקה והפה שאסר וכו' אמרינן ובזה ניחא מה שכתב רש"י בפ"ק די"ג לזו יש עדים וכו' ופירש"י לזו יש עדים שנבעלה דכיון שנשבית לבין הנכרים והם פרוצים בעריו' כולנו עדים שנבעלה והק' ה' ל"א אמרה נשביתי וטהור' אני אפילו ליכא עדים אמאי נאמנת מגו במקום עדים הוא עיי"ש אם כן א"ל דס"ד דלא אמרינן מגו דטענה אחרת אבל גבי נשביתי וטהורה אני אמרי' הפה שאסר וכו' ועוד דכבר כתב הריטב"א שם וז"ל ואף על גב דלא ידעי לה ממש קס"ד דכיון שהיא סבירה דריע' טענת' לו' בב"ד שהיא לבדה נחבאת אף על פי ששורת הדין שנאמנ' בכך מכל מקום אין לנו לומר בזה מה לי לשקר דהיא סבר' דאילו אמרה נחבאתי לא מהימנא ואין לומר מגו אלא כשהיה יכול לטעון טענה אחרת שיאמינוהו בית דין ושהיא ברורה לטעון שהטענה ההיא היתה ברורה לו וכו' עכ"ל וכה"ג אמרינן בפרק ח"ה גבי עובדא דרבה בר שרשום לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק קלא וכולי וכתבו התוספו' דאף על גב דאי אמרה לקוחה היא בידי מהימן מכל מקום לא הוי מגו וכו' וכענין זה בפרק ב' דקידושין מה אם ירצה לומר מזיד הייתי לא משוי נפשיה רשיעא פי' אינו אומר ברצון מזיד הייתי ואין כאן מגו אבל ודאי אם טען מזיד הייתי פשיטא דנאמן וכן כתב הרא"ש שם וה"נ ס"ד אף על גב דאם טענה נחבאתי נאמנת לא אמרינן מגו דטענה אחרת דהוי כעדים וכ"כ התוס' בכתובות דף י"ג בד"ה השבתנו וכו' כך מדברת בחזקת בעולה לענין שאם אמרה לכשר נבעלתי שאינה נאמנת במגו לפי שיריאה לומר לא נבעלתי וכו' עיי"ש וה"נ ס"ד דלא אמרינן מגו דנחבאתי מה"ט שיראה לו' כן דבעי' מגו מטענה ברורה אבל אמרה נשביתי

וטהור' אני אדרבה טענה גרועה כדתניא התם לזו יש עדים ופי' רש"י דכיון דנשבית לבין הנכרים והם פרוצים בעריות כלנו עדים שנבעלה עיי"ש אם כן בנשבית וטהורה אני אינה נאמנת משום דהוי כעדים שנבעלה ואם כן אמרה נשביתי וטהורה אני שהיא טענה גרועה אמרינן מה לי לשקר אי בעיא אמרה לא נשביתי שהיא טענה מעליא נאמנת ואף על גב דקיימא לן כשיש עדים על גוף הטענה וקיימא לן כאביי דמגו במקום עדים לא אמרינן (עכ"מ):

נ"ד מגו להכחיש שני עדים לא אמרי' ה"ד כשהעדים לפנינו אבל כשאין העדים לפנינו לא אמרי' שהוא ירא לטעון כן שמא יבואו עדים ויכחישוהו כדמוכח מדתנן בר"פ האשה שנתארמלה ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר וכו' ולא אמרי שירא לכפור שמא יבואו עדים שהיתה של אביו כ' ה' שרש יוסף שרש ז' ענף ה' וא"ל ממ"ש התוס' במציעא די"ג בד"ה הא וכו' וא"ת לעיל דאר"י נפל ליד דיין הרי הוא בחזקתו ולא חיישי' לפרעו אע"ג דמשמע שהלוה בפנינו וטוען פרעתי וכו' ואמאי לא יהא נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף וכו' וי"ל דאין זה מגו טוב דמתירא פן יקיימנו ואע"ג דאינו מועיל לגבות מ"מ אינו טוען ברצון דבר שיכול להכחישו עכ"ל הרי אע"ג דאין העדים לפנינו אמרי' שירא הוא פן יבואו עדים ויכחישו אותו די"ל דהכא שאני כיון שהעדים חתומים על השטר חיישי' ע"ש וכבר הוכחתי בסי' פ"ב דאנן דקי"ל כמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף ולא אמרי' דחיישי' שמא יבואו עדים ויקיימו השטר א"כ אע"ג דהעדים חותמין על השטר וז"ל מהר"ם בתשו' הארוכו' סי' קס"ז וז"ל ונר' לרבי' שאדם נאמן במגו אע"ג דבמה שטוען השתא אין יכולים להכחישו ובטענת המגו יכולים העדים להכחישו וראיה לדבר מודה בשטר שכ' למ"ד דצריך לקיימו דנאמן לומר פרעתי במגו דא"ב אמ' מזוייף אע"ג דבפרעתי אין יכולים להכחישו ובמזוייף אין יכולים להכחיש עכ"ל ועי' בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ק"ה:

נ"ה מגו במקום עדים וכולי אם יש ב' כתי עדים המכחישים זא"ז לא מקרי מגו במקום עדים מהראנ"ח בתשו' ח"ב סימן מ' וכתב הכנה"ג אות ס"ה דס"ל דכיון שיש עדים מכחישים אוקי תרי להדי תרי ונאמן בע"ד במגו ע"ש וז"ל מהר"ם בתשו' הארוכות סי' תס"ב ובנדון עדות גם ראובן הביא ב' עדים אחרים והכחישו את אלו וכו' ולא היה אב יורש ממילא גם אם היה לוי קיים והממון בידו היה צריך להחזירו להאב אע"פ שהשליש נאמן וגם מגו שהיה יכול לומר נתתי הממון לראובן וכו' וגם מגו במקום עדים לא אמרי' ואל ישיבני אדם שכבר אמרתי אוקי תרי להדי תרי וכאילו אין שם עדות דמי דנהי דבעת פסק דין נפסוק כך מ"מ בעת דיבור שלא היה מגו להכחיש דברי העדים קודם שבאו

העדי' להכחיש ומנו כזה לא אמרי' וכו' עכ"ל הרי דאם כשטען היו ב' כתי עדים מכחישין זא"ז נאמן במגו ולא מקרי מגו במקו' עדים משום דאוקי תרי בהדי תרי וכאילו אין כאן עדים דמי אבל אם לא באו עדים להכחיש עדים הא' (א"ה עכ"מ ובלשון מהר"ם שהביא המחבר נר' שיש קצת גמגום ועתה אין הספר מצוי בידי כדי שאעתיקנו כהוגן) וכ"כ הרשב"א הובא בס' א"ז לכתובות ד' ט"ז ע"ב גבי זימנין דתפסה ר' וכו' וז"ל והא דאמרי' לקמן גבי ב' החתומים על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היו וכו' אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמני' וכו' ואי תפס לא מפקי' מיניה א"ל דההיא נמי כשתופס שלא בעדים מיהו ודאי התם לכאו' א"א לומר כן דא"כ אתה צ"ל דרישא דקתני אם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים אם תפס אפי' שלא בעדים מפקי' מיניה ואין זה נכון לומר כן כיון דאיכא שטר בידיה ומדינא לא בעי קיום דעדי' החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד אם תפס שלא בעדים לא מפקי' מניה דלא קרי בכי הא מגו במקום עדים כיון דאיכא עידי השטר דמסייעי ליה וכו' עכ"ל הרי המלוה שתפס נאמן במגו דלהד"מ אפי' עדים מכחישים אותו בטענה שטוען עכשיו כיון שעידי השטר מסייעין אותו לא הוי מגו במקום עדים וגם הראב"ד דס"ל שם דאם אין כת"י יוצא ממ"א נאמנים לפוסלו ואפי' תפס שלא בעדים מוציאין ממנו דמ"ל לשקר במקום עדים הוא וכולי נר' משום דס"ל עדים שחותמין על השטר לא מסייעי ליה כיון שלא נתקיימה חתימת' אלא מפי עדים אלו שאמרו קטנים היו וכולי וא"כ אין העדים שבשטר מכחישים אבל בעלמא בב' כתי עדים המכחישי' לא הוי מגו במקום עדים כיון שיש עדים אחרים המכחישי' אותו מסייעיה ליה ואפ' דה"ד דאם בטענת שטוען עכשיו יש כתי עדים מכחישין זא"ז הו"ל תרי ותרי כמי אינן והלה עומד בנאמנותו וכה"ג כ' ה' פמ"א ח"א סי' פ"ב גבי שליש דאינו נאמן נגד העדים אם יש ב' כתי עדים והשליש אמר כא' מהם נאמן ע"ש אבל אם בטענת המגו יש ב' כתי עדים מכחישים זא"ז יש להסתפק דאפשר דלא אמרי' מגו דלא רצה לטעו' טענה להעיז פניו נגד העדים אף שיש ב' עדים שמסייעי' אותו והרמב"ם ספ"ט מה' אישות כ' א' אומר מקודשת וא' אומר לא נתקדשה לא תנשא ואם נשאת לא תצא שהרי היא אומרת לא נתקדשה וכו' וכ' המ"מ הטעם שכל שאין לה עד כלל חזקה שאין מעיזה פניה להכחיש העד דהא ליכא מאן דמפקיע לה אבל כשעד א' אומר כדבריה סומכת עליו לפיכך לא תנשא לכתחלה וכו' ע"ש אלמא אע"ג דמסייע לה אמרי' חזקה אין אשה מעיזה פניה לענין דאם נשאת לא תצא וה"נ א"ל דאין אדם מעיז פניו נגד ב' עדים אף שיש ב' עדים מסייעי' אותו לא רצה לטעון טענה הפך דברי העדים אבל אם בטענה שטען עכשיו יש ב' כתי עדים מכחישי' זא"ז

נר' דאמרי' מ"ל לשקר לטעון טענה שמעיז פניו נגד העדי' דהיה לו לטעון טענה דאין העדים מכחישים אותו בה ודברי מהראנ"ח בתשו' ח"ב סי' מ' בראובן שטען שלא נשבע לקיים המכר ויש ב' כתי עדים מכחישים זא"ז א' מעיד שנשבע וא' אומר שלא נשבע דנאמן ראובן שלא נשבע במגו שהיה יכול לומר נשבעתי או מחלת לי השבו' דאע"פ שיש עדים מכחישים אותו בטענה שטוען עכשיו כיון שיש עדים אחרים מסייעי' אותו נאמן במגו דמחלת לי השבועה דבטענת המגו ליכא עדים כלל אבל אם בטענת המגו יש שני כתי עדים מכחישים זא"ז כגון הא דקי"ל בסי' מ"ו סל"ז ב' החתומים על השטר ומתו ואין כת"י יוצא ממ"א ובאו ב' ואמרו כת"י הוא אבל אנוסים היו או פסולים הרי אלו נאמנים וכו' אם הלוה הודה שהעדים שבשטר היו גדולים וכשרים אלא שטוען פרעתי יש להסתפק אם נאמן במגו שהיה אומר קטנים שהעדים מסייעי' אותו:

וכ' שם מהראנ"ח וכיוצא בזה מצאתי בדברי המרדכי סוף קידושין בענין עדים מכחישים זא"ז בקידושין והבעל אומר שלא קידשה נראה להתיר מטעם אוקי תרי להדי תרי ואוקי אשה בחזקת היתר וכו' שהבעל אומר לא קידשתי ונאמן במגו דא"ב אמר קידשתיה וגירשתיה וכו' ע"ש והרואה דברי הגמ"ר שם מיירי בשטר קידושין וכו' והיה אותו שטר מקויים בהנפק בג' שהיו מעידים על חתימת העדים ובאו ב' מהם והעידו בב"ד שהעדים בשטר הקידושין העידו על כת"י והעדים החתומים בשטר קידושין מכחישי' עידי הנפק ואמרו מעולם לא חתמנו וגם בעל השטר המקדש עצמו מודה שהשטר של קדושין מזוייף הוא וכו' ע"ש א"כ א"ל דוקא התם נאמן במגו משום דאין העדים מכחישים אותו בקידושין:

נ"ו מגו במקום עדים לא אמרינן נראה דה"ה בכת"י בשטר או כת"י שלא נתקיים אלא מפיו אינו נאמן בטענה אחרת במגו דמזוייף דלא אמרי' מגו לסתו' הודאתו כמו שהוכחתי בסימן פ"ב דין י"ב עש"ב:

נ"ז מגו להכחיש עד אחד נראה דאם העד מכחישו בטענתו ודאי דלא אמרינן מגו לפטור משבו' דכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת וכו' אבל קם הוא לשבו' ותנא כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה בפרק שבוע' הדיינים כיון דאפילו במגו שנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבוע' וכן כתב מהר"י ן' מיגש דלא אמרינן מנו לפטור משבו' דהא איכא מגו בע"א ואפילו הכי משתבע והרא"ש בפרק כל הנשבעין כתב לא ידענא מאי מגו איכא ע"ש ונראה דאם טען לא לויתי ויש עד אחד שלוה איכא מגו דאי בעי אמר פרעתי ואפילו הכי צריך לישבע אלא אפי' אמרינן מגו לפטור משבוע' בעלמא בע"א גלי קרא דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד

מחייבו שבו' וה' פני יהושע בחידושיו בפרק האשה שנתארמלה הכריח מזה דסבירא ליה דגבי עדים לא שייך מגו ולא מטעם דמגו בשנים לא אמרינן אלא אפילו בעד אחד לא שייך מגו דלענין עדות לא שייך מגו וכן דעת הרא"ה והריטב"א עיין שם וי"ל בסימן ט' קיימא לן שטר שהיה ביד שליש והוציאו מתחת ידו בבית דין ואמר פרוע הוא אף ע"פ שהשטר מקויים נאמן שאילו רצה היה שורפו או קורעו וכו' משמע בהדיא בלא מגו כגון שמסרו לו בפני עדים אינו נאמן אבל מכח המגו נאמן אלמא בעד שייך מגו ובסימן ע"ב קיימא לן דעד אחד נאמן לומר שהיה תנאי אפי' כת"י יוצא ממקום אחר ואם כן יהא עד אחד נאמן לו' אנוס וכו' או פרוע וכו' במגו דתנאי דנאמן בכת"י יוצא ממקו' אחר כמבואר בסימן פ"ב עיי"ש ולמ"ד דלא אמרינן מגו מטענה שהיא מחלוקת ניחא דבפרק האשה שנתארמלה ר"פ סבירא ליה דאין עד אחד נאמן לומר תנאי וגם למאי דפסקי' כרב הונא בריה דר"י דעד א' נאמן כמה רבוות' סביר"ל דה"ד בשאין כת"י יוצא ממקום אחר אבל כשכתב יד יוצא ממקום אחר אין נאמנים ואם כן בשטר מקויי' אין עד אחד נאמן לומר אנוס הוא וכו' או פרוע במגו דתנאי דלא אמרינן מגו מטענה שהיא מחלוקת אבל רוב האחרונים סבירא להו דאמרינן מגו אפילו מטענה שהיא מחלוקת וכבר הוכחתי כן לקמן עיין שם ואם כן למאי דקיימא לן דעד אחד נאמן לומר תנאי וכו' אפי' כשכת"י יוצא ממקום אחר יהא נאמן לומר אנוס וכו' או פרוע במגו דתנאי מיהו אפ"ל דתנאי לא שכיח וקצת ראיה מדברי התוס' ריש גיטין בד"ה ואם וכו' שכתבו וז"ל אבל בממון טעני' מזוייף לנפרע שלא בפניו ומיתומים ומלקוחו' דאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה שיכול כל אדם לכתוב שטר מלוה וכו' מיהו מזה אין להוכיח דאפילו לא טענ' להו מזוייף טענ' להו פרוע כיון שהוא עצמו יכול לומר פרוע מגו דאי בעי אמר מזוייף וכו' וכתב מהר"ם שם דנ"מ במקום שאין יכול לטעון פרעתי כגון שמת בתו"ז השטר ע"ש וא"א אפילו בתוך זמן הרי יכול לטעון תנאי או אמנה וכו' במגו דמזוייף אלא ודאי דלא שכיח ולא טענ' ליורשים דה"נ בתוך זמן היה אביהם נאמן לומר פרוע במגו דמזוייף אלא דלא שכיח שיפרע בתוך זמן ולא טענ' להו ליורשים כמו דלא טענ' להו מזוייף מיהו י"ל דנ"מ כגון אם כתוב בשטר בלא שום תנאי וכו' דאפילו העדים אין נאמנים לומר תנאי היה דמגו דמזוייף וכ"ש הלוה כמ"ש בסימן פ"ב ע"ש:

נ"ח מגו אם יש לעד א' מגו אפילו עד אחר מכחישו נאמן דבפרק האשה שנתארמלה גבי ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה וכו' וכ' התוס' תימא דמ"ל לאותו עד שאומר לא נתגרשה בלא הוא נמי תצא דאין דבר שבערוה פחות מב' דהא ל"ל דמיירי שלא היינו יודעים שהיא א"א כי אם על פיהם דא"כ להימני' להאי דאמר נתגרשה במגו

דאי בעי שתיק וי"ל דאין זה מגו טוב דשמא רוצה להעיד כדי לפוסלה מן הכהונה עכ"ל הרי דע"א בהכחשה כי איכא מגו נאמן:

נ"ט אם העד א' פסול לעדות אמרי' מגו שהיה מכחיש ע"א הפסול כמ"ש התוס' בפ' הכותב ובעה"ת ש' י"ט ח"ב במעשה דאבימי דאפי' שלחו ע"י שליח אפ"ה נאמן לומר חוב אחר במגו דלהד"מ דכיון שהשליח נוגע בעדות יכול הוא להכחישו וה' בית דוד ח' א"ה סי' ס' הק' על מהר"ם גאלאנטי סי' צ"ז דס"ל דלא אמרי' מגו להכחיש אפי' עדים פסולים מדברי התוס' ובעה"ת וכ' ואולי לא אמרו אלא דוקא בע"א אבל במקום שני עדים אפילו הם פסולים לא אמרינן מגו עיין שם וזה דעת הרא"ש בתשו' הביאה מהריב"ל דלא אמרי' מגו במקום עדים פסולים וה' פני משה ח"א סי' ע"א וסי' ק"ט הכריח כן דה"ד בב' עדים אבל בע"א אמרי' מגו ע"ש ולפ"ז ה"נ אם שלחו ע"י ב' עדים אינו נאמן שקבלם בשביל חוב אחר במגו דלהד"מ להכחיש ב' עדים אבל מדברי הפוסקי' משמע דאין חי' בין ע"א לשני עדים ונר' דלא אמרו התוס' ובעה"ת אלא בנוגע בעדות דהוי כבעל דבר דיכול להכחיש אפי' הם שנים אבל בע"א אפי' פסול לעדות אינו יכול להעיז פניו וכה"ג כ' התה"ד סי' ש"ח ע"ש ועי' בתשו' בעי חיי סי' כ"ז:

ס' כתב מהריב"ל ח"ג סי' קי"ט בשם הריטב"א אם בטענה מכחיש לא' ובטענת המגו מכחיש לב' מגו דהעזה מיקרי דלא אמרי' מנו והביאו הכנה"ג אות קל"ג ע"ש וזה נר' כדעת התוס' בפ' הכותב והר"ן בפ' כל הנשבעי' והמרדכי בפ' ח"ה דלא אמרי' מגו להכחיש את העד אפי' בלא שבועה אבל למ"ד דאם לא היה מחייבו שבועה אמרי' מגו שהיה מכחי' העד ודוקא כשהיה חייב שבועה לא אמרי' מגו שהיה יכול להעיז פניו לישבע בדבר שהעד מכחישו וכבר הוכחתי כן לקמן מדברי הרמב"ם והטור ומרן דאמרינן מגו להכחיש העד ע"ש ה"נ אמרי' מגו וגם התוס' והר"ן והמרדכי דס"ל דלא אמרי' מגו להכחיש העד אפי' בלא שבועה נר' דה"ד לגבי העד כמ"ש דלא חציף איניש להכחיש את העד כיון שאינו נוגע בדבר ע"ש אבל להכחיש בעל דבר לא מקרי מגו דהעזה דמ"ל העזה לא' מ"ל העזה לשנים:

ס"א מגו במקום ע"א כ' התוס' בפ' הכותב בד"ה מגו דיכולים וכו' דלא אמרי' מגו במקום ע"א דלא חציף להכחיש את העד ע"ש משמע דאפי' לא הי"ל לישבע כנגד העד כגון שהאמינו לא אמרי' מגו שיהא מעיז פניו להכחיש את העד וכ"כ מהרא"ש סו' ע"ד וכן דעת הב"ח סי' נ"ח והש"ך שם ס"ק י"א דחה דבריהם דה"ד כשהיה צריך לישבע נגד העד כמ"ש התוס' בפ' ח"ה גבי נסכא דרבי אבא ע"ש ובהש"ך סי' פ"ז ס"ק ס"ח:

ס"ב מגו במקום ע"א כ' התוס' בפ' הכותב והר"ן

בפ' כל הנשבעי' והמרדכי בפ' ח"ה ס"ל דאפי' בטענת המגו א"ץ לישבע נגד העד שמכחישו כגון שיש לו נאמנות נגד ע"א לא אמרי' מגו דלא חציף להכחיש את העד וכן דעת הרמב"ן והריטב"א כמ"ש הכנה"ג אות קל"ב ע"ש וכ' מרן בתשוב' בס' אבקת רוכל סי' קמ"ט דהכי קי"ל עש"ב והרדב"ז בתשו' ח"ב סו' ת"ז כ' כלל זה ע"ש ומהרח"ש בתשו' ח"ג סי' י"ב וי"ג כ' וז"ל ואע"ג דהכא אינו מכחיש העד מ"מ נאמן במה שטען ונתן אמתלא במגו דא"ב מכחישו ואמר להד"מ וכ"ת דזה מגו הוי מגו דהעזה ולא אמרי' דלא בעי להכחיש משום דאין אדם מעיז פניו וכו' מ"מ מי שיעיין בס' הפוסקי' יראה דהא דלא אמרי' מגו דהעזה ה"ד לפטור משבוע' וכו' ע"ש ולא דק דהרי הרמב"ן והריטב"א והר"ן ס"ל דמגו להכחיש ע"א אפי' בלא שבועה לא אמרי' אבל מגו דהעזה בשבי' אמרי' כמבוא' בחי' הרמב"ן והריטב"א והר"ן בפ' כל הנשבעי' ובתשו' הריב"ש סי' שצ"ב ע"ש ונר' דס"ל דל"ד להכחיש העד שאינו נוגע בדבר למכחיש בע"ד וכ"כ התוס' בפ' הכותב בד"ה מגו וכו' דלא חציף להכחיש את העד כיון שאינו נוגע בדבר ע"ש ובא"ה סי' מ"ב במקדש בע"א כ' הב"ח דאם הא' אומ' שהיה קידושי' אלא כוונתו היה לשחוק וכו' דא"ץ לחוש דנאמן במגו שהיה מכחיש לעד וה' בית שמואל ס"ק ו' כ' דא"נ דהא דומה לאומ' חטפתי ודידי חטפתי דאינו נאמן במגו דהיה יכול להכחישו כמ"ש התוס' בפ' ח"ה בשם ריב"א ע"ש וליתא דהתם דוקא כיון דע"א מחייבו שבועה דאוריית' כך הוא הדין שישבע להכחיש העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטר אבל בלא"ה אמרי' מגו שהיה מכחיש את העד והרי בא"ה סי' קנ"ב דהאשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת וכו' כ' ה' בית שמואל ס"ק י"א דאפי' יש ע"א שהיתה בחזקת א"א נאמנת וכו' דהפה שאסר וכו' מדקתני מתני' ואם יש עדים וכו' כמבוא' בסי' ז' גבי נשביתי וכו' ע"ש בב"י אלמא אפילו גבי א"א אמרינן מגו להכחיש ע"א (א"ה עמ"ש המחבר בסי' ס"ג ע"ש):

ס"ג מגו להכחיש ע"א התוספ' בפרק הכותב והר"ן בפרק כל הנשבעים והמרדכי בפרק ח"ה סבירא להו דאפילו בטענת המגו אין צריך לישבע נגד העד שמכחישו כגון שיש לו נאמנו' נגד העד א' לא אמרי' מגו דלא חציף להכחיש ע"א וכן דעת הרמב"ן והריטב"א כמ"ש הרב כנה"ג אות קל"ב עי"ש וכתב מרן בתשובות בספר אבקת רוכל סימן קמ"ט דהכי קיימא לן עש"ב ובפרק האשה שנתארמלה גבי ב' נשים שנשבו וכו' פירש רש"י שיש עדים שנשבו וכתב הרב פני יהושע משמע דבלא עדים נאמנת כל אחת לומר נשביתי וטהורה אני ואע"ג דחברתה ידעה שנשבית נאמנת במגו שהיתה מכחש' אות' ומכאן לכאורה נראה דהא דקיימא לן דלא אמרינן מגו במקום עד אחד ה"ד אם היה צריך לישבע להכחי' העד וצ"ל דבשבויה היקלו ולכאורה מוכח כן בהדיא מדתניא התם

אני וחברתי טמאה נאמנת על עצמה ואין נאמנת על חבירתה ואוקי בדליכא עדים וכן לאוקמתא דר"פ מוכ' התם בהדיא דכי ליכא עידי שבויה אפילו עד אחד אמר טמאה היא אינה כלום כמ"ש רש"י שם מיהו כבר כת' הריב"ש סימן שצ"ב וז"ל אבל אם מפני הטעם האחר שאומרים קצת המפרשים דלא חציף איניש לאכחושי סהד' אם העד העיד דלאו דידיה חטף וזה מכחישו נאמן הוא בשבו' להכחישו דהשתא הא מגו דאי בעי אמר לא חטפי שהרי גם עתה מכחיש העד וכו' עיין שם וה"נ באומרת אני וחברתי טמאה וחברתה מכחשת ואומרת טהור' נאמנ' דהא דלא אמרינן מגו במקום ע"א היינו משו' דלא חציף איניש להכחיש העד אבל כגון זו שהעד מעיד שהיא טמאה איכא מגו דאי בעיא אמרה לא נשביתי שהרי גם עתה מכחשת העד בטומאה מיהו הרמב"ם בפי"ח מה' איסורי ביאה כתב וז"ל האשה שאמרה נשביתי וטהור' אני נאמנ' שהפה שאסר וכו' ואפילו היה שם עד אחד שמעיד שהיא שבויה אבל אם יש שני עדים שנשבית אינה נאמנת וכו' וכ"כ הטור ומרן בא"ה סי' ז' וכ' המ"מ דס"ל דדוקא קתני מתני' ב' עדים הוא שהיתה יכולה להכחיש העד וכו' וכ"כ הב"י שם טעמו כיון דנקט עדים לשון רבים בעי' שנים ע"ש אלמא אמרי' מגו אפי' במקום עד כשר והפרישה שם כ' אע"ג דבנסכא דרבי אבא מצריכים החוטף לשלם ולא אמרי' שיהא נאמן אפי' בשבו' להכחיש העד שאני הכא דבשבויה היקלו ע"ש וכעין זה כ' מהריב"ל הביאו הכנה"ג אות קכ"ז דבתקנת חכמים אמרי' מגו דהעזה דבמגו כל דהו אוקמוה אדאורייתא ע"ש וא"כ ה"נ בשבויה אמרי' מגו במקום ע"א דהוי העזה וכן אמרי' מגו במקום קול בשבויה דאפי' יצא הקול שיש עדים במ"ה שנשבית נאמנת במגו נגד הקול כדאמרינן בפ"ק דקידושין די"ב ע"ש בתוס' מיהו הא קתני מתני' האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת ואם יש עדים וכו' משמע דוקא ב' עדים אבל נגד ע"א נאמנת במגו שהיתה יכולה להכחישו וכ"כ ה' בית שמואל בא"ה סו' קנ"ב ס"ק י"א ע"ש ושם בפ' האשה שנתארמלה ד' כ"ב ע"ב בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגר' דאמרי' תרויהו בא"א קמסהדי וכו' כ' הראי"ה בא"ז וז"ל וק"ל השתא נמי היכי מתוקמא א"א אפומא דהני דהא כיון דמכחשי אהדדי לא סגי דאיכא חד פסול וכיון שכן ליכא אלא ע"א כשר דמוקים לה בחזקת א"א וכו' ואפשר עוד לפרש דודאי בהכחשה גמורה איירי ומיהו כגון דקאמר היא א"א הייתי וגרושה אני דשויא נפשה חתיכה דאיסורא וכיון שכן תו לא מהנה לה לומר גרושה אני דהשתא ליכא טעמא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון דאיכא עדים אע"ג דהני העדי' לאו כלום הוא כדפי' מ"מ כיון דליכא עדים כלל ליכא הפה שאסר דלא ניחא לה למי' פנויה אני במקום עדים דהא כולהו מודו בהא מיהת דאשת איש היתה וכו' עכ"ל

ונראה דס"ל דאמרי' מגו במקום ע"א וה"נ אע"ג דאיכא ע"א כשר אם אמרה א"א הייתי וגרושה אני היתה נאמנת במגו להכחיש ע"א שאומר לא נתגרשה במגו דיכולה לומר לא הייתי א"א אלא משום דב' עדים מעידים שהיתה א"א אע"פ דא' מהם פסול ליכא מגו דלא ניחא להכחי' ב' עדים א"כ נר' דס"ל דוקא בנסכא לא אמרי' מגו שהיה מכחיש ע"א ולישבע כנגדו אבל בלא שבועה אמרי' מגו במקום ע"א שהיה יכול להעיז להכחישו בלא שבועה ונר' דה"נ גבי שדה זו של אביך וכו' דתנן נמי ואם יש עדים שהוא של אביו וכו' משמע דוקא ב' עדים אבל נגד ע"א נאמן במגו שהיה יכול להכחישו אבל הט"ז בא"ה שם כ' ול"נ דלק"מ דשם יש עכ"פ כח להעד לחיוב שבוע' משא"כ כאן ע"ש וכבר כ' התוס' בבתרא דף ל"ג בד"ה הוי וכו' וז"ל ול"ל נמי דהא לא חשיב מגו דלא הוי חציף למי' לא חטפי להכחיש את העד או משו' שירא שלא ופסלוהו לעדות וכו' דהא משמע וכו' ואור"י דודאי אם לא העד מחייבו שבו' היה נאמן במגו דא"ב אמר לא חטפי שיכול להעיז פניו להכחיש את העד בלא שבו' אבל השתא דמחייבו לא מהימן בשבו' על ידי מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו עכ"ל אם כן נראה דנאמנת האשה לומר א"א וגרושה אני במגו אפילו יש עד אחד דאמרינן מגו במקום עד אחד שאין מחייבו שבו' ודוקא בנסכא שהעד מחייבו שבו' לא אמרי' מגו שהיה יכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו וגם שירא שלא יפסלוהו לעדות היינו משום דמצטרף העד ובעל הנסכא ופוסלים אותו לעדות אבל לא שייך ה"ט באשה אף על גב דשייך האי טעמא שהיא כשרה לענין עדות אשה שמת בעלה לשאר האיסורים מכל מקו' הכא אם אמרה לא נשביתי דאין אחר מכחישה אלא עד אחד אינו פוסלה אמרינן מגו מיהו לגבי שדה זו של אביך וכו' תנן נמי ואם יש עדים וכו' שהיא של אביו וכו' משמע דוקא ב' עדים אבל נגד עד אחד נאמן במגו שהיה יכו' להכחישו ולפירש"י דאין הלה תובעו דלגבי עד אחד נאמן במגו שהיה מכחישו העד דעד אחד אינו פוסלו לעדות אבל לדעת התוס' וכל הראשונים דכ' מיירי בהלה תובעו ואם כן אף על גב דעד א' ובעל דבר מצטרפין לפוסלו אמרינן מגו אלא ודאי (עכ"מ):

ס"ד מגו במקום ע"א כבר כתבתי דברי התוס' בפ' הכותב והר"ן בפ' כל הנשבעין והמרדכי בפ' ח"ה והרמב"ן והריטב"א דס"ל דלא אמרי' מגו להכחיש את העד אבל הרמב"ם פי"ח מה' א"ב גבי האשה שאמ' נשביתי וכו' וכן גבי א"א שאמרה א"א הייתי וגרושה אני דנאמנת אפי' יש ע"א דהיתה בחזקת א"א דנאמנת מדקתני ואם יש עדים וכו' וכמ"ש הב"ש בסי' קכ"ב ס"ק י"א ע"ש וכה"ג כ' המ"מ בפי"א מה' שכירות דין ו' דא"א דעד סגי לא היו אומרים שכרו בעדים ע"ש והרא"ש בפ"ק דמ' גבי ע"א מסייע וכו'

כ' וז"ל עוד הק' מדתנן לענין שבועה שלא פקדנו אבא אמר רשב"ג אם יש עדים שאמ' האב ששטר זה אין פרוע גובים בלא שבועה ומדתני עדי' משמע דע"א שאמר האב בפניו ששטר זה אינו פרוע לא היה פוטר את היורשים מן השבועה ואע"פ ששבועה זו אינה אלא מתקנת חכמים וכו' ונ"ל וכו' אלא אגב וכו' ע"ש משמע דבכל דוכתא דנקט עדים דוקא ב' עדים דע"א לא מהני וגם הרא"ש שדחה שם שלא דקדק התנא:

עכ"מ וא"כ שדה זו של אביך דתני אם יש עדים שהיא של אביו וכו' דוקא אם היו ב' עדים אבל בע"א נאמן במגו שהוה יכול להכחיש העד מיהו א"ל דה"ד בבריא ושמא שאין אחר תובעו כמו נשביתי וכולי דאין מכחישה אלא העד אבל בתובעו אחר בריא והעד מסייעו אפשר דלא אמרינן מגו להכחיש את העד שמסייע את חבירו ואפ' דלכך פירש"י באומר שדה זו של אביך דאין הלה תובעו אבל התוס' וכל הראשוני' דחו פי' והרמב"ם מה' טוען כ' וז"ל ראובן שהיה משתמש בחצר וכו' ואח"ז בא שמעון וטען עליו וא"ל חצר זו שתחת ידך שלי היא והשיבו ראובן שלך היתה ואתה מכרתה לי אם אין עדי' לשמעון שהיתה ידועה לו נשבע ראובן היסת ועומד במקומו אבל אם הביא שמעון עדים שחצר שלו היתה הרי היא בחזקת שמעון ואומרי' לראובן הביא ראיה וכו' ואף ע"פ שאין ראובן מודה לשמעון שהיא היתה שלו שהרי יש עדים לשמעון וכ"כ הטור ומרן בסי' ק"מ ע"ש משמע אפילו בטוען בריא דוקא אם יש ב' עדים אבל אם אין לו אפי' איכא ע"א שהיתה שלו נאמן הלה לומר לקוחה היא בידי במגו דלהד"מ שהיה מכחיש העד נר' דס"ל דדוקא גבי נסכא דר' אבא שהיה מחוייב שבו' דאוריית' אינו נאמן במגו ואמרי' משיל"ם אבל בקרקעות דאין נשבעי' מדאוריית' אפי' איכא ע"א כמבוא' בסי' צ"ה אמרי' מגו דבשבוע' דרבנן לא אמרי' משיל"מ וכ"כ התוס' בפ' ח"ה דף ל' ד"ה לאו וכו' א"ל שהיה המוכר נאמן לומר זבינתא מינך במגו דא"ב אמר לא היתה שלך מעולם ואע"ג דהאי לוקח ידע שהיתה שלו והוא בחד סהדא מ"מ הוי מגו כדמשמ' לקמן גבי נסכא דר"א אי לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישב' היה נאמן לומ' דידי חטפי במגו דא"ב אמ' לא חטפי והיה מכחיש העד והכא לא הוי מחוייב שבו' דאין נשבעי' על הקרקעות וכו' עכ"ל וכ"כ הטור בסי' קמ"ו בשם הרמב"ן וז"ל דאם מיחה בא' אפי' מיחה בפני המחזיק ואפי' במודה במחאה דמתוך שיכול לומר לא מחית בי נאמן נמי לומר לקוחה היא בידי ואע"פ שע"א מכחישו הכא טענת קרקע הוא וע"א בקרקע לאו כלום היא וכן סת' מרן שם ס' כ' אלמא אמרי' מגו להכחיש העד במקום דליכא שבו' דאוריי' וגם הרא"ש החולק שם היינו מטעם דהי"ל להזהר בשטרו כיון שהוא מודה במחאה אבל בעלמא אמרי' מגו להכחיש העד וא"כ אמרינן מגו להכחיש את העד אפי' איכא שבו'

דרבנן ודוקא בשבו' דאוריית' לא אמרי' מגו ועי' במרן הב"י סי' ע"ט ס"ז שכ' וז"ל דל"ל מ"ל לשקר שחזר בו מטענה א' דא"ל שחזר בו לפי שראה שהעד מכחישו וכו' ומהראד"ב בס' לחם רב בסי' צ"ד כ' עליו דכבר דחו התוס' טעם זה והסכימו התוס' לדברי ריב"א בפ' ח"ה דכך הוא הדין וכו' ע"ש וכבר כתבתי דהמרדכי והרמב"ן והריטב"א והר"ן ס"ל דאפי' בלא שבו' לא אמרינן מגו להכחיש את העד ומרן בתשו' תפס כן עיקר וזה דעתו בב"י וכן דעת הסמ"ע סי' ע"ה ס"ק ל"א וס"ק ל"ה וכן הסכים הדרישה שם ע"ש:

ס"ה מגו במקום ע"א ואם אין העד מכחישו בטענתו אלא בטענת המגו בפרק הכותב במעשה דאבימי וכו' דאמרינן מגו דיכול לומר לא היו דברי' מעול' כתבו התוס' וז"ל אחר שנתקנה שבו' היסת איירי וכולי דשליח נוגע בעדות הוא הוי מגו טוב אבל קודם שנתקנה שבועת היסת דשליח אינו נוגע בעדות וכו' לח הוי מגו דלא חציף להכחיש את העד כיון שאינו נוגע בדבר כדמוכח גבי נסכא דר"א עי"ש נראה דסבירא ליה דחף על גב דהשתא שטוען סטראי בעל דין מכחישו ואין העד מכחישו ואם היה אומר לא היו דברים מעולם טענת המגו אין שבעל דין יכול להכחישו לא אמרינן מגו משום דחציף הוא להכחיש בעל דין ולא חציף להכחיש העד כיון שאינו נוגע בדבר ואפילו אין העד מחייבו שבו' שהרי כ' מרן הב"י בא"ה סימן קט"ו גבי מי שראה אשתו שזינתה וכו' דאם לא ראה אותה בעצמו אפילו הואי ע"פ ע"א אינו משבי' אותה דהא דתנן בפרק הכותב ע"א מעידה שהיא פרוע' לא תפרע אלא בשבו' התם כשהבעל טוען בריא עיי"ש ואם כן הכא נמי כיון דאבימי אינו טוען בריא רק על פה העד שפרע אין צריך לישבע להכחישו מיהו נראה דהתם מצרפין טענת הלוה עם השליח והוי כטוען בריא וכבר הוכיח הרשב"א בתשו' סי' ס"ח דהא דאין נשבעי' היסת על טענת ספק ה"ד בשמא גמור אבל בשמא קרוב לבריא צריך לישבע ואם כן הכא נמי בשבועת המשנה אפילו אינו טוען בריא גמור אלא שמא קרוב לברי' צרי' לישבע וכן כתבו הרשב"א והר"ן שם בפרק הכותב דחמא הוי כע"א ומחייבו שבו' ע"ש ומהרי"ל שם כתב הק' ה' ל"א ל"ל משום דלא חציף וכולי ת"ל כיון דקודם תקנת שבו' היסת איירי דשליח אינו נוגע בדבר אם כן אינם נאמנים לומר לא היו דברים מעולם משום דשליח כעד אחד דמי ומחייבו שבוע' וכו' ונעלם ממנו הדין דקיימ"ל דאין ע"א מזקיקו שבו' דאורייתא ליטול כדאמרינן התם דפ"ז עיי"ש ולכאורה נראה דאם היו טוענים לא הד"מ להכחיש העד אף על גב דקיימא לן בסי' ע"ה ס' כ"ג טענו ספק על פה עד אחד מזקיקו שבו' דאוריי' כאלו היה טוענו טענת בריא וכן דעת התוס' בכתובות די"ח ד"ה מפני וכו' עיין שם היינו דוקא ליפטר מלשלם דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אבל ליטול אע"ג דעד מעיד בשטר

שהוא פרוע חייב שבועת המשנה הרי כתב הב"י א"ה סימן קט"ו גבי מי שראה אשתו שזנת' דאם לא ראה אותה בעצמו אפילו טוען על פה עד א' אינו משביע אותה דהא דתנן בפרק הכותב ע"א מעיד שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבו' התם כשהבעל טוען בריא עיין שם ואם כן הכא נמי אם אמרו לא הד"מ כיון דאבימי אינו טוען בריא אלא על פה העד שפרע אין צריך לישבע להכחישו ואם כן אפשר שכן דעת התוס' אבל הש"ך בסימן פי"ד סק"ז דחה זה דאין חילוק בין שבו' דאורייתא לשבו' דרבנן וכן משמע בהדיא בתשובות הרשב"א הביאה הב"י סימן ע"ב עיי"ש וכן כתב הר"ן בפרק הכותב שם דחמא דשליח הוי כעד אחד ומחייבו שבו' וכן כתבו הריב"ש והרשב"א בספר א"ז ונר' דכ"ע מודו הכא דצריך לישבע כדקיימא לן בסימן קכ"א ס"ט דישבע המלוה בנקיטת חפץ שלא קיבלם ויגבה חובו מהלוה וכתב הסמ"ע ס"ק כ"ב אף על גב דאין ללוה עליהם אלא טענת שמא קיבל מהשליח מכל מקום מצרפין לטענתו טענת השליח שאומר בבריא שנתנו למלוה ע"ש וכן כת' הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ס"ח והר"ן בפ' כ"ה ע"ש ואם כן אף על גב דאבימי (עכ"מ):

ס"ו מגו במקום שטר אמרינן הרב פמ"א ח"א סי' קט"ו דף קצ"ח כתב שיש לזה ראיה דהא קיימא לן דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לומ' פרעתי במגו דמזוייף וגם למאן דאמר מודה בשטר שכ' אין צריך לקיימו כתבו התוס' בכתובות דף י"ט דסביר' להו דאינו נאמן במגו דלא אמרינן מגו דמזוייף משום דירא לוה לומר מזוייף פן יכחישוהו וכו' אם כן אי איכא מגו כ"ע נאמן נגד השטר ע"ש ויש לדחות דדוקא מגו דמזוף אמרינן משום דכל שלא נתקיים השטר אינו שטר אבל במגו אחר אפשר דאינו נאמן לבטל השטר וכה"ג כתבו התוס' בפרק האשה שנתארמלה במתני' העדים שאמרו כתב ידינו הוא אבל אנוסים היינו וכו' וז"ל וא"ת ולמה נאמנים והא מגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא היו אנוסים וכו' וי"ל כיון שהצריכו חכמים קיום הכא לא חשיב כלל קיום וכו' ובד"ה אין נאמנים וכו' כ' הכא ל"ל דלהימניה במגו דא"ב אמרי פרוע דכיון דמקויים הוי כמגו במקום עדים ע"ש הרי דבמקויים אין נאמנים במגו דהוי כמגו במקום עדים אבל כשאינו מקויים נאמנים במגו דמזוייף משום דכל שלא נתקיים לא חשיב שטר וה"נ ס"ל דנאמ' הלוה נגד השטר במגו דמזוייף אבל במגו דטענה אחרת לא וכ"כ התוס' בקמא ד' ע"ב בד"ה אין וכו' דזה לאו מגו שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר וכו' ע"ש ובפ' המוכר את הבית אמרי' דהמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכ' רשב"ם אבל המלוה בשט' לא מצי לוה טעין פרעתי דא"ל אידך שטרך בידי מ"ב דגבי לוה ליכא מגו דאפי' נאנסו צריך לשלם דמלוה להוצאה ניתנה ע"ש אלמא כי

איכא מגו לא אמרי' שטרך בידי מ"ב מיהו כבר כתבתי בסי' נ"א ס"ק ו' דאפש' דמגו גרוע דהעזה במקום שטר לא אמרינן וכה"ג כ' הרא"ש בפ' כל הנשבעי' דמגו טוב אמרי' לפטור משבועה אבל מגו דהעזה דהוי מגו גרוע לא אמרי' לפטור משבועה וה"נ א"ל דוקא מגו טוב אמרי' במקום שטר כגון דשטר כיס דהוי מגו טוב שהיה טוען נאנסו דליכא העזה וכעין זה כ' הסמ"ע בסי' ק"ח גבי שטר כיס אע"ג דאין טוענין ליורשים דנאנסו דלא שכיח מ"מ חשיב מגו גבי טענת החזרתי לגבי אביהם משום דבטענת החזרתי אלו היה משקר הוי העזה מה שאין כן בטענת נאנסו ע"ש א"כ לא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא אלא דומיא דשטר כיס משום דטענת המגו נאנסו טובה דאין בה העזה וגם הוי ברי' ושמא אבל בטענת החזרתי גבי אבוהון הוי ברי וברי ויש בה העזה וה"נ א"ל דלא אמרי' מגו במקום שטר אלא במגו דנאנסו דליכא העזה אבל מגו גרוע דהעזה לא אמרינן וכן נראה דעת הפרישה כמ"ש שם גם מהרשד"ם סי' תל"ו:

ס"ז מגו במקום שטר כ' התוס' בפרק הכותב גבי הפוגמת כתובתה בד"ה דמפרע לא דייק וכו' ולא שייך כאן מגו כ' מהרי"ל ונ"ל דלא חשיב מגו להוציא כיון דלא מיירי אלא אי בעיא שבו' אי לא לא על גוף הממון לא מקרי מגו להוציא ע"ש אבל תלמידי הר' יונה בס' א"ז שם וז"ל ולאו קושיא היא חדא דהו"ל מגו לאפוקי ממונא ומגו לאפוקי ממונא לא אמרינן ועוד הוי דמגו לאפטורי משבו' לא אמרי' ע"ש ונר' דס"ל אע"ג דמלוה דלעולם הוא גובה מ"מ כיון דשבו' לכלל ממון אתיא דשמא יודה ע"י השבו' ואם אתה פוטרו מן השבו' במגו הוי מגו להוציא ממון ואפ' דגם התוס' ס"ל דלא חשיב מגו להוציא כיון שיש שטר, כמ"ש התוס' בבתרא דף ל"ב בד"ה הילכתא וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רנ"ה ובמיוחסות סימן ק' משום דמוחזק בשטר כאלו הממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקומי ממונא הוא ע"ש וה"נ שיש שטר בידו אע"ג דפוגם שטרו לא איתרע שטרא דזה מן הדין נוטל בלא שבו' אלא שהחמירו חכמים לישבע ואע"ג דברייתא התם לא חשיב פוגם שטרו בא מכח השטר כיון שהוא עצמו מודה שפרע מקצת ואינו חייב כל הכתוב בשטר כמ"ש התוס' בד"ה ואלו וכו' ע"ש אפשר דאה"נ לתנא דברייתי' בלא"ה לא מיירי מגו להוציא ולא כ' התוס' אלא לתנא דמתני' דחשוב ליה בא מכח השטר דלא איתרע השטר ואמרי' מגו אפי' להוציא אבל הר"י ס"ל דלא אמרינן מגו להוציא אפילו כשיש שטר כדעת הרמב"ן: ס"ח מגו במקום מחלוקת כ' מהרימ"ט סימן ל"ג בשם הרדב"ז דלא אמרי' מגו מטענה שיש בה מחלוקת והסכים עמו מהר"ץ אשכנזי סי' ב' ע"ש וכ"כ ה' פני משה ח"א סימן נ"ח דלא אמרי' במקום מחלוקת מטעם דאי' זה מגו טוב דלא מחית איניש לספיקא ופלוגתא ארבוותא שירא פן היום או למחר יוצא ממון בדיינים

והכנה"ג אות קמ"ט כ' הטעם דלא ר"ל טענה שאם אח"ך יתפוס שכנגדו אין מוציאין מידו ע"ש וכבר תמהתי עליו בסי' נ"ח וסי' ס"ז דבתשו' הרדב"ז ח"ב סי' ק"ח וסי' תרכ"ה שכ' הטעם שירא פן יפסוק הדיין כמ"ד דאינו יכול לטעון כן ע"ש וזה כדברי ה' פני משה וכה"ג כ' הריטב"א בחי' לכתובו' ד' כ"ז ע"א וז"ל או דילמא לא אמרי' מ"ל לשקר כלומר או דילמא לא אמרי' מ"ל לשקר גבי הא דטענת נחבאתי אינה ברורה כ"כ והיינו דאמרי' ומ"ש מההוא מעשה וכו' ואע"ג דלא דמי לה ממש קס"ד כיון שהיא סבורה דריעא טענתא לומר בב"ד שהיא לבדה שהיא נחבאת אע"ג ששורת הדין שנאמנת בכך וכולי וכה"ג כ' הרא"ש בפ' הכותב וז"ל אבל אם אמרה שנפרעה קודם המכר לא מהימנא במגו דא"ב מחלה וכו' ואף לדברי המפרשים דכל מוחל שט"ח אינו חייב לשלם אלא דמי המכר מ"מ כ"ע דלאו דינא גמירי והא יראה למחול שמא תתחייב לשלם כל דמי השטר עיין שם וה"נ לא אמרי' מגו כשטענת המגו מחלוקת מה"ט כ"ע דלאו דינא גמירי והא ירא לטעון כן שמא יתחייב אבל רוב האחרוני' ס"ל דאמרי' מגו אפי' מטענה שהיא מחלוקת וכן כתב הרב בתי כהונה ח"ב סימן כ"ח עיין שם והתוס' בכתובות סוף דף ט' בד"ה לא וכולי כתב וא"ת ולהימניה לדידה במגו דא"ב אמרה משארסתני נאנסתי דנאמנת לר"ג דפסקי' לקמן כוותיה וכולי עיין שם אלמא אע"ג דר"י ס"ל דאומרת משארסתני נאנסתי או מוכת עץ אינה נאמנת למאי דקי"ל כר"ג נאמנת בטענה אחרת במגו אבל להאי טעמא דלא ר"ל טענה שאם אח"ך יתפוס שכנגדו אין מוציאין מידו ניחא דהתם שנאמנת אפי' להוציא ממון אמרי' מנו:

ס"ט מגו למפרע לא אמרי' כמ"ש התוס' בפ' הכותב ד' פ"ה בד"ה אית לך וכולי וכ' הרדב"ז ח"א סימן רכ"ג על אלמנה שנתנה כתוב' ומתה וטענו יורשיה שנשבעה וז"ל וא"ת אף ע"ג דאיכא עדים שירשו נכסים אלו מן האלמנה להימנו במגו דא"ב אמרו החזרנו הנכסים ליורשי הבעל וכו' ל"ק כיון שהם אומרים שזכו בתורת ירושה לפי שנשבעה אין אדם מחזיר או חוזר וקונה מה שהוא שלה לפי דעתה ועוד דמגו למפרע לא אמרי' שכבר טענו בב"ד שנשבעה וזכו בתורת ירושה לא אמרי' מגו שהיו יכולים לטעון בתחלה כך דמגו למפרע לא אמרי' ע"ש ועי' בשו"ת חוות יאיר סי' ק"ך שכ' דרוב הפוסקי' ס"ל דאמרי' מגו למפרע אלא דלא אמרינן מגו בטענה שאינה גלויה לכל שהוא פטור וכיון שנחלקו הפוסקי' אינה גלויה ולא אמרי' מגו עש"ב ולא דק (עכ"מ):

ע' מגו מממון לממון כ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' ת"ז מגו מטענה לטענה לא אמרי' כיצד ראובן יש לו אצל שמעון מלוה בשטר ומלוה ע"פ ואותה שע"פ גדולה מהשטר ואמר שפרע המלוה שבשטר והודה במלוה ע"פ לא אמרי' מגו דא"ב אמר שפרע המלוה

שבע"פ והשטר עדין יהא נאמן לומר מלוה שבשטר פרעתי דמשום דמגו מטענה לטענה לא אמרי' עד שיהיה המגו באותה טענה עצמה ע"ש והיינו דמגו מממון לא אמרי' כמ"ש התוס' ריש מציעא והמרדכי שם סיים דהא דאמרי' מגו מממון לממון גבי מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע ופירש"י נהימניה במגו דכופר הכל י"ל דהיינו לפטור משבועה דבמגו כל דהו פטרינן ליה משבו' וכו' ע"ש ועי' במהרימ"ט ח"א סי' ס' וזהו לא מסתבר דהא קי"ל מגו לפטור מממון אמרי' ומגו לפטור משבועה לא אמרי' וא"כ במקום דלא מהני מגו לפטור מממון ק"ו דלא מהני לפטור משבועה ועי' בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ל"ח שכ' ואין לחלק מדעת הכר' לומר דהתם אי טעני' דילמא פרע אבוהון לא פסלי' לשטרא אלא דמזדקקי לאשבועי' למריה שטרא וכו' וכה"ג כ' בתשו' סי' ן' דבקל רמינן שבועה ע"ש ועי' במהרימ"ט ח"מ סו' קכ"א מיהו א"ל דמודה במקצת שאני דהוי כמשיב אבידה וכמ"ש הב"ח סי' רצ"ו דהא דקי"ל דמגו לפטור משבועה לא אמרי' ה"ד כשהטענות שוות כגון דבשומר דבב' הטענות נפטר השומר לגמרי אבל במודה במקצת דמשיב אבידה הוא דא"ב היה כופר בכל ולא היה מתחייב כלל ועכשיו הוא מודה במקצת ודאי דמסתבר לפוטרו משבועה במגו דכופר הכל ע"ש וא"כ אפשר דה"נ אע"ג דמגו מממון לממון לא אמרי' מ"מ (עכ"מ)

ע"א

מגו שהיה משים עצמו רשע לא אמרי' עי' בה' א שער המלך בה' מכירה שהק' על רשב"ם שכ' בפ' י"ן גבי האומר זה בני נאמן בנכסים שהיו לו באותה שעה במגו דא"ב יהיב ליה במתנה דהא דקי"ל הכותב כל נכסיו לאחרים והניח את יורשיו אין רוח חכמים נוחה הימנו וכ' מהראנ"ח דאיסור' נמי איכא וא"כ מגו דטענה שמשים עצמו רשע לא אמרי' ושמא דה"ד באיסו' תורה ולא באיסור דרבנן ע"ש ובפ' האשה שנתארמלה גבי עדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכו' פירש"י פיסולי עדות היינו משחק בקוביא נר' דס"ל דלא אמרי' באיסור דרבנן אין אדם משים עצמו רשע וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש שם אבל הרשב"א שם דחה פירש"י והר"ב שם דקדק מדברי רש"י דלא פי' כן אלא ללישנא קמא אבל ללישנא בתרא דרמב"ח אפי' אמרו משחק בקוביא היינו אין נאמנים עש"ב ונר' דגם למ"ד דלא אמרינן באיסור דרבנן אין אדם משים עצמו רשע ה"ד כשטוען כן אבל אם בטענת המגו משים עצמו רשע לא אמרי' מגו לא ר"ל טענה שמשים עצמו רשע ועי' בס' כהנת עולם הלכות רבית ד' י"ח:

ע"ב מגו מאדם לאדם לא אמרי' מהרימ"ט סי' ל"ב ונמשך אחריו ה' שבות יעקב ח"ב סי' קנ"ג ע"ש והש"ך בסי' תכ"ו ס"ק נ"ח דחה זו מדאמרי' בפ' האיש מקדש גבי עדים

דנאמנים לומר פרענו למלוה במגו דא"ב אמרו החזרנו ללוה אם א"ץ לישבע ע"ש וכבר כתבתי בסי' נ"ו ס"ק ח' בשיטה קידושי' שם וז"ל לאו למי' משום מגו מהימנא להו דלא אשכחן מגו כה"ג דהיכי מהימנא להו להפסיד למלוה מגו דאי הוה אמרי' אהדרי' ללוה דהא אי הוה אמרו הכי איתא חובתו של חבירו של לוה וכו' אלא הני מתורת עדות מהימני דקי"ל דשליח נעשה עד וכו' עכ"ל הרי דלא אמרי מגו כזה דאין הטענות שוות אלא דוקא התם דמתורת עדות נאמנים וכ"כ ה' פמ"א סי' ע"ד ע"ש ועי' בתשו' נודע ביהודה:

ע"ג ויש להסתפק אי אמרי' מגו במקום רוב או לא והתוס' בר"פ האשה שנתארמלה בד"ה דאי וכולי כ' דלמ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד פרעתי נאמן הבעל נאמן אפי' לר"ג לומר אלמנה נשאתיך במגו דפרעתי ע"ש א"כ אפי' רוב נשים בתולות נישאות דמה"ט דלר"ג נאמנת היא וגם איכא חזקת הגוף שהיא בתולה כמ"ש רש"י שם ואפ"ה אמרי' מגו נגד הרוב והחזק' והר"ב בס' א"ז שם כ' דרש"י ס"ל דפריך אפי' למ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד פרעתי דעיקר טעמא דר"ג משום דאזיל בתר חזקה דגופה וא"כ אין הבעל נאמן נגד החזקה ע"ש ונר' דודאי מגו במקום חזקה דגופא אמרינן דהא דמ"ל בפ"ק דב"ב אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד בחזקה דאין אדם פורע בתו"ז ודכותה כמ"ש מהריק"ו שרש ע"ב דחזקות יש בתלמוד שמוציאי' ממון מחזק' כגון חזקה דר"ל דב"ב וחזקה דאין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול וכולי ולא אמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקה דאתיא ממילא כגון חזקת הגוף אבל חזקה שהיא מחמת טעם וסברא פשיטא דאין חזקת ממון עומדת כנגדה וכו' אבל במקום חזקת הגוף פשיטא דחזקת ממון מהניא נגד חזקת הגוף כגון דחזקת בתולה וכו' ע"ש וכ"כ מהרי"ט חא"ה סי' כ"ז ע"ש א"כ חזקה דאין אדם פורע בתו"ז עדיפא מרובא דהא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב נגד חזקת ממון אבל מכח חזקה דאין אדם פורע בתו"ז מוציאין ממון ובזו הוא דמ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע וכ"ש נגד חזקת הגוף או רוב לבד למאי דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ולר"ג אינה נאמנת אלא בצירוף חזקה וגם בריא ושמא למאי דס"ד דרוב הוי כבריא ושמא והרז"ה שם כ' דהא דפרכי' התם כיון דרוב נשים בתולות וכו' אפי' לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דהכא איכא תרתי רובא וחזקה דגופא והכא חדא חזקה דממונא מידי דהוה אטוענת משארסתני נאנסתי דמהימנא לה מה"ט דאיכא תרתי והכא חדא גבי דידה איכא תרתי בריא וחזקה דגופא והכא גבי דידיה חדא חזקה דממונא בשמא עכ"ל וא"כ אפשר שכן דעת רש"י דאפילו למ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד פרעתיך כל זה אינו נאמן לומר

אלמנה נשאתיך במגו דפרעתי דלא אמרי' מגו במקום חזקה ורובא אבל התוס' אפשר דס"ל כדעת הרמב"ן שם דהכא ליכא חזקה דגופא אלא רוב לכך כ' התוס' שם ארב פריך וכו' וא"כ למ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד פרעתי נאמן ה"נ אם טען אלמנה נשאתיך נאמן במגו דפרעתי דאמרי' מגו במקום רוב לבד:

ע"ד מגו במקום רוב ונר' דאמרי' מגו במקום רוב דאע"ג דקי"ל רובא וחזקה רובא עדיף הרי חזקה דאין אדם פורע בתו"ז עדיפא מרובא דהא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ומכח חזקה דאין אדם פורע בתו"ז מוציאין ממון וכבר כתב מהריק"ו שרש ע"ב דלא אמרי' אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקה חזקת הגוף דאתיא ממילא אבל חזקה הבאה מחמת טענה כגון חזקה דאין אדם פורע בתו"ז או חזקה דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו פשיטא דאין חזקת ממון עומדת כנגדה וכולי עש"ב ואם כן כיון דחזקה זו עדיפא מרובא וקי"ל דאמרי' מגו כנגדה וכ"ש דאמרי' מגו כנגד הרוב וכן כי איכא חזקות הולכים אחריהם במקום רוב כמ"ש הריב"ש סי' ע"ש ובס' דברי אמת בקו"ח סס"י ב' וא"כ אפשר דלא אמרי' מגו כנגד ב' חזקות דלא גרע מחזקה אלימת' דלא אמרי' מגו כנגדה:

ע"ה מגו במקום קול שהקול סותר טענת המגו לא אמרינן מדאמרינן בפרק ח"ה גבי רבה בר שרשום לקוחה היא בידי לא מצית אמרת דהא נפק קלא דארעא דיתמי היא וכ' התוס' והרא"ש שם אע"ג דאם דאם טען לקוח' היא בידי נאמן לא אמרי' מגו וכב' הוכיח מהרימ"ט ח"א סימן קי"ב דגם ר' האיי ורשב"ם מודו דלא אמרינן מגו במקום קול אלא דס"ל דהא דאמרי' לקוחה היא בידי ל"מ אמרת משמע שאינו יכול לומר כן מ"ה עש"ב וכן כתב מרן בתשו' בספר אבקת רוכל סי' קע"ט דף ק"ו ומהריב"ל ח"א עיי"ש וכן פסק הרמב"ם והטור ומרן סימן ק"ן ע"ש וכן כתב מהר"ם בתשוב' הארוכות סימן תק"ע וז"ל מה שהאלמנה טוענת כי יעקב בעלה נתן לה במתנת שכ"מ כל אשר לו ואין לה עדים ואין לה שטר נראה אם לא ידוע מה שיש לה בידה משל בעלה נאמנת וכו' מגו דא"ב אמרה אין בידי משלי כלום אלא דבר מועט ובשבועה וכולי אך מתוך הלשון שכתב' אינו שהדבר ידוע שיש בידה יותר מכתובתה ואפילו אינו גלוי ממש אלא ע"י קול שיש בידה יותר מכדי כתובתה מחמת עושר בעלה אין כאן מגו דמגו במקום קול לא אמרינן כדמוכח בח"ה גבי רבה בר שרשום וכו' דירא הוא להכחיש הקול וכן שמעתי שהיה ר"ת דן וכו' ע"ש וכן כ' בתשו' סימן שנ"ו וסיים וז"ל מיהו לפר"ח אין ראיה משם דפי' אחר שיצא הקול בתוך שלש מודעא דיתמי הוה אין לך המחאה גדולה מזו ולא תוכל לטעון חזקה דאיבעי לך לאזהורי בשטרך לעולם ולפ"ז אין הטעם משום דמגו במקום

קול לא אמרינן מכל מקום רוב פעמים אני דן כר"ת לפי ראות הענין דרגיל אני לומר דלא נאמר מגו אלא שאותה טענ' רשאי אדם לומר בלא גמגום ובלא בשת כמו טענה זאת שהוא טוען הא לאו הכי לא וכן מוכח ר"י בכמה מקומו' ואחר שיש פנים לכאן ולכאן אין להוציא ממון מחזקתו וכו' וחתמתי חיים ן' הריא"ז ע"ש והרב נודע ביהודה סי' ל' ד' קל"ה כ' אחר שלא נמצא זה בדברי הפוסקי' ומעובדא דרבב"ש לפי פי' ר' האיי ליכא מגו כלל וגם לפי פירו' התוס' אין לך בו אלא חידושו דהא בלאו הכי התם הוי מגו להוציא ואף על גב דבמקום שטר אמרינן מגו להוציא מכל מקום כי איכא קול נגדו לא אמרינן מגו להוצי' אפי' בשטר אבל המגו לפטור עצמו אמרינן במקום קול דחזקת ממון אלימא ועוד דשם המגו לפטור משבו' ומגו לפטור משבוע' לא אמרינן במקום קול דלהכחיש הקול הוי מגו דהעזה ומגו דהעזה לא אמרינן לפטור משבו' אבל לפטו' מממון אמרינן ע"ש ונראה דמ"ש דהתם המגו לפטו' משבו' ליתא שהרי כתב הרא"ש שם דרבב"ש הקש' אם אמתין עד שיהיו גדולים ואפרע מהם בשטר שיש לי על אבוהון הא אמ' רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' וכו' ולא ארויח בהמתנה זו ליפטר מן השבו' הילכך טוב לי לכבוש שטר המשכנתא ואגבה ממוני מהם לאלתר בשבו' ממה שאמתין עד שיגדלו וכו' אבל אי לאו דאמו' רבנן הבא ליפרע וכו' היה מחזיר להם הקרקע והיה גובה מהם בשטרו בל שבו' לכשיגדלו וכו' ע"ש הרי דלא בא לפטור עצמו משבוע' במגו אלא אפילו שיהיו קטנים דלא היה יכול ליפרע מהם עד שיגדלו בשבו' רצה לכבוש שטר המשכנתא כדי לגבות מהם לאלתר במגו וה"ה מה שאכלו כבר וכן כתב ה"ר יונה שם וז"ל ואי ק"ל וכו' ל"ק דודאי דכל זמן שלא אכל פירות כשיעור מעותיו לא היה נאמן במגו להוציא ממון דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא והאי נמי אף על פי שהשטר בידו כיון שאין דיני ליטול מן היתומים אלא בשבו' אם כן באתה לומר ליטול בלא שבו' במגו ה"ל מגו לאפוקי ממונא ונ"ל שאין ללמוד מכאן דלא אמרינן מגו לאפוקי ממונא דהא א"ל דלכך לא היה נאמן רבב"ש מקמי דאכל דלא אמרינן מגו זה ליטול בלא שבו' וכו' הרי דלכ"ע אין נאמן במגו אלא אחר שאכל הפירו' כשיעור מעותיו אם כן אפילו להחזיק לא אמרי' מגו במקו' קול גם מ"ש ה' עוד כמו מגו להוציא מחלקי' בין טענת בריא ושמא ה"נ במגו במקום קול וזה יש לדחות דגבי רבב"ש ג"כ היתומים אין להם טענת בריא ע"ש לא דק דמגו להוציא נמי לא אמרי' להוציא מהיורשים דטענתם כברי חשבינן כמו שהוכחתי לעיל וה"נ מגו במקום קול לא אמרינן לגבי יתומים דטענה שטוענים להם כברי חשבי' לה אבל בברי ושמא ממש אמרי' מגו אפילו במקום קול כמו במגו להוציא:

ע"ו מגו מטענה שאין נאמן בה אפילו היא טענה טובה יותר לא אמרינן מגו דבפ"ק דמציעא דף ד' ע"ב גבי סלעים דינרים מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש וכולי ר"ע אומר אינו אלא משיב אבידה וכו' דאס"ד בשתים חייב בג' היכי פטר ליה ר"ע האי אערומי מערים סבר אי אמינא שתים בעינן אישתבועי אימא ג' דהוי כמשיב אבידה ואפטר אלא ש"מ שתים נמי פטור ע"ש וכן אמרינן שם ד' ח' באומר חציה שלי סלק' דעת' אמינ' דהוי כמשי' אבידה וליפטר קא משמע לן דהאי אערומי מערים וכו' ע"ש אלמא לא חשיב משיב אבידה אם היה חייב שבו' על טענת המגו דמערים הו' ובכתובות דף ף' גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול אמר אביי אם היה שבח יתר על היציאה נוטל אף ההוצאה בלא שבו' א"ל רבא א"כ אתי לאערומי וכו' וכתב בספר א"ז שם בשם תר"י שפעמים לא תהיה הוצאה אלא שלשים והשבח היה מנה ואומר לא הוצאתי אלא תשעי' כדי שיהא השבח יתר על ההוצאה ולא יצטרך לישב' ונמצא נוטל חמשים שלא כדין ואף על פי שיש בשבח יותר מן ההוצאה לא נאמין אותו מטעם משיב אבידה וכי אמרי' משיב אבידה ה"מ גבי נתבע אבל גבי תובע דאתי לאפוקי ממונא לא אמרינן משיב אבידה למיהב ליה בלא שבועה עכ"ל ואינו צריך דלא נאמן בלא שבו' דלא חשיב משיב אבידה דאיערומי מערים סבר אי אמינא כנגד השבח צריך לישבע אימא פחות דהוי כמשיב אבידה כדאמרינן בפ"ק דמציעא ומ"ש דה"ד גבי נתבע וכו' בפרק הכותב גבי הפוגם שטרו שלא בעדים וכו' אמרינן ל"מ בעדים דודאי צריכה לישבע אבל שלא בעדים אימא הוי כמשיב אבידה ותשקול בלא שבו' קמ"ל ע"ש וצ"ל דס"ד דאפילו בתובע להוציא ממון הוי כמשיב אבידה ונוטל בלא שבוע' קמ"ל דלא אמרינן משיב אבידה ליטול בלא שבו' אלא ליפטר ועוד א"ל דשטר הוי כמוחזק דהא קיימא לן מגו להוציא לא אמרינן ובשטר אמרינן מגו וכתב הרשב"א בתשובות ח"ב סימן רנ"ד ובמיוחסות סימן ק' הטעם לפי שהשט' מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו וכו' ע"ש והכא נמי אף על גב דלא אמרינן דהוי כמשי' אבידה בתובע להוציא בלא שבו' מכל מקום בשטר דהוי כמוחזק בממון אמרינן מיהו י"ל דפוגם שטרו לא חשיב כמוחזק כמ"ש התוס' שם בד"ה ואלו נשבעין וכו' דתנא דבריית' לא חשיב פוגם שטרו בא מכח השטר כיון דהוא עצמו מודה שאינו חייב לו כל הכתוב בשטר אלא שפרע מקצתו עיין שם:

ע"ז מגו לא אמרי' אלא אם היה נאמן בטענת המגו אבל אם לא היה נאמן אף ע"ג דהטענה טובה יותר לא אמרי' מגו ובפ"ק דמציעא אמרי' הכי גבי שבו' דאערומי מערים וכולי ע"ש והרשב"א בחי' לקידושין ד' נ' כ' וז"ל הא דאמרי' הילי"ל מזיד הייתי הילי"ל נזכרתי הק'

בתוס' ולמה יש לנו להאמינו יותר בטענות אלו ותי' לא שיהא נאמן בכך אלא לומר שאם בא לפטור עצמו מקרבן הילי"ל טענה קרובה יותר שלא היה נר' כמשקר כמו בטענה לא היה בלבי ויפה תי' דיש לנו מגו כזה וכאותה ששנינו בפ"ק דכתובות היא אומרת משארסתני נאנסתי וכו' ר"ג אומר נאמנת וכו' ומפ' בפ' האשה שנתארמלה מגו דא"ב אמרה מוכת עץ אני וכו' והתם לאו למימר' דאי אמרה מוכת עץ נאמנת טפי וכו' אלא מגו דמוכת עץ היתי' לה טענ' יפה יותר ולא אמר' טענ' שאינ' יפה וכו' מיהו דוקא בדליכא הכחשה כי הכא דליכא הכחשה דאלו מזיד הייתי מאן מכחיש ליה וכ"נ בטוען נזכרתי וכן נמי בההיא דהנושא את האשה דברי ושמא הוא וכו' וכ"כ בפ"ק דכתובו' ע"ש הרי על טענת המגו אינו נאמן אז טענה מעליא ממה שטען עכשיו אמרי' מגו בברי ושמא ונר' דה"ד דומיא דהתם דטענת המגו הוי ברי ושמא מדכ' הרשב"א דאלו אמר מזיד הייתי מאן מכחיש ליה וכן משארסת' נאנסתי היא טוענת ברי' והוא שמא וכן בטענת המגו דמוכת עץ הוי ברי ושמא אבל בטענת ברי וברי אפילו אם טוען טענת המגו הוי ברי ושמא לא אמרינן מגו בכה"ג:

ע"ח כתב הרדב"ז ח"ב סימן קכ"ח וסימן קכ"ט על ג' שותפי' באוצר המלך וב' מתעסקי' לגבות וראובן שלא היה מתעסק השביע את שותפיו שלא יקחו לעצמם ולא להלוות לאחרים מהמעות שיגבו והשותפי' עברו על השבו' ולקחו לעצמם והלוו לאחרים ולבסוף חסר המעות מן האוצר וטוען ראובן שמא לקחו ושכחו לכתו' מה שלקחו והשותפים טוענים כל מה שלקחו ומה שהלוו לאחרים הכל כתוב בכתב והחסרון בא מצד אחר והם באי' להוציא מראובן תשובה אם היה ראובן טוען ודאי שהם לקחו ולא החזירו הוא נאמן אפילו ליטול קי"ל החשוד על השבו' שכנגדו נשבע ונוטל וכ"ש ליפטר אבל הוא טוען שמא שאינו יודע שלא החזירו ואינו יכול לישבע וכיון שהוא טוען שמא והשותפים בריא בריא ושמא בריא עדיף וכו' ע"ש וקשה דבפרק קמא דכתובות מנה לי, בידך והלה אומר א"י רב יהודה ור"ה אמרי חייב בריא ושמא בריא עדיף ור"ן ור"י אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מריה וקיימא לן הכי כר"ן ור"י דלא אמרינן בריא עדיף להוציא ממון כמבואר בח"מ סימן ע"ה עיין שם:

והתוס' שם כתבו תימא דר"י גופיה אית ליה בריש פ' הפרה אפי' הניזק אומר בריא והמזיק אומ' שמא הממע"ה וכו' וי"ל דהתם בבריא גרוע ושמא טוב לפי שהמזיק לא היה שם טוען זה בריא ושמא דמזיק טוב דלא הו"ל למידע אבל מנה לי בידך הבריא טוב והשמא גרוע דהי"ל לידע אם חייב לישבע או לאו וכו' ע"ש א"כ לכ"ע אם הבריא גרוע והשמא טוב לא אמרי' בריא עדיף וה"נ אע"ג דהשותפי' טוענ' בריא גרוע שלקחו

והחזירו שראובן לא היה מתעסק עמהם ולא הי"ל לידע ומ"ש הרב כיון שעברו על השבועה חשידי אממונא וכיון שהם מודים שעברו ולקחו אינם נאמני' לומר שהחזירו מה שלקחו ול"ל מגו שהיו יכולים לומר לקחו והחזירו דמגו לפטור משבו' לא אמרי' ועוד דמגו להוציא לא אמרי' וכו' ע"ש ונרא' דלא אמרי' מגו להוציא ולא משבוע' לפטור משבו' אפי' במגו דלהד"ם ומהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א הוכיח מהך דשדה זו של אביך וכו' ונאמן במגו דלהד"ם אפי' להוציא דהא קרקע בחזקת מרא קמא ואין זה זוכה אלא מכח המגו ואפ"ה כיון דעיקר החיוב ע"פ אמרינן מגו להוציא והסכים עמו ה' נתיבות משפט ד' קפ"ח ע"ש וכן אמרי' מגו דלהד"מ לפטור משבועה כמ"ש ה' ד' קנ"א ע"ש וא"כ ה"נ נאמנים לומר לקחנו והחזרנו במגו דלא לקחנו דמגו דלהד"מ אלים אבל הרדב"ז נר' דס"ל דאפי' מגו דלהד"ם לא אמרי' להוציא ולא לפטור משבו' אך ק' דהא דלא אמרי' מגו להוציא ה"ד בברי וברי אבל בבריא ושמא שבא להוציא טוען בריא והלה טוען שמא אמרי' מגו אפי' להוציא כמ"ש הר"ש בס' הכריתות והגמ"ר ריש מציעא מדאמרי' בפ"ק דכתובות באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת במגו אפילו להוציא מה"ט כמ"ש מהר"ם בתשו' הארוכות סי' תתקס"ג ע"ש:

גם מ"ש ועוד דלא אמרינן מגו מטענה טובה לטענה רעה וטענה רעה היא לומר לא לקחנו שהרי חבירו מכיר בשקרו וכו' ע"ש התוס' בבתרא ד' ע"ב בד"ה דברים וכו' כ' וא"ת דתניא בהגוזל בתרא המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול והשת' אפי' לא יצא שם גניבה יהא נאמן לומ' שגנבו' מגו דאי בעי אמר השאלתי לך וכו' דספרים הם עשוים להשאיל וכו' ול"ל דלאו מגו הוא שאינו טוען ברצון השאלתי לך לפי שאותו יודע בו שהוא משקר דהא לעיל אמרינן דנאמן לומר של אבותי היא שלקחו מאביך מגו דאי בעי אמר מינך זבינתא אף על פי שהוא יודע דלאו מיניה זבנה וכן בפ' ב' דכתובו' תנן דנאמן לומ' שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם אף על פי שהבן יודע שהיתה של אביו וכו' מיהו הנ"י בפרק הגוזל בתרא כתב גבי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר שאינו נאמן לומר שנגנבו במגו דהשאלתי' לך משום דהוי מגו דהעזה וכתב הרב מש"ל בפרק כ"א מה' מלוה בתשו' משום שזה רוצה להוציא כליו מיד אחר ולא אמרינן מגו דהעזה להוציא מיד אחר אבל להחזיק במה שבידו לכ"ע אמרינן מגו דהעזה ע"ש ואם כן אפי' למ"ד דאמרינן מגו להוציא ה"ד מגו טוב אבל מגו גרוע דהעזה לא אמרינן להוציא ואפשר דה"נ אף על גב דבברי ושמא אמרינן מגו אפילו להוציא דמכל מקו' מגו גרוע לא אמרי' להוציא ואפשר שזה כוונת התוס' בבתרא: ע"ט כתב הרב יבין שמועה כלל תקנ"ב מגו

מאיסו' לממון מחלוקת ר"י סבירא ליה דאינו נאמן בממון במגו דאיסור ור"ג סבירא ליה דאמרינן מגו מאיסו' לממון כמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה ר"פ האשה שנתארמלה בד"ה ומודה ר"י וכו' עיין שם אבל הרב תי"ט שם פי' דברי הרמב"ם והרע"ב טעם אחר עיין שם ומכל מקום קיימא לן כר"ג דאמרינן מגו מאיסורא לממון מיהו אפ' דהיינו דוקא בבריא ושמא דהא מגו להוציא לא אמרין ואפילו הכי נאמנת במגו אפילו להוציא מהאי טעמא דהיא טוענת בריא והבעל טוען שמא (עכ"מ) והכא נמי הכא:

פ' מגו שפוגם חבירו לא אמרי' והתוס' בכתובו' ד' ט' בד"ה אבל בגליל וכולי כתב' וא"ת מנ"ל דילמא ביהודה דוקא נאמנת לומר שבא עליה באירוסי' ולא בגליל וכולי וי"ל דמשמע לי וכולי דביהודה נאמנת במגו דא"ב אמרה באירוסין בא עליה ולא בגליל דליכא מגו וכו' (עכ"מ): פ"א מגו דא"ב אמר טענה אחרת גבי עדים לא אמרי' דאין לנו לומר שהסכימו ב' לטענה אחת וראיה מדאמרי' בפ"ב דכתובות ל"ש אלא דאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמני' ולא אמרי' דמהימני לומר מחמת ממון מגו דא"ב אמרי מחמת נפשות הר"ש וכב' תמה ה' יבין שמועה כלל תקס"ג דהתם משום דאין אדם משים עצמו רשע דהא בלא"ה איכא מגו דא"ב שתקי דגם בב' עדים אמרי' מגו דלהד"ם ואפ"ה כי אמרו אנוסי' היינו מחמת ממון אינם נאמנים מה"ט דאין אדם משים עצמו רשע ותי' דס"ל דהכא איכא תרי מגו דא"ב אמרו אנוסים היינו מחמת נפשות וכי אמרו הכי נאמנים במגו דאין זה כת"י א"כ אפילו מע"ר יהא נאמן כיון דא"ל תרי מגו אלא דבב' עדים לא שייך מגו דמחמת נפשות ולא נשאר אלא חד מגו דאי בעו שתקי ולא אמרי' מגו כיון דאין אדם משים עצמו רשע ובזה ניחא דלא הכריח כן מל' קמא עיין שם באורך וליתא דבפ"ק דמציעא גבי מי שלקט את הפאה ואמר הרי זה לפ' עני וכולי אמרינן דרבנן ס"ל חד מגו אמרינן תרי מגו לא אמרינן וכן פסק הרמב"ם ופ"ב מה' מתנות עניים עיין שם ואם כן ה"נ לא אמרי' מגו מטענה שאינו נאמן בה אלא במגו א' ואם כן כיון דאין נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות אלא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר במגו דאין זה כתב ידם אין נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון בכח תרי מגו ועוד כיון דאין משום דאין אדם משים עצמו רשע מ"ל חד מגו או תרי מגו אבל אלישנא קמא לא סבירא ליה הכי דאין אדם משים עצמו רשע דהא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון במגו ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע א"כ אמאי לא מהימני במגו דאנוסים מחמת נפשות אלא ודאי דבב' עדים לא אמרינן מגו:

פ"ב מגו דא"ב אמר טענה אחרת גבי עדים לא אמרינן דאין לנו לומר שיסכימו שניהם לטענה אחת מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות דף ח"י ע"ב ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסי היינו מחמת ממון אינם נאמני' ולא אמרי' דמהימני' לומר מחמת ממון במגו דא"ב אמרי מחמת נפשות הר"ש ע"ש ותמיהא לי טובא שהרי להאי לישנא דקאי אירישא דמתני' דקתני העדים שאמ' כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו וכולי הרי אלו נאמנים וקאמר הש"ס ארב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אנוסי' מחמת ממון אין נאמנים ובעי הש"ס מ"ט אין אדם משים עצמו רשע וא"כ איך אפ' דנאמנים במגו דא"ב אמרי מחמת נפשות הרי כ' הר"ש גופיה לקמן סי' ק"ץ דלא מהימן למשוי נפשיה רשיעא במגו דא"ב אמרי טענה דלא משוי נפשיה רשיעא ע"ש וא"כ בלא האי טעמא דאין לנו שיסכימו שניהם לטענה אחת אין נאמנים איברא דהתוס' שם בד"ה מחמת נפשות וכו' הק' אלישנא קמא דקאי אסיפא דמתני' היכא שכת"י יוצא ממ"א דאין נאמני' וקאמר רב"ח ל"ש אלא שאמ' אנוסים היינו מחמת ממון אבל אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנים אמאי לא מהימני אפילו יאמרו אנוסים היינו מחמת ממון במגו דא"ב אמרי אנוסים מחמת נפשות דהא ברישא דאיכא מגו נאמני' לומ' אנוסים מחמת ממון ותי' דבב' עדים לא אמרי' מגו וברישא דנאמני' משום דא"ב שתקי עיין שם וא"כ הו"ל להר"ש להוכיח כן מלישנא קמא דלא ס"ל האי טעמא דאין אדם משים עצמו רשע דהא ברישא דאיכא מגו נאמנים לומר אנוסי' היינו מחמת ממון או הו"ל להוכיח אף ללישנא בתרא אמאי כי אמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים במגו דא"ב אמרי פרוע הוא אלא ודאי דבב' עדים לא אמרינן מגו ע"ש בתוס' בד"ה אין נאמנים וכו' ע"ש וצ"ע:

פ"ג מגו מטענה דלא שכיחא לא אמרי' הר"ש והש"ך אות כ"ב הוכיח הפך הר"ש דהא נאנסו לא שכיחא ואפ"ה בשטר עיסקא נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכבר כ' הדרישה בסי' ק"ח וז"ל ולא טענינן להו שנאנס וכו' הטעם שטענת נאנסו הוא מילתא דלא שכיח' וטענה דלא שכיח' לא טענינן להו ומ"מ חשיב מגו גבי טענת החזרתי לגבי אביהם משום דטענת החזרתי אלו הוה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו וכ"כ בסמ"ע שם ס"ק י"ז ע"ש וכן בסי' קל"ג גבי אומן דאם א"ל אל תחזירו לי אלא בעדים והוא אומר החזרתי לך ביני לבינך נאמן במגו דיכול לומר נאנסו וכ' הפרישה אע"פ שטענת נאנסו טענה גרועה דלא שכיח' מ"מ טענת החזרתי ג"כ טענה גרועה היא דהוי העזה לכן נאמן במגו וכו' ע"ש א"כ דוקא שם נאמן במגו דנאנסו משו' דהוי ממעיז לשאינו מעיז וכן מ"ש הרמב"ם והטור ומרן סי' רצ"ו דשאול בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דמתה

מחמת מלאכה ומתה מחמת מלאכה לא שכיחא משום דבטענ' החזרתי אלו היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו אבל בעלמא לא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא וכן בס' בית הלוי ושרש יוסף שדחו דברי הש"ך עש"ב והטור בסי' רצ"ו שכ' גבי המפקיד בעדים אע"ג דאביהם היה נאמן לומר לקוח הוא בידי במגו דהחזרתי כל זמן שלא ראו אותו עדים בידו והכירוהו לגבי יתומים לא טענינן להו הכי כיון דלא שכיח' כ' הפרישה דזו טענה דלא שכיח' אפי' היה אביהם אמוד מ"מ לא היה נאמן לומר לקוח אלא במגו דהחזרתי וכיון דראוים בידו כלי בסימנים שהמפקי' אומר מסתמא היא היא ולא החזירו לו וכו' וק' דא"כ דאפי' אביהם חי וטען לקוח לא יהיה נאמן במגו דהחזרתי כיון דטענת דהחזרתי דלא שכיחא וממעיז למעיז לא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא ומ"ל הוא מ"ל יורשיו דאם נאמן הוא לומר לקוח במגו דהחזרתי ה"נ אע"ג דאין טוענין ליורשיו החזרתי טועני' להם לקוח כיון שאביהם היה נאמן במגו דהחזרתי כמו גבי שטר כיס דאע"ג דטעני' ליורשי' בפלגא פקדון פרוע אע"ג דאין טועני' להם נאנסו משום דאביהם היה נאמן לומר החזרתי לך במגו דנאנסו אבל הב"ח שם בסי' רצ"ז דטענת לקוח לא שכיחא דפקדון עומד לחזרה ולא למכירה כדכ' הרא"ש בר"פ הגוזל בתרא גבי גזלן דלא טעני' ליתמי שחזר ולקחה ומשמע שם דה"ה במופקדין ע"ש ומ"מ ק' שהרי התוס' במציעא ד' י"ג בד"ה הא וכו' כ' וז"ל וא"ל דחיישי' שמא יוציאנו שלא בפניו או על הלקוחות ויתומים ולא נטעון להם מזויף משום דלא שכיח כמו שאין טועני' ליתמי נאנסו וכו' הא ליתא דאפי לא נטעון מזוייף נטעון להם פרוע כדאמרי' בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס וכו', וכ"כ בריש גיטין בד"ה ואם וכו' ע"ש והא בטענת מזוייף איכא העזה טפי מטענת פרעתי כמ"ש התוס' בד"ה דברי וכו' ואפ"ה נאמן לומר פרעתי במגו דמזוייף אע"ג דלא שכיחא וכ"כ התוס' והרא"ש בפ' שני דייני גזירות גבי ההוא דעשאה סימן לאחר וכו' דמיירי כשאין כת"י העד יוצא ממקום אחר לכך נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממנו במגו דמזוייף והא דלא קאמר אי אביהם היה קיים היה טוען מזויף משום דטענת מזוייף לאו טענה מעליא היא הכא כיון שהלוקח והמוכר מכחישים אותו ולא שכיחא שיהא אביהם טוען מזוייף ומלתא דלא שכיחא לא טעני' ליתמי אבל חזרתי ולקחתי ממנו טעני' להו כיון דאביהם היה נאמן בהך טענה במגו וכו' ע"ש והא בטענת מזוייף איכא העזה טפי שהמוכר והלוקח מכחישים אותו אבל חזרתי ולקחתי ליכא העזה אלא לא' ואפ"ה אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא ועוד דהרי הרמב"ם פ"ג מה' שכירות והטור ומרן סי' ש"ג כ' רועה שטוען שהצלתי ע"י רועים בשכר נשבע ונוטל מה שטען שאין יכול לטעון אלא עד כדי דמיהם ויכול היה לומר נטרפה לישבע בנק"ח וכו' ע"ש במ"מ

הרי אע"ג דליכא העזה בטענתו אמרי' מגו דנאנסו מיהו נראה דלק"מ דהתם במפקיד אצל חבירו בשטר או שואל בשטר איכא טעמא דשטרך בידי מאי בעי ולא שכיח שיחזי' ויניח השטר בידו וכן כתב הרא"ש בפרק קמא דבתרא וז"ל ולהכי נמי אמרינן טעמא משום צררי ולאו משו' פירעון וכולי משום דא"א דפרע אבוהון הוה מהדר ליה שטרא ולא חיישינן שמא יבואו העדים שפרע ויניח השטר בידו דמלתא דלא שכיחא וכו' ע"ש אלמא אפילו בשטר דזימנין דזייר ליה אפשיטי דספרא לא שכיח שפרעו ויניח השטר בידו וכ"ש בשטר פקדון והא פשיטא דנאמן לומר נאנסו בלא מגו אבל החזרתי איכא מ"ד דאינו נאמן אפי' במגו מהאי טעמא דשטרך בידי מאי בעי וגם למאי דקיימ"ל דנאמן לומר החזרתי ולא אמרינן שטרך בידי מ"ב היינו באיכא מגו דנאנסו אבל במקום שעדים מצוים דאינו יכול לומר נאנסו אינו נאמן לומר החזרתי כמבואר בסי' רצ"ו ע"ש והפרישה בסימן נ"א כתב גבי שטר בעד א' דאינו נאמן לומר פרעתי במגו דלא לויתי להכחיש העד משום דהוה ליה מגו במקום חזקה דאין אדם פורע ומניח השט' בידו דמלוה וכבר תמהתי עליו שם ומ"מ ודאי דלא שכי' שיחזיר ויניח השטר בידו ואם כן אף על גב דטענת נאנסו לא שכיחא אמרינן מגו כיון דהחזרתי שטען לא שכיחא א אין חי' בין בריא ובריא לברי ושמא דאי לא אמרי' מגו טפי מנאנסו וכן הא דנאמן לומר פרעתי בתוך זמן במגו מטענה דלא שכיחא אפילו בבריא ושמא לא אמרי' מגו דפרעתי ביום שנשלם הזמן היינו משום דעכשיו טענתו הפך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן אבל טענת נאנסו אפשר דאינו נאמן במגו דפרעתי ביום שנשלם הזמן דלא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא אבל מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סימן שס"ט שכתב וז"ל אבל מ"מ מאי דקאמר מר דלא אמרינן מגו ממלתא דלא שכיחא כדמוכח בשבו' לא ידענא היכן אמרינן כן בשבועות ואולי כדמוכח בהמוכר את הבית קאמר מר מדאמרינן בשטר היוצא על היתומי' נשבע וגובה כולו ולא טענינן להו ליתמי דילמא נאנסו ואף על גב דהוה מצי טעין הכי אבוהון וטעמ' דאונסי' דלא שכיח וליתא דאנן כדייני א"י קיימי' דאמרינן נשבע וגובה מחצה וכדפסק רבא התם ובהמפקיד לחבירו בשטר ואמר החזרתי אסקינן התם נאמן במגו דאי בעי אמר נאנסו וכו' עכ"ל הרי דה"ר דן אשכנזי סבירא ליה דלא אמרינן מגו מטענה דלא שכיח והרשב"א סביר"ל דאמרי' מגו אפילו מטענה דלא שכיחא ואפשר דגם לדעת ה"ר דן אשכנזי והר"ש דס"ל דלא אמרי' מגו מטענה דלא שכי' מודו (עד כאן מצאתי):

פ"ד מגו מטענה דלא שכיחא לא אמרי' הר"ש וכ"כ הריטב"א בחי' פ"ק דכתובות גבי האומר פתח פתוח מצאתי וכו' דה"ד בשותקת או במכחישתו לומר בתולה שלימה נבעלתי וכיון דברי ובריא הוא נאמן אבל באינה מכחישתו אלא שאומרת משארסתני

נאנסתי או מוכת עץ אני אינה נאסרת עליו אפילו בחד ספיקא כיון דהיא בריא והוא שמא וכו' וא"ת א"כ אמאי אינה נאמנת במכחישתו שהפתח נעול ושהוא משקר שאומר פ"פ מצאתי במגו דא"ב אין מכחישתו ואמרה משארסתני נאנסתי או מוכת עץ אני וי"ל דהאי לאו מגו ברור הוא דלא ניח' לה למי' משארסתני נאנסתי דפסלה נפשה מכהונה ומוכת עץ אני נמי לא אמרי' מגו כיון דלא שכיח וכולי עיין שם וכן כ' הרא"ש בפ"ק דכתובות גבי האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובת' וכולי הכא מיירי ודאי במכחישתו וכו' ואין נאמנת במגו דמוכת עץ לא שכיח א"נ לא אמרי' מגו לאפוקי ממונא ואע"ג דאמרי' בגמ' גבי אומרת משארסת' נאנסתי ר"ג אומר נאמנת במגו דמוכת עץ כבר בתשו' בעי חיי חא"ה סי' י"ח דה"ד בריא ובריא אבל אם התוב' טוען שמא והנתבע טוען בריא אמרינן מגו דלא שכיח ולהוציא ממון והאריך שם בדברי הר"ש ע"ש באורך ומצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סי' שס"ט שכ' וז"ל ומאי דקאמר מר דאי לא שכיח אמאי אמרי' כר"ג מגו דא"ב אמרה מוכת עץ אני דהא לא אמרי' מגו במלתא דלא שכיחא אי בעינא אמינא לך דל"ג בדברי ר"ג מגו וכו' אלא ה"ג ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא משום דא"ל חזקה דגופא וכך גי' הר"ש הנגיד היתה וכן הגי' בספרים המדויקים שלפנינו מיהו מדגריס ר' שלמה וכדמוכח בפרק האשה שנתארמלה לא דחי' לה ומ"מ עיקר טעמא דר"ג לאו משום מגו אלא משום חזקה דגופא ואפי' לאפוקי ממונא דהא מוכת עץ אני ליכא מגו כדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה ואפ"ה הימנה ר"ג ועוד דההוא מגו דמוכת עץ אני לאו מגו גמור הוא אפילו אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לר"י טפי מדאמרה משארסתני נאנסתי אלא ע"כ עיקר משום חזקה דגופא הוא וכו' עכ"ל הרי שהרב דן אשכנזי ס"ל דמגו מטענה דלא שכיחא לא אמרי' ומזה הוכיח דמוכת עץ שכיחא מדאמרי' דמגו דמוכת עץ והרשב"א דחה דעת ר"ג משום חזקה דגופא ולא משום מגו ולכ"ע מו מיהו הרשב"א בפ"ק דכתובו' כ' וז"ל מאי מגו איכא דהא כיון דמדינא אפילו אמרה מוכת עץ אני תחתיך דלא מהימנא טפי וכולי מגו כי האי לא אשכחן אלא מגו דאי הוה אמר הכי הוה מהימן י"ל דאשכחן מגו כי האי לא מהימן טפי אי טעין אידך טענה אחריתי ואפ"ה כיון דהו"ל טענה דשפיר מינה מהימן משום בריא ושמא אבל במקום בריא ובריא לא וכדאמרי בפ' הא"מ וכולי הי"ל לומר נזכרתי אע"פ שלא אמר כן לא היה נאמן אלא שהיה טענה יותר קרובה ממה שטען לא היה בלבי ע"ז וכן דעת רבותי' הצרפתים עכ"ל הרי דאמרי' מגו מטענה דלא היה נאמן עליה בבריא ושמא משא"כ בבריא ובריא וה"נ דאמרינן מגו מטענה דלא שכיחא בבריא ושמא:

מיהו בתשובו' הרשב"א שם כתב וז"ל אבל מ"מ מאי דקאמר דלא אמרינן מגו במלתא דלא שכיחא כדמוכח בשבועות אנא שו"ת דמר לא ידענא היכן נאמר כן בשבועות ואולי כדמוכח בהמוכר את הבית קאמר מר דמדייני גולה יליף לה מר מדאמרי' דשטר היוצא על היתומי' נשבע וגובה כולו ולא טעני' להו ליתמי דילמא נאנסו ואף על גב דהוה מצי טעין הכי אבוהון וטעמא משום דאונסי' לא שכיח וליתא דאנן כדייני א"י קיימא לן דאמרי נשבע וגובה מחצה וכדפס' רבא התם בהדיא ובהמפקיד את חבירו בשטר ואמר החזרתי אסיקנא התם דנאמן במגו דאי בעי אמר נאנסו וכו' עכ"ל וכבר כתבתי בסי' מ"ה דהרד"א משבועות דף מ"ה יליף לה מכלל דתרויהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בעדים דלא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא דאם לא כן כיון דליכא מגו דנאנסו ודאי דנאמן ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי עש"ב אם כן הרב דן אשכנזי סבירא ליה דלא אמרינן מגו מטענ' דלא שכיחא אם כן סביר"ל אף על גב דבטענת החזרתי אלו הוה משקר הוי העזה דחבירו טוען בריא ואם היה טוען טענת המגו נאנסו הוה ליה חבירו טוען שמא וליכ' העזה ואפילו הכי לא אמרינן מגו דנאנסו משו' דלא שכיח' והוא הדין גבי משארסתני נאנסתי שהיא טוענת ברי' והבעל שמא אם מוכת עץ לא שכיחא לא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא ואפילו בבריא ושמא לעולם אמרינן מגו מיהו א"ל גבי משארסתני נאנסתי כיון שהיא טוענת בריא והוא שמא וכן אם היתה טוענת מוכת עץ אני הוי ברי' ושמא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא אבל בטוען החזרתי אף על גב דאם היה טוען נאנסו והוי בריא ושמא כיון דהשת' בטענת החזרתי הוי ברי ובריא לא אמרינן מגו מטענה גרועה וכה"ג כתב מהר"ם בתשו' סימן תתקס"ג דאמרי' מגו להוציא בבריא ושמא דומיא דמשארסתני נאנסתי דאפי' עכשיו לא ידע הבעל אם כדבריה או לא אבל לפי טענתו עכשיו הוה ליה בריא ובריא אף על גב דאם היה טוען טענת המגו הוה ליה בריא ושמא לא אמרינן מגו להוצי' כמ"ש לעיל וה"נ דכוותה אבל הרשב"א סביר"ל דאפילו בבריא ובריא אמרינן מגו דהא נאנסו לא שכיח ואפילו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ונ"ל דלמ"ד דטוענים ליורשים נאנסו וכתבו הראב"ד והר"ן דההיא דשטר כיס היוצא על היתומים מיירי ביתומים גדולים שבאו בטענת עצמם אבינו החזירו לך א"נ בעדים שלא נאנסו הילכך דייני גולה סבירא להו דגובה כולו דאינו נאמן לו' החזרתי במגו דנאנסו והטעם דלא אמרינן מגו במקום שטר מטעם דשטרך בידי מאי בעי ודייני ארץ ישראל סב"ל דאמרינן מגו במקום שטר ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי ואם כן אפשר דטענת נאנסו שכיחא וכן כתב מהרימ"ט ח"א סימן ע"ב דלכ"ע לא טעני' ליורשים טענה דלא שכיחא אלא דסבירא ליה דנאנסו שכיחא ע"ש וכבר כתבתי בסי'

ס"ט דהרמב"ן בספר תמים דעים סימן רכ"ו ובמלחמות פרק הגוזל בתרא והנ"י בשם הרא"ה שם הוכיחו דאפי' טענה דלא שכיחא טעני' ליורשים כל מה שאביהם יכול לטעון וכבר חזר בו מהרימ"ט בסימן קי"ב והביא הרמב"ן עיי"ש מכל מקום א"ל דטענת נאנסו שכיחא ואם טען אביהם החזרתי נאמן במגו דנאנסו ואם כן א"ל דלעולם לא אמרינן מנו מטענה דלא שכיחא אלא דדייני א"י ס"ל דטענת נאנסו שכיחא וכיון שאביהם נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וה"ה שטוענים ליורשים כן אבל הרשב"א אזיל לטעמיה דבפרק המוכר את הבית דחה דברי הראב"ד דשטר היוצא על היתומים סתם אמרו בין גדולי' בין קטני' וכו' ונ"ל עיקר כתי' אחר דאונס לא שכיח ואין טועני' ליורשים טענה דלא שכיחא ואם כן דאמרי' מגו מטענה דלא שכיחא מיהו אפשר דה"ד דומיא דהתם משו דבטענ' החזרתי הוי העזה נגד חבירו שטוען בריא ואם היה משקר היה טוען נאנסו דהוי בריא ושמא וליכא העזה אבל בעלמ' בבריא ובריא דגם בטענת המגו הוי בריא ובריא מודה הרשב"א דלא אמרינן מגו מטענה דלא שכיחא וכן חי' הדרישה בסימן ק"ח ובסמ"ע שם ס"ק י"ז ע"ש וכן כ' הטור ומרן בסימן קל"ג דאם אמר ליה אל תחזיר לי אלא בעדי' והוא אומר החזרתי לך ביני לבינך נאמן במגו שהיה יכול לומר נאנסו וכתב הפרישה אף על פי שטענת נאנסו טענה גרועה היא דלא שכיחא מכל מקום טענת החזרתי ג"כ טענה גרועה היא דהוי העזה לכן נאמן במגו: פ"ה כתב הרדב"ז ח"א סי' רכ"ג על אלמנה שנתנה כתובת' ליורשיה ומתה וז"ל ומ"מ אם טענו יורשי האשה שודאי נשבעה הם נאמנים אם יש להם מגו ונשבעים שיודעים שנשבעה ותופסים מה שבידם ואם יש עדים שירשו אלו הנכסים מן האלמנה או שהם קרקעות ליכא מגו דמגו במקום עדים הוא וכו' וא"ת אכתי איכא מגו שהיו יכולים לומר נאנסו הנכסים יכולים לומר שנשבעה האלמנה וי"ל חדא דהוי מגו למפרע דאין זה מגו טוב דאונס לא שכיח וכו' ע"ש ונר' דס"ל דלא אמרי' מגו מטענה דלא שכיחא כמ"ש ר"ש והא דקי"ל דהמפקיד אצל חבירו וגבי שטר כיס נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כבר כ' הסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק י"ז דגבי טענת החזרתי חשיב מגו משום דבטענת החזרתי אם היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו ע"ש וא"כ גבי טענת שנשבעה האלמנה לא אמרי' מגו דנאנסו דליכא העזה: פ"ו מגו באיסור אמרי' כדאמרי' בפ' ו' דדמאי תנן המוכר פירות בסוריא ואמר משל א"י הם חייב לעשר מעושרין הן נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכ' הרמב"ם הוא עיקר שזכר בכאן והוא הפה שאסר הוא הפה שהתיר הוא עיקר אמת תמצאנו נוהג בכל המצות כולם הקלים והחמורים וכן בממונות וכו' וכן בפ' י"ב מה' מעשר דין י"א המוכר פירות בסוריא וכו' ואמר משל א"י הם חייב הלוקח לעשר מעושרים הם נאמן שהפה שאסר הוא הפה

שהתיר ואם ידוע שיש לו קרקע בסוריא והיה רוב ממכרו משדהו הלוקח ממנו חייב עשר שחזקתו משדהו הביאם עכ"ל משמע בהדיא דאפי' ידוע שיש לו קרקע אם אין ידוע שהיה רוב ממכרו משדהו נאמן לו' מעושרין הן במגו שהיה יכו' לו' של ח"ל הם אבל אם רוב ממכרו משדהו שחזקתו משדהו הם ואמר מעושרין הם אינו נאמן דלא אמרי' מגו במקו' חזק' ובקידושין דס"ד פלוגתא דר' ור"נ היא באומר בשעת מיתתו אין לי אחים ומוקי לה אביי במוחזק לן באחים דר' סבר דנאמן לומר אין לי אחים במגו דא"ב פטר להו בגיטא דמ"ל לשקר כעדים דמי ואתו עדים ועקרי לחזקה ור"נ ס"ל דמ"ל לשקר כחזקה דמי ולא אתיא חזקה ועקרא לחזקה והרמב"ם בפ"ג מה' יבום פסק כר"נ דאם היה מוחזק לן שיש לו אחים ואמר בשעת מיתתו אין לי אחים אינו נאמן ע"ש במ"מ וכן קי"ל בא"ה סי' קנ"ז ע"ש א"כ לכ"ע אפי' באיסור אמרי' מגו אלא במקום חזקה קי"ל כר"ן דמ"ל לשקר לא הוי כעדים ולא מהני' חזקה וה"נ כיון דרוב ממכרו משדהו חזקה דשלו מכר ולא אמרי' מגו במקום חזקה והר"ן שם כ' דקי"ל כר' דמ"ל לשקר כעדים דמי ואע"ג דפ"ק דבתרא מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד במקום שהיה יכול לטעון טענה אחרת וכו' אבל הכא מגו דבידו לגרשה ומ"ל לשקר דבידו כעדים דמי וכ"כ הרמב"ן והרשב"א בחי' שם וכ"כ בעל העיטור בד"ח ד' ס"ד ע"ג דאפי' לר' מ"ל לשקר דבידו עדיף וכו' ע"ש וא"כ מגו שאינו בידו אלא שהיה יכול לטעון טענה אחרת מ"ל אי אמרי' במקום חזקה או לא וא"כ בממונא אזלי' לקולא ובאיסו' אזלי' לחומרא וכ"ש לתי' אחר שכ' בעל העיטור שם דלר"נ דקי"ל כוותיה דס' מ"ל לשקר כחזקה דמי מ"ל אי אמרי' מ"ל לשקר בממונא דאוקי ממונא בחזקת מריה וכו' א"כ באיסו' לא אמרי' מ"ל לשקר במקום חזקה דקי"ל כר"נ ודוקא בממון מ"ל אי אמרי' מ"ל לשקר במקום חזק' משום דאוקי ממונא בחזקת מריה וכ"כ ה' יבין שמועה כלל תקנ"ח והכנה"ג אות קי"א בשם הר"ן באיסור דפשיטא דלא אמרי' מגו במקום חזקה ובזה תי' מה שהק' התוס' מדתנן יבמה שאמרה לא נבעלתי לאחר ל' אינה נאמנת משום דחזקה דלא מוקי איניש אנפשיה יותר מל' יום אע"ג דאיכא מגו דא"ב אמרה אינו יכול וכו' ע"ש וא"כ הכא נמי אינו נאמן לומר מעושרין הם במגו נגד חזקה דבאיסו' לא אמרי' מגו במקום חזקה פ"ז מגו באיסו' אמרי' כדתנן בפ' האשה שנתארמלה ד' כ"ב האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר אמרה נשביתי וטהורה אני נאמנת שהפה שאסר וכולי ול"ל דה"ד הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמ"ש התוס' בפ' מרובה דף ע"ב בד"ה אין לך וז"ל הא דאמרינן בפ"ב דכתובו' ב' החתומים על השטר ואמרו קטנים היינו או אנוסי' הייני אם אין כת"י יוצא ממ"א נאמני' האי לאו מגו הו' שאין השט' מתקיים אלא על פיהם

והפה שאסר הוא הפה שהתיר כדאמרי' התם מנין להפה שאסר וכולי ופריך הא ל"ל קרא סברא הוא עיון שם ושכ"כ שם דף י"ח בד"ה הרי אלו נאמנים עיין שם ועמ"ש בא"ה סי' קנ"ב בזה בס"ד וא"כ אפ' לומר הפה שאסר וכו' הוא דאמרי' באיסו' ולא מגו שהרי אמרינן בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"א עלה דתנן ראוה מדברת עם א' ואמרו לה מה טיבו של איש זה איש פ' וכהן הוא ר"ג ור"א אומרי' נאמנת ור"י אומר לא מפיה אנו חיין אלא ה"ז בחזקת בעול' לנתין וממזר עד שתביא ראיה לדבריה ואמרי' מאי מדברת רב אסי אמר נבעלה וזעירי אמר נסתרה וכת' התוס' שם ר"א אמר נבעלה אבל נסתרה מודה ר"י דנאמנת לומ' לכשר נבעלתי במגו דא"ב אמרה לא נבעלתי וא"ת והא ר"י לית ליה מגו גבי משארסתני נאנסתי וי"ל דהתם לא הוי מגו גמור דהא אפילו אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לר"י כדתנן במתני' ולא קרי ליה מגו אלא לפי שהיא טענה מעולה ביותר ע"ש וא"א מאי קושיא אימא דהכא ר"י לית ליה מגו אבל נאמנת לומר לכשר נבעלתי דמגו דא"ב אמרה לא נבעלתי דהוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר אלא ודאי דאין חי' בין מגו להפה שאסר וכולי דאפילו במגו אמרי' באיסו' וכן בר"פ האשה שנתארמלה ד' ט"ו ע"א תנן ומודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואמרי' בגמ' אהייא קאי ואמרי' אהא ראוה מדברת עם א' ואמרו לה מה טיבו של איש פ' איש פ' וכהן הוא ר"ג ור"א אומרים נאמנת ור"י אומר לא מפיה אנו חיין התם מאי מגו איכא הניחא לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה מגו דא"ב אמרה לא נבעלתי וקאמרה נבעלתי מהימנא אלא לר"א דאמ' מאי מדברת נבעלה מאי מגו איכא אלמא דאפילו במגו אמרי' באיסור וכן תנן יבמה שאמרה לאחר ל' יום לא נבעלתי במגו דאינו יכול וכו' אלא משו' חזקה דלא מוקים איניש אנפשיה טפי מל' יום אלמא דאמרינן מגו באיסור אי לאו חזקה ובלא"ה בפ"ח דפאה מ' ג' תנן נאמנים על החטים ואין נאמנים על הקמח ולא על הפת כ' הר"ש שם נאמנים על החטים לומר חטים הללו מעשר הוא שניתן לי אבל אין נאמנים לומר קמח ופת זה מעשר עני שניתן לי קמח ופת ואין להאמינו במגו דא"ב אמר חטים ניתן ועשיתם קמח ומשמע בירושלמי כי הוא נאמן דמאחר שאין דרך כלל לחלק קמח ופת הוי כמגו במקו' עדים וכתבתי בכלל מגו במקום עדים בס"ד ע"ש הרי דמשמ' בהדיא דאמרי' מגו אפי' באיסו' אי לאו דהוי כמגו במקום עדים וכ"נ דעת הר"ן ושאר פוסקי' כמ"ש בכללי מגו במקו' חזקה דס"ל הכי דהא דמ"ל בפ"ק דב"ב אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ה"ד בדבר ממון אבל בדבר איסור פשיטא דלא אמרי' מגו במקום חזקה ע"ש מבואר דבכל מגו אמרינן באיסורא:

פ"ח אמר המגיה מצאתי בכתבי הק' למז"ה המחבר זלה"ה דף א' כתוב ענין א' אך חסר הוא ראש הענין ומ"מ לא נמנעתי מלהעתיקו וז"ל) וראיתי להתוס' בפ' כל הנשבעין דף מ"ו ע"א גבי הא דאמר ר"נ האי מאן דנקיט נרגא בידיה אמר איזיל ואיקטיל לדיקלא דפלניא ואישתכח דקטיל ושדי פטור דלא אמרי' דהוא קטליה דעביד איניש דגזים ולא עביד וכולי שהק' בלא"ה נאמן במגו דא"ב אמר דזבנא מינה דמהימן כדאמרי' בפ' ח"ה דף ל"ו מאן דנקיט מלגא וכולי ותמה מהריב"ל בחי' איך נאמן אי אמרי' דגזים ולא עביד הא הו"ל מגו במקום עדים ואע"ג דהעדים אין מעידים ע"ז שהוא קטעה מ"מ הו"ל מגו במקום עדים דומיא דההיא עובדא דנהר פקוד דא"ל לא תיזיל וכו' ע"ש ולפמ"ש ניחא דדעת התוס' דאמרינן מגו היכא דמתרץ דיבוריה והתם נמי יכול לתרץ דיבוריה דמ"ש לא קטלא ר"ל לא קטלא של זה אלא הרי היא שלו דהעדים לא אמרו עדותם דאף שאמרו שאמר איזיל ואיקטול דיקלא דפלניא הא ודאי לא גמרו עדותם בהכי לחייבו דאפ' שהיא שלו דזבנא מיניה ולהכי מהימן במגו לזה ק"ל להתוס' דאפי' תימא דגזים איניש ועביד מ"מ במגו דמתרצי' דיבוריה ובלא"ה לק"מ די"ל דקושיית התוס' היא דאפילו נימא דעביד איניש דגזים ועביד מ"מ מאן לימא לן דאף אם בדעתו למיקטליה אפ' דאשכחה דמקטלה ושדייא וא"כ יהא נאמן במגו דהא לית לן חזקה דהוא קטלא אלא אית לן חזקה דודאי עביד כיון דגזים ואפ' דלא נעשה רצונו שמצאה כבר קטולא וזה ברור:

ועוד א"ל דסבירא להו להתוספות דשאני ההיא חזקה דנהר פקוד דאית בה מיא דהיא עומדת להתברר ובידנו לבררה כיון דמלתא דעבידא לאגלוי ועוד שחזקה זו עומדת קמן דהא קמן דאית ביה מיא משום הכי לא מהימן במגו בחזקה כזו דהוי כמו עדים אבל התם דאינה עומד' להתברר ואינה קמן נאמן במגו אכן יש לעמוד הא מ"ל בפרק קמא דב"ב אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא וראיתי הריטב"א בחידו' בב"מ שם שכתב וז"ל ולא דמי למ"ל לשקר במקום חזקה דחזקה היא דאנן סהדי בשביל חזקה דקיימא לן בההוא ארחא דאיכא מיא דאנן סהדי ואפילו הכי לא דמיא לחזקה דקיימא לן בעלמא לאו כל שעתא ושעתא אלא רוב פעמים ישנה ואזלי רבנן בתר רובא ואוקמוה אחזקה אבל האי דהכא טפי מחזקה היא לפי שא"א לאותו דרך בלא מים בשום שעה בעולם מה שא"כ בשאר חזקות הילכך כעדים דמיא ואפילו הכי פליג עליה רבא והכא נמי חזינן בזה דפליגי אפילו במגו בעדים עיין שם ודבריו תמוהים שהרי מ"ל אי אמרינן מגו במקו' חזק' או לא ואם כן תיפשוט ליה מדרבא דאפילו בכה"ג נאמן במגו כל שכן בחזקה בעלמא ואפילו אביי לא פליג עליה דרבא אלא שא"א לאותו דרך בלא מים בשום שעה בעול' אבל בעלמא אמרינן מגו במקום חזקה ואפשר לו' דקושט' הוא דנפשטא בעיין מהאי

דאביי ורבא אלא דתלמוד' ניחא ליה מיפשט ממתני' או מברייתא וכה"ג כתבו התוספות והר"ן גבי בעיא דהני כהני שלוחי דידן וכו' עיי"ש ודע דמההיא מתני' דפאה בפ"ח מ' ג' שכתבנו לעיל יש לה"ר למ"ש הש"ך בח"מ סימן נ"ח ובכללי מגו אות י"ב דמגו במקום עדים לא אמרינן היינו אף על גב דליכא עדים שחייב רק בצירוף והעדאת העדים מתחייב ועיקר ראייתו מההיא דנהר פקוד עש"ב ומההיא דמתני' דפאה יש להוכי' כן דהא התם ליכא עדים קמן ופת של מעשר הם אלו על פיו ואפילו הכי אינו נאמן במגו דאי בעי אמר חטי' ניתן לי ועשיתם פת וקמח מאחר דאין דרכן לחלק כלל קמח ופת דהוי מגו במקום עדים ע"ל להביא ראיה מהא דתנן בר"פ שבועת הדיינין דף ל"ח ע"ב מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך ביד חייב ולכאורה קשה אמאי לא מהימן לומר אין לך בידי במגו דאי בעי אמר נתתיו דפטור ומוכרח לומר דהוי מגו במקום עדים דלא אמרינן והתם ליכא עדים דחייב רק בצירוף הודאתו והעדאת עדים שהודאה בפניהם ואפי"ה מתחייב דהוי מגו במקום עדים:

סימן פג

דין ב' הגה ואפילו שתק כשקבל וכולי כתב הסמ"ע דבעה"ת והטור שכת' והמלוה אומר לא קיבל אלא מחוב אחר וכו' משמע דאם שתק הוי כהודאה וה' ש"ך כתב דמדברי ה' ב"ח ושאר אחרונים משמע בהדיא דאינו חולק ע"ש ומהרשד"ם חי"ד סימן קע"ח כ' כהסמ"ע הביאו הכנה"ג אות ה' ובסימן נ"ח הגב"י אות ד' ע"ש ובתשו' בספר בעי חיי ח"א סימן פ"ז הסכים כן ודחה דעת חכם א' מדברי הר"ן מוסכמים עש"ב וכ"כ בתשוב' בשמים ראש סימן ע"ט דאין שתיקה מבטלת דיבור ע"ש וכן הכריע הרדב"ז ח"א סי' קפ"א וח"ב סי' רמ"ט דאם פרע לו סתם יכול לומר מלוה ממלוה ע"פ נפרעתי אבל אם הלוה פירש והמלוה שתק הוי כהודאה עש"ב אבל מרן בסימן נ"ח פסק כהר"ן וכאן העתיק לשון בעה"ת והטו' דס"ל דלא פליגי ובתשו' בספר אבקת רוכל סימן קכ"ז כ' דאפילו מלקוחות טורף בטענה זו ע"ש:

דין ד' נשבע הלוה היסת ונפטר אבל אם המלוה עמד בטענתו היה נאמן אלא ודאי אסור לטעון שקר אפילו להוציא הדין לאמתו הרשב"א בתשובות ח"ג סימן פ"א עיין שם:

סימן פד

א' דין א' הפוגם שטרו וכו' וכ' הב"ח נראה דמלוה בעדים בקנין חשוב כשטר גם לענין פוגם שטרו וכו' ע"ש וכ"כ הרי"ף בס' שערי שבועו' שער ך' בדין י"א וז"ל וכן אם פוגם

חובו הקנוי לו בקנין שלא נכתב עדיין אינו נפרע על השאר אלא בשבועה וכו' וכן מבואר בדברי בעל העיטור בדיני חוב דס"ג ע"ש:

ב' הפוגם שטרו וכו' נר' דשטר שיש בו מלוה ופקדון והודה המלוה בפקדון שפרעו ותובע חצי מלוה והלוה אומר שפרע הכל נראה דלדעת הראב"ד בהשגות פ"ג מה' טוען שאם טענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' וכפר בא' אין זה מודה במקצת הטענה שהלואה ופקדון שני טענות הם וכו' ע"ש ה"נ לא מקרי פוגם שטרו דבפ' הכותב סבר רמב"ח דפוגם שטרו הוי כמודה מקצת דצריך לישבע שבועה דאורייתא וא"כ כמו דאם טענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם לא הוי מודה במקצת ה"נ לא הוי פוגם שטרו וגם רבא דמסיק דשבועה מדרבנן משום דמיפרע לא דייק משמע דלא פליגי וכה"ג כ' הר"ן בפ"ק דגיטין גבי מעמד ג' ע"ש וכן מצאתי להראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ח דנ"ג שכ' וז"ל והא דאמרי' בר"פ אע"פ תנאי כתובה ככתובה דמי לפוגמת וכו' פי' לפוגמת א"ל התקבלתי כתובתיך והיא אומרת לא התקבלתי אלא מנה ומאתים א"נ שאמרה לא התקבלתי אלא התוספת הרי היא כפוגמת כתובתה ולא תפרע אלא בשבוע' וכו' ואילו לא היה התוס' כעיקר אלא שהיה עליו דין חוב או מתנה אם פגמה העיק' וכו' אינה נשבעת וכו' ומכאן יש ראיה למה שא"א במי שתובע את חבירו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם שאינו מודה מקצת הטענה ואינו נשבע שבועת התורה לפי שהם ב' טענות וכו' שאין חיובו של זה כחיובו של זה שהמלוה אינו יכול ליפטר ממנו אלא בפירעון או במחילה והפקדון יכול ליפטר ממנו באונס וכו' עש"ב הרי דב' טענות חלוקות כגון מלוה ופקדון בשטר א' והמלוה הודה בא' מהם לא מיקרי פוגם שטרו דהא כתובה ותוס' אי לא אמרי' בה תנאי כתובה ככתובה הוי ב' טענות חלוקות ופוגמת א' מהם אינה נשבעת אבל הרמב"ן והרשב"א והמ"מ שם חלקו על הראב"ד וס"ל דטענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם לא גרע מטענו חטים ושעורים והודה בא' מהם דצריך לישבע ע"ש ונר' דס"ל דה"נ חשיב פוגם שטרו ובס"פ אע"פ דאיצטי' למימר דתנאי כתובה ככתובה לפוגמת וכו' כבר כ' בס' א"ז בשם תר"י דאם פגמה כתובה אפי' יהא תוס' בשטר א' אינו גובה אותו אלא בשבועה דאילו בשאר טענת אינו כן דאם פוגם שטר אחד נפרע שטר האחר בלא שבועה וע"ש בהרא"ה והר"ן: ג' הפוגם שטרו וכו' מרן בב"י כ' בשם בעה"ת דאם פרעו בנו לא ישבע והביאו הסמ"ע אבל הש"ך הסכים דאפי' פגמו בנו שאמר אבא א"ל שפרעו מקצת צריך לישבע וכ"כ רבינו ירוחם עש"ב ובאמת דבעה"ת עצמו שער י"ד כתב בשם בע"ה והר"י כד' רבינו ירוחם וה' כנסת הגדול' בסימן ק"ח הגב"י אות כ"ה כתב אולי לא תקנו לישבע אלא במלוה שפגם שטרו או

שיורשיו אמרו שמורישם צוה להם שפרעו מקצת דס"ס השטר פגום ע"פ המלוה אבל יורש שפגמו שאמר שפרע הוא לא תקנו ע"ש ועיין בס' פני משה ח"א סס"י י"ג שכ' דאין סברא לחלק בכך ונעלם מהם הירושלמי בפ' הכותב וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב ד' ס"ג ע"ב וז"ל תני יורש שפגם אביו שט"ח הבן גובה בלא שבועה בזה יפה כח הבן מכח האב וכו' אר"א ונשבע שבועת יורש שלא פקדנו אבא וכו' דנתחיי' אביו שבועה בב"ד ומת אין בנו גובה וכו' אלמא בפגמו המלוה עצמו אין צריך שבועה גם ה' משפט צדק ח"ג סי' ל"ז צידד להפך דהירוש' מיירי בפגם הבן ולא האב שאמר שאביו נפרע מקצת אבל אם פגם הבן השטר שאמ' שגבה הוא מקצת צריך הוא לישבע וגם האב עצמו פגם נשבעי' שבועת היורשים אבל רבי' ירוחם כ' דאם באו היתומי' ליפרע מלוה עצמו ופגמו שטר ואמרו א"ל אבא שנפרע קצת או עד וכו' לא יפרע אלא בשבו' וק' עליו מהירושלמי וצ"ל דרבי' ירוחם שבועת היורשים קאמר והירו' משבועה דפוגם שטרו קאמר דפטור ע"ש וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' רל"ו ותמה מזה על רב ש"ש דס"ל דהלוה נשבע ונפטר וכבר כתבתי דדברי בעל העיטור בפגם האב עצמו דנוטל הבן בלא שבועה דפוגם שטרו אבל נשבע שבוע' היורשים שלא פקדנו אבא וכו' ובזה ניחא נמי דברי בעה"ת בשער י"ד שכ' כדברי רבי' ירוחם דשבועת היורשי' מיירי אבל משבועה דפוגם שטרו פטור אבל הרשב"א בתשוב' ח"א סי' תתקע"א וח"ב סי' קל"ה צידד דאם כתוב נאמנו' בשטר אפי' אינו מפורש על היורשי' אין היורשים יכולים להשביעו וכת' וז"ל ואע"פ ששנינו בפ' הכותב נדר ושבו' אין לי עליך אינו יכול להשביעה וכו' אבל היורשי' משביעי' וכו' התם בפוגמת כתובתה לאח' מיתת בעלה במה שהיורשי' בעצמם טוענ' שהם פרעוה אבל לא בפגימת מה שנעשה בחיי בעלה עכ"ל וז"ל הרמב"ן בחי' לשבועות דמ"ז ע"ב הא דתנן כשם שאמרו הפוגמת וכו' כך היתומים לא יפרעו אלא בשבועה ופירש"י בגמ' היתומי' מן היתומים לאו דוקא היתומים מן היתומים בלחוד דא"כ ליתני כשם שאמרו הבא ליפרע מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה כך היתומים ול"ל למיתני כל הני אלא ה"ק כשם שאמרו הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה כך היתומים שפגמו שטר אביהם שאמרו א"ל אבא פרעתי מקצתו וכו' וכ"כ הריטב""א בחי' שם ובש"מ לכתובות דף פ"ו ע"ב בשם ר' ישעיה ע"ש וכ"נ מדברי מרן בא"ה סי' צ"ח ס"ד ואפי' פגמה היא או היורשי' כתובתה וכו' משמע דבלא נאמנות אם פגמו היורשים כתובתה. צריכים לישבע עיין שם בבית שמואל:

ד' גוי ועבד שפגם שטרו נר' דדינו כחשוד ושכנגדו ישבע ויפטר כדאמרי' בירוש' גבי שכיר דעבד דינו כחשוד שתחזור השבועה לבעל הבית והביאו הר"ן בפ' כל הנשבעין

כמבואר בב"י סי' פ"ט ע"ש והט"ז בסי' פ"ז ס' כ"ה כ' דעבד לאו בר שבועה הוא וה' המגיה תמה דודאי דעבד דינו כאשה והירושלמי אפשר דה"ד בנשבע ונוטל שלא רצה להפקיע ממונו של בע"ה בשבועת העבד משא"כ בנשבע ונפטר וכו' מיהו ודאי סתם עבד בחזק' גנב וקוביסטוס ופסול לשבועה אבל אם בחזקת כשרות כטבי עבדו של ר"ג ודאי דכשר לשבועה אף שפסול לעדות ע"ש ועיין בתשו' רב האי גאון בס' שערי צדק שער ד' סי' יו"ד שכ' דעבד כיון שפסול לעדות כ"ש לשבועה ודינו כחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ע"ש בהגה ומ"מ נר' דסתם עבד חשוד הוא ושכנגדו נשבע ונפטר אבל אם הוא נתבע פטור בלא שבועת היסת:

ה' אפי' אם היו העדי' בשע' הפירעו' וכו' כ' הסמ"ע ולא אמרינן כיון שאנו רואים שלא רצה הלוה להאמין למלוה בלא עדים וכו' משמע דאפי' ייחד העדי' בשעת פירעון המקצת צריך לישבע ולא אמרי' וכו' וכ"כ בהדיא בדרישה אה"ע סי' צ"ו אבל הט"ז שם חלק עליו והוכיח דאם ייחד העדי' בשעת פירעו' המקצת אין צריך לישבע אא"כ טען השבע לי דלא פרעתיך יותר כשאר החוב ע"ש ועיין במהרימ"ט סי' קכ"ג דנר' דס"ל דלמאי דקי"ל בכתב שובר מיקרי פוגם ה"נ אפי' הזמין עדים אמרי' דאיתרמו ליה עדים בנקל לכך הזמינם:

ו' אם א"ל אל תפרעני אלא בעדים דקי"ל דאין הלוה נאמ' לומ' שפרעו בלא עדים והמלוה גובה בלא שבועה נראה דאפי' פוגם המלוה מקצת שנפרע בלא עדים אין צריך לישבע דלא גרע מפוגם שטרו בתו"ז דגובה בלא שבועה דלא בטלה חזקה דאין אדם פורע בתו"ז וה"נ בא"ל אל תפרעני אלא בעדים חזקה דלא פרעו ועיין בב"י סי' ע' שכ' דהא דאינו נאמן במגו דיכול לומר קיימתי התנאי ופרעתי בפני פ' ופ' משו' דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי שלא פרעו בלא עדים א"כ חזקה זו אלימתא היא ועדיפא מחזקה דאין אדם פורע בתו"ז דהתם מגו מרע לה דנאמן הלוה לומ' פרעתי בתו"ז במגו אבל חזקה זו בעדים דאפי' במגו אינו נאמן דאנן סהדי שלא פרעו בלא עדים והוי כמגו במקום עדים וא"כ ר' האיי דס"ל דפוגם שטרו אפי' בתו"ז צריך לישבע דבטלה לה חזקה אפשר דמודה בחזקה זו דהוי כעדים מיהו ה"ד כשיש עדים על התנאי אבל אין עדים על התנאי כ' הסמ"ע סי' ע' סק"א דנאמן הלוה במגו דלא היה תנאי וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רנ"ה ע"ש וא"כ כ"ש כשפגמה המלוה שנפרע בלא עדים אבל יש להסתפק קצת דאפשר דדוק' בפוגם שטרו סובר הרמב"ם דלא בטלה חזקה דאין אדם פורע בתו"ז כיון שהשטר ג"כ מסייע ליה דאם פרעו הכל שטרך בידי מ"ב אבל במלוה ע"פ אפי' בתו"ז או א"ל אל תפרעני אלא בעדים כיון שהודה המלוה שנפרע קצת א"ל לכ"ע בטלה חזקה ונשבע הלוה היסת

ונפטר דהא בשטר אם טען הלוה השבע לי צריך המלוה לישבע משו' דאהני ריעותא בפגם שטרו או ע"א מעיד שהוא פרוע לחייבו שבועה א"כ דינו כשטר בעלמא אם טען השבע לי צריך לישבע וה"נ במלוה ע"פ אהני הך ריעותא לבטל החזקה דהוי כמלוה ע"פ דעלמא דנשבע הלוה ונפטר ועיין בב"י שכ' בשם בעה"ת דפוגם חובו ע"פ נשבע היסת ונפטר והב"ח נדחק דמיירי בכת"י דאפי' לדעת הרמ"ה דאינו נאמן לומ' פרעתי לא מיקרי שטר לענין פוגם שטרו וכבר השיגו הט"ז ע"ש ואפשר דאשמעי' דפוגם חובו עפ"י אפי' בתו"ז או בתנאי דא"ל אל תפרעני אלא בעדים נשבע הלוה היסת ונפטר דדוקא בשטר דחזקה דשטרך בידי מ"ב מסייע ליה כמ"ש:

ז' ואפי' דקדק לצרף חשבונו אפי' פחות משו"פ דוקא צרף בחשבונו אבל נפרע פחות משו"פ אין זה פוגם שטרו דפחות משו"פ אינו כלום ריב"ש בס' א"ז לכתובות ע"ש ול' בעל העיטור בדיני חוב דס"ג ואסיקנא וכו' ופוגמת אפי' פחות משו"פ סלקא בתיקו וכו' ולקולא ע"ש ל"ד הוא וקולא לנתבע קאמר שאינו פורע עד שישבע המלוה כמ"ש הרא"ש והר"ן ע"ש ומדברי בעל העיטור שם והרי"ף שכ' ומסקנא בין בעדי' וכו' משמע דבעיא דפוגם בעדים איפשטא אבל הרא"ש כ' דלא איפשטא הילכך לא תפרע אלא בשבועה עיין שם ונר' דאם תפס המלוה ולא רצה לישבע לכ"ע אין מוציאין מידו שכן הדין בכל שבועה דרבנן אם תפס ולא רצה לישבע אין מוציאין ממנו כמבואר בסי' פ"ז ע"ש בהש"ך ס"ק כ"ז.

ח'

ואפי' פחות משו"פ וכו' בעיא היא בפ' הכותב וכ' הרא"ש והר"ן דלא תגבה אלא בשבועה דהוי קולא לנתבע ונר' לכאור' דנ"מ אם תפס המלוה ולא רצה לישבע מוציאין מידו דאע"ג דכ' הרי"ף בפ' הכותב דבשבועה דרבנן כגון פוגם שטרו ועד א' מעיד שהוא פרוע אם קדם ותפס אין מוציאין מידו כבר כ' הר"ן שם בשם הרמב"ן מסתברא דה"ד כשתפסה מעות אבל תפס מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנו מוציאין מידו ולא גבי אלא בשבועה והכי קי"ל כמ"ש הסמ"ע והש"ך בסי' פ"ז ס"ק כ"ד ע"ש וכן מבואר בא"ה סי' צו' ע"ש וא"כ הפוגם שטרו ותפס מטלטלין ולא, רצה לישבע מוציאין מידו אבל אם דקדק לצרף חשבונו אפי' פחות משו"פ כיון דבעיא היא אם תפס אפי' מטלטלי' ולא רצה לישבע אין מוציאין מידו וה' נתיבות משפט דרצ"ח ע"א הק' על הר"ן שכתב דהרי"ף סמך על סתם המשנה דהא נ"מ מסתם המשנה לא תפרע אלא בשבועה נר' דאפי' תפסה מוציאין ממנה אבל כיון דבעיא היא אם תפסה אין מוציאין וכ' דאדרבה נר' דעת הרי"ף כיון דבעיא ולא אפשיטא תפרע שלא בשבועה כיון שיש שטר בידה והוי כמוחזק' בנכסים

והבעל נקרא מוציא ממנה כמ"ש המפרשי' דאע"ג דמגו להוציא לא אמרי' כשיש שער בידו הוי מגו להחזיק וא"כ הוי קולא לנתבע לגבי דידה ותפרע שלא בשבועה אבל בעיא דפוגמת בעדים ס"ל דאיפשטא דחייבת לישבע ע"ש וא"נ כן דהא קי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי וכבר כ' הכנה"ג בסי' פ"ב אות נ"ז דס"ל להתוס' דפ' ח"ה דלא אמרו ב"ה שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי אלא דוק' בשרוצה להוציא בשטר זה בטענה לבד בלא מגו דומיא דסוטות וכו' אבל כשבא להוציא בשטר מכח מגו כמו גבי דסטראי נינהו דנאמן במגו דלהד"מ הרי הוא כגבוי עש"ב וא"כ ה"נ בספק שבועה אמרי' דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ומספק אין להוציא ממון בטענה לבד בלא מגו ודוקא לענין מגו מוקמי' שטר אחזקתיה דהא קי"ל כרבה בקרקע דנאמן במגו להחזיק הקרקע ביד המוחזק בו וחשיב מגו לאוקומי ממונא

ט' ואפי' וכו' משמע אפילו פגם שטרו בעדי' ובפחו' משוה פרוטה נמי צריך לישבע כמ"ש הר' כנה"ג בתשו' ק"ב סימן קי"ג ע"ש:

יו"ד ואם יש בו נאמנות וכו' בעה"ת שער כ"א כ' איכא מ"ד בסתם נאמנות יד בעל השט' התחתונה ובכולו דלא מרע לשטרא הימניה במקצתו דפוג' שטרו לא המניה ואיכא מ"ד דכ"ש הוא כיון שהאמינו בכולו וכ"ש במקצתו ואנן סביר"ל הכי ע"ש והריטב"א בחידושיו לשבועות דף מ"א כתב וז"ל דאילו יש בו נאמנות ודאי לא משתבע כלל ואפילו בפוגם דמה שמודה לו משיב אביד' דפטור משבועה מדין מגו דאי בעי אמר לא גביתי כלל עכ"ל וכ"כ בחי' בפרק הכותב עיי"ש ונראה דהוא אזיל לטעמיה שכ' בחי' בפרק הכותב שם דפוגם שטרו אינו נאמן במגו דכופר משום דטפי חשוב מעיז כשכופר בכל מהיכא דכופר במקצת ע"ש ואם כן כשיש לו נאמנו' נאמן במגו שהיה כופר הכל דמעיז ומעיז הוא שהנאמנות מסייעו ואם כן למ"ד דמגו לפטורי משבו' לא אמרינן הכא פטו' משבוע' משום דמשיב אבידה הוא ואם כן אם יש עדים על מקצת שפרעו או שכתב לו שובר והלוה טוען שפרי לו השאר צריך המלוה לישבע דה"נ הוי פוגם שטרו וליכ' מגו אבל לדעת בעה"ת אפילו יש עדים על מקצת שפרעו אין צריך לישבע על השאר דכ"ש שהאמינו על מקצתו י"א דין ב' יפרע שלא בשבועה וכו' המ"מ גמגם בזה דהא בטלה החזקה דאין אדם פורע בתוך זמן במה שפרע מקצרו וכולי וכתב הרב משנה למלך אם לדעתו לחייב שבו' למלוה ניחא ואם לפוטרו כמלוה ע"פ ללוה בשבועתו ק"ל פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל דהא בטלה חזקה דשטרך בידי מאי בעי במאי שפרע מקצת ולא כתב ע"ש ונראה דסבירא ליה דאי לחייב שבועה למלוה ניחא דלא בטלה חזקה אלא לחייבו שבועה אבל במלוה ע"פ לפטור הלוה בשבועתו לא בטלה דלעולם נשבע המלוה ונוטל

וכה"ג אשכחן דלא טעני' ליורשים טענה דלא שכיח' לדחות הפירעון וטעני' להו לענין שבו' דבקל רמי' שבו' כמ"ש בסימן פ"ב דין ח' עיי"ש ולכך פוגם שטרו נשבע ונוטל דלא בטלה החזקה לפטור לגמרי אבל אי אמרינן דבטלה החזקה אפילו לפטור פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל דהא בטלה החזקה דשטרך בידי מאי בעי והוה ליה למימ' דנשבע הלוה ונפטר:

י"ב אבל אם הוא בתוך זמן וכו' יפרע שלא בשבו' המ"מ גמגם בזה דהא בטלה לה חזקה דאין אדם פורע בתוך זמן שהרי פרע מקצתו ועיין לה' מח"א בה' גביית חוב סימן ז' שכתב דסבירא ליה דמאי דפרע פרע ומאי דלא פרע לא פרע וכה"ג כ' התו' בפ' ח"ה עיי"ש וכן כתבו בשו"ת בשמים ראש סימן ן' דאין מחזיקין מזה לזה ועוד כתב הרב וז"ל ועוד א"ל דאית ליה מגו למלוה ובפוגם שטרו אחר זמנו אין לו מגו דיכול למי' אישתבי' לי ואף שהרמב"ם תפס סברת רבו רב יוסף ז"ל דמגו אינו פוטר משבו' מכל מקום א"ל דלא חייבת המשנה אלא במקום דאי בעי לוה אמר אישתבע לי אלא דאנן לא פתחינן ליה אבל היכא דאיכא פגם פתח פיך לאלם ומשבעי' ליה אנן אבל תוך זמן לא וכו' עיין שם ונראה דסבירא ליה דפוגם שטרו אחר זמנו אין לו מנו כיון דאם טען לא היו דברים מעולם נמי היה יכול להשביעו דאפילו למ"ד דאמרינן מגו לפטור משבו' ה"ד אם בטענת כו היה פטור משבו' אבל אם בטענת המגו חייב שבו' אף על פי שטענת המגו היא יותר טובה לא אמרי' מגו לפטור משבוע' כדאמר בפרק קמא דמציעא גבי סלעים דינרים מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש וכו' דאי סלק' דעתך שתים חייב בשלש היכי פטר לר"ע האי איערומי מערים סבר אי אמינא שתים בעי' אישתבועי אימא ג' דהוי כמשיב אבידה ואיפטר אלא ש"מ שתים נמי פטור ע"ש וכן כתבו התוספ' בגיטין דף נ"א עיי"ש וכן בפרק המוכר את הבית אמרינן המפקיד אצל חבירו וא"ל החזרתי נאמן במגו דנאנסו וכולי א"ל ס"ס כי אמר נאנסו לאו שבו' בעי הכא נמי מאי נאמן נאמן בשבו' עיין שם וא"א אימא אף על גב דבנאנסו צריך לישבע בטען החזרתי כיון דאיכ' מגו אין צריך לישבע א"ו דמגו לאפטורי משבו' לא אמרינן וה"נ פוגם שטרו לא חשיב משיב אבידה במגו דלא נפרעתי כלל שהיא טענה טובה דהשטר מסייע מהאי טעמא דאיערומי הוא דסבר דאי אמר לא נפרעתי כלל היה הלה טוען השב' לי ובעי לישב' אימור נפרעתי מקצ' דהוי כמשיב אבידה ואיפטר לכך צריך לישב' ואפש' שזה דעת המרדכי בפרק הכותב וז"ל סבר רמב"ח למי' שבו' דאורייתא תימא לרב' ניהמניה במגו דאי בעיא אמרה לא נפרעתי כלל וי"ל דאין זה מגו דעזות הוא דהא קמסייע ליה שטר כתובה ע"כ ונראה דטעות סופר נפל וצ"ל ול"ל דאין זה מגו דעזות הוא דהא קמסייע לה שטר כתובה ור"ל

דלרבא דמסיק דשבו' דרבנן היא לא קשה מדי דליכ' מגו דהא בטענת המגו נמי היה יכול להשביעו ואם כן אף על פי שטענת המגו יותר טובה לא אמרינן מגו מהאי מערים סבר אי טעמא דמערים הוא אבל לרמב"ח דסבר דהוי שבועה דאורייתא קשה ליהמנה במגו דלא נפרעתי כלל שאינה צריכה לישבע מדאורייתא ול"ל דאין זה מגו דעזות הוא כדאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענ' ישב' חזקה דאין אדם מעיז וכו' דהכא כיון דשט' כתוב' מסייע לה ליכא העזה ואם כן הוי כמשיב אבידה דפטו' משבו' ועיין בספר נתיבות משפט דף רצ"ה מיהו הרשב"א במיוחסות סימן ק' ובשו"ת ח"ב סימן רנ"ד כתב דגם לרמב"ח לא טעי בהא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אלא דשבוע' כעין דאורייתא קאמר שהחמירו בה כעין דאורייתא וכן כתב הרשב"א והריטב"א בחי' בפרק הכותב עיין שם ואם כן א"ל אף על גב דאם טען לא נפרעתי כלל שהיה יכול להשביעו אין השבו' חמורה כעין דאוריית מ"מ כיון דס"ס יכול להשביעו היכא דאיכא פגם החמירו רבנן להשביעו כעין דאורייתא ממש אבל הריטב"א בחי' תי' דלאו מגו הוא דטפי חשיב מעיז כשכופר בכל מכופר במקצת כיון דמיפרע לא דייק ע"ש ונראה דודאי יש העז' יות' בכופ' הכל מכופר במקצת כרו שהוכיחו התוס' בפרק קמא דמציעא בד"ה בכולי וכו' מיהו לפי' התוס' שם והאי בכולי וכו' כלומר מאחר דאין מעיז א"כ אמת שאינו חייב לו יותר ולמה ישב' וכו' ומשני דאין זה הע' דאישתמוטי קמשתמיט א"כ הכא דלא שייך האי טעמא אי חשיב העזה אם כן אמת שהוא חייב לו מקצת ולמה ישב' אלא דמשום דמיפרע לא דייק ואפשר דר' ברוך סבירא ליה דלרבא לק"מ דטעמא דפוגם שטרו דצריך לישב' משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק וכדכ' התוס' שם דלא שייך מגו והואיל טעמא דמשום דלא דייק דהוא סבור שדקדק ולא דקדק כמ"ש באשה שהלכה וכו' ע"ש אבל לרמב"ם דסבר למי' דשבו' דאורייתא כמודה במקצת למה לא נאמן במגו דלא נפרע כלל ותי' דאין זה מגו דעזות הוא דלא רצה להעיז פניו לכפור בכל כדאמר רבה במודה מקצת חזקה דאין אדם מעיז וכו' והאי בכוליה וכו' ופי' התו' כלומר מאחר דאין מעיז אם כן אמת שאינו חייב לו יותר ולמה ישבע וכו' ואם כן הכא נמי לא אמרינן מגו דאי בעי אמר לא פרע כלל דעזות הוא וכ"ת כיון שאינו מעיז א"כ אמת הוא שחייב לו לזה אמר דהא מסייע לה שטר כתובה ר"ל דעכשיו שטוען שחייב לו מקצת לא הוי העזה כיון דשטר מסייעו שלא פרע הכל אבל אם טען לא היו דברים מעולם הוי העזה:

י"ג אבל אם הוא בתו"ז וכולי יפרע שלא בשבועה כ' בשו"ת בשמים ראש סי' ן' דאין מחזיקין מזה לזה ועוד א"ל אית ליה למלוה מגו ובפוגם שטרו אחר זמנו אין לו מנו דיכול למי' אישתבע לי ואף שהרמב"ם תפס סברת רבו רב יוסף ז"ל דמגו אינו פוטר משבו'

א"ל דלא חייב' המשנה שבועה אלא במקום דאי בעי לוה אמר אשתבע לי אלא דאנן לא פתחי' ליה אבל היכא דאיכא פגם פתח פיך לאלם הוא ומשבעי' אנן אבל בתו"ז לא וכו' עיין שם ונראה דס"ל דפוגם שטרו אחר זמנו אין לו מגו כיון שאם טען להד"מ היה יכול הלוה להשביעו אבל בתו"ז דאם היה טוען להר"מ לא היה יכול להשביעו אמרי' מגו ולפ"ז רב פפא למד שבו' זו מפוגם שטרו דמתני' דא"א דאם טען הלוה פרעתי אינו יכול להשבי' אמאי פוגם שטרו צריך לישב' ליהמני במגו דלא נפרע' כלל ובעה"ת שער כ"א ח"ד סי' ב' כ' דשבועה דר"פ בימי חכמי המשנה כמו הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' הוא דאפק' ע"ש אבל התו' בשבועו' דמ"א בד"ה וכי מה וכו' כ' דאפילו לא היה יכול אביהם לטעון טועני' ליתומים דעבוד רבנן תקנה ליתמי במקום שאין האב יכול להשביעו ע"ש וא"כ לא שמעי' דרב פפא האב ליפרע מנכסי יתומים אלא שמעי' לה מפוגם דלא"ה פוגם שטרו אמאי צריך לישבע ניהמניה במגו דלא נפרע כלל והיינו דלר"ח פריך מה בין זה לפוגם שטרו וכו' ולא מעד א' מעיד שהוא פרוע משום דר"פ גופיה (עד כאן מצאתי):

י"ד אבל אם הוא תו"ז וכולי יפרע שלא בשבועה המ"מ בפי"ד מה' מלוה גמגם בזה דהא בטלה חזקה דאין אדם פורע בתו"ז שהרי פרע מקצת וכה"ג כ' הנ"י בפ' ב"ש גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי לאחר לי' יום דאינה נאמנת מכח חזקה לא מוקים איניש נפשיה יותר מל' יום דאם הודה שלא בעל וחזר וטען בעלתי אחר זמן אינו נאמן כיון דהורע חזקתו והביאו מרן הב"י חא"ה סי' קס"ז ע"ש וה' כנה"ג כ' ונר' דלא מפני שראינו שפרע מקצת בתו"ז נאמר שפרע הכל ואדרב' נימא איפכא שהוא הקדים לו זה המקצת שנזדמן כדי שלא יכופנו על השאר בזמנו מ"כ בשו"ת כ"י וכדומה שהוא ממורי הרב ע"ש ועיין לה' מח"א בה' גביית חוב סימן זה שכ' דס"ל דמאי דפרע פרע ומאי דלא פרע לא פרע וכה"ג כ' התו' בפ' ח"ה ע"ש וכ"כ בשו"ת בשמים ראש סימן ן' דאין מחזיקי' מזה לזה ועוד כתב ה' וז"ל ועוד א"ל דאית ליה למלוה מגו ובפוגם שטרו אחר זמנו אין לו מגו דיכול למי' אשתבע לי ואף שהרמב"ם תפס סברת רבו רב יוסף ז"ל דמגו אינו פוטר משבו' מ"מ א"ל דלא חייבה המשנה שבו' אלא במקום דאי בעי לוה אמר אשתבע לי אלא דאנן לא פתחי' ליה אבל היכא דאיכא פגם פתח פיך לאלם ומשבעי' ליה אבל בתו"ז לא וכולי ע"ש ונר' דנ"מ אם יש עדים במקצת שפרעו בתו"ז או שכתב לו שובר והלוה טוען שפרע השאר בתוך הזמן דלה"ט צריך המלוה לישבע כיין דליכא מגו ופוגם אפי' בעדים צריך לישבע אבל מה"ט דאין מחזיקין מזה לזה אפי' ליכא מגו אין צריך לישבע דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז ומה שפרע פרע ומה שלא פרע לא פרע וכבר

כתב בשו"ת בשמים ראש שם דטעם זה עיקר ע"ש וכ"נ דגם בשבו' המשנה לא אמרי' מגו לפטור שכ' הטור בסי' צ"ג וכל אלו אפילו אין עדים שהיה שותפו או אריסו אלא שהיה מודה מעצמו שהיה שותפו או אריסו אלא שאמר לא גזלתי כלום אפ"ה נשבע בנק"ח שאין אומרים מגו לפטור משבו' וכ"כ הר' יוסף עיין שם הרי דאפילו מגו דלהד"ם איכא שבועת המשנה מיהו אפש' דה"ד בשבו' השותפין והנך דתנן בפ' כל הנשבעין דמן הדין לא היו נוטלין אפילו בשבו' אלא שחכמים הקילו עליהם ליטול בשבו' אבל פוגם שטרו דתנן בפ' הכותב דלא תפרע אלא בשבועה כיון דמדין תורה נוטלין בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליהם שלא יטלו רק בשבוע' כמ"ש התו' בפרק האשה שנפלו ובפרק הכותב והר"ן בר"פ כל הנשבעין עיין שם א"ל דדוקא בלאחר זמנו דבלא"ה אם אמר הלוה השבע לי צריך לישבע החמירו בפוגם שטרו שלא יטול אלא בשבו' דפתח פיך לאלם אבל בתו"ז דאיכא מגו דלהד"ם דהיה נאמן בלא שבועה אוקמוה אדין תורה אך ק' ממ"ש הרמב"ם בפ"ג מה' מלוה המלוה את חבירו על המשכון וכו' הרי זה נשבע בנק"ח כדרך כל הנשבעין ונוטלין ומפני מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון וכולי ופי' המ"מ כיון שאם היו שם עדים שהיה המשכון בידו היה צריך המלוה לשבועת התורה דליכא מגו דלקוח ג"כ כשאין שם עדים שבידו המשכון אע"פ שהיה נאמן בלקוח בהיסת לא אמרי' מגו לפטור משב' כמ"ש מהר"י בן מיגש וכן כתב הראב"ד בס' תמים דעים סי' קצ"ה עיין שם הרי אפילו איכא מגו צריך לישבע כדין כל הנשבעין ונוטלי' ולא אמרי' מגו לפטור משבוע' ומלוה על המשכון נראה דמדין תורה נוטל בלא שבועה דהר"ן בפרק כל הנשבעי' הביא ראיה למלוה על המשכון מדתנן המכיר כליו וכולי וכן כתב הרמב"ם פ"ח מהלכות טוען דין י"ח ע"ש ובר"פ בל הנשבעין כ' הר"ן דמכי' כליו וספריו ביד אחר מדינא נוטל בלא שבועה ולכך לא חשיב לה בכל הנשבעין ונוטלין וה"נ המלוה טל המשכון מדינא נוטל בלא שבועה ואפי"ה החמירו עליו שלא יטול אלא בשבועה אפי' איכא מגו דלא אמרי' מגו לפטור משבועת המשנה מיהו הרמב"ם פי"ב מה' אישות דין כ"א כתב הרי שעמדה בדין ופסקו לה מזונות ומכרו ונתנו לה או שמכרה היא לעצמה ובא הבעל ואמר הנחתי לה מזונו' הרי זו נשבעת בנק"ח שלא הניח לה וכו' מכרה מטלטלין ואמרה למזונות מכרתי והוא טוען ואומר מזונותיך הנחתי נשבעת שבועת היסת שלא הניח וכו' וכ' המ"מ דס"ל שלא מכרה קרקע אלא מטלטלין שהיתה יכולה לכפור בהן ולומר אין לך בידי כלום ולא היתה נשבעת אלא היסת אף כאן אינה נשבעת אלא היסת עכ"ל משמע דאף אם יש עדים על המטלטלין דליכא מגו צריכה לישב' בנק"ח כלו בקרקע השתא נמי דאיכא מגו

אמאי נאמנ' הא לא אמרינן מגו לפטור משבועה אלא ודאי דשבועת המשנה לא תיקנו אלא במקום דליכא מגו וה' נתיבות משפט דקננ"א תי' דה"ד במגו דלקוח או שאר טענות אבל מגו דלהד"ם אלים טפי משאר מגו ואמרי' ליה אפי' לפטור משבועה ע"ש וא"כ ה"נ בפוגם שטרו בתוך זמנו דאיכא מגו דאי בעי שתיק ולא היה צריך אלא להראות שטרו מגו כזה אמרי' אפי' לפטור משבו' וכ"כ מהר"ם הלוי בתשו' מהרימ"ט ח"א סו' ס"א ואף שמהרימ"ט חלק עליו ובסי' פ"ב הוכחתי כן מדברי הפוסקים דלא אמרי' מגו להוציא כלל אפי' מגו דאי בעי שתיק עש"ב מ"מ מגו לאפטורי משבו' אפשר דאמרי' מגו דאלים אך ק' שהרי כ' הרמב"ם פ"ד מה' גזילה הטוען את חבירו שנכנס בביתו וגזלו כלים והוא אומר דרך משכון לקחתי בחובי שיש לי אצלך ובע"ה אומר אין לך בידי כלום אף ע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות הואי' ואין שם עדים שמיעדים שגזל הר"ז נשבע וגובה חובו מן המשכון שהפה שאסר הוא הפה שהתיר והואיל הוא נשבע ונוטל הר"ז נשבע בנק"ח וכו' ע"ש הרי דאפי' מגו דלהד"ם והפה שאסר וכו' לא אמרי' לפטור משבועה וכבר הסכים ה' דאפי' פרעו כמה פעמים בפני עדים בתו"ז אינו נאמן עכשיו ע"ש ועוד דבפ' הכותב אמרי' אמר רבא טעמא דפוגם שטרו צריך לישבע משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק וכ' התוס' דלא שייך מגו הואיל וטעמא משום דלא דייק דהוא סבור שדקדק ולא דקדק כמ"ש באשה שהלכה וכו' א"כ לאחר זמנו איכא מגו אלא משום דלא דייק לא שייך מגו וא"כ ה"נ בתו"ז לא שייך מגו אך התוספות שם כ' מיהו ק' לר"י דבר"פ כל הנשבעין גבי שכיר בזמנו נשבע ונוטל אמרי' ל"ש אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך ואמאי נאמן במגו והא טעמא דשכיר נשבע משום דבע"ה טרוד בפועליו וסבור שפרעו וכו' וכבר תי' התוס' בר"פ כל הנשבעין בד"ה מתוך וכו' דהכא דאין טוען שמא אלא ברי ואומר ודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו במשקר כיון דאית ליה מגו וכו' ע"ש וא"כ ה"נ בפוגם שטרו שטוען ברי שלא נפרע הכל ואומר ודאי שלא שכח ואית ליה מגו אין להחזיקו במשקר והריטב"א בחי' תי' דלאו מגו הוא דטפי חשיב מעיז כשכופר הכל מכופר במקצת כיון דמיפרע לא דייק ע"ש וגבי שכיר בעדים דאמרי' מתוך שיכול לומר לא שכרתיך נאמן לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך אע"ג דאיכא העזה משום דתקנת שכיר ובמגו כל דהו אוקמוה אדין תורה כמ"ש הרא"ש והריטב"א בחי' שם אבל בפוגם שטרו לענין שצריך שבועה במגו כל דהו לא פטרו משבו' ולדברי ה' בשמים ראש ניחא דה"נ בפוגם שטרו כיון שטוען ברי שייך מגו אלא דלאחר זמנו כיון שיכול להשביעו בטענ' השבע לי דלא פרעתיך ועוד נראה דנ"מ דאם תבעו לאחר זמנו וטען שפרע בתו"ז

והמלוה מודה שפרעו מקצת דלה"ט צריך המלוה לישבע אעפ"י שיש למלוה מגו שהיה אומר שלא פרעו כלל דהא ללוה נמי איכא מגו שהיה יכול לומר שפרעו אחר הזמן ועוד דלא אמרי' מגו מממון לממון כמ"ש המרדכי והנ"י בריש מציעא בשם ר"ת וכ' הר"ש בס' כריתות ושאר אחרונים והביאם הכנה"ג בכללי מגו אות קצ"ז ע"ש וה"נ אינו נאמן על החצי מגו שהיה תוב' הכל והא דאמרי' במודה במקצת הטענה ישב' וכו' כ' הר"ש דפעמים מצינו דאמרי' מגו מממון לממון כדאמ' מ"מ אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע פי' ונהמני' במגו דכופר הכל דהוי מממון לממון והטעם מפני שאינו תובע ממון רק להציל אותו ולפרוע כל תביעות חבירו ע"ש וא"כ הכא אכתי תובע הוי מגו מממון לממון מיהו אפשר דבעל השטר מיקרי מוחזק ואמרי' מגו מממון לממון להחזיק השטר דהא מגו להוציא לא אמרי' ואפ"ה בשטר אמרי' כמ"ש הרשב"א במיוחסות סי' ק' גבי שטר שנמצא בו גרר וכו' וז"ל לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמ' בההיא דשבו' הדייני' דסטראי נינהו ואע"ג דקי"ל דמגו לאפוקי לא אמרינן וטעמא דמילתא משום דשטר מוחזק הוא וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקומי ממונא הוא ונ"ל דזו היא סברת רמב"ח דפ' הכותב גבי הפוגמת כתובת' דקאמר שבו' דאורייתא דקא טעין מאתים וקא מודה ליה במאה וק"ל היכי אפשר דטעי רמב"ח דהא מתני' היא כל הנשבעין שבתורה נשבעי' ולא משלמי' וכדאקשי' לרבא ועוד דלישנא דקאמר דקא טעין במאתים וקא מודה ליה במנה ק' דאדרבה איהי דקטענה ותבעה מאתים ואיהו מודה לה במנה אלא טעמא דרמב"ח משום דמוחזקת הוא ובעל דאתי לאורועי שטרא חשבינן ליה כמוציא ותוב' ואיהי כמודה מקצת ממה שהוחזק וכאילו טען הוא ששטר וכו' עש"ב וכ"כ בתשו' ח"ב סי' רנ"ד הרי בהדיא דפוגם שטרו המלוה מיקרי מוחזק והוי כמודה במקצת ולכך נשב' כעין דאורייתא ואם כן שפיר אמרינן מגו מממון לממון כמו מודה במקצת:

ט"ו אלא א"כ טען הלוה ישבע לי כ' הסמ"ע דס"ל כיון דפוגם שטרו או דאיכא עד א' מהני אפילו בתו"ז לענין דאם אי"ל השבע לי צריך לישבע וכה"ג סובר הראב"ד בהשגות פי"ד מה' מלוה בנאבד השטר והוא בתו"ז דנשבע ונוטל ובעה"ת שער כ"ב תמה עליו דאם נדון כקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך בתו"ז בלא שטר יטול בלא שבו' ואם אין הזמן מועיל א"כ בשבוע' לא יטול ותי' הר' גד"ת בתוך הזמן אהני דגובה וריעותא דנאבד השטר אהני לחייבו שבו' עיין שם וה"נ א"ל כיון דפוגם שטרו או דאיכא ע"א אהני הך ריעותא לחייבו שבועה והרמב"ם דסובר שם דנשבע הלוה היסת ונפטר היינו משום דאיתרע השטר בנפילה וכ"ש באבד דרגלים לדבר שפרעו אפילו בתו"ז אבל פוגם שטרו

או ע"א לאו ריעותא גמורה לבטל כח השטר שבידו אלא דחשיב ריעות' קצת לחייבו שבו' אם טען השבע לי ומה שדחה הש"ך דכיון דקי"ל בתו"ז גובה אפילו מיתומי' א"כ כ"ש כאן ועוד דא"כ אמאי גובה מיתומי' נטעון להם דילמא אביהם היה טוען השבע לי דכל מה שאביהם יכול לטעון טועני' ליתומי' עיין שם ולא דק דאם לא פגם שטרו ואין ע"א מעיד שהוא פרוע כיון דחזקה שלא פרע גובה ממנו ומיורשיו בלא שבועה אבל אם פגם שטרו או שיש עד שהוא פרע אפילו בתו"ז איתרע חזקה לענין שאם א"ל השבע לי צריך לישבע וה"נ טוענים ליורשיו לענין שצריך המלוה לישבע דכל הנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה מה"ט דטוענ' להם מה שאביהם יכול לטעון השבע לי וכולי כמ"ש רש"י בפרק הכותב עיין שם וה"ד לגבי שבועה אבל לגבי ממון כיון שאביהם לא היה יכול לפטור עצמו גם יורשיו חייבים ועוד דאפשר דלא שכיח' שפרע בתו"ז ובסי' ק"ח סתם דאין טוענ' להם נאנסו דלא שכיחא וגם למ"ד דטוענ' להם נאנסו אפשר דס"ל דנאנסו שכיח כמ"ש הש"ך בסי' פ"ב בדיני מגו אות כ"ב עיין שם אבל מילתא דלא שכיחא סובר מרן דאין טוענים ליורשי' כמו שפסק בסי' ס"ה ס"ד דאם טענו היורשים על שטר שמוצאין ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות למלוה וכו' טענתו טענה אבל אנן לא טענ' להו משום דלא שכיחא ע"ש:

ט"ז אא"כ טען הלוה ישבע לי כתב הסמ"ע דס"ל כיון דפגם שטרו או שיש ע"א מהני אפי' בתו"ז לענין דאם א"ל השבע לי צריך לישבע ונר' דאם מת הלוה אין המלוה גובה מיורשיו אלא בשבו' דהנפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבו' משום דטוענ' להם מה שהיה טוען אביהם השבע לי כמ"ש בפרק הכותב ובפ"ק דגיטין עיין שם וכן כתב הב"י והסמ"ע בסי' ק"ח עיין שם וה"נ בתו"ז אם פגם שטרו או דאיכא ע"א כיון שהלוה יכול לטעון השבע לי טוענ' ליורשיו כן ולא יגבה המלוה מהם אלא בשבועה אבל יש להסתפק אם גובה מיתומים קטנים כמו דאינו גובה מהם בשטר דדוקא בתו"ז גובה אפילו מיתומים קטנים דחזקה אין אדם פורע בתו"ז אלימתא כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ב דחזקה עדיפא משטר דבחזקה גובה בלא שבו' ובשטר צריך לישבע ע"ש אבל כשפגם שטרו או שיש עד א' שהוא פרוע דדינו כשטר שצריך לישבע דאינו גובה מיתומים קטנים וראיתי בבעל העיטור בדיני חוב דס"ד ע"ב שכ' וז"ל למ"ד אין נזקקי' לנכסי יתומים משום פריעת ב"ח מצוה בגדולים עסיקי' ולמ"ד משום צררי ומשום שובר אפילו בקטני' דבגו זמיניה ליכא למיחש וכולי ומסתבר' דינא בגו זימניה כמאן דנקט שטרא דמי ואי א"ל אשתבע לי משתבע ליה וכו' עכ"ל הרי דגם בתו"ז דינו כשטר דאם א"ל השבע לי

צריך לישבע ואפ"ה גובה מיתומים קטנים דלא הוי כשטר ממש וה"נ א"ל לדידן בפוגם שטרו אע"פ שצריך לישבע גובה מיתומים קטנים

י"ז אא"כ טען הלוה השבע לי כ"ה בס"ה גבי עד אחד וכ' הסמ"ע וצ"ל דס"ל כיון דפוגם שטרו או יש ע"א מהני ליה אפי' בתו"ז לענין דאם א"ל השבע לי שצריך לישבע ע"ש ומ"ש הש"ך דאם כשטוען הלוה השבע לי צריך לישבע אמאי גובה מיתומים נטעון להם דילמא היה אביהם טוען השבע לי דכל מה שהיה אביהם יכול לטעון טוענ' ליתומי' ע"ש לק"מ שהרי רב האיי ס"ל דאם פגם שטרו או שיש ע"א שהוא פרוע צריך שבועה ואפשר דס"ל כמ"ש הטור כה"ג אפי' בתו"ז לא יפרע מיתומי' אלא בשבועה ועוד שהרי בעל העיטו' בדיני חוב דס"ד ע"ב כ' וז"ל ומסתברא דינא בגו זימניה כמאן דנקיט שטר' בידי' דמי ואי א"ל אשתב' ליה משתב' ליה ואיכא מ"ד שבועת היסת וכו' משמע דלסברא קמא נשבע בנק"ח אם א"ל השבע אי כמו בשטר וא"כ ק' אמאי יפרע מיתומי' בלא שבועה נטעון להם שמא היה אביהם טוען השבע לי דמה"ט אינו גובה בשטר מיתומי' אלא בשבועה כמ"ש רש"י בפ' הכותב ובפ' השולח ע"ש וה"נ בתו"ז כיון שהיה אביהם יכול לטעון השבע לי אמאי גובה מיתומי' בלא שבועה לכ"נ דס"ל משום דחזקה אין אדם פורע בתו"ז א"א דפרע היה מצוה לבניו בשעת מיתה וע"ש בפ"ק דבתרא ובהסמ"ע סי' ע"ח ס"ק י"ב ואע"ג דאביהם היה יכול להשביעו אין טוענ' ליורשים כן משו' דמוכחא מילתא דלא פרע מדלא צוה לבניו ואפשר דה"נ בפוגם שטרו אויש עד א' אע"ג דאיתרע חזקה לענין שאם טען הלוה השבע לי דצריך לישבע מ"מ לגבי היורשי' לא אתרע כיון דמוכחא מילתא דלא פרע מדלא צוה כן בשעת מיתה והתוס' בר"פ הכותב בד"ה מרענא וכו' כ' וז"ל פי' ר"ח וכולי היינו שצריך בעל השטר לישבע קודם שיגבה וכולי וא"ת למאי הילכתא אר"פ דמרענא ליה אי לשבועה כדפי' אפי' לא מהימן כבי תרי יתחייב שבועה הבא ליפרע כדתנן וכו' וי"ל דר"פ קאמר אפי' יהא קרוב וכו' והרא"ש דחה זה וכת' בשם ר"ח דנ"מ היכא שהיה נאמנות סתם וכו' וכ"כ תר"י בס' א"ז שם ולדעת הרמב"ם א"ל דנ"מ אם היה השטר בתו"ז דאפי' יש ע"א שהוא פרוע אין צריך שבועה ואם קי"ל בגויה לא יפרע אלא בשבועה וא"ל דהם ס"ל כרב האי דאפי' בתו"ז אם יש ע"א צריך לישבע אבל לד' מרן אפשר דס"ל כהרמב"ם דאין צריך לישבע אלא א"כ טען השבע לי אלא דדוחק לומר דמרענא שטרא דקאמ' לענין דב"ד משביעין אותו בלא טענת הלוה דבע"א דעלמא בתו"ז אין ב"ד משביעין אותו אלא א"כ טען השבע לי: י"ח דין ג' כתוב בו פירעון ביני שיטי וכו' אבל הרמ"ה בפ' ג"פ סי' י"ד כ' וז"ל ואי ק"ל בין לר"י בין לר' יוסי אמאי יחליף ואמאי יכתוב שובר ליכתביה ביני שיטי וכו' לא תק"ל לר"י ה"ט דיחליף כי היכי דלא

ליפגום שטריה ולר' יוסי ה"ט דיכתוב שובר כדי שיכוף לפורעו ע"כ מבואר דס"ל דאם כתב פירעון ביני שיטי היי כפוגם שטרו כמו בכותב שובר ונר' דה"נ אם כתב הפירעון ע"ג השטר הוי פוגם שטרו דאל"ה אכתי אמאי יחליף יכתוב הפירעון ע"ג השטר אבל לדעת הרא"ש דפירעון ביני שיטי לא חשיב פוגם שטרו משו' שבקל יכול לעשות וא"א דפרעו הכל היה כותב ה"נ פירעון ע"ג השטר דלא חשיב פוגם שטרו מה"ט וכ"כ הב"ח והביאו הכנה"ג בלא חולק וכ"כ מהריק"ש בהגהותיו וה' משפט צדק ח"ג סי' ל"ה וה' דבר משה ח"ב סי' צ"ה ע"ש אבל המבי"ט ח"ב סי' קמ"ט כ' דנמצא פירעון כתוב ע"ג השטר הוי פוגם והביאו ה' כנה"ג בסי' ק"ח אות צ' ע"ש:

י"ט דין ד' אמנה היתה בינינו וכו' הא לא"ה איתרע שטרא ונ"מ לאומר לחבירו מנה לי בידך והלוה אומר אין לך בידי כלום וזה מוציא עליו שטר ש מאתים ואינו טוען אמנה ביני לבינו אתרע שטרא ולא מגבי ביה כן דעת הרי"ף ותלמידי הרשב"א בפ' הכותב עיין שם.

כ'

אלא א"כ יאמר הלוה השבע לי כ"כ הטור דאם אמר הלוה השבע לי דלא פרעתיך צריך לישבע מדברי הראב"ד בהשגות פי"ד מה' מלוה שכ' ויש דמות ראיה לזה כי הפוגמת כתובת' נשבעת והפוחתת נוטלת בלא שבועה לפי שהשטר מצוי יותר בפירעון ע"כ משמע דאפי' טען השבע לי א"ץ לישבע כמ"ש הרמב"ם ורבותיו על שאר טענות דא"ץ לישבע אבל בעל העיטור בדיני חוב דס"ג כ' וז"ל ופוחתת כתובת' ופוחת את שטרו גובה בלא שבועה ואי אמר אשתבעי לי משתבע ליה כאומר אמנה היה ביני לבינו ונאמן במגו בהיסת ע"כ ונר' דלא שבועת היסת אלא שבועה כעין דאוריית' כדין שטר בעלמא וכ' הפרישה וז"ל ליהוי המלוה כמשיב אבידה דאלו רצה היה תובעו אלף ומשיב אבידה פטור משו' דלא אמרינן משיב אבידה אלא בנתבע אבל לא בתובע ע"ש וליתא דבפ' הכותב אמרי' פוגמת שלא בעדים אימא תיהוי כמשיב אבידה ותשקול בלא שבועה קמ"ל משמע דגם בתובע הוי כמשיב אבידה ונוטל בלא שבועה אלא אשמעי' דצריך לישבע משום דמיפרע לא דייק ע"ש בתוס' ועיין בס' גד"ת דק"ט:

כ"א דין ה' עד א' מעיד שהוא פרוע וכו' נראה פשוט דדוקא עד כשר ולא עד קרוב או פסול וכן מבואר בדברי המ"מ פכ"ד מה' אישות דין י"ז ע"ש וכ"כ ה' החינוך סי' תקכ"ו שאין מחייבו שבועה אלא בעדות עד כשר ע"ש והתוס' בכתובות דפ"ה בד"ה מרענא וכו' פר"ח היינו שצריך בעל השטר לישבע קודם שגבה וכו' וא"ת למאי הילכתא אפי' לא מהימן כבי תרי יתחייב שבועה הבא ליפרע וכו' וי"ל דר"פ קאמר אפילו קרוב שאינו

בר עדות וכו' וכ"כ הרא"ש והריטב"א ותלמידי ר"י שם מבואר דעד אחד שהוא פרוע דלה יפר' אלא בשבו' ה"ד בעד כשר ולא קרוב וכן בשבועה דאוריית' להכחיש עד אחד ה"ד עד כשר כמ"ש בסימן פ"ז עי"ש אבל ל' הלכות גדולות סוף הלכ' עדות דקט"ו אלא מרענא וכו' מפיק ראובן על שמעון שטרא דחתימי עליה תרי סהדי מעליא ואמר חד סהדא פרוע הוא לא משגחי' ביה ודאי כגון רשב"י דמהימן טובא אמרינן להאי דנקיט אשתבע והד' שקיל בהאי שטרא עכ"ל משמע אפילו עד כשר דמעליא אין צריך לישב' והרא"ש כתב בשם ר"ח דנ"מ אם היה בשטר נאמנות סתם דמועיל נאמנות סתם שעה אחת אינו יכול להשבי' ובכה"ג קאמר וכו' וכן הסכימו תלמידי ר"י שם ולדברי הרמב"ם דבתוך זמן אין עד אחד מחייבו שבועה אפשר דמייתי בתוך זמן דעד אחד במלוה אינו מחייבו שבו' אבל הנאמן חשיב כשני עדים לענין שצריך לישבע אפילו בתוך זמן ושאר פוסקים שלא תי' כן אפשר דס"ל כדעת רבי' האיי דאפילו בתוך זמן עד אחד מחייבו שבו' אבל אינו מוכרח דכיון שבא לתבוע בשטר נראה דהוי לאחר זמנו אבל נאמנות סתם שכיח והמ"מ פי"ב מהל' מלוה כ' שלא היו רגילים בשטרי אומנות בב' עדי' אבל נאמנות סתם ודאי שכיח:

כ"ב כתב הר"ן בפרק האשה שנתארמלה בד"ה והא דתנאי וכו' וז"ל והרמב"ן הכריע כדברי האחרונים מדאמרינן עד אומר תנאי וכו' לא יהא תנאי אלא באומר פרוע הוא דהא מלתא אחריתי בודאי א"א למי' בעד אחד שהוא נאמן לומר בשטר מקויים פרוע הוא ולא מיבעיא בהכחשה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא אלא אפילו דליכא דמכחיש ליה לא מהימן דא"כ מצינו עד א' קם בממו' והתורה אמרה אינו קם אלא לשבו' וכו' עכ"ל דעד א' אינו נאמן לומר בשטר מקויים שהוא פרוע ליפט' הלוה אלא דהמלוה נשבע ונוטל כדתנן בפ' הכו' ואמרינן בגמרא סבר רמב"ח למי' דשבו' דאורייתא היא וא"ל רבא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וזו נשב' ונוטל' ועוד דאין נשבעים על כפירת שעבוד קרקעות אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל הבית ע"ש והתימא על הרדב"ז בתשו' ח"א סימן ר' שכ' פוגם שטרו או עד א' מעיד שהוא פרוע נשבעין שבועת היורשים ונוטלים אפי' מיתמי לוה אלא דק"ל דבשלמא פוגם שטרו הוי דרבנן אלא עד א' מעיד שהוא פרוע הוי מחוייב שבועה דאורייתא ואין היורשים יכולים לישב' ואמאי נוטלין אפילו מלוה וכל שכן מיורשי לוה וי"ל שהתורה חייבה שבו' להכחיש העד היכא דאפשר עש"ב דאשתמטיה סוגיא דהכותב דרמב"ח סבר דפוגם שטרו ועד אחד מעיד שהוא פרוע חייב שבועה דאורייתא ורבא מסיק בתרוייהו דאינו חייב אלא שבועה דרבנן וכבר כתב הרשב"א במיוחסות סימן ק' ובתשובו' ח"ב סימן רנ"ד דרמב"ח

נמי לא טעי בהא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אלא דשבו' כעין דאורייתא קאמר שהחמירו בה כשבו' דאורייתא וכן כתב הריטב"א בפ' הכותב עש"ב ואם כן אפילו מחל לו השעבו' דליכא שעבוד קרקעות אין צריך לישבע מדאורייתא מהאי טעמ' דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין:

כ"ג אם עד א' שהוא אמנה וכו' אם צריך המלוה צריך המלוה לישבע ומהרימ"ט סימן קכ"ג כתב בפוגם לישבע או לא כמו שאם טען הלוה כן אין שטרו וטען על השאר רבית וז"ל ואין לפקפק דלא אמרו הגאונים אלא היכא דליכא פנימה דאין שם שבועה אלא אם כן טען הלוה בברי וגם לא הוי שבו' חמורה כעין של תורה אבל בפוגם דאף על גב דהוא לא טעין אנן טעני' ליה וגם משתבע שבו' חמורה כעין של תורה לא יפטר בכך דאדרבה הכא לא שייך שבו' בפוגם כלל וכו' ע"ש ולא דק דאפילו לא פגם שטרו אלא שטוען השב' לי צרי' לישבע שבו' חמורה כעין של תורה וכמבואר בסי' פ"ב ע"ש בב"י אלא דא"ל דוקא כשאין שם שבו' אלא אם כן טען השבע לו אבל הכא שצריך לישבע בלא טענה לא פטר בכך ודוקא בפוגם שטרו דלא שייך לטענת אמנה ורבית פטור משבוע' אבל אם ע"א מעיד ששטר אמנה או רבית נראה שצריך לישבע וכ"כ הרמב"ם בפי"ז מהל' אישות דין י"ז מי שראה אשתו שזינתה וכו' ואם הודית לו שזנתה תצא בלא כתובה לפיכך משביעה בנקיטת חפץ שלא זינתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו וכו' וכ' המ"מ לא נתברר טעמו ובודאי אם יש עד אחד מן הדין שנשבע להכחיש את העד אבל אם אין שם עד כשר אף על פי שהבעל אומר שראה למה תשבע וכו' ופירש הרב מש"ל כוונתו דאם טען ודאי שראה שזינתה אינו בדין שתשבע משום דאין המלוה נשב' אלא על טענת פירעון שהשטר עומד לפירעון אבל על שאר טענות כגון אמנה ורבית אין צריך לישב' ונוטל בלא שבו' ובודאי זינתה אין השט' עומד לכך ולמה תשבע אבל אם עד אחד ג"כ ראה שזינתה צריכה לישב' ע"ש משמע בהדיא דעד אחד מחייבו שבו' אף על טענת אמנה ורבית ונראה משום דאם באו עדים אחרים ששטר אמנה נאמנים דאף על גב דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אפילו אין כתב ידם יוציא ממקו' אחר אין נאמנים דהיינו משום דעולה ואין אדם משים עצמו רשע אבל עדים אחרים נאמנים שהרי אפילו עדים עצמם אם אמרו שבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה ואחר כך נתברר נאמנים דהוי כעדות אחרת שפרעו או מחלו כמבוא' בסימן מ"ו עיי"ש ואם כן עדים אחרים נאמנים ולא הוו כב' כתי עדים דאפשר שעדי השטר לא ידעו שהיה אמנ' וכן כתב רבי' ירוחם במישרים נתיב ב' ח"ב וז"ל עדים החתומים בשטר ואמרו אמנה היו דברינו אין נאמני' אפי' אין כ' ידם יוציא ממקו' אחר וכו' אבל אמרו שנים אחרי' בפנינו שהיה

אמנה נאמנים דאולי לא רצו לומ' כן לעדי השטר כדי שיכתבו לו שטרו וכו' ע"ש הרי אף על גב דעדי השטר אין נאמנים אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר משום דעולה ואין אדם משים עצמו רשע מכל מקו' עדים אחרים נאמנים משום דאמרינן עדי השטר לא ידעו שהיה אמנה וכיון שאין העדים מכחישים נאמנים אפילו כשכתב עדי השטר יוצא ממקום אחר וכן כתב ר' ירוחם שם דנאמנים עדים אחרים לומר תנאי היה אפילו כתב עדי השטר יוצא ממקום אחר ונר' כיון דעולה הוא אמרי' דלא רצו לומר כן לעדי השטר כדי שיכתבו לו שטרו אבל גבי תנאי לא שייך האי טעמא דיאמר לעדי השטר אלא דבלאו הכי כיון דגם עדי השטר נאמנים אם און כת"י יוצא ממקום אחר עדים אחרים נאמנים לעולם כיון דליכ' הכחשה וכן מבואר בתשו' הרשב"א הביאה מרן הב"י סי' כ"ט דעדים אחרים נאמנים מהאי טעמא לפי שאין אלו העדים מכחישים עידי השטר אלא ברור בעיקר הוא ועי' בתשו' הרשב"א סימן רכ"ט שכתב דעדים אחרי' שאמרו תנאי היה בו נאמנים דלא מרעי' לשטרא ולא לסהדי שאפ' שתנאי היה ביניהם קודם הקנין שלא בפני עדי השטר והסכימו ביניהם לעשות שטר המכירה סתם דכל כה"ג אלו ואלו כשרים ולא מכחשי אהדדי ולא מחזקי' סהדי בשקרי וכה"ג כ' בתשו' ח"א סי' אלף רמ"ו וז"ל ומ"ש אם אין התנאי בתוך השטר וכו' תשובה אע"פ שכ"י יוצא ממ"א אלו היו כאן עדים אחרים שהעידו שהבעל כתבו על תנאי האשה אסורה לעלמא משום דהו"ל תרי ותרי וכו' ומ"מ מסתברא שאם העדים אחרים מעידים שנתנו לה בתנאי אלו ודאי נאמנים שהרי אין עדים אלו מכחישים וכו' שאלו החתומי' מעידים שנכתב ונחתם בלא תנאי ואלו מעידים שבשעה שנתנו לה בפניהם נתנו לה בתנאי וכו' ע"ש הרי דעדים אחרים נאמנים דאין מכחישים עידי השטר וה"נ עדים אחרים שאמרו אמנה היה ביניהם נאמנים דאין מכחישים עידי השטר דאפשר שהיה ביניהם שלא בפני עידי השטר ועיין בס' א"ז לכתובות בפ' האשה שנתארמלה גבי שנים חתומים על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואמרו ידענו שכת"י הוא זה אבל אנוסים היו וכו' שכ' הרא"ה ה"ה נמי שאין נאמנים לומ' כת"י הוא זה אבל מודעא הוא או אמנה היו דבריהם ע"ש ונר' פשוט דה"ד כשהעידו על עדי השטר אמנה היו דבריהם דהו"ל תרי ותרי אבל אם אמרו היה ביניהם שאין מכחישי' עידי השט' נאמנים לעולם כמו שחי' הרשב"א וא"כ ה"נ ע"א שהעיד אמנה היה ביניהם מחייבו שבועה כמ"ש אבל ראיתי להרא"ש בפ' שבועת הדיינים סי' י"ט שכ' וי"ל וק' לר"ת דהא אמרי' בפ' הכותב כגון אבא מרי ברי דקי"ל בגווה מרענא שטרא אפומיה ואי ריעותא דשטרא בכל דוכתא הוי להטיל שבועה מאי רבותיה וכו' כל עד שהיה מעיד שהיה פרו' היה מזקיקו לישבע ותי' ר"ת דהתם מיירי באומר שטר אמנה ושטר פסים

הוא דאפי' תרי סהדי לא מהימני בהכי כדאיתא בפ' האשה שנתארמלה וכו' ע"ש הרי שכ' דעד א' אינו מזקיקו לישב' על טענת אמנה או רבית דאפי' שנים שאמרו אמנה אין נאמנים ואפשר דס"ל כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה' עדות דע"א אין מחייבו שבועה אלא בעדות כשר הראוי להצטרף עם אחר ויתחייב הנתבע ממון על פיו וכבר כתבתי בסי' פ"ב הטעם שכ' הסמ"ג לאוין ריי"ג משום דאמרי' כל מקום שהשנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבו' ובעדים פסולים דאין ב' מחייבין אותו ממון אין ע"א מחויבו שבו' וה"נ באומ' שטר אמנה כיון דב' עדים אין נאמנים אין ע"א מחייבו שבוע'

ושוב ראיתי בירושלמי בפרק הכותב ר' ירמיה בעא כמו בע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבו' דכוותה עד אחד מעידה שהיא פחותה לא תפרע אלא בשבו' אר"י בשעה שעד אחד מעיד שהיא פחותה דעד א' מכחיש השנים ואין עד אחד מכחיש השנים וה' קרבן העדה הק' דהא קי"ל עדים שאמרו שבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה ואח"כ נתברר להם שהיה אמנה נאמנים א"כ כ"ש כשאחר אומר שהיה אמנה דנאמן לכ"ע ואם נאמר דאם כת"י יוצא ממקום אחר אפילו שבשעה שחתמו לא ידעו שהיה אמנה אין נאמנים כנר' מל' הטור ומרן בסי' מ"ו אפש' דהכא מיירי בכת"י עדי השטר יוצא ממקום אחר דאין נאמנים ועד א' נמי הוי כמכחיש עדי השטר ע"ש הרי דע"א מעיד שהיא פחותה דהיינו אמנה א"ץ לישבע משום דהוי כמכחיש הב' עדים שבשטר משא"כ בפירעון דאין העד מכחיש את השטר דשטר עומד לפירעון ואפילו שהעידו ב' שטר אמנה נראה דהו"ל תרי ותרי המכחישים זא"ז כדקי"ל בסי' מ"ו סל"ז דאם באו שנים והעידו דעדי השטר קטנים היו או אנוסים אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים ואין קורעי' השטר דאם תפס המלוה אין מוציאין מידו עיין שם ונראה דה"ה אם אמרו שטר אמנה דאפילו העדים עצמם החתומי' בשטר אין נאמני' לומר אמנה או שפסולי' בעבירה והתוס' בכתובות ד' ך' בד"ה אלא וכולי כ' וז"ל וא"ת ולר"נ אמאי לא מגבי' בשטרא הא סבר ר"נ כרב הונא דשני כתי עדים המכחישים זה את זה דכל א' באה בפני עצמה ומעידה וכולי ה"נ כיון דאין מכחישי' אותם לומר שלא לוה כלום אלא אומרי' אינכם נאמנים בדבר זה דפסולים הייתם ליתכשרו ואמאי לא מגבי' בשטר וי"ל דהתם באה כל א' בפ"ע ומעידה משום דמוקמי' כל א' בחזקת כשרות אבל הכא שאמרו קטנים היו או קרובי' משנולדו עד עתה שנתרחקו ל"ל אוקמי' אחזקתי' דפסלי' אותן משנולדו ואנוסים היו נמי מחמת נפשות לא שייך לאוקמי אחזקתי' דהא לא פסלי' להו כלל וכולי עכ"ל הרי דס"ל דדוקא אמרו אנוסים הם מחמת נפשות או קטנים או קרובים משנולדו הו"ל תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מריה אבל אם אמרו אנוסים היו מחמת

ממון או פסולים בעבירה למאי דקי"ל ב' כתי עדים המכחישי' זא"ז כל א' באה בפ"ע ומעידה כמבואר בסו' ל"א עיין שם ה"נ אמרו אנוסים הם מחמת ממון או פסולי' בעבירה אין נאמני' דמוקמי' להו אחזקתייהו וגובי' בשטר ונר' דה"ה אם אמרו שטר אמנה דעדים חתמו אעולה והוו רשעים דאינם נאמנים ועיין סי' ל"א שכ' דהרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א ס"ל דאם אמרו אנוסים היו מחמת ממון נאמנים אבל אמנה היו דבריהם הוו תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מריה כמ"ש הרא"ה בס' א"ז וכבר הסכים הש"ך בסי' מ"ו ס"ק קי"ד והר' כנה"ג שם הגה"ט אות פ' דאפילו כת"י עדי השטר יוצא ממקום אחר נאמנים לומר שלא ידעו עד אחר שחתמו דהרי הם כמעידים על השטר שהוא פרוע או מחול וכמ"ש הריטב"א הביאו בב"ה שם ומהר"ם אלשקר בתשו' עש"ב ומרן הב"י הביא דברי הריטב"א וסיים וכן כתב ר' ירוחם עיין שם וז"ל ר' ירוחם עדים החתומים על השטר ואמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים אפי' אין כת"י יוצא ממ"א וכולי אבל אם אמרו שלא ידעו בשעה שחתמו ושוב נתברר להם שהיה שטר אמנה נאמנים מודעה היו דברינו נאמני' וכולי וכתבו התוס' דאפילו במודע' דוקא כשאין כת"י יוצא ממ"א אבל כת"י יוצא ממקום אחר לא מהימני אבל אמרו שנים בפנינו שהיה אמנה נאמנים דאולי לא רצו לומר כן לעדי השטר כדי שיכתבו לו שטרו וכן אם אמרו ב' אחרים בפנינו מסר מודע' וכ"כ הגאונים עכ"ל משמע בהדיא דעדים אחרים שאמרו שהיה אמנה אפילו כת"י עדי השטר יוצא ממ"א נאמנים דומיא דעדים אחרים שאמרו מודע' היו דנאמנים אפילו כת"י עדי השטר יוצא ממ"א דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר אפילו עדי השטר נאמני' וה"נ באמנה אפי' כת"י יוצא ממ"א נאמנים:

ומ"מ עד א' שאמר שטר אמנה אינו מחייבו שבועה דאין דבריו של א' במקום שנים וגדולה מזו כ' הב"ח בסי' פ"ב גבי תנאי היו דברינו נאמנים דוקא ב' עדים אבל ע"א לאו כלום הוא דכיון דעדי השטר חתמו בסתם דחשיב כאילו העידו שלא היה תנאי ואין דבריו של א' במקום שנים כלום מיהו ודאי אין עדי השטר חשיב כאילו העידו כן בפי' דא"כ אפילו יש שני עדים שהיה תנאי הו"ל תרי ותרי ואין הלוה נפטר בלא שבו' ומדהלוה נפטר בלא שבועה אלמא עדי השטר לא חשיבי לגמרי כאילו העידו שלא היה תנאי עכ"ל הרי דאפילו בתנאי ושני עדים נאמנים ולא הוו כתרי ותרי עד א' לא חשיב כלום דאין דבריו של א' במקום שנים ק"ו בטענת אמנה דחשבי' לעדי השטר כאילו העידו שלא היה אמנה והו"ל תרי ותרי דודאי דעד אחד אינו כלום: כ"ד מלוה על המשכון יש להסתפק אם צריך המלוה לישבע דשבועה זו דרבנן דוקא בשטר אבל כשיש משכון א"צ לישב' שהרי הר"ן בפ' כל הנשבעין הק' על הגאונים דמלוה על המשכון דצריך

לישבע מדין אומן שהטלית בידו דנאמן בלא שבועה ותי' וז"ל ואפשר עוד לומר דאפילו אומן בא לגבות אין צריך לישב' דהא וכולי כדי להפיס דעתו של בע"ה אלמא אי לא"ה היה נוטל בלא שבועה ודוקא הוא בפועל הוא שצריך להפיס דעתו של בעל הבית שבא ליטול ואינו תופס כלום אבל אומן כיון שהטלית בידו וכולי אע"פ שאם בא לגבות נוטל בלא שבו' אין לחוש משום פיוס בע"ה שכבר הוא מפוייס ועומד כשמחזיר לו טליתו וכולי עיין שם וה"נ ע"א מעיד שהוא פרוע דשבו' דרבנן היא כדי להפיס דעתו של בעל ואפשר דאם תופס במשכון נוטל בלא שבו' דכבר מפויים ועומד כשמחזיר לו משכונו גם שהרשב"א בחי' שם כתב וזה לשונו ועוד י"מ מדגרסי' בירושלמי גבי שכיר אם יש משכון בידו נוטל בלא שבו':

וגם בזה י"ל שאני שכיר דכיון דתקנו לו רבנן דאפילו בלא משכון נשבע ונוטל משא"כ בעלמא הילכך כל שהמשכון בידו אסקי' דרגא דבעלמא אינו נוטל אלא בשבו' והשכיר נוטל בלא שבו' וכולי עיין שם והכא נמי כיון דבלא משכון היה נוטל בשטר שבידו בשבוע' כשיש משכון בידו אסקי' דרגא ונוטל בלא שבו' וכה"ג כ' בשו"ת בשמים ראש סי' ן' דפוגם שטרו בתו"ז דא"צ לישב' משום שיש לו מגו ודוקא לאחר זמנו דליכא מגו צריך לישבע ואף להרמב"ם ורבו דלא אמרינן מגו לפטור משבו' איכא למימ' דלא חייבה המשנה שבועה אלא במקום דליכא מגו אבל במקום דאיכא מגו לא עיין שם ואם כן כל הנשבעי' ונוטלים אם תפסו בלא עדים דאיכא מגו דנאמנים בלא שבועה דלא חייבה המשנה אלא במקום דליכא מגו אבל במקום דאיכא מגו לא דהא פוגם שטרו בתוך זמן אמרינן מגו אפילו להוציא וכ"ש אם הוא מוחזק במשכון דאיכא מגו ולדברי הרשב"א שכיר שיש בידו משכון נוטל בלא שבו' מה"ט כיון דבלא"ה היה נוטל בשבו' אפשר דה"נ פוגם שטרו בתו"ז נוטל בלא שבו' מה"ט כיון דלאח' זמנו נמי היה נוטל בשבו' אהני' חזקה בתו"ז ליטול בלא שבו' אבל אם הוא מוחזק במשכון ודאי דלא גרע משכיר שהרי כ' הר"ן בר"פ כל הנשבעי' ז"ל ומק' הכא טפי נינהו דהא איכא פוגמ' כתובתה וע"א מעידה שהיא פרועה וכולי וי"ל כי חשיב הני דמדינא לא הו"ל למישקל כלל אלא שחכמי' תקנו שיהיו נוטלי' בשבו' וכולי וכ"כ הרמב"ן והריטב"א שם והתוס' בכתובות בפרק האשה שנפלו ובפ' הכותב עיין שם וא"כ ק"ו אם השכיר דמדינא לא היה נוטל כלל אלא שחכמים תקנו שיהיה נוטל בשבו' אם יש משכון נוטל בלא שבוע' כ"ש פוגם שטרו ועד א' מעיד שהוא פרוע וכולי דמדינא היו נוטלין בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליהם לישבע דאם יש להם משכון דאיכא מגו נוטלי' בלא שבו' וכן ראיתי להש"ך בסי' פ"ט שכ' דשכיר משום דטענתו טובה דלכ"ע היה נשבע ונוטל מ"ה

כשיש לו משכון פטור משבו' וה"ה דכל הנשבעין ונוטלין כשהם מוחזקים ואיכא מגו נוטלין בלא שבועה עיין שם באורך ולפ"ז מ"ש הרי"ף והרא"ש בפרק הכותב גבי אי פקח וכולי דנ"מ אם קדמה ותפסה כתובתה בלא שבו' ולא רצתה לישבע דבדרבנן לא מפקי' מינה ובדאורייתא מפקי' מינה ע"ש דצ"ל דמיירי דתפסה בעדים דליכא מגו דאם תפסה בלא עדים נאמנת במגו דלהד"מ אין צריך לישבע בנק"ח אבל החשוד שכנגדו נשבע ונוטל אם היה לו משכון נראה דתלוי במחלוקת שדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן החשוד מדאורייתא פטור אלא שהחכמים הקילו על שכנגדו לישבע וליטול אבל איכא מ"ד דחשוד נמי מדאוריי' שכנגדו נוטל בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליו שלא יבול אלא בשבו' וה' דברי אמת בקו' ה' האריך במחלוקת זו עש"ב וא"כ למ"ד דמן הדין היה נוטל בלא שבועה אלא שהחמירו עליו לישבע אפשר דאם יש לו משכון שיש לו מגו לא החמירו ונוטל בלא שבו' אבל למ"ד דמדאוריי' היה חשוד פטור אלא שחכמים הקילו ליטול בשבו' אפי' יש לו משכון שיש לו מגו צריך לישבע ועיין במהרימ"ט סי' פ"ד שכ' כיון שאם היו ב' מעידים כן היו מחייבי' אותו להחזיר המשכון כל ששנים מחייבי' אותו ממון עד א' מחייבו שבו' דאורייתא עיין שם ונראה דמלוה על המשכון בלא שטר ועד א' מעיד שהוא פריע אם המלוה שותק והלוה תובע לפדות משכונו וא"כ העד בא להוציא מיד המלוה צריך לישבע דאורייתא להכחיש העד ומה"ט כתב הר"ן והביאו הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק מ"ט דנאמן המלוה בכדי דמיו בשבועת היסת וא"ץ בנק"ח עיין שם בהש"ך א"כ המלוה שהמשכון בידו מיקרי מוחזק והעד בא להוציא מידו ודינו כלוה שמכחיש עד אחד שצריך לישבע שבועה דאורייתא ליפטר וכ"כ מהר"ש צרור סי' כ"ז שכן הדעת מכרעת דמי שיש בידו המשכון הוא המוחזק שהוא אינו תובע רק עומד ומחזיק במשכונו והלה בא להוציא ממנו ובסי' כ"ח הביא מהרש"ך שכ"כ עיין שם והכנה"ג בסי' פ"ז אות ס"ח הביאו עש"ב אבל אם המלוה רוצה עכשיו ליפרע מהמשכון נראה מדברי הרמב"ם והטור ומרן בסי' ע"ב דהלוה מוחזק בממון והמלוה בא להוציא ממנו ולכך נשבע בנק"ח ככל הנשבעין ונוטלין וכן כתב הראב"ד בס' תמים דעים סימן קצ"ה וז"ל ק"ל למה צריך שבועת המשנה וכולי ומשיב כי נשבע ונוטל הוא שהמשכון של בעל המשכון והוא נשבע ויטול מה שטוען עליו והרי הוא כתובע ולא נתב' הילכך מי שנשב' ונוטל דינו שיהא נשב' שבו' דרבנן כעין דאורייתא עכ"ל הרי שהמלוה תוב' ולא נתב' ואם כן העד בא להחזיק ביד הלוה ואין צריך לישב' אלא שבועת המשנה וכן מוכח מדברי בעה"ת שער מ"ט ח"ב בפ"י לירושלמי ושוב מצאתי להרשב"א ח"ב סימן שפ"ז שכ' וז"ל אם לוה פורע שני דינרים בפני העד ותוב' ממנו משכונו והעד מעידו

שהוא חייב להחזיר לו משכונו נמצא שאין המלוה מודה לדברי העד כיון שעל המשכון הם דנים הו"ל מלוה חייב שבו' ונשב' להכחיש את העד ואם המלוה תוב' הלואתו ללוה ועליו הם דנים אין בכאן עסק שבוע' עד א' דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אלא הרי זו נשב' שבועת המשנה כעין דאורייתא בנק"ח כתקנת חכמים כשאר נשבעין ונוטלין והו"ל כעד א' מעידו שהוא פרוע נפרעת בשבו' ובשבו' דרבנן כדרבא וכולי עד כאן לשונו והרשב"א בתשו' כ' על ראובן שלוה משמעון במשכון ולזמן אמר ראובן תן לי משכוני ואתן לך עשרה דינרים שהלויתני השיב שמעון עשרה דינרים הלויתיך ובא עד א' ואמר לא ידעתי בכמה משכנם אבל ידעתי שכו"כ משכונות משכן לו וכולי הדין עם ראובן הלוה דכל מקו' שב' מחייבי' אותו ממון עד א' מחייבו שבו' ואולי היו כאן שני עדים שראוהו ודאי היה לשמעון להחזיר לו המשכון בעשרה דינרים דעליו להביא ראיה על הסך שהרי אינו טוען בגוף המשכון כלום והו"ל כההיא דפ' המקבל יתומים אמרו אנחנו השבחנו וכולי עכ"ל הרי דאפילו הלוה תוב' לפדות משכונו חשיב המלוה מוציא ועליו להביא ראיה וכן כתב מהריק"ו שרן צ"ד ע"ש:

כ"ה עד א' מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה וכולי כ' הרמב"ם בפ' כ"ד מה' אישות דין י"ז מי שראה אשתו שזינתה או שאמר לו א' מקרוביו או א' מקרובותיה וכו' ואם הודית לו שזינתה תצא בלא כתובה לפיכך משביעה בנקיטת חפץ שלא זינתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואח"ך תגבה כתובתה אבל מדברי אחר אינו יכול להשביעה וכו' וכ' מרן בכ"מ ובב"י סימן קט"ו דדוקא אם ראה אותה בעצמו אבל אם לא ראה אותה בעצמו אפי' הוא ע"פ ע"א אינו יכול להשביעה והא דתנן בפ' הכותב עד א' מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה התם כשהבעל טוען ברי ע"ש וה' חלקת מחוקק תמה דאפי' שבועה דאוריית' דעת רוב הפוסקים דמשביעין ע"פ העד מכ"ש שבוע' המשנה ע"ש לק"מ שהרי כ' הר"ן בר"פ כל הנשבעין וז"ל ומק' הכא דהא נשבעין ונוטלי' טפי נינהו דהא איכא פוגמת כתובתה ועד א' מעידה שהיא פרועה וכו' ואמאי לא תנינהו הכא י"ל כי קא חשיב הני דמדינא לא הו"ל למישקל כלל אלא שחכמים תקנו שיהיו נוטלי' בשבוע' אבל הנהו דמדינא אית להו למישקל בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליהם לישבע וליטול לא קא חשיב וכו' וכ"כ הריטב"א בחי' שם ע"ש וא"כ אע"ג דטוען שמא עפ"י עד א' נשבע מדאורייתא מ"מ הכא דמדינא הי"ל ליטול בלא שבועה כיון שהשטר בידו לא החמירו עליו חכמים לישבע אלא כשטוענו הלה ברי וכה"ג כ' המ"מ והביאו מרן הב"י סי' צ"ב גבי חשוד דאותם שדינם ליטול בלא שבועה כגון פוגם שטרו וכו' לא החמירו עליהם לישבע אלא היכא דאפשר אבל חשוד שא"א לו

לישבע העמידו על דין תורה ונוטל בלא שבועה כיון שיש לו שטר ע"ש וה"נ א"ל דלא החמירו לישבע אלא בטענת ברי כדי להפיס דעתו של בעל כדאמרי' בפ' הכותב אבל כשטוען שמא אע"פ שע"א אומר שהוא פרוע לא שייך להפיס דעתו והשטר בחזקתו והגמ"י פי"א מה' שבועות כ' על רש"י דס"ל דשבועת עד א' בעי נק"ח נ"ל דיפה פי' רש"י ודבריו במאזני צדק דגבי ע"א מעיד שהוא פרוע אינו אלא להפיס דעתו של בעל משא"כ פוגמת כתובתה מיהו שכיר דנשבע ונוטל וחנוני ופועלים אע"ג דנשבעין להפיס נ"ל דבעי' נק"ח דאדרבה חידוש גדול הוא מאי דשקיל אפי' בשבועה אבל עד א' מעיד שהיא פרועה אין חידוש דשטר כתובה יוצא מתחת ידה ורגלים לדבר שהדין וכו' עש"ב הרי דעד א' מעיד שהיא פרועה קיל מפוגם שטרו משום דרגלים לדבר שלא נפרע ומה שצריך לישבע חידוש הוא ומקילים בשבועתו ואע"ג דקי"ל דאפי' בשבועה דעד א' בעי' נק"ח כמבואר בסי' פ"ז ע"ש מ"מ מסתבר דלא שייך להפיס דעתו אלא בטוען ברי ולא בטוען שמא:

גם הרב שפתי כהן ס"ק ז' כתב כיון דקיימא לן דבטענו ספק על פה העד צריך שבועה דכמו שנים מחייבים אותו ממון אף בשמא הוא הדין הכא ע"ש דאיברא שגם הרמב"ם ס"ל הכי דטוען שמא ע"פ העד חייב שבועה דאורייתא כמו שהוכיח מהראנ"ח ח"ב סימן ל"ג וה' דברי אמת בקו' דף ל"ג ממ"ש הרמב"ם פ"ז מה' טוען היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול לישבע וליטול שהרי אינו טוענו ודאי שאכלו וכו' ע"ש מיהו אפשר דה"ד בשבועה דאורייתא אבל גבי עד א' שמעיד שהוא פרוע דשבוע' המשנה היא ולא מדאוריית' כדמסיק רבא בפ' הכותב כדי להפיס דעתו א"ל לא תקנו שבועה זו אלא בטוען ברי אבל בטוען שמא ע"פ העד אינו נשבע ולפ"ז דהא דאמרינן בפ' הכותב אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא וכו' א"ל דנ"מ אם הבעל טוען שמא ע"פ העד בשבועת המשנה א"ץ לישבע ובשבועה דאוריית' צריך לישבע ועיין בהרי"ף שם שכ' נפקותא אחרת ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"מ סי' פ"ד כנראה דס"ל אפי' בטוען שמא ע"פ העד חייב שבו' דרבנן וכ"כ הש"ך שכן מוכח מדברי הרשב"א ע"ש אך ק' שהרי בחי' לקידושין דף כ"ז כ' דאין עד א' מחייבו שבועה בטענת שמא ע"ש וכ"כ המ"מ בפ"ג מהל' טוען בשמו ע"ש וכבר כתבתי דשבועה זו דרבנן כיון דחמורא היא ומן הדין היה נוטל בלא שבועה לא החמירו בטענת שמא ואי משו' דב' מחייבי' אותו ממון ע"א מחייבו שבו' ה"ה הכא כיון ששנים פוטרים אותו ומבטלים השטר ע"א נמי מחייב שבועה לבטל השטר הא ליתא דא"כ יחייבו שבועה דאורייתא ובפ' הכותב סבר רמב"ח למימר דשבועה דאורייתא ודחי רבא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא

משלמין והיא נשבעת ונוטלת ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות אלא אמר רבא מדרבנן כדי להפיס דעתו וכו' משמע דבלא טעמא דשעבוד קרקעות כגון שמחל השעבוד א"ק לישבע מדאורייתא משו' דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין וכו' ולא אמרי' כיון ששנים מבטלין השטר ע"א מחייבו שבועה מדכתי' ולקח בעליו ולא ישלם מי שעליו לשלם עליו לו השבועה כדיליף בר"פ כל הנשבעין והריטב"א בחי' שם כתב מסתברא דאסמכתא בעלמא הוא דשבועת השומרים בהדיא כתיב וכו' וכן מודה במקצת וכן עד א' כל מקום ששנים מחייבי' אותו ממון ע"א מחייבו שבועה וכו' ע"ש ולפי מ"ש בלא"ה קרא הוא דעד א' מעיד על השטר שהוא פרוע מחייב התובע שבועה דכל ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבועה וה"נ ששנים טוענין להפסיד התובע ולבטל השטר עד א' מחייבו שבו קמ"ל וע"ש בהר"ן אבל מדברי הר"ן בפ' הכותב בעובדא דאבימי שכ' וז"ל והיכי מ"ל שלא היו דברים מעולם דהא איתא לחמא שהוא כעד א' ומחייבי שבועה וכו' משמע בהדיא דעד א' מעיד שהוא פרוע מחייב שבו' המש' אפי' אין הלוה טוען ברי דאבימי לא ידע אם נתנם להם וכ"כ הריב"ש והרשב"א בא"ז והרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן ע"ב מחודש' כ"ב כ' וז"ל השואל כלי מחבירו ונאבד הכלי המשאיל אומר סלע היה שוה והשואל אומר איני יודע ועד אחד מעיד שאינו שוה אלא שקל וכולי אם רצה השואל משביעו שבו' המשנה כענין עד אחד מעידה שהיא פרוע' ואם רצה נותן לו סלע לפני עד זה ואחר כך מביאו לידי דאורייתא כההיא דפרק הכותב וזה לדברי הרי"ף שכתב דשבועת עד אחד באה אפילו במקום שאין טוען בריא אלא על פה עד א' אבל יש מהגדולים שחלקו עליו ומכל מקום אינו נוטל אלא בשבו' המשנה כענין עד א' מעיד שהיא פרועה עכ"ל ולכאורה נראה דסביר"ל דלא נחלקו הגדולים אלא דוקא בשבו' דאורייתא אבל בשבו' המשנה דעד אחד מעידה שהוא פרוע לכ"ע נשבע אפילו בטענ' ספק ומ"ש וזה לדעת הרי"ף היינו בנותן לו סלע ומביאו לידי שבו' דאורייתא שזה תלוי במחלוקת אבל בנשב' ונוטל לכ"ע אפילו בטענת שמא צריך לישבע שבו' המשנה וכן ראיתי להרב מש"ל פ"ה מה' שאלה ופקדון שכ"כ משום דשבו' המשנה מצויה שבאה על הספק כמו שבו' השותפין עיי"ש אבל אין נראה כן ובס"פ כל הנשבעין תנן אלו נשבעין שלא בטענה השותפין וכו' ומפרשי' טעמא דמשו' דמורו היתרא לעצמם ואם כן בעד אחד מעיד שהוא פרו' דלא שייך האי טעמא אמאי נשבע בטענת שמא והריטב"א בס"פ כל הנשבעין כתב וז"ל מדקתני אלו משמע דליכא אחרים דמשתבע בטענת שמא אלא אלו וכו' ומכאן מביאין קצת ראיה דשבו' עד אחד בטענת ברי ואינה ראיה דהכא לא קתני אלו אלא למעוטי שאר שבועות דרבנן אבל שבו' ע"א דאורייתא לא

ממעיט דהא כל ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבו' עכ"ל אם כן עד א' מעיד שהוא פרוע דשבועה דרבנן היא אינה אלא בטענת ברי מיהו למ"ד דשבועה דעד אחד אפילו בטענת שמא א"ל דשבו' דעד אחד בטענת שמא דכיון דעד אחד מעיד כן מקרי טענת בריא ואלו לא ממעט רק טענת שמא ממש וכה"ג כתב הרשב"א בתשובו' ח"ב סימן ס"ח דהא דאין נשבעין היסת על טענת שמא ה"ד בשמא גמור אבל שמא שאינו גמור וקרוב לודאי נשבעין עי"ש וה"נ הטוען ספק ע"פ עד אחד שמא קרוב לבריא הוא ולא ממעט אלא טענת שמא גמור דומיא דשותפין וכו' דנשבעין אפי' בשמא גמור ואם כן אפילו למ"ד דשבו' עד אחד בטענת בריא גמור אפשר דשבו' המשנה תקנו רבנן אפי' בטענת שמא קרוב לודאי כדאשכחן בשבו' היסת דנשבעין בטענת שמא קרוב לודאי ולא ממעט אלא שמא גמור (מכאן עד סוף הל' יש קצת גמגום מפני שנמצא הנייר קרוע קצת) וא"כ נראה דאפילו למ"ד דשבו' עד אחד אינה אלא בטענת ברי מודה דמשביעין אותו היסת דטוען ספק ע"פ ע"א לא גרע מרגלים לדבר דנשב' היסת דדוקא בשמא גמור אין משביעין וכן ראיתי למהר"י חנדיל שכתב דכ"ע נשב' היסת והביא ראיה מדברי המרדכי פרק שבועת הדיינין ומדברי תה"ד סימן ש"א ע"ש ומהריט"ץ סימן י"ז נסתפ' במודה בעד אחד שחייב לפלוני וכן כתוב בפנקס אי חשי' עד אחד כרגלים לדבר כמ"ש הרא"ש דדנין על הפנקס ואומדנא ועיין להרשב"א ח"א סימן ע"ז שכ' ע"א נאמן כשיש קצת רגלים לדבר כגון סוטה ואם כן פנקס ואומדנ' אפשר דמוציאין ממון וכן כתב הרדב"ז סימן ע' דעל ידי אומדנא וע"א מוציאין מן היורשים ואם כן לענין ודאי לא גרע מאומדנא דמשביעין אותו:

כ"ו עד אחד מעיד וכולי כתב הסמ"ע דה"ד כשאין כתוב בשטר נאמנות אפילו סתם דאם כן היה נאמן נגד עד אחד עיי"ש וכבר כתבתי בסימן ע"א דרוב הפוסקים סבירא להו דנאמנות סתם אינו מועיל נגד עד אחד וכל דאיכא פלוגתא לא מפקינן ממונא עד שישב' המלוה כמ"ש הרא"ש בתשו' בנאמנות לגבי לקוחות דכיון דאיכא פלוגתא לא מפקינן ממונא עד שישב' המלוה ע"ש וכן קיימא לן בפוגם:

כ"ז כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קע"ד על שטר חוב ליתומים בנאמנות וטען הלוה שפרע להם מזונות ופרנסה ופרע המס המוטל על הממון כת' וז"ל מיהו אם היתום כופר בו ואומר לא קבלתי ממך מאומה על יעקב להביא ראיה אפשר כי היתום לא רצה לאכו' את האסור לו והנה הוא מוחזק בשטר והרי הוא כטוען פרעתי מחצה והלה טוען לא נפרעתי כלום שעל הלוה הראיה וכל שכן כאן שטען שפרעו באיסור שעליו הראיה ואפילו טען אישתב' לי לא משגחינן ביה דהא הימניה ועל ענין המס כיון שאין

היתום מודה שפר' יעקב הלוה כלום למס משלו על יעקב זה הראיה ואם גבאי המס מעידין שמיד יעקב גבו המס כל השנים הללו על אותו הממון אלו טען היתו' משלי פרע ובשליחותי ואי נמי משלו פר' אבל אני חזרתי ופרעתי היה היתום נשב' היסת ונפטר שהרי יעקב טוען הלויתיך כך וכך שנתתי למס בשבילך והיתו' השיבו כן היה ופרעתיך אבל עכשיו שהיתום כופר בו הו"ל כמודה דלא חזר ופרעו דכל האומר לא לויתי כחומר לא פרעתי דמי וכו' ואם אין לו אלא גבאי אחד הוה ליה כעד אחד מעיד שהוא פרו' ונשב' היתום שבו' המשנה שהיא בנקיטת חפץ כעין שבועת התורה וגובה כל חובו עכ"ל ונראה דאף על גב דאם הלוה טען על השטר אמנ' או רבית אין צריך לישב' משום דאין השטר עומד לכך וכן דעת הרשב"א בתשוב' סימן של"ה עיי"ש ובב"י סימן פ"ד מכל מקום בנדון דידן שחייבו עצמם במזונו' ובפרנס' כמ"ש בשטר הרי השטר עומד לכך צריך לישב' אלא משו' הנאמנות אין צריך לישב' אבל אם יש עד אחד דצריך לישב' דנאמנות סתם לא מהני נגד עד אחד כמ"ש בסי' ע"א ע"א אבל מ"ש דאילו טען היתום משלי פר' יעקב המס בשליחותי או שחזרתי ופרעתי נשב' היסת ונפטר ק' כיון שבא לגבות בשטרו לא שייך שבו' היסת ליטול אלא בשבו' בנקיטת חפץ כדין המוציא שטר חוב על חבירו וא"ל פרעתיך וא"ל אמת פרעתני אבל מלוה על פה יש לי עליך ובשבילה קבלתי וזה השטר עדיין בחזקתו דאם אין בשטר נאמנות אינו נוטל אלא בשבו' בנקיטת חפץ אם טען השב' לי והכא נמי שבא ליטול והלה טען פרעתי המס עליך והמלוה משיבו כן היה ופרעתיך והיינו משום עדיין לא הגיע זמן פירעון השטר דאינו יכול לעכב כמבוא' בסימן פ"ה ע"ש אינו נוטל אלא בשבו' בנקיטת חפץ אם א"ל השב' לי אלא כיון שיש בו נאמנות אין צריך לישב' כלל כמבואר בסימן נ"ח ע"ש:

כ"ח כ' הטור במלוה ע"פ שטען שפרעו ועד א' מסייע הלוה פטו' ואין עליו אלא ח"ס ובעה"ת כ' אע"פ שהעד מסייעו צריך שבועת היסת ליפטר ול"נ דכמו דעד א' מחייבו שבועה ג"כ פוטר משבועה וכ' הפרישה דבעה"ת ס"ל דאין עד א' פוטר משבו' דאוריית' כדעת הרמ"ה אבל אין לומר דס"ל דדוקא משבועה דאורייתא פוטרו ולא משבועת היסת שתקנו חכמים אף במקום שאין חיוב שבועה דאוריית' וכו' וכ"כ מרן הב"י דבעה"ת ס"ל כהרמ"ה ע"ש ול' בעה"ת שער כ"א ח"ה ולדידן מסתברא לן שלא יפטר מהיסת אע"פ שהעד מסייעו דתקנת' דר"נ בכל דבר נתקנה דחזקה אין אדם תובע אלא ח"כ יש לו עדיפא וההיא דמציעא ל"ק דהא לא פטרו אלא משבועת המשנה וכו' עש"ב משמע דעד א' פוטר משבועה דאוריית' ומשבועת המשנה אבל לא משבועת היסת כמ"ש הגד"ת שם ומהרימ"ט:

כ"ט אבל אם הוא בתו"ז נפרע שלא בשבועה וכו' אם המלוה פגם שטרו ועד א' מעיד שהוא פרו' י"ל אפילו בתוך זמן צריך המלוה לישב' כיון דאיכ' תרתי לריעותא וכה"ג כתב הרב גד"ת בשער י"ד ח"ב שכת' דאף על גב דלא אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבניו במשכון שהוא מוחזק כיון שמת שמעון בחיי ראובן דחיי' ראובן שני שבועות א' שהיה חייב גם לשמעון בחייו ככל תובע על משכון שאינו נוטל אלא בשבו' והב' משו' שהבא ליפר' מנכסי יתומים עכשיו שמת שמעון מועלת החזקה ליורשים שלא נדון להם דין אין אדם מוריש שבו' לבניו הכא מכח שני שבועות אבל לפוטרם גם משבו' היורשים לא אלימא חזקה כ"כ עיי"ש והכא נמי פוגם שטרו וגם עד אחד מעיד שהוא פרוע א"ל דלא אלימא חזקה דבתוך זמן לפוטרו משבועה ועיין בספר קהלת יעקב דף ע"א שכתב שכן מסתבר ע"ש וכבר הרב תרומת הדשן סי' של"ד כתב כעין זה בעד אחד מסייע דפוטר משבועה וז"ל דא"ל וכו' דכלל זה של ר"ת אינו אלא היכא דליכ' אלא חיוב שבו' כגון שבו' שומרים או מודה במקצת וכו' אבל היכא דאיכא כבר חיוב שבו' בלא העדאת העד כגון שבו' שומרים או מודה במקצת ואיכא העדאת עד אחד בהדיא כה"ג לא מצי עד אחד פוטר וכולי מכל מקום נראה דאין לחלק משום דכי נמי העדאת העד ושבועה דרמיא עליה כבר מ"מ אין עליו שום חיוב ממון אלא חיוב שבועה ועד א' מכל חיוב שבועה וכו' והוכיח כן דתוספת שבועה אינה מועלת יותר עש"ב וה"נ כיון דחזקה פוטרת משבועה אין תוספת שבועה מועיל יותר ופוגם שטרו בתו"ז אפי' איכא נמי עד א' שהוא פרוע חזקה פוטרת משבועה ל' עד א' מעיד שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשב' אין יורשי' גובים וכולי עמ"ש בסי' ק"ח דין ה' ועיין בתשו' בעי חיי ח"ב סימן פ"ו: ל"א אין יורשיו גובי' אותו וכולי כ' הע"ש ול"ד למ"ש בסימן פ"ב שנשבעין שלא פקדנו וגובי' אף ע"פ שאביהם לא היה יכול לגבות בלא שבו' דהתם שבו' קילא היא דאם לא טען הלוה לא משבעי' ליה לכך לא רצו חכמים להפסי' ליתומים מחמת אותה שבוע' שאינה אלא תקנת חכמים אם יטעון וכן הדין בעד א' מעיד שהוא פרו' והוא בתו"ז וכולי אבל הכא שעבר זמנו ואיכא עד א' שיש כאן שבו' דאורייתא וכן בפוגם שטרו והוא לאחר זמנו שאפילו אם לא טען הלוה צריך לישבע גם היתומים מפסודי' עיין שם ומ"ש דעד א' יש כאן שבו' דאורייתא ליתא דבפ' הכותב סבר רמב"ח למימר דשבו' דאורייתא וא"ל רבא חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעי' ולא משלמין וזו נשבעת ונוטלת ועוד דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל עיין שם ועיין הרדב"ז ח"א סימן ר' שכ' דפוגם שטרו או עד אחד מעיד פרוע נשבעין היורשים ונוטלין אפילו מיתמי לוה אלא דק"ל בשלמא פוגם שטרו הוי דרבנן אבל עד א' דחייב

שבו' דאורייתא ואין היורשים יכולים לישב' אמאי נוטלין אפילו מהלוה וכ"ש מיורשי הלוה ונדחק שהתור' חייבה שבו' להכחיש העד דוקא היכא דאפשר עיין שם באורך ונראה דשבו' דעד אחד ודאי דלא חייבה התורה אלא ללוה ולא ליורשי' דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישב' משלם כמ"ש התוס' בפרק המוכר את הבית דף ע' ע"ב בד"ה גבי שטר כיס וז"ל וא"ל לר' אבא דאית ליה מתוך שאיל"מ אמאי פטרי' להו הא מחוייבים הם שבועה ואין יכולי' לישבע דלגבי יורשי' לא אמרי' מתוך שאיל"מ כדדרשי' בפרק כל הנשבעין שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים עיין שם וה"ה גבי עד אחד כמ"ש הרמ"ה שם סימן מ"ח וז"ל ושמעי' מינה נמי במאן דא"ל לחבריה מנה לי ביד אביך והלה אומר איני יודע ועד א' מעידו שיש לו ומת הלוה בתו"ז דאע"ג דאי הוה קיים הוא מחייב שבו' דאורייתא אפומא דחד סהדא כיון דמת לא אמרינן הו"ל בריה מחוייב שבו' ואיל"מ עיין שם וכן כ' בעה"ת שער ל"א ח"ג סימן ג' והטור בסימן ע"ה סי"ט בשם הר"י הברצלוני ע"ש א"כ גבי הלוה חייבי' שבו' דאוריית' והיכא דלא אפשר לישבע כגון שאינו יודע מתוך שאיל"מ אבל לגבי יורשי' לא אמרי' הכי מיהו עד א' מעיד על השטר שהוא פרוע אינו חייב שבו' דאורייתא רק שבוע' דרבנן כדי להפיס דעת הלוה כדמסיק רבה בפ' הכותב וכבר כ' הרשב"א במיוחסות סימן ק' ובתשו' ח"ב סימן רנ"ד דגם רמב"ח לא טעי בהא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אלא דשבועה כעין דאורייתא קאמר שהחמירו בה כעין שבו' דאורייתא וכ"כ הרשב"א והריטב"א בחי' בפרק הכותב עיין שם וא"כ בשבו' דרבנן לא אמרי' מתוך שאיל"מ כמ"ש התוס' בפ' כל הנשבעין בד"ה מתוך כיון דשבועת התובע לא הוי אלא מדרבנן לא מפסיד כשאינו יכול לישב' ולכך ביתומים מן היתומים ומת לוה בחיי מלוה או בפוגם שטרו דהוי שבו' דרבנן נשבעי' שבועת היורשי' ונוטלי' וכולי וכ"כ בעה"ת שער י"ט סח"א בשם הרמב"ן בעד א' שפרעו והלה טוען סטראי נינהו וכו' וז"ל בודאי זה הדין אינו דומה לנסכא דר' אבא וכולי ועד א' מעיד שהוא פרוע לא מחייב שבו' דאורייתא אלא שבוע' דתקנת' וקי"ל דשבו' דרבנן היכא דלא מצי לאשתבועי שקיל בלא שבו' דהא אפסיק' בגמ' הבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל וכולי עיין שם הרי דשבו' דרבנן לא אמרי' מתוך שאיל"מ וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ה עיין שם וכ"כ הטור בסי' ע"ה סי"ז בשם הרמ"ה וה"ה נמי בשבו' דעד א' וכולי ע"ש וא"כ נראה לכאורה דפוגם שטרו שנפרע מקצת והשאר איני יודע לא אמרינן מתוך שאיל"מ אלא נוטל בלא שבו דלא חייבו חכמים אלא אם אפשר לישבע אבל הרשב"א בתשו' ח"א סימן תתקע"ו ובמיוחסות סימן פ"ה כ' וז"ל ועוד כיון שהודה שקבל עליו מקצת כבר פגם שטרו ותנן הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבו' וכיון שאפי' אם טוען ברי

שלא קיבל לא היה נפרע אלא בשבו' עכשיו שאינו יודע שאינו יכול לישב' ואינו נוטל עכ"ל וכבר כ' הר' דברי אמת בקו' דף ל"ו ע"ב דהכא לכ"ע כיון שהוא מסופק בפירעון אינו גובה לא כן בחשוד דהוא טוען ברי באנו למחלוק' בסימן צ"ב עיין שם הרי דפוגם שטרו והשאר איני יודע שהוא מסופק בפירעון אינו גובה אבל לא אמרי' הכי דאפילו המלוה פגם שטרו והיורשי' אינם יודעים אם פרעו לא אמרינן מתוך שאיל"מ ואפילו בשבו' דאורייתא כגון המלוה על המשכון והמלוה מודה שנפרע מקצת והלוה הביא עד אחד שפרעו ובא ליטול משכונו דהמלוה חייב שבו' דאורייתא דכיון שאם היו שנים מחייבי' אותו להחזיר המשכון כל ששנים מחייבי' אותו ממון עד אחד מחייבו שבו' דאורייתא כמ"ש מהרימ"ט סי' פ"ד ע"ש אפ"ה יורשיו נשבעין שלא פקדנו וגובי' אפי' מיורשי הלוה דלגבי היורשי' לא אמרינן מתוך שאיל"מ:

סימן פה

א' דין א' ושמעון הוציא שטר שראובן מכר לו וכו' דוק' בשטר שיש עדים על המכירה הא לא"ה נאמן ראובן במגו דלהד"ם כמ"ש הש"ך ונראה דוקא שטר בב' עדים אבל אם היה שטר בעד א' אפי' ראובן מודה שמכר לו שדהו נאמן לומ' שעדיין חייב לו והאמינו במגו שהיה מכחיש את העד שמכר דמגו במקום עד א' אמרי' כמו שהוכחתי בסי' פ"ד בדיני מגו ע"ש ובעה"ת שער כ' דאפילו יש נאמנות בשטרו בטל דדמי' לדאמר סטראי נינהו דאיתרע שטרא כיון שפרעו בפני עדים ונאמנות שבו בטל ע"ש והתם אם פרעו בפני עד א' לא איתרע שטרא כמבואר בסי' נ"ח וה"נ אם היה שטר המכר בעד א' עד א' לא בטל השט"ח:

ב' ונאמן הלוה לומ' פרעתי וכו' ונשבע הלוה היסת ונפטר הבעה"ת של"ד ע"ש ואפשר דאזיל לטעמיה שכ' בשע' כ"א ח"ה סי' ב' דעד אחד מסייע אינו פוטר הלוה משבועת היסת דתקנתא דר"נ בכל דבר נתקנה דחזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עדיפא ליה וכולי אבל למאי דקיימ"ל דעד א' מסייע פוטר אף משבועת היסת א"כ כ"ש חזקה דעדיפא מעד א' דהא בחזקה זו איתרע שטרא ואילו בעד א' לא איתרע שטרא אלא שצריך לישבע וכיון דעד אחד פוטר משבועה כ"ש חזקה וכה"ג כת' מהריק"ו שרש צ"ד עיין שם ולכך לא הזכירו הטור ומרן שבועה משום דס"ל דעד א' פוטר משבועה כמ"ש הטור בססי' פ"ד ע"ש אבל אינו מוכרח דא"ל דעד א' פוטר משבוע' היסת משום דבלא"ה היה פטור מיהא משבועה אהני עד א' לפוטרו משבועה אבל דבלא החזקה היה גובה המלוה בשטרו אהני החזקה לבטל השטר דהו"ל כמלוה ע"פ וצריך הלוה לישבע היסת וכמ"ש

הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו גבי חזקה דאין אדם פורע בתו"ז ומסקנתו שם דלאחר הפירעון לכ"ע צריך לישבע היסת דומה לחזקת ג' שנים דכיון דשלא מיחה ג' שנים חזקה שמכר לו ואפ"ה צריך לישב' היסת עש"ב וא"כ אע"ג דאינו חייב לשלם מכח חזקה דאם היה חייב לו הוה לו לפרוע צריך לישבע היסת וכן ראיתי לה' פנים מאירות ח"ב סי' פ"ו שכ"כ עש"ב אבל ה' בית שמואל בא"ה סי' צ"ו ס"ק ח' כ' דמדברי הרי"ף ובעה"ת והרשב"א משמע דא"ץ לישבע אפי' אחר הפירעון שכתבו דלאו טענה היא וכ"נ עיקר דהא שבועת היסת תקנת' היא ובפלוגת' מוקמי' אדינא כמ"ש התוס' בשבועות דמ"א בד"ה מאן וכו' בשם ר"ת השתא דלא אתמר הילכתא כחד מהנך לישני לא משבעי' ליה מספק דהמע"ה וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב והטור בא"ה סי' צ"ז ע"ש ומ"ש הש"ך דגם הרי"ף בתשו' אפש' דלא אמר אלא דא"ץ לישבע על כתובה קודם הפירעון אבל לאחר הפירעון צריך לישבע ליתא דל' בעה"ת בשם הרי"ף סי' מ"ח ויחרים סתם מי שגבה ממנו כתובה זו כלום שלא כדין שיודה וכו' משמע בהדיא אחר הפירעון יחרים סתם מי שגבה שלא כדין אבל א"ץ לישבע וא"כ ק' על בעה"ת הכא שכ' שצריך הלוה לישבע היסת אלא עכ"ל דחזקה זו גרועה:

ג' ונאמן הלוה לומר פרעתי ושובר היה לי ואבד וכו' או החזרת לי את השטר ונפל ממני ומצאתו הרא"ש וכפירש"י הובא בספר א"ז לכתובות דאף על גב דקיימא לן דלנפילה לא חיישינן הכא כיון דאיכא טעמא דאלו אני חייב לך וכו' נאמן ועוד דנאמן במגו דשובר היה לי ואבד כמבואר בסימן ן' ע"ש:

ד' ואפי' שיש בו נאמנות וכו' כתב הסמ"ע דדומה זו שהוציא שטר שיש בו נאמנות וחבירו מביא עדים שנתן לה מעות בפניהם דאמרינן איתרע שטרא שיש בו נאמנות הכא נמי אנן סהדי שפרע לו כבר ואפילו האמינו כבי תרי נראה דלא מהני נגד חזקה זו וכו' ואף על גב דהתם אם יש בשטר נאמנות כשני עדים נאמן לומר סטראי נינהו משום דבלאו הכי נאמן להכחיש העדי' המעידים על הפירעון כמו שכ' הסמ"ע בסימן נ"ח סק"י ע"ש אבל הכא אפילו נאמנות כב' עדים לא מהני נגד חזקה זו דליכא מגו דאינו יכול להכחיש עדי השט' מכיר' דלא האמינו להכחיש עדים שהעידו על דבר אחר כמ"ש הש"ך ע"ש ונראה דהא דמיא להודה בפני עדים שפרעו דלא מהני נאמנות כנגד עדים אלא כשמעידים בפנינו פרעו אבל אם העידו בפנינו הודה שפרעו נאמנים שלא פסלם אלא לפירעון כמבואר בסימן נ"ח עיי"ש והכא נמי כיון שמכר לו שדהו הוה ליה כאלו העידו שהודה בפניה' שפרעו ואם כן אף על גב דבנאמנות כב' עדים נאמן לו' סטראי נינהו בלא מגו ואפילו יעידו העדים שהפירעון מזה השט' אין חוששין להם משום דכיון

שהאמינו כב' עדים טענת סטראי טענה מעליא ונאמן בלא מגו כמ"ש מהרשד"ם עי"ש בסימן נ"ח ס"ק י"א עיין שם ה"ד בעדי הפירעון אבל אם הודה בפניהם לא והכא הוי כאלו העידו שהוד' בפניהם דאין הנאמנות כלום והרב פרח מטה אהרן חלק סימן כ"ב הק' דהא נאמנות כב' עדים עדיף ממגו שהרי הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן ע"א כתב דאינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כיון שהאמינו כב' עדי' ואלו באו שנים והעידו שלא החזיר אינו נאמן דמגו במקו' עדים לא אמרינן וא"כ הכא דנאמנות כב' עדים לא מהני איך נאמן במגו נגד חזקה זו ותי' דלעולם הנאמנות עדיף ממגו והכא ה"ט דכשיש עדים שמכר שדהו חזקה אלימת' ומבטלת אפילו השטר שיש בו נאמנות אבל כי ליכא עדי' על מכירת השדה לא נתבררה החזקה כי אם על פיו והפה שאסר וכולי עש"ב וכעין זה קיימא לן באומר אל תפרעני אלא בעדים דאם טען הלוה שפרעו בלא עדים אינו נאמן משום כשיש עדים שהמלוה התנה עמו כן אנן סהדי מכח חזקה שלא פרעו ואינו נאמן אפי' במגו אבל כשאין עדים על התנאי נאמן במגו דהיה אומר לא התנ' עמו כלום כמו שכ' הסמ"ע בסימן ע' ס"ק י"א י"ב י"ג וע"ש בהש"ך סקי"א וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רנ"א וז"ל ואי משום מגו ולומר שלא מועיל לו תנאו כיון שהוא יכול לומר פרעתיך בפני פלוני ופלו' וכו' לא היא דכיון שהתנה עמו כך כבר קבל על עצמו שלא יהא נאמן אף במקום מגו כזה וכו' מיהו ודאי דוקא בדאיכא עדי' בתנאי אבל אי ליכא עדים אלא שהוא מודה שכן התנה עמו שלא יפרענו אלא בעדים ומכל מקום נזדמן ופרעתיך שלא בעדים אה"נ נאמן משום מגו דכל עצמנו אין אנו חיים בעיקר התנאי אלא מפיו והרי כאן קול ושוברו עמו עכ"ל הרי אף שאינו נאמן נגד התנאי במגו ה"ד דנתברר התנאי מפי עדים אבל כשאין עדים ולא נתברר אלא מפיו אמרינן הפה שאסר וכו' והרשב"א בתשובות הביאה מרן הב"י סימן ע"ה על ראובן שנתחייב על פה ב"ד לפרו' לשמעון ואחר זמן תבעו בבית דין שיש לו עליו מנה מה שגבה ממנו רבית קצוצה מסתברא דאינו נאמן דחזק' דאלו היה כדבריו לא היה מקבל עליו בפני ב"ד לפרוע ואף על גב דאית ליה מגו דאי בעי אמר פרעתי במקו' חזק' אלימתא כי הא לא אמרינן מגו ע"ש ולכאורה הוא הפך המרדכי והג"א דסבירא ליה דנאמן במגו במקום חזק' זו והרב פרח מטה אהרן בתשו' שם נדחק לחלק בין רבי' לחוב דרבית שגובה ממנו התובע לאו לפירעון קאי ולא היה אפשר לנתבע ליפרע ממנו רק לכפור בבית דין וכיון שהודה חזקה אלימתא היא והמרדכי והג"א בטוען שיש לו חוב דלפירעון קאי ע"ש וליתא דתשו' הרשב"א היא בח"ד סי' י"ט וז"ל ואף על גב דבעיא היא בריש בתרא אי אמרי' מה לי לשקר במקום חזקה או לא מסתברא דחזק' דהכא עדיפא ואלימא דהא חזקה כגון זו מרעא לשטרא שהרי שנינו

המוציא שטר חוב וכו' הילכך אפילו מגו נמי במקו' חזקה זו לא אמרינן וכ"ש שטענתו גרועה דמשוי נפשיה רשע שאחד המלוה ואחד הלוה עוברים בל"ת עכ"ל אלמ' אפילו בטענה דחוב קאמר כיון שחזקה זו מרעא לשטר' אפילו מגו לא אמרינן במקום חזקה זו וכן פסק רמ"א בסס"י ע"ט מי שקבל לפני לפרוע ואחר כך בא ואמ' כבר חייב לי אינו נאמן אף על גב דיש לו מגו דיכול לומר פרעתי במקום חזקה אלימתא לא אמרינן וכן כת' הע"ש שם הרי דאפילו אמר כבר חייב לי כנגד חוב זה אינו נאמן במגו ולפי מ"ש ניחא דהתם כיון שנתברר' החזק אינו נאמן במגו דטענה אחרת כגון פרעתי נגד חזקה אבל אם אין עדים דלא נתבררה החזקה אלא מפיו אמרי' הפה שאסר וכו' ולפ"ז דהא דמ"ל מי אמרינן מגו במקו' חזקה או לא וקיימא לן קולא לנתבע ואם תפס המלוה אין מוציאין מידו כמ"ש הש"ך בסימן ע"ח סי"ט עיין שם ה"ד באיכא עדים על הממון אבל אם אין עדים אלא שהלוה טוען פרעתי דנאמן במגו דלא היו דברים מעולם נראה דאפילו תפס המלוה אין תפיסתו כלום דכל שלא נתבררה החזקה אלא מפיו פשיטא דאמרינן הפה שאסר וכו' דהא הכא דחזקה אלימתא היא ולא אמרינן מגו נגד חזקה אפילו הכי אם לא נתבררה החזקה אלא מפיו אמרי' הפה שאסר וכו' להוציא ממון וכל שכן בחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן דלאו חזקה אלימתא היא דאמרינן הפה שאסר וכו' וכבר הוכחתי בסימן ע"ח מדברי האחרונים דאפילו במגו דלא היו דברים מעולם מ"ל אי אמרי' מגו במקום חזקה דכיון שהודה אפשר דהוי כעדים דאנן סהדי שלא פרע ולא אמרינן מגו במקום חזקה דהוי כעדי' וכי האי גוונא כתב מהר"ם בתשוב' דשייכי לס' נזיקין סימן י"ב וז"ל ואפילו אין עדים שקצץ נטיעותיו לא מהימ' לו' אתה אמרת לי לקוצצו במגו דאי בעי אמר לא קצצתי וכו' וא"ת אמאי לא מהימני' ליה במגו וי"ל דהו"ל מגו במקו' עדים דאנן סהדי דמשקר דאין אדם נותן רשות לקצוץ נטיעותיו וכולי וכ"כ הנ"י בפ' החובל דאינו נאמן במגו דלהד"ם במקום חזקה ופסקו רמ"א בסימן שפ"ב וכן כ' הכנה"ג שם אע"ג דמגו במקום חזקה בעיא היא הכא חזקה אלימתא ומגו במקום חזקה אלימתא לא אמרי' ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשו' הקצרות בסימן תס"ו על אחד שיש לו ערב על חבירו שכנגדו טען שנתנם לו במתנה וז"ל לא מיבעיא אם יש עדים ששמעון העמיד לראובן ערב עבור מעותיו דאז מוכחא מילתא שלא נתנם לו במתנה דאם נתנם לו לא היה שמעון מעמיד לו ערב ומשוי נפשיה עבד לוה לאיש מלוה וכולי וגדולה מזו תנן בפ"ב דכתובו' מי שהוציא שט"ח על חבירו וכו' אלא אפילו אין לו לראובן עדים שהעמיד לו שמעון ערב לא מהימן שמעון בטענתו במגו דאי בעי אמר לא העמדתי לך ערב ולא הודיתי לך מעולם דמגו במקום עדים הוא דאנן סהדי דאינו אמת מה שטוען לפנים משורת הדין

עשיתי שהעמדתי לו ערב דא"א דיהיב ליה לא הוה מוקים ליה ערב ומגו במקום עדים לא אמרינן כמ"ש ר"ח ור"ת בספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי וכולי עש"ב הרי דאפילו לא נתברר החזקה אלא מפיו לא אמרי' מגו דלהד"ם במקו' חזקה זו דהוי כעדים:

ה' ואם אמר מזוייף הוא יש מי שאומר שאינו נאמן כיון שהוא מקויים וכו' כן כ' הרא"ש והטו' וכן כתב רבינו יונה בספר א"ז לכתובות וז"ל דטענ' דאילו הייתי חייב לך לא מחזקי' סהדי בשקר כיון שנתקיים השט' בחותמיו ומשום מגו דמצי לטעון פרו' הוא אינו נאמן לומ' מזוייף כיון שנתקיי' השטר הו"ל מגו במקו' עדים עכ"ל ע"ש ונר' דאם טען אמנה או כתבתי ללוות ולא לויתי או רבית נאמן דאע"ג דקי"ל דבטענות אלו אינו יכול להשבי' כמבואר בסי' פ"ב ע"ש הכא נאמן מטעמא דאלו הייתי חייב לך וכו' וגם איכא מגו דפרעתי ודוקא גבי שבועה לא אמרי' מגו להשבי' אבל לפטור נאמן במגו וכה"ג קי"ל בסי' ס"ט דכת"י נאמן לומר אמנה וכו' מגו דפרעתי אבל אינו נאמן לומר מזייף אם נתקיים במגו דפרעתי אבל לדעת רש"י והר"ן דה"נ אם טען מזייף נאמן ונרא' דס"ל דאפילו השטר מקויים נאמן לומר מזוייף במגו דפרעתי דכיון דאיכא הוכחה דאם היה חייב לא הי"ל ליפר' ממנו ולא למכור לו דהיא חזקה אלימתא כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ד סי' י"ט וז"ל ואע"ג דבעיא היא בריש בתרא אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא מסתברא דחזקה דהכא עדיפא ואלימתא דהא וכו' הילכך אפי' מנו במקו' חזקה נמי לא אמרי' ע"ש וא"כ כיון דחזקה זו מסייעא ללוה נאמן בטענת מזוייף במגו דפרעתי ולא הוי כמגו במקו' עדים דהקיום אינו מועיל דשמא המלוה טרח לזייף השטר בטוב עד שסוברים העדים שהיא חתימתן והטור בסי' ס"ג כ' וז"ל עדים שהעידו ראוב' שבא להם שזייפו שט' של מנה על שמעון ואח"ך הוציא שטר של מנה על שמעון אין גובין בו אפי' אם הוא מקויים עד שיעידו עדיו שהם כתבוהו וחתמוהו וכו' והרמ"ה כ' אפי' אם עידי השטר מעידים שזהו כתיבתם וחתימתם אינו מועיל וכו' דחיישי' שמא זייף עד שהם בעצמם סוברים שהיא חתימתן וכו' ע"ש הרי דהרמ"ה ס"ל דבשטר ריע חיישי' שמא זייף עד שהעדים עצמן סוברים שהיא חתימתן וכ"ש הכא דחזקה אלימתא היא ואף דהרמב"ם ס"ל התם דאם עידי השט' העידו שהם כתבוהו וחתמוהו גובין בו וכן פסק מרן בסי' ל"א וס"ג ע"ש נראה דה"ד התם דמה שבא לעדים שיזייפו לו שטר לא הוי ריעותא גמורה ליחוש לזיוף כולי האי עד שיסברו עידי השטר שהיא חתימתן אבל הכי חזקה אלימתא היא אפשר לכ"ע חיישי' ושוב ראיתי לה' פני יהושע בחי' לכתובות דק"י שכ' דאם נתקיים על ידי העדים עצמם אינו נאמן והתם מיירי בנתקיים ע"י עדי' אחרים דחיישי' שמא מזויי' בטוב ע"ש:

ו' וי"א שהוא נאמן וכו' זה דעת רש"י והר"ן וכ' הע"ש דס"ל דנאמן לומר מזוייף במגו דפרעתי והש"ך דחה דכיון שהוא מקויים הוי כמגו במקום עדים ע"ש וליתא שהרי כ' הרשב"א בתשו' והביאה מרן הב"י אה"ע סי' מ"ב וז"ל ואפי' יוציא זה שטר חתום בעדים ונתקיים השטר עפ"י שני עדים דעלמא מחזיקין אותו במזוייף כיון שבאו אותם שנים ואמרו שלהם אמר לזייף אותו וכדגרסי' בפ' אלו נערות האי שטרא ריעא וכו' ועוד דכל שלא באו עדי השטר ממש נאמנת היא לומ' שטר מזוייף הוא מגו דאי בעי' אמרה גרשתני וכו' ואע"ג דמגו במקו' עדי' לא אמרי' אי אתו עדים גופייהו דחתימי בשטרא אבל הכא ליכא עדים דאימור מזוייף הוא וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' נתקיים השטר נאמנת לומר מזוייף במגו ולא חשיב מגו במקום עדים כל שלא באו עדי השטר ממש שבא להם שיזייף להם והר"ן בפ' אלו נערות גבי שטר וכולי דמהדר אזיופא וכו' כ' דאפשר דאפי' באו העדים ואמרו כת"י הוא כל שאינו זוכרים ההלואה חיישי' שמא זייף בטוב עד שסברו העדי' שהיא חתימת ידם אבל הרמב"ם כ' דאם באו עדי השטר והעידו הם עצמם על כת"י גובים בו וכ"כ הטור סי' ס"ג כ' בשם הרמ"ה דאפי' עדי השטר מעידים על חתימת ידם חיישי' ע"ש בב"י הרי דחיישינן שמא זייף עד שהעדים עצמם סוברים שזהו חתימת' וה"נ כיון דאיכא הוכחה דאם היה חייב לו היה לו לפרוע ממנו ולא למכור לו דהיא חזקה אלימתה דאפילו מגו במקום חזקה זו לא אמרינן כמ"ש הרשב"א ח"ד סימן י"ט ע"ש אם כן כיון דחזקה וו מסייעא ללוה אפילו נתקיים השט' נאמן לומר מזוייף במגו דפרעתי וגם הרמב"ם דסביר"ל התם דאם עדי השטר העידו על כת"י גובים בו וכ"פ מרן בסימן ל"א וס"ג ע"ש אפשר דה"ד התם דליכא מגו אבל הכא דאיכא מגו אפילו עדי השטר קיימו חתימתן איכא למימר דנאמן לומר מזוייף במגו דפרוע וכה"ג כ' התוס' במציעא דף י"ב ע"ב בשטר שנפל דכיון דאיכא ריעותא דנפילה והלוה טוען בודאי מזוייף לא מהני קיום דשמא טרח לזייף השטר בטוב עד שסוברים העדים שהיא חתימתן וכו' ע"ש אלמא אם הלוה טוען מזוייף אפי' נתקיים השט' בעדיו חיישי' שמא טרח לזייף כגון דאתר' בנפילה והכא נמי דאתרע השטר מכח חזק' דאם היה חייב לו הי"ל להפרע ממנו שהיא חזקה גדולה.

ז' אין טענתו טענה שזה יאמר לא מכרתי לך וכולי דעת ה"ר יונה והרא"ש דאפילו אם יש לו שדות אחרות יכול לומר המלוה הייתי ירא שהיו עליך חובות אחרים מוקדמים ולכן מכרתי לך זה השדה דלוה ולוה אחר כך קנה משועבד לשניהם ונראה דאפילו לא כתב לו בשט' דאקני דקיימא לן דאם כתב לו דאקנ' ואחר כך לוה ואחר כך קנה לא משתעבד אלא לא' מכל מקום יכול לו' ירא אני שמא יש עליו חובות אחרים מוקדמים

שלא כתב בהם דאקני דלוה ולוה ואחר כך קנה משתעבד לשניהם מיהו נראה דאם הלוה יש לו קרקע אחר שקנה אחר שלוה מזה אין טענתו טענה אבל בירושלמי (עכ"מ): ח' דין ג' יכול שמעון לומר וכו' כתב מהראד"ב סי' צ"ז דאין ראובן נאמן לומר אבד שטרי ועת' מצאתיו דאם כן אמאי יכול לומר אלו חייב הייתי לך לא הי"ל ללות ממני לימא ליה סמכתי על אמונתיך והוא נאמן במגו דיכול לומר אבד השטר ועתה מצאתיו כמ"ש הג"א בנ"ד דנאמן לומר האמנתיך במגו דלא פרעתי לך והכא נמי איכא מגו אלא ודאי אינו נאמן לומר אבד השטר ועתה מצאתיו ע"ש ולכאורה נראה דאם טען אבד השטר ועת' מצאתיו נאמן אבל אינו נאמן לומר האמנתיך במגו דאבד השטר וכה"ג כתב הרב כנה"ג סימן ע"א דטענת מחיל' גרועה היא ואם טען כן נאמן אבל לענין מגו לא מהניא וכן כתב מהראנ"ח ח"א סימן כ"א ע"ש והכא נמי א"ל אבד השטר טענה גרועה היא משום דלא שכיחא ולא מהני' לענין מגו אבל אם טען אותה נאמן ושוב ראיתי להרב משפט צדק ח"ב סימן ע"ג שכתב דכעין זה דלא שכיח ואין טוענין ליורשים טענה רחוקה עי"ש ואף ע"ג דא"ל דוקא לגבי יורשים לא טעני' טענה דלא שכיחא אבל לענין מגו מהניא כמו טענת נאנסו דמהניא לענין מגו דבשט' כיס נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ולא טעני' נאנסו ליורשים כמ"ש התו' ריש גיטין עיין שם ונראה שזה תלוי במחלוקת שכ' בסימן ס"ט דין ב' אי אמרינן מגו מטענ' דלא שכיחא ע"ש ועוד דכבר כתבתי בסימן ע"ט דהרשב"א בתשובות ח"ד סימן י"ט סבירא ליה דאפילו מגו במקום חזקה לא אמרינן עיי"ש וא"כ אינו נאמן לומר האמנתיך אפילו איכא מגו וגם הג"א דסבי"ל דנאמן במגו אפשר דהיינו דוקא במגו חשוב כמו פרעתי אבל במגו גרוע לא וכה"ג כתב מהרשד"ם סימן צ"ד גבי אומן וז"ל שאפילו לדעת האומר דגם באומן מהני מגו הכא ליכא מגו ואינו נאמן שהיה ראובן חייב לו מגו דנאנסו משום דלא שכיח' וקלא אית ליה דדי לנו מגו דהחזרתי או לא היו דברים מעולם אם אפשר כיון דאפילו בזה איכא פלוגתא אין לו' מגו דנאנסו דלא מצינו וכולי הרי דבעלמא אמרינן מגו דנאנסו דאף על גב דלא שכיח אלא דבאומן כיון דאיכא למ"ד ליכא מגו כלל אף על גב דקיימא לן דנאמן במגו ה"ד מגו חשוב כגון החזרתי או לא היו דברים מעולם ולא מגו דנאנסו דלא שכיח מיהו הרב משפט צדק הביא ראיה מדפריך בגמ' אי דמטה זימניה מ"ט דרבנן וכו' וא"א הרי יכול לומר הוצרך למעות ולא היה השטר בידו מצוי כגון שהלכו למ"ה ולא היה בידו השטר ע"ש א"כ משמע דאפילו טען הוא כן אינו נאמן והכא נמי אינו נאמן לומר שאבד השטר ולכך לא מוקי מתני' בהכי:

ט' הגה ראובן שתובע משמעון וכו' ראובן היה לו שטר משכונה על שמעון והיה גובה הפירות מדי חדש בחדשו ואח"ז הוציא משמעון שובר בעדים שהודה ראובן בפניהם בקש"ס ששטר משכונה שיש לו סכום פ' פרוע הוא וזמנו ש' התק"ס והודה שהיה פורע לו הפירות עד עכשיו שלא נזכר מהשובר עד שמצא אותו מהו הדין לכאורה נראה דאמרי' דאם השובר אמת למה היה פורע הפירות ומ"ש שלא נזכר מהשובר אינו כלום כמ"ש מהראד"ב בס' לחם רב סי' צ"ז דאינו נאמן לומר שאבד השטר ועתה מצאתיו דא"כ למה אמרי' דיכול לומר אלו הייתי חייב לך איך אתה לוה ממני יהא נאמן לומר סמכתי על אמונתך במגו דאבד השטר ועתה מצאתיו כמ"ש המרדכי והג"א דנאמן לומר האמנתיך במגו דלא פרעתיך עש"ב מיהו אפשר דאם אין עדים שהיה פורע לו הפירות נאמן לומ' אבד השובר ועתה מצאתיו במגו דלא פרעתיך כמ"ש המרדכי והג"א דנאמן לומר האמנתיך במגו דלא פרעתיך אפי' להוציא וכ"ש ליפטר וא"כ נאמן לומר אבד השטר במגו דלא פרעתיך אבל אם יש עדים על הפירעון דליכא מגו אינו נאמן אפי' ליפטר וכ"כ גם המרדכי בפ' האשה שנפלו על א' שתבע את לוי שהשאילה לו רחל שריון א' קודם שנשאת וטען לוי שהחזירו לה ועכשיו הוא בידי ומעכבו בשביל חוב שחייב לו שמעו' בעלה כ' ראבי"ה וז"ל שאם אמר החזרתיו לרחל עד שלא נתחייב לי שמעון ושוב בא לידי מכח שמעון לא מפסיד בטענת החזרתיו לרחל אבל אם אמר החזרתיו לאחר שנשאת לשמעו' וגם אחר שנתחייב לי שמעון החוב ושוב בא לידי מכח שמעון ואני מעכבו לא אמר כלום וכו' דכיון שהחזירו לרחל ולא עכבו בחוב בעלה אלו היה בעלה חייב לו לא היה מחזיר כדתנן וכו' ואם נפשך לומר ה"מ כשיש שטר או עדים אבל כי ליכא עדים יהא נאמן לומר עדיין חייב לי במגו דאי בעי אמר לא החזרתיו או לא בא לידי מעולם לאו מילתא היא דלא אמרינן מגו אלא בדבר שהיה יכול לפטו' עצמו בטענה גלויה לכל שהיה פטור אבל הכא ליכא מגו שהיה סבור שאלו טען לא החזרתיו לרחל היה מחוייב להשיב וגם מגו דלא בא לידי או החזרתיו היה מגו במקו' עדים דהא וכו' עכ"ל הרי דסביר"ל דאם אין עדי' דאיכ' מגו נאמן ואם יש עדים דליכא מגו אינו נאמן אפי' להחזי' במשכון וכן נראה מדברי מהראד"ב בתשובות דבלא מגו אינו נאמן ומוציאין ממנו ממון אבל בדאיכא מגו ודאי דנאמן לומר אבד השטר ועתה מצאתיו במגו כמו שנאמן לומר האמנתיך במגו דלא גרע זו מזו:

יו"ד או עדיין לא הגיע זמני וכו' כ' מהר"א ששון סי' ל"ג דמיירי בשטר שאין בו זמן דאפילו שטר שאין בו זמן גובה מב"ח כמבואר בסי' מ"ג ולא דק דהתם מיירי בזמן הלואה והכא מיירי בזמן הפירעון הש"ך ע"ש ולא דק דכוונת מהרא"ש דמיירי הכא בשטר

שאין בו זמן הלואה דאם יש בו זמן הלואה ולא יש בו זמן הפירעון סתם הלואה ל' יום וכיון שיש עדים על הפירעון מתברר אם פרעו לו אחר ל' יום מזמן ההלואה או בתוך ל' יום: י"א ראובן הוציא שטר על שמעון דעת הרז"ה דלר"נ אפילו הגיע זמן הפירעון הא' קודם הלואת האחרון לא הפסיד המלוה הא' והש"ך הכריע כן שכן דעת הרי"ף והרמב"ם והרמ"ה והרא"ש והריטב"א עש"ב וכן ראיתי להרשב"ש בתשו' סו' תר"ז שכ' על אשה שתבעה מיורשי אביה כתובת אמה והיורשי' טוענים שבעלה לוה מאביהם כת"י ובמשכון ואלו היה חייב לו חמיו לא היה לוה ממנו ואינה טענה דחוב זה אינו שלו אלא של אשתו והבעל בנכסי אשתו אע"ג דלא בעי הרשאה היכא דאיכא פרי אם מיחת בידו אינו יכול לתובעה והיא לא היתה רוצה להכאיב לב אביה לכך לא היה יכול לתבוע ואפי' היה חוב שלו ולוה ממנו לא בטל זכותו שהרי שנינו שנים שהוציאו שט"ח זה על זה אדמון אומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני וחכ"א זה גובה שט"ח מזה וכו' ואע"פ שיש פוסקים כאדמון הרי"ף והרמב"ם ופסקו כחכמים הרי דאפי' לוה אחר שקבע זמן הפירעון לא הפסיד וכן דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש בתוספותיו הובא בס' א"ז לכתובות והרז"ה כ' בשם ר"ת דר"נ מוקי מתני' בשטרות שאין בהם זמן דרבנן סברי הואיל אין בו זמן שמא היה דוחק אותו וזה צריך למעות ע"ש א"כ אם יש בשטר זמן והגיע זמן קודם שלוה לכ"ע אמרי' אלו הייתי חייב לך וכו' וגם הרמ"ה והרא"ה ותר"י כ' דגם לר"נ מתני' מיירי ביום שנשלם הזמן אבל אחר הזמן אמרי' אלו חייב וכו' עש"ב א"כ דעת רוב הפוסקי' דאם הגיע זמן הפירעון אמרי' חזקה אלו חייב וכו' ומי יכניס עצמו בין הרים גדולים ובפרט דאין להוציא ממון ואפי' בשטר קי"ז דלא כגבוי דמי ומספק וקולא לנתבע מיהו ה"ד בחוב שלו אבל בחוב אשתו אפי' למ"ד דבחוב אפי' אין בו פירות הבעל א"ץ הרשאה ויכול לתבוע מ"מ אם מיחת אשתו אינו יכול לתבוע וא"כ לא אמרי' אלו חייב וכו'

סימן פו

א' דין א' מוציאין מלוי וכו' כ' הכנה"ג לא מצאתי חולק ומד' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סימן צ"ח למאן דפסק כר' נתן וכולי משמע שיש פוסקי' דלא כר' נתן עיין שם ועיין בתשו' מהרש"ך ח"א סי' י"ב שכ' דהגהמי"י פ"כ מה' מלוה כ' בשם ר' יהונתן דאין הלכה כר"נ והרשב"א בתשו' ח"א סי' תקס"א כ"כ בשם ר"ת מיהו בהגמי"י שם כ' שחזר בו ר"ת עיין שם וכ"כ השה"ג בפרק האשה שנתארמלה דר' יהונתן פסק כרבנן וכן פסק ר"ת תחילה אך חזר בו עיין שם וכ"כ התוס' בפ' השולח דר"ת חזר בו עיין שם וכ"כ

הסמ"ג עשין צ"ג דר"ת ור"י פסקו כמותו עיין שם ועיין בחי' הריטב"א שיש פוסקים דלא כר"נ אבל רוב הפוסקים ס"ל כר"נ וכ"כ מהר"ם בתשו' הארוכות סימן רנ"ג דקיי"ל כר"נ עיין שם:

ב' מוציאין מלוי וכולי הרשב"א בתשו' נסתפק בלוה גוי אם נאמר דין זה דר"נ וכבר כ' ה' מש"ל מה' מלוה פ"ב דמדברי הרא"ש בפרק י"ן מוכח דפשיט"ל דגם גבי גוי שייך דינא דר' נתן שכתב שם דהאידנא דתקנו הגאונים דב"ח וכתוב' גבו מטלטלי דיתמי אם גבו בחובת אביהם ב"ח וכתובת אשה גובה מהם ואפילו ממלוה דעכו"ם וה"ט וכו' משום דמשעבדוא להו מדר' נתן ע"ש וכן הרשב"א במיוחסות סי' כ"ג ע"ש ובתשו' מהר"ם הארוכות סי' רנ"ג כ' וז"ל יש לחייבו לשלם מדר' נתן כי גזל כזה שהוא חלול ה' אסור לכ"ע וחייב המקבל לגוי והגוי למלוה וכר' נתן קי"ל ואין לחלק בין גזל גוי לשל ישראל דכיון דמאשם שלו הוא ישראל וכולי ע"ש ולכאור' נראה דה"ה אם המלוה גוי דמוציאין מישראל ונותנים לגוי דונתן לאשר אשם לו אפי' לגוי וכ' מהריט"א בספר קהלת יעקב סס"י ש"ג דה"ט משום שעבודא דאוריית' וא"ל דא"כ ל"ל קרא דונתן לאשר אשם לו תפק"ל דשעבוד' דאורייתא מיוציא אליך את העבוט החוצה או מדין ערבות די"ל דס"ד לא משתעבד מהתורה אלא נכסים שהם קנויים ללוה קנין גמור אבל נכסי' שאינם קנויים לגמרי ללוה אלא שעבוד בעלמא לא נשתעבדו למלוה קמ"ל דשעבודו כקנין גמור דמי וכן מצאתי להר"ב בס' א"ז לכתובות ד' י"ז בד"ה מנין וכו' בשם שיטה ישנה ע"ש ולא זכר תשו' הרשב"א ח"ב סי' שפ"ט וז"ל שאלת הא דאר"נ מנין לנושה בחבירו וכולי תפק"ל משום דקי"ל דשעבודא דאוריי' וכו' שאלו מדין שעבודא דאורייתא לא היינו מוציאין מזה ונותני' לזה שאין נכסי לוה המשועבדי' לשמעון משועבדי' לראובן אלא מדינו של ר"נ לפי שאין לוה של שמעון כנכסי שמעון תדע לך שאלו הקדיש מלוה וזבין מלוה לא עשה כלום דמכאן ולהבא הוא גובה וכולי עיין שם באורך א"ל דה"ד בישראל ולא בגוי דהא ישראל מישראל קונה משכון ואלו גוי מישראל לא קני משכון לכ"ע כדאמרינן בפ' כ"ש ורבנן התם ס"ל דה"נ ישראל מגוי לא קני משכון ור"מ סבר ישראל מישראל לא קני ישראל מגוי לא כ"ש וא"כ לר"מ כיון דנשתעבדו אפילו נכסי ישראל ומוציאין מדר"נ כ"ש גוי לישראל והמ"מ בפ"ד מה' חמץ כ' לדעת הרי"ף והרמב"ם דישראל מגוי קונה משכון אבל רוב הפוסקים פ' כרבנן דישראל מגוי לא קני משכון והכי קי"ל כמבואר בא"ח סי' תמ"א וכן פסק מור"ם בא"ה סימן נ"ד סק"ב דהמקדש במשכון של גוי אינה מקודשת ע"ש א"כ קי"ל דישראל מגוי לא קני משכון אפילו לקולא וה"נ א"ל דוקא ישראל מישראל משתעבדי מדר"נ אבל גוי לישראל וכן ישראל לגוי לא משתעבד

ג' מוציאין מלוי ונותני' לראובן וכו' ראובן שהיה נושה בגוי מנה ולא מצא יד לגבות ממנו שנשבר אלא שהיה הגוי נושה בשמעון מנה בכ"י ומסר אותו לראובן בכו"מ לגבות משמעון ומת שמעון ותבע ראובן ליורשיו בכת"י ונר' דאע"ג דישראל עם ישראל נאמן לומ' פרעתי בכת"י וטוענ' כן ליורשי' הכא שהישראל בא מכח הגוי דייני' ליה מה שהיה הגוי מרויח לפני דייני גוים וכמ"ש הרא"ש בתשו' ופסקו מור"ם בסי' שס"ט וז"ל ישראל שהיה חייב לגוי והגוי מכר השטר לישראל אחר וכו' דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה הגוי מרויח לפני דייני גויים הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו וכו' ע"ש וכן פסק מרן בסי' מ"ה סי"ז הבא מכח גוי הרי הוא כמוהו לגבות בשטר שעדיו מרוחקים וכו' וכ' הסמ"ע משמע דהמלוה הבא לגבות בא מכח הגוי ואף שהוא למעליותא וכו' אבל הד"מ כ' לדברי הרשב"א דנוי לוה שמכר שדהו לישראל וישראל המלוה בא לגבות מהלוקח ישראל מכח הגוי וכו' ע"ש ותשו' הרשב"א מצאתיה בח"ג כו' פ"ט וסי' צ"א וז"ל ראובן הלוה לגוי מנה ועשה לו שדהו אפותיקי ומכרו לשמעו' ותבע ראובן לשמעון וכו' שטוען שמעון שהשטר פסול לפי שהרחיק וכו' שהבא מחמת גוי הרי הוא כגוי ואלו בא ראובן לגבות את חובו מהגוי ומאותו קרקע שקנה ממנו שמעון היה גובה באותו שטר שכן נהגו אף הוא גובה מאותו קרקע משמעון הבא מחמ' גוי עכ"ל הרי מבואר כדברי הד"מ ומה שפסק מור"ם בסי' ס"ז סי"ז הבא מכח גוי הרי הוא כגוי ולכן מי שקנה שטר חוב מן הגוי על חבירו השביעית משמטת עיין שם אזיל לטעמיה שכתב בסימן קנ"ד סי"ח דאמרינן הכי אפי' למעליותא אבל לפי מה שפסק מרן שם דלא הוי הישראל במקום הגוי אלא לגריעותא א"ל דה"נ לא דייני' ליה מה שהיה מרויח הגוי לפני דייני גוים מיהו קשה דהרשב"א סבירא ליה דלא אמרינן הכי אלא לגריעותא והביאו מרן הב"י סימן קנ"ד והיא בתשוב' ח"ג סימן קנ"ג עיין שם והכא סביר"ל דהוי כגוי ואין השביעית משמטת והיא בתשו' ח"ג סימן נ"ט ע"ש מיהו במיוחסות סימן י"ו דעתו נוטה דאמרינן הכי אפילו למעליותא ע"ש ושוב מצאתי לו בתשו' ח"ב סימן רפ"ט שכתב וז"ל ישראל שלקח מן הנכרי שטר חוב שחייב לו ישראל משמטת שביעית או לא תשובה נר' לי דבר פשוט שאינו משמט דכל שאינו בר שמיטה מתחילתו שוב אינו משמט בגזילה וכו' אלא אם כן זקף וכו' וכיון שכן כל שלא זקף מלות הנכרי היא ואינה משמטת ולא עוד אלא שישראל זה לא קנה דבר תורה וכו' עיין שם הרי שכתב הרשב"א אינו משמט מטעם אחר ולא משום שבא מכח הגוי דהוא אזיל לטעמיה דסבירא ליה דלא הוי במקום גוי למעליותא אבל הסמ"ע בסימן מ"ה וה' ט"ז בסימן קנ"ד כתב דבשטר חוב מודה מרן דזכה הישראל מכח גוי אפילו למעליותא ע"ש הטעם ואם כן הכא נמי זכה ישראל בכח

הגוי שאין הלוה נאמן לומ' פרעתי ואפילו לא הקנה לו הגוי בכת"י רק במסירה קנה ודינו כמו גבי ישראל בכו"מ כמו שהסכים הש"ך בסימן קכ"ח ס"ק ב' ע"ש וכן הסכים הרב פמ"א סימן ס"ו עש"ב:

ד' מוציאין מלוי וכו' אם מת המלוה ופרע הלוה ליורשיו שהם קטנים אף ע"פ שהאשה וב"ח מפסידין אין להם על הלוה כלום שהלוה מוטל עליו לפרוע חובו למלוה ולא לב"ח שלו ואם עשה ופרע הלוה לב"ח יכולים היורשים לפרוע מן הלוה דב"ד מוציאין מדר"ן ולא הלוה עצמו הרב גינת ורדים חא"ה כלל ד' סי' ט' ע"ש וליתא דבב"י סימן ק"ה כתב בשם הרשב"א בפרק שור שנגח דאם רוצה הלוה או הנפקד לפרוע מה שבידו למי שנושה בראובן הרשות בידו וכן נר' מדברי הראב"ד ע"ש וכן כתב הרשב"א במיוחסות סימן כ"ג עי"ש מיהו אם מת המלוה ופרע לב"ח אם יורשים קטנים הם נר' דחייב דלא הוי תפיסה וחייב הלוה לפרוע ליורשים וכה"ג כתב הרב בתי כהונה ח"ב סימן כ"ז עש"ב:

ה' מוציאין וכו' אם ראובן מחל ללוי הט"ז בא"ה סימן צ"ו כ' גבי אלמנה שמחלה לבה של בעלה דאם אין לה לגבות כתובתה רק שהחוב הזה כיון דמשועבד לה מדאורייתא מדר' נתן אפילו לא נשבע' יכולה למחול והסכים עמו ה' המגיה שם דאם אין נכסי' אחרים כיון דשעבודא דאורייתא הוי כשלה ויכולה למחול ולמכור וליתן ודלא כה' בית שמואל שם ולע"ד ליתא שהרי כתב הרמב"ן בספר הזכות סימן ל"א וז"ל ואף על פי שאינו גובה בראוי גובה הוא במלוה כדאמרינן יתומים שגבו קרקע בחובות אביהם ב"ח חוזר וגובה אותה מהם והטעם וכו' אלא שאם גבו מעות אין לו דאפילו מטלטלי' שבידי' אין ב"ח גובה מהיורשים לפיכך אמרו הגאונים שעכשיו אחר תקנת האחרונים אפילו גבו מעות נמי ב"ח חוזר וגובה אותם מהם לפיכך השמיט רבינו זה שאמרו לקמן פ' מי שהיה נשוי אנן מטלטלין שבק אבהנא גבך ומטלטלין לבעל חוב לא משתעבדי משום דהאידנא וכו' עכ"ל גם הרשב"א בתשוב' ח"ב סימן שפ"ט כתב וז"ל שאלו מדין שעבודא דאורייתא לא היינו מוציאין מזה ונותנים לזה שאין נכסי לוי המשועבדי' לשמעון משועבדים לראובן אלא מדינו של ר' נתן לפי שאין נכסי לוה של שמעון כנכסי שמ' שאלו הקדיש מלוה וזבין מלוה לא עשה כלום וכולי ואלו מת שמעון וגבו היתומים חוב אביהם בין שגבו מעות בין שגבו קרקע אין ב"ח חוזר וגובה אותה מהם משום דהוה ליה כנכסי שקנו יתמי ומדר' נתן אם גבו קרקע ב"ח חוזר וגובה מהם משום וכו' וכדאיתא התם בפרק כ"ש וכולי עכ"ל מבואר דסביר"ל דאי לאו דר' נתן הוה אמינ' דנכסי לוה המשועבדי' לשמעון אין משועבדי' לראובן ואם מת שמ' וגבו היתומים בחובת אביהם אין ראובן חוזר וגובה מהם משום דהוי כנכסים שקנו היתומים אבל מדר' נתן לפי דאם גבו קרקע

ב"ח חוזר וגובה מהם אבל מטלטלין אינו גובה דחשיבי נכסי יתומים ולפי הדין אין נכסי יתומים משועבדים לבעל חוב

ו' א"ש אם נתחייב לו אחר כך וכו' המרדכי והג"א סבירא להו דדוקא היכא דלוי לוה מנה משמעון ושוב אחר כך לוה שמעון מראובן אז מוציאין מלוי ונותני' לראובן אבל היכא דלוה שמעון מראובן ואחר כך לוה לוי משמעון לא וכן כתב מהר"ם ריקאנטי סימן רע"ה בשם ריא"ז ע"ש וכתב הרב שמחת יו"ט סימן פ"ב דהאי טעמא דקיימא לן דשעבודא דאורייתא ואם כן שנתחייב לוי לשמ' ואחר כך לוה שמעון מראובן כיון דש"ד בשעת שלוה שמ' מראובן נשתעבדו כל נכסי שמעון לראובן ובכלל נשתעבדו לו נמי נכסי לוי דכבר היו משועבדים לשמעון וכנכסיו דמי דמי אבל אם לוה לוי משמעון אחר שלוה שמעון מראובן אין מוציאין מלוי כיון דבשעה שלוה מראובן עדיין לא נשתעבדו לשמעון נכסי לוי וכשלוה אחר כך לוי ממנו הו"ל כלוה ואחר כך קנה דלא נשתעבדו לב"ח כשלא כתב דאקני עש"ב וליתא דכל שהם עדיין ביד הלוה אפילו לא כתב דאקני ב"ח גובה ממנו דמיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה ואם כן אפילו לוה לוי משמעון אחר שלוה שמעון מראו' אמאי אין מוציאין מלוי דכיון דגלי קרא דשעבוד כקנין גמו' הוה ליה נכסי לוי שבידו כאלו הם ביד שמעון וגובה ראו' מהם דמיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה ודאי דהוו מדאוריי' דאפילו שעבוד דאקני שעבוד הוו מדרבנן אבל מה שהם ביד הלוה ודאי משועבדים מדאורייתא אפילו לא כתב דאקני וכה"ג כתבו התוספו' סוף בתרא בד"ה דבר תורה וכו' דלמאן דאמ' שעבודא לאו דאורייתא אפילו כתב לוי אחריות בהדיא ה"ד בשעבוד לקוחות אבל מה שהם ביד הלוה לכ"ע שעבודא דאורייתא ע"ש:

ז' דין ב' בד"א כשאין לשמעון נכסים וכו' ובריש פ' הגוזל בתרא גבי גזל ובא אחר ואכלו וכו' כתב הג"א דאפילו נתייאש גובה מב' מדר' נתן ונפקא מינ' שאם אינו גוב' מב' וחיילה מחילת גזלן א' לשני או שפר' שני לראשון פטור שני מן הנגזל ע"ש וכן כתב ה' ב"ח בדעת הטור שם דה"ה אם מחל או פרעו לו דפטור ומ"ה כ' הא' שלא נתייאש דאפילו פרע או מחל אינו כלום עיין שם ולא דק דהג"א נראה דסבירא ליה כדעת הפוסקים דיכול למחול אבל הטור כתב כאן דאינו יכול למחול ואם כן לא נראה לי אלא אם פרע גזלן א' לשני ועוד נ"מ אם יש נכסים לגזלן א' לא משתעבד שני מדר' נתן אלא אם אין לו נכסים אבל קודם יאוש אפילו יש לו נכסים אם רצה גובה מגזלן ב' והג"א שלא כתב נפקותא זו אפ' דסבירא ליה דאפילו יש לו נכסים משתעבד מדרבי נתן כמ"ש הג"א בפרק שור שנגח כתב אבא מארי ע"ש: ח' בד"א כשאין לשמעון נכסים וכו' וכן אם הלוה אינו כאן מוציאין מדר' נתן כמ"ש באה"ע סימן ע' דאם אין האשה כאן תובע לבעל וכו' וכ' הר'

שית שמואל ס"ק כ"ג שכן כתב מהרש"ל בים ש"ש פרק שור שנגח כשהלוה אינו כאן מוציאין מדר"ן ע"ש:

ט' אבל וכו' אין ב"ד נזקקין וכו' הש"ך הוכיח דה"ד בדאיכא פסידא ללוה כגון באומר שטר אמנ' או פרוע או כשלא רצה לשלם עדיין ורוצה להשתמש במעו' מדעת המלוה דהוו כנכסים משועבדים דאין גובים מהם במקום שיש ב"ח אבל אם רצה לשלם מרצונו ודאי דיכול לעשות כן כמ"ש הרשב"א בפרק שור שנגח הביאו מרן הב"י סימן ק"ה דאם רצה ב"ח או נפקד דראובן לפרו' מה שיש בידו למי שנוש' בראובן אף על פי שלא תבעו בדין הרשות בידו וכן נראה מדברי הראב"ד עכ"ל משמע דאפילו יש לו נכסים לראובן כיון שרוצה הב"ח או הנפקד לשלם הרשות בידו עש"ב אבל הרב פני משה ח"ב סי' מ"ו כתב דרשאי לפרוע ה"ד כשאין ללוה נכסים אחרים ע"ש ודברי הרשב"א באו דבריו בספר א"ז לקמא וכתב שם וז"ל מכאן משמע דרבי נתן לאו דוקא נוש' בחבירו דהיינו מלוה דהוא הדין בפקדון דהכא שואל היינו פקדון וכן נראה מדברי הרשב"א שכ' ב"ח או נפקד וכולי וכן שמענו מכאן דלא אמרו מוציאין מזה ונותנים לזה אלא כשאינו יכול לפרוע ממנו כגון שאין לו נכסים וכו' דהא לא מייתי הא דר' נתן אלא על הא דאמרינן דאית ליה נכסי והדין נותן שכל מה שיש ברשות אחרים הוי משועבד ואין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין הרשב"א ע"כ משמע בהדיא דאינו רשאי לפרוע אלא כשאין נכסים ללוה כדאיתא לה התם וכן כתב בהדיא ה' המאירי שם וז"ל שלא נאמרו דברי רבי נתן אלא כשאין נכסים לשמעון אלא אותו חוב של ראובן אבל אם יש לו עוד נכסים אחרים אין זה רשאי לפרוע ואף ב"ד אין מוציאין מידו עד שיתבע את שמעון שאין חבירו שנשא בו יותר מערב שאין נפרע ממנו אלא כשאין נכסים ללוה וכולי ע"ש הרי דאם יש לו נכסים אין זה רשאי לפרוע ונר' דסבירא ליה דהכא נמי ערב אינו רשאי לפרוע אם יש נכסים ללוה והטור בסימן ק"ל כתב וז"ל כתב הרמב"ם בד"א שא"ל הלוה בשעה שנעשה ערב ערבני ושלם אבל אם מעצמו עמד ערב או קבלן או שא"ל הלוה ערבני ולא הרשהו הלוה שיתן ויפר' החוב אין הלוה חייב לשלם והראב"ד השיגו דר"ל דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי כ"ל הרי דהרמב"ם סבירא ליה דערב שלא הרשהו הלוה לשלם אינו רשאי לשלם ואם פרעו בשבילו אין הלוה חיי' לשלם לו והראב"ד לא חלק אלא מטעם דבסתמא כיון שא"ל ערבני כאלו הרשהו דמי ואם כן הכא נמי אם יש לו נכסים אין זה רשאי לפורעו וכן נראה מדברי בעה"ת שער ן' חלק ב' סימן ג' וז"ל ויש לברר אם שגר הלוה מעותיו למלוה ביד שליח והשליח אמר למלוה הנה הם בידי אך אחזיק בהם לעצמי מפני שאתה חייב לי אם המלו' מודה לו חובו לשליח ולית ליה שאר

נכסי דליגבי מיניה שליח חובו מהם והגיע זמן הלואתו בהא פשיטא שהדין עם השליח ואין כח ביד המלוה וכולי דמשלח א"ל אלו הוה בידי לא הוה מפיק להו לנכסי מדר' נתן דהא לית ליה נכסי אחריני הילכך פטור המשלח שהוא הלוה וכו' מיהו היכא דאית ליה נכסי דאזלה לה טענה דר' נתן משתעי' דינא בהדי דמשלח וכו' עכ"ל והביאו הטור בסימן קכ"ה עיין שם משמע דוקא כשאין נכסים אחרים אבל אם יש נכסים אחרים חייב המשלח והרב עדות ביעקב סי' מ"ו דק"ט תמה דלא אמרו דאין מוציאין מזה ונותנים לזה אם יש נכסים אחרים אלא לטובתו של לוה שני מטעם דכל מה שיש ברשות אחרים הוי משועבד ואין נפרעים מנכסים משועבדים כשיש ב"ח אבל אם הוא נותן מרצונו לא איכפת לן עיין שם (עכ"מ):

ומ"ש הש"ך אבל כי ליכא הפסד משתעבד מדר"נ לעולם תדע דאל"כ ק' למה כתב הרשב"א בפקדון מוציאין ממנו ואע"פ שיש נכסים אחרים אלא ודאי דשעבודא דר"נ מדאוריית' אפי' יש לו נכסים אחרי' אלא דבמלוה אין מוציאין ממנו בע"כ מדרבנן משום פסידא דידיה ובפקדון דליכא פסידא ידא לנפקד לא שייך תקנתא דרבנן ומוציאין מדר' נתן מדאוריית' עש"ב וליתא דבפקדון בלא דר"נ שעבודא דאורייתא וכ"כ הרשב"א בחי' בפ"ק דקידושין דט"ו במתני' דמי שמת והניח אשה וב"ח ויורשי' והיה לו מלוה או פקדון ביד אחרים וכו' דר' טרפון סבר אפילו ממלוה דשבק מפקי' מדר' נתן ואע"ג דאיכא תרתי חדא דהוו מטלטלין דיתמי נינהו ואידך דר' נתן וכ"ש פקדון דליכא אלא חדא ור"ע סבר אפילו פקדון דליכא אלא חדא לא גבי וכ"ש מלוה דאיכא תרתי דאפי' ר' נתן לא אמר אלא מחיים וכו' ע"ש הרי דבפקדון בלא דר' נתן שעבוד' דאוריי' וליכא אלא חדא דמטלטלי' דיתמי נינהו ואשמעי' ר' טרפון דאפי' מלוה דאיכא תרתי חדא דהוי מטלטלי דיתמי וליכא שעבודא דאורייתא אלא מדר' נתן ואפ"ה נותני' לב"ח ור"ע סבר דאפי' פקדון דשעבודא דאוריית' לא גבי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכ"ש מלוה דליכא שעבוד' דאוריית' אלא מדר' נתן וכבר נשאל הרשב"א בתשו' ח"ב סי' שפ"ט הא דאר"נ מנין וכו' תפק"ל משו' דקי"ל דשעבודא דאוריית' וכו' ותי' וז"ל שאלו מדי' שעבודא דאוריית' לא היינו מוציאי' מזה ונותנן לזה שאין נכסי לוי המשועבדי' לשמעו' משועבדי' לראובן אלא מדינו של ר' נתן לפי שאין נכסי לוה של שמעון כנכסי שמעון תדע לך שאילו הקדיש מלוה וזבין מלוה לא עשה כלום דמכאן ולהבא הוא גובה וכו' ע"ש הרי דבמלוה לאו שעבוד' דאוריית' דנכסי לוה של שמעון לא נשתעבדו לראובן משו' דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אלא דמוציאין מדר"נ אם אין נכסים לשמעון אבל בפקדון דהוו

נכסי שמעון ואפי' הם ביד לוי יכול שמעון להקדישם ולמוכרם א"כ נשתעבדו לראובן מדאורייתא בלא דר' נתן מוציאין אותם ונותנים לראובן אפי' יש נכסים אחרי' לשמעון: ונראה דלוה שאסר נכסיו על המלוה והלוה יש לו חוב על אחרים ודאי דמוציאין מדר' נתן דהחוב לא נאסר כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שפ"ט דאין נכסי לוה של שמעון כנכסי שמעון דהא אם הקדיש מלוה לא עשה כלום דמכאן ולהבא הוא גובה וכו' ולא נשתעבדו אלא מדר' נתן וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' ז' באומר א נכסי לפ' דאין החוב בכלל מה"ט דלא הוו נכסי המלוה דמכאן ולהבא הוא גובה וכו' ע"ש וכ"כ בתשו' ח"ב סי' ק' ע"ש וה"ה בקונמות אע"ג דאדם אוסר על עצמו דבר שלא בא לעולם אינו יכול לאסור על חבירו דבר שלא בא לעולם כדמסקי' בפ' אע"פ ע"ש וא"כ לוה שאסר נכסיו על המלוה והיה לו חוב ביד אחריני פשיטא דמוציאין אותו מדר' נתן:

יו"ד לוה שאסר נכסיו על המלוה יכול המלוה ללות מאחרים ויפרעו ממנו מדר' נתן הרא"ש בפ' אע"פ גבי קונמות קאמרת וכו' ה' כנה"ג עיין שם לכאורה דלמאי דקי"ל דדוקא אם אין לו נכסים ללוה משתעבד מדר' נתן אם הלוה אסר נכסיו על המלוה ויש נכסים למלוה אפילו ילוה מאחרים לא יועיל כלום דלא יפרעו ממנו וכן תנן בפ' הגוזל באסר נכסיו על בנו אם אין לו לוה וב"ח באים ונפרעים מיהו הרמב"ם בפ"ה מה' נדרי' השמיט אם אין לו וכו' משמע דבכל ענין שרי וגם ס"ל דאפילו פרעו הבן עצמו מותר ע"ש בהלח"מ והתי"ט וביי"ד סימן רכ"ג כתבתי (עכ"מ):

י"א ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ושמעון חייב ללוי מנה בשטר מקויים ופרע ראובן המנה ללוי ולקח השטר וקרעו קרע ב"ד ומת לוי ואח"ך תבע שמעון לראובן המנה שחייב לו וראובן הוציא השט"ח קרוע שפרעו בעדו ללוי ושמעון טען שלא הי"ל לפרוע שלא מדעתו שכבר פרעו ללוי בעדים והשטר לא היה ביד לוי באותה שעה וכיון שפרעו בעדים לא חש לתבוע השט' פעם אחרת כ' ה' כרם שלמה סימן י"ז דאם יש בשט' נאמנות אפילו לגבי עדים דהיה לוי גובה משמעון מה שפרע ראובן בשבילו כדין עשה ול"ל כיון דהיה שמעון יכול לתבוע ללוי שבו' אחר הפירעון ואולי ע"י השבועה היה מודה א"כ שמעון שפרעו פושע הוא שהרי כ' הטו' בסימן ק"ו מלוה שבא בשטר מקויים אם כתוב בו נאמנו' עליו ועל באי כחו נפרע שלא בשבו' ולא אמרי' אלו היה לוה כאן היה משביעו אחר הפירעון מיהו י"ל דשאני התם שהלוה אינו לפנינו ע"ש משמע דאם שמעון לא פרע ללוי ואין לו עדים שפרע נאמן ראובן שפרע ללוי בשבילו דשט' שבידו ראיה שפרע וכה"ג כ' הט"ז בסימן צ"ג סט"ו וז"ל דנ"ל שזה מיירי במקום שאין שטר בידי העכו"ם על לוי אבל אם בשעת הפירעון ראובן לעכו"ם היה לעכו"ם שטר ולקחו ראובן מתחת

העכו"ם אין לך בירור גדול מזה עיין שם הרי דאפילו להוציא ממון השטר שבידו ראיה אלא שצריך לברר שלא פרע לוי לגוי דאין ראיה שלא לקח השטר וה"נ השטר שבידו ראיה שפרע אלא שצריך לברר שלא פרע שמעון ללוי מיהו נר' דה"ד אם פרעו ראובן ללוי ולקח ממנו השטר בעדים אבל אם אין עדים בדבר אין השטר שבידו ראיה שהרי כ' הטור בסימן ק"ל וז"ל ואין הערב גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרע בשבילו אבל כ"ז שאין עדים אין גובה ממנו כלום אפי' אם שט"ח בידו אינו מועיל לו לגבות ממנו כלום שיכול לומ' פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ומצאתו או לא פרעתי עדיין למלוה ונפל ממנו ומצאתו או הפקד בידך וכולי עיין שם וה"נ אין השטר שביד ראובן ראיה דאפשר דנפל ממנו ומצאו ואם היה לוי קיים היה מודה שפרעו שמעון וכה"ג כ' הרשב"א סימן אלף קנ"ו ע"ש ועיין בתשו' מהראד"ב סימן צ"ה וכן מצאתי להרמ"ה בתשו' סימן רמ"ג שכתב על ראובן שתבע לשמעון מעות שחייב לו ושמעון אל שבא אלי לוי בשטר שאתה שלחתו שיגבה ממני המעות ונתן לי השטר ופרעתיו לו וז"ל אין טענה לשמעון במה שיפטר מזה לפי שהוא מודה שהוא חייב לו ואינו יודע אם פרעו וכו' ואין בהוצאת לוי השטר עליו ראיה שהוא שליח ראובן כי אין אנו יודעים על איזה דרך בא ליד לוי השטר וכבר אמרו ערב וכולי עיין שם באורך ומהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן ל"ה כ' ברא ובן שיש לו שט"ח על שמעון ועשה ללוי שליח בהרשאה ונתן לו טופס השטר כדינו והניח השטר בב"ד ובא הלוי עם הטופס קרוע וטען שפר' לשליח ואין השליח לברר הדבר אין הלוה נאמן דאם פרעו הי"ל לב"ד במקו' שהלוה שם יודיע לב"ד שבמקום המלוה שהוא נפר' מחובו וקורע השטר הא' כמבואר בסי' מ"א אלא ודאי לא פרע והטופס נפל מיד השליח ומצאו הלוה וכן פסק מהר"א מוטל מה"ט עיון שם באורך הרי דס"ל דאין השטר ראיה אפילו לפטור עצמו כיון שהיה ודאי חייב ואין ידוע אם פרעו וה"נ ראובן חייב לשמעון ומה שפר' בשבילו ללוי ספק פירעון הוא וכן כתב מהראד"ב בספר לחם רב סימן צ"ה ומהר"ם גאלנטי בתשו' סימן ל"ז עיין שם ומה שהביא ה' כרם שלמה שם דאם הוציא השטר קיים לא חיישי' לקנוני' או שמא מצאו בשוק וכו' ממ"ש מהרשד"ם סימן ק"ז וז"ל מה שאני אענה שאפי' קנה הלוי שט"ח זכה שמעון כיון שפרעו לראובן היינו שיש לשמעון ראיה ברורה כנ"ד שפרע לראובן דהיינו השט' שהיה ליהודה על ראובן אך אם וכולי אפילו שיודה ראובן לאו כלום דחיישי' לקנוניא וכולי הרי שכ' כיון שהשטר בידו אין לך ראיה גדולה מזו עיין שם ליתא דנדון שלו שמכר יהודה השט"ח לשמעון בכו"מ וא"ל קני וכו' כמבואר שם דראיה ברורה היא אבל מה שהשט"ח בידו לאו ראיה היא ועיין בתשו' מהר"א ששון סימן ס"ז:

י"ב דין ד' דכל שיש לו מעות אינו יכול לומר טול קרקע וכו' וכן כל שיש מטלטלין וקרקע וחפץ המלוה במטלטלין מבקרקע צריך ליתן לו מטלטלין כמבואר בסימן ק"א ואם כן אם הפקדון הם מטלטלין מוציאין אותם ונותנים למלוה ועיין בא"ה סימן ע' ס"ז מי שהלך למ"ה והפקיד כלים ביד אחד מוציאין מיד הנפקד למזונות אשתו וכו' וכתב הרב ח"מ ס"ק כ"ד דאם יש לו מעות מופקדים ביד אחר ויש לו מטלטלי בביתו דמעות המופקדים הם בני חורי כמו דמטלטלין שבבית וכו' משמ' מדבריו שם דאפילו יש כלים ביד אחר ויש כלים בביתו מוציאין מן הנפקד וכ"מ מדברי הרב ב"ש שם ואין נרא' כן מדברי הרשב"א הכא דאין מוציאין מהנפקד אלא אם יש מעות פקדון והלוה אין לו מעות אלא מטלטלין או מקרקעי משמע דכל דיש מעות אין הלוה יכול לדחותו אצל מטלטלין או מקרקעי אבל אם הפקדון הם מטלטלין ויש בביתו גם כן מטלטלין כיון דאין המלוה יכול לומר אין רצוני במטלטלין זה אלא זה אם כן פשיטא דאין מוציאין מהנפקד וגם במעות פקדון נראה דה"ד במעות שאינו יכול להשתמש כגון שהנפקד בע"ה דאין לו רשות להשתמש בהם אבל אם הנפקד שולחני או חנוני והמעות לא חתומים ולא קשורים שיכול להשתמש בהם אין מוציאין ממנו בע"כ:

י"ג דין ה' אין שמעון יכול למחול ללוי וכולי עיין באה"ע סימן ע' ס"ח באשה שלותה דאם מחלה האשה לבעלה אין למלוה כלום וה' ח"מ שם תמה כיון שהבעל משועבד למלוה מדר' נתן אין מחילתה כלו' ואין לחלק בין חוב דעלמא לחוב דמזונות אשה שהוא מדרבנן וכו' והט"ז שם תי' כן דחיוב דמזונות דרבנן יכולה למחו' כמ"ש התוס' פ"ב דכתובות גבי האומר שטר אמנה וכו' דמוכר שט"ח כיון דקנינו של לוקח מדרבנן יכול למחול והסכים עמו הרב המגיה שם עש"ב וליתא דדוקא מוכר שט"ח לחבירו יכול לחזור ולמחול להפקיע שעבוד השטר מהלוקח משום דאין לו ללוקח רק שעבוד דרבנן אבל האש' אינה יכולה למחול לבעלה להפקיע שעבוד דאורייתא שיש למלוה עליה וכן לוקח שטר חוב מחבירו ויש על הלוקח חוב אינו יכול למחול השט' ללוה להפקי' שעבוד דאוריי' שעליו:

י"ד אין שמעון יכול למחול וכו' כתב הש"ך סקי"ב דאם מחל לו או הרויח לו זמן או אומר אמנה או פרוע בשעה שעדיין לא נתחייב לראובן פשיטא דבטל השטר ובא"ה סי' ע' שכ' אם מחלה האשה לבעלה אין למלוה כלום יש לפ' כשמחלה קודם שלוותה ואכלה ע"ש ועיין בבית שמואל שם שכ' דלק"מ דמיירי דהיה לה לשלם ומחלה דאז יכולה למחול וכו':

ט"ו אין שמעון יכול למחול וכו' כ"כ הטור ומדברי הרא"ש בכתובות שכ' גבי האומר שטר אמנ' וכו' כתב דהא דאינו נאמן במגו דאי בעי מחיל משום דלא רצה למחול להפסיד חובו משמע דס"ל דיכול למחול והט"ז כ' דשם מיירי בלא נתברר עדיין בב"ד שחייב לו שיכול למחול וכ"כ הדרישה ושכ"נ מדברי ר' ירוחם שכת' דלאחר שפסקו ב"ד להגבותו שט"ח פשיטא דשוב אינו יכול למחול וכו' עש"ב וכבר כתבתי בסי' מ"ז שכן נר' דעת הע"ש שם שכתב הוא דאינו נאמן במגו דיכול למחו' משום דירא שמא יפסיד חובו ע"ש וכן מצאתי למהר"י ן' מיגש הובאו דבריו בספר א"ז לכתובות שכן כתב דכל שלא עמד בדין יכול למחול אבל אחר שיצא השטר בב"ד וזכה בו כגבוי דמי והרמב"ן שם כתב בשם חכמי צרפת דהגם כשעמד בדין ורחוק הוא דאיך העמידו בדין בב"ד ונתחייב שמעון בלא הוצאת השטר ואם הוציאו ולא טען איך יחזור ויטעון ועוד וכו' ע"ש הרי דמהר"י ן' מיגש והרמב"ן סבירא ליה דדוקא עמד בדין ונתחייב לא יכול למחול וחכמי צרפת העמידו המימרא בכך ואם כן אפש' דגם הר"ן שתי' ועוד וכולי מוקמינן לה בנתחייב בב"ד כמ"ש הדרישה ועיין בב"י שכתב דהר"ן סמך על תירוץ זה והש"ך תמה שהר"ן כתב אחר כך עוד נר"ל משום דאי מחיל ליה מיכסף ממלוה שלו מבואר דמסקנתו יכו' למחול ע"ש ולפי מ"ש נ"ל דהר"ן סבירא ליה דאינו יכול למחול וה"ד כשנתחייב בב"ד דאינו יכול למחול ולא הוי מגו משום דאי מחיל מיכסף וכו' ועוד דל' הר"ן משמע דלא חזר מסברא זו דאינו יכול למחול אלא שכתב דבלאו הכי לא הוי מגו משום דאי מחיל מיכסף וכו' דנ"מ אם הוא בתוך זמן דיכול למחול וכן כתב הרדב"ז ח"ב סי' תשנ"ו דקודם זמן הפירעון לא נשתעבד למי שהקרן שלו ויכול בעל השטר למחול וכן מבואר בדברי הר"ן וכן פ' הרב חוות יאיר סימן פ' ודחה דברי הש"ך עיי"ש וא"כ אם המלוה אמר שהוא פרוע או אמנה לתירו' א' נאמן במגו דיכול למחול אבל לתי' דאי מחיל מיכסף וכו' אינו נאמן אבל אחר שהגיע זמן הפירעון מודה שאינו יכול למחול אפילו שלא עמדו בדין ולא נתחייב עדיין דמוכר שטר חוב לחבירו דיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן אבל ב"ח אפילו לא עמד בדין ס"ס משועבד מדאורייתא ועיין בהרב שפתי כהן ס"ק א':

ט"ז וכן אם אמר שטר אמנה או פרוע וכו' כ' הסמ"ע דה"ד כשיש נאמנות בשטר דאל"כ כיון דאינו יכול לגבות בשטרו אלא בשבו' כשא"ל הלוה ישבע לי שאינו פרו' ושמעון מודה שפרע גם ראובן הבא מכחו לא יכול לגבות ממנו כמבואר בסימן מ"ז עיין שם וכבר כתבתי בסימן מ"ו דה"ד בטוען פרו' אבל בטוען אמנה דא"ק המלוה לישב' אפילו אין בו נאמנות אין נאמן:

י"ז

וכן אם אמר שטר אמנה או פרוע וכולי ראובן שיש לו משכונה בחצר שמעון והיה דר בתוכה ואח"ז לקח ראובן מגוי א' סחורה הוא ולוי והם עפ"ק זה בזה ונשבר ראובן ותפס הגוי את לוי בעד ראובן ונתן לוי לגוי משכון וע"ז נתן ראובן ללוי שטר המשכונה בכו"מ ואח"כ מחל ראובן לשמעון שטר המשכונה בעד השכירות שחייב לו ונראה דבשטר משכונה אינו נאמן לומר פרוע דבשט"ח שאין בו נאמנות כיון דאם א"ל הלוה השבע לי אינו יכול לגבות אלא בשבועה והוא מודה שפר' הלוקח שבא מכחו לא יכול לגבות בו אבל בשטר משכונה דקי"ל בסימן ק"ח סי"ב דגובי' מן היתומים בלא שבו' אינו נאמן לומר פרו' דכיון דגובי' מהיתומים בלא שבו' ודאי דגם מהלוה עצמו שטוען ברי גובה בלא שבו' דהא דאין נפרעי' מנכסי יתומים אלא בשבו' משום דאם היה גובה מהלוה עצמו וטען השב' לי דלא פרעתיך צריך לישב' ואנו טועני' ליתומים כן כמ"ש רש"י בפ' הכותב עיין שם וא"כ בשטר משכונה אם היה המלוה צריך לישב' ללוה ה"נ לא יגבה מהיתומים אלא בשבו' מה"ט אלא ודאי אפי' מהלוה עצמו גובה בלא שבו' וכ"כ בהדיא בעל התרומות שער י"ד ח"ג בשם הראב"ד עיין שם מיהו משמע שם דה"ד אם המלוה מוחזק ודר בה עיין שם בגד"ת וכ"כ ה' פני משה ח"ב סימן ק"ד דדוקא במשכונה שדר בתוכה איתמר וכן כתב מהר"י עייאש בתשו' ח"ב סימן נ"ב דבעי' שהיה דר בה עיין שם ונראה דאפילו היה אוכל פירות בעינן דר בה וה' בתשו' ח"א סימן מ"ב נסתפק בשם רבו אם מיקרי מוחזק באכילת פירות אפילו לא היה דר בה ע"ש והעיקר כמ"ש דלא מיקרי מוחזק אלא כשדר בה ונר' דה"נ אפי' המוכר היה מוחזק בה חם הלוקח שטר משכונה לא החזיק יכול המוכר למחול כנראה מדברי בעל התרומות שער נ"א ח"ו וז"ל אבל שטר משכונת קרקע וכתב ומסר וירד לוקח למשכונה והחזיק בה הואיל המשכונה מוחזק' ביד המלוה אין יכו' למחו' וכו' וכ"כ הראב"ד בתשו' בשם הר' יצחק הלוי גם כתב שגובי' מן היתומים בלא שבו' וכ"כ הרא"ש בס' חזה התנופה סימן כ"א עיין שם משמע אם הלוקח לא החזיק יכול המוכר למחול וכ"ש בנ"ד שלא מכר לו אלא משכן בידו השטר בכו"מ מיהו בלא"ה בנ"ד שהוא חייב לגוי רק שישראל ערב לגוי יש להסתפק שהערב כל זמן שלא יש עדים שפרע בשבילו אין לו עליו כלום כמבואר בסימן ק"ל ס"ג עיין שם וא"כ נא נשתעבדו לו מדר' נתן וגם לגוי שחייב לו אפשר דלא נשתעבד מדר' נתן ועיין בתשו' הרשב"א שנסתפק בלוה גוי אם נאמר דין זה דר' נתן וכבר כ' ה' מש"ל פ"ב מה' מלוה דמדברי הרא"ש בפ' י"נ מוכח דגם גבי גוי שייך דין דר' נתן שכ' דהשתא דתקנו הגאונים דב"ח וכתובה גבו מטלטלי דיתמי אם גבו מטלטלי' בחוב אביהם ב"ח וכתובת אשה גובה מהם ואפילו ממלוה הגוי וה"ט וכו' משו' דמשועבדים לו מדר' נתן

וכן הרשב"א במיוחסות ס"ל דגם בלוה גוי אמרינן הכי עיין שם חבל אם המלוה גוי א"ל דאין מוציאין מישראל ונותני לגוי (א"ה עמ"ש המחבר בסי' זה ס"ב) מיהו בלא"ה בנ"ד שהוא חייב לגוי רק שישראל ערב כבר כ' מהרש"ך ח"ח סימן ע"ד והביאו הר' כנה"ג אות ז' דהא דר' נתן דוקא כשחייב לוי לשמעון אבל אם שמעון ערב לאחרים בין ישראל בין גוי בעבור לוי אפי' שלוף דוץ חין מוציאין מלוי עיין שם:

י"ח ואם אחר שנתחייב וכולי כ' בתשו' מיי' דס' משפטים סי' כ"ו אם אמר זה פרעתי לנושא קודם שתבעתני רפיא בידי אם יכול להשביעו על כך ואני אומר דפשוט הוא שאינו יכול להשביעו בטענת שמא אבל מחרים חרם סתם מרן בב"י וכן הסכים הש"ך ע"ש וכ' מהריט"ץ סימן ר"ס דלאו דוקא שטוען בריא אתה חייב לי שמא לא פרעת ולכך מחרים סתם אלא אפילו מן הסתם מחרים סתם שהרי כ' הפוסקים שיכול להחרים כל מי שיודע עדות לפלוני יבוא ויעיד כמבואר בסימן כ"ח עיין שם והסמ"ע בסי' ע"א ס"ק ך' כ' דצ"ל דה"ד כשטוען ואומר יש לי עדים בודאי ואיני יודע ביד מי וכ' ה' כנה"ג סימן ט"ז דגם בסימן כ"ח צ"ל דמיירי בטוען ודאי או הוכחה קצת שיש עדים עיין שם וא"כ ה"נ דוקא בטוען בריא או בהוכחה קצת שהוא חייב לו וספק בפירעון אבל בשמא אתה חייב לו אינו מחרים סתם אבל מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סימן כ"ג שכ' על אשה מורדת אם חושש הבעל שמא תפסה משלו כלום והפקידה ביד אחרים אין הבעל יכול להחרים כל מי שיש בידו כלום דהא תניא הכל מן האשה יחזור לאשה ולא לבעל ע"ש משמע דבלא"ה יכול להחרים אפילו בטענת שמא:

י"ט ואם וכולי הלך ופרע לשמעון חייב אם תפס שמעון מלוי ובזבז שמעון נכסיו ואין לו לפרוע י"ל אם חייב לוי לפרוע לראובן והסברא מכרעת דאפי' תפס חייב ה' אנזי"ל סס"י ל"ח ע"ש:

ך דין ז' ואם לא רצו לישבע חוזר וכו' כ' הסמ"ע דחוזר על מה שירשו מאביהם אבל אם לא ירשו מאביהם אפילו יש נכסים של עצמן כיון שטוענין שאין יכולין לישבע מפני שאומרי' שידעו שנפרע השט"ח אינו חוזר עליהם ועוד בלא"ה אף שגרמו היזק אין חייבים לשלם מכיסם דשט"ח כמטלטלי הוא ובמטלטלי לכ"ע אין חייבי' לשלם מה שהזיקו כמבואר בדברי הטור בסי' ק"ז עש"ב והש"ך כ' דליתא דבפרק כל שעה אמרינן יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה אותה מהם ולא חשיב כמו שקנו היתומים דלא משתעבדי לב"ח משום דמשתעבד לוה שני מדר' נתן אלמא לא חשוב שטר כמטלטלין דיתמי אלא כיון דמשועבדים מדר' נתן הוי כשלו עיין שם ונראה דה"ד קרקע דמשועבדי' מדר' נתן אבל מטלטלי' לא נשתעבדו לו כמ"ש התוס' בפרק כ"ש

שם דקרקע המשועבד לראובן חשיב ליה כאילו בידו דהא אם מכרו חוזר וגובה אותי ולכך משועבד נמי לבעל חוב שלו אבל מטלטלי' לא חשיבי כאלו הם ביד ראובן כיון שאלו אם מכרם או משכנם אינו גובה ע"ש במהרש"א א"כ לא אמרינן מדר' נתן כאלו ב"ח דאביהם חייב לו אלא דחשיב הקרקע המשועבד לאביהם כאלו הוא בידו אבל גבי מטלטלי אע"ג דגבה ממנו אפילו מטלטלי' כשאביהם קיים אבל כשמת הוו אצל בניו דלא משתעבדי לב"ח וכן מוכח בפ' הכותב בההיא איתתא דתפסה מלוגמא דשטרי וכו' דשטרו' דינם כמטלטלי' דיתמי ולא נשתעבדו לב"ח והרשב"א בח"ג סימן קצ"ג והביאו מרן הב"י סימן ס"ד כ' מיירי בחוב ידוע בעדים בתוך זמנו או בשטר ולא הוי דאב נכסים דשטרות הוו כמטלטלי' דיתמי דלא משתעבדי לב"ח כמבו' סימן ס"ד ומרן הב"י שם הביא תשו' הרשב"א שכ' שם דמיירי בידוע דמלוה יש לה על אביהם או מלוה בעדים בתוך זמנו או מלוה בשטר אלא דלא הניח נכסי' לגבות מהם אלא שטרות וכ"כ הראב"ד בס' תמים דעים סימן והביאו הבעה"ת שער נ"א חלק ח' וכ"כ הר"נ בר מאיר עש"ב וא"כ נשתעבדו לה מדר' נתן וכן ראיתי בשו"ת מהר"י בן הרא"ש סימן פ"ט תשו' להר"א בן ישמעאל וז"ל וטעמא דמהניא תפיסת השטר לענין שלא יעשה החוב מטלטלי' אצל בניו משום דההוא חוב כבר משועבד להההיא איתתא דתפסה מלוגמא דשטרי מחיים דאב מדר' נתן אלא דאמור רבנן כי מת האב נעשה החוב מטלטלי' ומטלטלי' דיתמי לב"ח לא משתעבדי בדינא דגמר' וכיון שהיה אותו החוב משועבד בחיי האב ותפסה השטרות בחייו אהני' שלא יעשה מטלטלי' אצל היתומי' וכו' עכ"ל הרי בהדיא דהיו משועבדים לה מחיים מדר' נתן ואם תפסה השטרות מחיים מהני שלא יעשה המטלטלי' אצל היתומי' אבל תפסה לאחר מיתה אינה כלום דמשו' דנעשו מטלטלי' אצל היתומים וא"א אפילו היו השטרות ביד היורשי' גובה מהם מדר' נתן דכיון שנשתעבדו לה הוי כשלה אלא ע"כ לא היה קרקע לב"ח דאביהם דנהי דמוציאין מדר' נתן אפילו מטלטלי' אם היה אביהם קיים מ"מ כשמת נעשו מטלטלי' אצל בניו ואפי' מטלטלי' שהם ברשות אחרים קי"ל כר"ע דלא משתעבדי לב"ח דבחזקת היורשים הם כמ"ש בסי' ק"ז וע"ש בסמ"ע ס"ק ד' ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' שפ"ט:

סימן פז

א' דין א' אם מודה במקצת חייב שבו' מן התורה וכו' ראובן תבע את שמעון בפני כמה אנשים וא"ל לא לקחתי ממך רק סך פ' ולא יותר ואחר ימים עמדו לחשבון וכחש שלא קבל הסך הנ"ז ונשבע ועתה תובע אותו הסך שהודה בפני עדים וראובן אומר כבר

נשבעתי ואיני זקוק לעמוד בדין דאין טענתו כלום דהא אפילו נשבע ויצא פטור מב"ד אם באו עדים משלם וא"כ צריך לעמוד בדין שאם יביא עדים ישלם וה"נ הא איכא עדי הודאה ואע"ג דהוא נאמן לומר משטה וכולי מ"מ צריך לעמוד בדין דקי"ל אם לא טען לא טעני' ליה ועוד נראה דצריך לישבע על טענה זו שהוא משטה מהר"י באסן בתשו' סי' ל"א ע"ש נראה דס"ל דאם תבע ונשבע לו בפני עדים אינו יכול לתובעו לעמוד עוד בדין דשבו' מעצמו שלא בב"ד מהניא:

ב' נסתפק ה' בית יעקב סי' ק"ך בראובן שחייב לשמעון מאה מנה לשלם בר"ח ניסן ושמעון חייב לראובן חמשים לשלם בר"ח תמוז ותב' שמעון את ראובן לדין בר"ח ניסן המנה שחייב לו וכפר ראובן בחמשי' והודה בחמשים ופסקו לו הב"ד שבו' דאורייתא כדין מודה במקצת ולא נשבע עד ר"ח תמוז שהגיע זמן תשלומי' שמעון לראובן החמשים שחייב לו מי אמרי' כיון שפסקו הב"ד כבר שבו' דאורייתא חייב או"ד דעכשיו הוי ראובן כופר בכל אבל אם לא הגיע הזמן לא חשיב כופר בכל עש"ב ונראה פשוט דאם א"ל הילך אפי' לא הגיע הזמן הוי כופר בכל דאם רצה לפורעו אפילו בתוך הזמן אין המלוה יכול לעכב כמבואר בסי' ע"ד וא"כ כשאמר לו הילך החמשים כנגדן שאתה חייב ודאי דהוי כופ' בכל:

ג' אם הוא מודה מקצת וכו' כתב מהר"ם ריקאנטי סימן רס"ה והביאו הרב כנה"ג ח"ב הקונה פרקמטי' מחבירו מוכר או' בכך מכרתי והקונה או' בפחו' ואומר למוכר השבע וטול והמוכר אומר לקונה השבע והפט' פסק הרי"ף דכיון שהקונה מודה במקצת חייב לישבע דאורייתא ואין כאן שבועה ע"כ והיא תשו' הרי"ף סימן ע"ח ע"ש וכן מבואר בדברי הרמב"ם והטור ומרן סס"י רכ"ב עיין שם:

ד' עד אחד מכחישו וכולי דוקא עד כשר ולא עד פסול מהרי"ל בתשו' ונראה דכל פיסול דפוס' בב' עדים אינו זוקק לשבועה בעד אחד הרב כנה"ג עיין שם וז"ל הרמב"ם פ"ה מהלכות עדות כל מקום שע"א מועיל אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מעד אחד של שבו' שאין מחייבים שבועה אלא בעדות כשר הראוי להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנתבע ממון על פיו וכתב מרן הכ"מ איני יודע מהיכן הוציא דין זה אם לא מדאמרינן לכל עון ולכל חטא' אינו קם אבל קם הוא לשבו' משמ' דבראוי לעדות ולחטאת בצירוף אחר עסיקינן עיי"ש והרב נודע ביהודה בתשו' חא"ה סימן ל"ה כתב ראיה מדתניא בספרי לעון אינו קם אבל קם הוא לשבועה אר"י ק"ו ומה פיו שאינו מצטרף עם אחר למיתה נשבע על פי עצמו עד אחד שמצטרף עם אחר למיתה אינו דין שישבע על פי עד אחד לממון מה לנשבע על פי עצמו שכן משלם על פי עצמו ישבע על פה עד אחד שכן אינו

משלם ע"פ עד אחד תלמוד לומר לכל עון וכו' אבל קם לשבו' כצ"ל וא"א הרי מק"ו ליכא למילף רק עד כשר שראוי להצטרף עם אחר למיתה ואיצטריך קרא לומר דאפילו עד פסול קם לשבועה אלא ודאי גם מקרא לא ילפינן רק עד כשר וכו' ע"ש ומה שהגיה בספרי עד אחד שמצטרף עם אחר למיתה א"ד שישבע עד אחד לממון וכו' קשה דאם כן דיו אסוף דינא דגם לשבועה אינו קם לבדו אלא בצירוף עד אחד דומיא דמיתה ועיין בספר זית רענן ובספרי דבי רב ס' שופטים אבל לא ראו מ"ש הסמ"ג לאוין רי"ג חוץ מעד אחד המחייבו שבועה דאמר כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ע"ש וכ"כ רבינו האיי בספר משפטי שבועות שער ב' וז"ל לפי שאם היו שני עדים מעידים עליו כגון זה היו מוציאין ממון עד אחד מחייבו דכתיב לא יקום וכו' אבל קם הוא לשבוע' דאמר מר כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד א' מחייבו שבועה וכו' ע"ש ובפרק שבועת הדיינים הכי אמ' שמואל ל"ש אלא בטענת מלוה והודאת לוה אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד אפילו לא טענו אלא בפרוטה חיי' מאי טעמא דכתיב לא יקום עד אחד וכו' אבל קם הוא לשבועה ותניא כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה וכו' ואם כן בעדים פסולים שאין ב' מחייבים אותו ממון אין עד אחד מחייבו שבועה ואף על גב דלאו דוקא כל מקום וכו' דהא איכא כפירת שעבוד קרקעו' דשני' מחייבי' אותו ממון ואחד אינו מחייבו שבוע' כמ"ש התוספו' שם מכל מקום משמע בהדיא דכל שאין מחייבין אותו ממון כגון שהם פסולים אין עד א' מחייבו שבועה וכן כתב הרשב"ש בתשו' סימן תקס"ז עיי"ש וכן כתב הרב החינוך ס' שופטים סימן תקכ"ו עיי"ש וכה"ג כתב הרא"ש בפרק שבועת הדיינים בעד אחד אומר שט' אמנה וז"ל וקשה לר"ת דהא אמרינן בפרק הכותב כגון אבא מארי דקים ליה בגויה מרענא שטרא אפומ' ואי ריעותא דשטרא בכל מקום דוקא הוי להטיל שבו' עליה מאי רבותיה כל עד מעיד שהוא פרוע היה מזקיקו לשבו' ותירץ ר"ת דהתם מיירי באומר שטר אמנה ושטר פסים הוא דאפילו תרי סהדי לא מהימני בהכי כדאיתא בפרק האשה וכו' ע"ש הרי דעד אחד מזקיקו לישבע על טענת אמנה משום דאפילו שנים שאמרו אמנה הוא אין נאמנים וכן עד אחד מעיד על השטר שהוא פרוע דאין המלוה גובה אלא בשבועת המשנה ה"ד עד כשר ולא קרוב או פסול כמבואר בדברי התוס' דכתובות דפ"ה בד"ה מרענ' וכו' שכתב פר"ח היינו שצריך בעל השטר לישבע קודם שיגבה וכו' וא"ת למאי הילכתא אפילו לא מהימן כבי תרי ויתחייב שבועה הבא ליפרע וכולי וי"ל דרב פפא אפילו קרוב שאינו בר עדות וכו' וכן כתבו הרא"ש והריטב"א ותר"י שם הרי דעד אחד

קרוב אינו מחייבו שבו' ליטול וה"ה פסול וכן מבואר בדברי המ"מ פרק כ"ד מהלכות אישות דין י"ז עיין שם:

ונראה דאפי' עד א' דאינו פסול אלא מדרבנן אין מחייבו שבועה דקי"ל כרב אחא בפ' שבועת העדות דמקרי אינו ראוי להעיד ולא קרי' ביה והוא עד ע"ש וכ"כ הרמב"ם בפ"י מה' שבועו' היו עדיו עד א' מהם פסול אפי' מפסולי עדות של דבריהם וכו' פטור משבוע' העדות שאלו העידו לא היו מחייבין אותו בעדותם ממון ע"ש הרי אפי' ראוי לעדות מדאורייתא כיון דס"ס אין מחייבים בעדותם ממון לא מיקרי עד וה"נ אין מחייבו שבועה מה"ט דכל מקום ששנים מחייבי' אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכ"כ בתשו' בשמים ראש סי' קנ"ז דלכ"ע עד פסול מדרבנן אין מחייבו שבועה עש"ב וה"ה במקו' שעד א' המסייע לנתבע פוטרו משבועה ה"ד עד כשר דמהר"ם בתשו' הארוכות סי' תתקנ"ד והובא בתשו' המיי' לס' משפטי' סי' ס"א יליף לה בק"ו ומה המוציא מחייבו את שכנגדו שבועה דאוריית' המוחזק שיש לו עד אחד המסייעו א"ד שיפטרנו מן השבועה ועוד דכל מקום שני' מחייבי' איתו ממון עד א' מחייבו שבועה וה"נ כמו שב' פוטרין אותו ממון אפי' יש לשכנגדו שטר ה"נ עד אחד פוטרו משבועה עיין שם אם כן דוקא עד כשר שראוי להצטרף עם אחר לפוטרו ממון

ה' ועד א' מכחישו וכו' דוקא עד כשר אבל לא פסול מהרי"ל בתשו' ונראה מדבריו דכל פיסול הפוסל בב' עדים אינו זוקק לשבועה בעד א' ובספר תומת ישרים סי' ס"א כ' דעד א' פסול או קרוב זוקק לשבועת היסת ולא לשבועת התורה אבל פיסול דנגיעת ממון אינו זוקק אפי' לשבוע' היסת והכנה"ג בח"ב הוכיח מתשו' הראב"ד שכ' השה"ג בפרק זה בורר כדברי מהרי"ל עש"ב ומדברי הרמב"ם ומרן סי' נ"א שכתב שטר שחתומים בו שני עדים בלבד ונמצא אחד מהם קרוב או פסול הרי הוא כחרס וכו' משמע דאינו זוקק אפי' לשבו' היסת דבטל הוא לגמרי וכ"כ הרשב"א ח"ב סי' ק"י עש"ב: ו' כתב בתשו' בספר שערי צדק שער ה' סי' כ"ד הטעם דחייב שבועה נגד עד א' משום דכ"ע ידעי דלא מפקינן ממונא אלא על פי שני עדים וליכא דיהבי זוזי בהלואה על ידי עד אחד עד דמייתי תרי סהדי וכי מייתי לקמן חד סהדא אמרינן הוו תרי סהדי וחד מנהון אונס אית ליה או דאיתיה ברחוק וממון בחד סהד' לא מפקינן אלא רמינן עליה שבועה חמורה ע"כ ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"א סי' שכ' הטעם:

ז' ועד אחד מכחישו וכו' נראה דה"ד בטענה שאם הודה לדברי העד או אם היו שנים היה חיי' לשלם אבל בטענה דאפי' היה מודה לדברי העד או אפילו היו ב' אינו חייב ממון

רק שבו' בע"א שמכחישו אינו חייב שבו' דלא אמרו אלא בכל מקום שב' מחייבין אותו ממון א' מחייבו שבועה מהרח"ש ק"א סימן פ' ע"ש ועיין בשו"ת בשמים ראש סימן כ"ו: ח' ועד א' מכחישו וכו' דוקא עד כשר אבל לא עד פסול מהרי"ל בתשו' נראה מדבריו דכל פיסול הפוסל בשני עדים אינו זוקק לשבועה בעד אחד ה' כנה"ג עיין שם ונראה דאפילו שנים כשהם פסולים אין מחייבי' אותו שבועה דאין חילוק בין עד אחד פסול לשנים פסולים וכן כתב מהריק"ו סימן פ"ז דעד אחד כשר עדיף מב' קרובי' דעד אחד מחייבו שבועה וב' עדים קרובים אין מחייבים אותו שבועה ע"ש ונראה דכ"ש דאין פוטרים אותו משבו' כעד אחד מסייע דפוטרו משבועה דדוקא עד כשר אבל עד פסול ואפילו ב' עדים קרובים מסייעין אותו אין פוטרי' אותו משבועה וכן כתב ראב"ן בתשובות סימן ק"י וז"ל ראובן תבע לשמעון ספר של מורישי בידך ואיני יודע למה ושמעון אמר אבי מכרו לי וכו' והשיב אביו יש לי שטר תנו לי זמן וכן עשה והביא את השטר אחר שלשה ימים והיו שני קרובים חתומים בו וכו' ישבע אבי שמ' שמורישו של ראובן מכרו לו ויחזיק בשלו כשאר כל הנשבעין שנשבעין ולא משלמין ואי משום שנמצא השטר פסול וכו' לא מיירי אלא בקרקע שנקנה בשטר ובחזקה וכיון שחזקה אתיא מכח השטר פסול אינה חזקה ואין כאן לא שטר ולא חזק' אבל הכא ספר דבר הנקנה במשיכה והוא כשאר מטלטלן ולא בעי לא שטר ולא חזקת שלש שנים אלא כיון שהוציא מתחת ידו הרי בחזקת שלו והשטר שעשה אבי שמעון לא הוי אלא להרווחא בעלמא שלא יצטרך לישבע שקנהו אם יצא ערער וכיון שנפסל השטר אזלה לה הרווחא וצריך לישבע וכולי עכ"ל הרי אפילו שני עדים קרובים כמאן דליתנהו וצריך לישבע ליפטר והכא נמי בהלואה אם הביא המלוה שני עדים שהלוהו ונמצאו קרובים הלוה פטור משבו' דאורייתא וחייב שבועת היסת משום דטענת המלוה לא באה מכח העדים אלא שרצה לטול על פה העדים ואם נמצאו העדים פסולים טענתו טענה וחייב הלוה שבועת היסת כדקיימא לן בסימן ע' ס"ב באומר פרעתיך בפני פלו' ופלו' וכו' ע"ש אבל אם המלוה טען ספק על פה העד דקי"ל בסימן ע"ה סכ"ג דהעד מחייבו שבו' דאוריית' ונמצא העד קרוב או פסול אין צריך הלוה לישבע אפי' שבועת היסת ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"א סימן ק"ה:

ט' ועד אחד מכחישו וכולי אם עד מעיד על מנה ביום פ' ועד אחד מעיד על מנה ביום אחר דקיימא לן דמצטרפין לחייבו מנה אין צריך לישבע שבו' כמבואר בחי' הריטב"א לכתובות דף פ"ח גבי אי פקח הוא וכו' היכי סמיך וכו' פירש"י הא מה שראה זה לא ראה זה ואם תכפור על שתיהן אין כאן אלא עד אחד ותשבע ותטול שלישית ונמצא מפסיד והק' בתוספות דהא קיימא לן כריב"ק דהלואה אחר הלואה מצטרפין והוא הדין פירעון

אחר פירעון שמצטרפין מיהת אם כל אחד מהם מעיד לכך פי' היכי סמיך והא כיון שנצטרפו שניהם למנ' אליבא דריב"ק כבר עשו כל א' עדותו במה שראה ונתקבל' עדותו ואיך יכול עוד לחזור ולהשביעו על פה עד אחד מהם עכ"ל וכן כתב הרא"ש בספר א"ז: יו"ד וע"א מכחישו וכולי וכן אם טען המלוה כבר הגיע זמן הפירעון והלוה אומר שלא הגיע זמן הפירעון ועד אחד מעיד שהגיע הזמן חייב לישבע שבועת התורה שלא הגיע זמן הפירעון אלא בזמן פלוני מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ע"ד ע"ש אבל אם אין עד אחד ישבע שבועת היסת ועיין בתשובות פנים מאירות חלק שני סימן צ"ה עיין שם:

י"א אפי' א"ל מנה לי בידך והלה אומר לא הד"מ נשבע היסת וכולי התוספות בשבועות דף מ"א כתב' בשם ר"ת כיון דלא איתמר הילכתא בין הני תרי לישני היכא דליכא דררא דממונא לא משבעינן ליה מספק דהממע"ה וכולי וקצת נראה להשביע דא"ד טפל ללשון ראשון כמ"ש ריב"א וכו' וכן כתב בתשובות המיי' לס' משפטים סימן ל"ז ע"ש והרדב"ז בתשוב' ח"ג סימן תפ"ה גבי טענת רבית וכו' כ' וא"ל כיון דשבועת היסת דרבנן ואיכא פלוגתא ואנו מסופקים הלכה כמאן ניזיל לקולא ולא נשבע ככל ספק דרבנן הא ל"ק דלא אמרי' ספק דרבנן לקולא אלא אם הספק נולד מאיליו דלא נודע איך היה המעשה וכו' אבל כשהספק בא מחסרון ידיעה שאין אנו יודעים כמי נפסוק הלכה לא אזלינן לקולא וכו' ע"ש ותימא שלא ראה דר"ת סבירא ליה הכא כיון דלא איתמר הילכתא כמאן אין משביעין אותו מספק דהמע"ה והתוס' כתבו קצת נראה להשביע דקיימא לן כל' קמא כמו שכתב ריב"א אבל בכל פלוגתא דשבועת היסת לכ"ע אין משביעין מספק ור"ת לטעמיה שכתב הרא"ש בפרק קמא דע"ז וז"ל ומכאן היה פוסק ר"ת בכל איכא דאמרי בשל תורה הלך אחר המחמיר ובשל סופרים הלך אחר המיקל וריב"א אומר דכל איכא דאמרי טפל לל"א כי רב אשי סידר התלמוד לשון המרובי' והעיקר תחילה וכו' ורי"ץ גיאת כתב דלעולם הילכתא כאיכא דאמרי ומקצת הגאוני' פסקו בממון כאיכא דאמרי ובאיסורא לחומרא עד כאן לשונו ונראה לכאורה דלרי"ץ גיאת דלעולם הלכה כאיכא דאמרי הכא נמי קיימא לן כלישנא בתרא דאין משביעין היסת אלא כי איכא דררא דממונא כמו שפסק ר"ת מיהו הרא"ש בפרק ראוהו ב"ד אחר דברי רי"ץ גיאת כ' וז"ל מיהו נראה דהכא לא דמי לתרי לישני דעלמא משום דאורח' למי' אירשא תחילה ובתר הכי איכא דמתני לה אסיפא הילכך ליכא למיקם עלה הי מנייהו בתרייתא וכו' עיי"ש הכא נמי דאיכא דמתני לה אסיפא וכו' ליכא למיקם עלה ובדרבנן הלך אחר המיקל אלא דכבר הוכיחו התוספות והרא"ש בפרק קמא דב"מ בתשו' המיי' שם דהכא קיימ' לן כל' קמא דאפילו ליכא דררא דממונא צריך לישבע היסת ע"ש וכן הוכיח רבי'

האיי בס' משפטי שבועו' עיין שם באורך וכן כתב רש"י בסוף פ"ק אמתני' אבל אם אמר איני יודע אם הלויתני פטור מיהו ישבע שאין יודע שחייב לו כלום דלא עדיף שמא מברי דהא א"נ הוה טעין ליה אין לך בידי כלום הוה משבעינן ליה שבועת היסת וכו עיין שם: ומ"מ שמעי' מינה דכל ספק שבועת היסת או פלוגתא דרבוותא אין משביעין אותו אפי' איכא דררא דממונא ומהר"ם ריקנטי סי' רס"ג כ' פסק רב אלפס והרמב"ם דמשביעי' שבוע' היסת אפי' וכו' אבל רב האי גאון ור"ת פוסקי' דאין משביעין אותו שבו' היס' אלא היכא דאיכא דררא דממונא וכו' וכן דן רשב"א וכו' ואף רב האי מודה דמחרימי' סתם עד שיודה האמת ע"ש וליתא בס' משפטי שבועות לר' האי כ' שי"א כן וכו' ואינו כן אלא שניהם שוים בשבוע' היסת וכו' וכ"ש שאנו מוצאי' בגמ' ד"ב אוחזין בטלית בההוא רעיא וכו' ע"ש מיהו כ' בתשו' המיי' דכי ליכא דררא דממונא ויש רגלים לדבר כמו עני תובע לעשיר מנה לי בידך והלה אומר להד"ם אם יש הפלגה למנין עוני או למנין עושר שלא להעלות על הדעת אין זה אלא כמערים ואין לחייבו שבוע' ע"ש וכ"כ מהר"ם ריקנטי סי' רס"ב שכן פסק ריב"א מיהו מחרימי' סתם על כל מי שחייב לו שיודה ומ"מ אם נתן העני אמתלא לדבריו משביעי' את העשיר ע"ש:

י"ב אם אמר הילך וכו' אינו חייב אלא היסת וכו' עיין בס' בשמים ראש סי' כ"ו דיש מה שרצה לומר דפטור אפי' משבועת היסת דהוי כמשיב אבידה ולא שייך חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו וה' דחה סברא זו עש"ב וכן מבואר בדברי הרמב"ם פ"ג מה' טוען דהילך חייב שבועת היסת עיי"ש וכ"כ הרב חוקות הדיינים סי' ס"ה ע"ש:

י"ג מוכן בידו בפני ב"ד וכו' עיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ע"ה שכ' שכן דעתו נוטה דאין הילך אלא במזומן מיד ליתן לו ובסי' קי"ד כ' דאם אמר מוכנים בידי או בביתי פטור וכ"כ ה' חוקות הדייני' סי' ס"ז דבין מלוה בין פקדון אם אמר לו הילך אם המעו' הם בעין בידו או ברשותו הרי זה פטור וכו' ע"ש אבל אנן קי"ל במלוה בעינן שהוא בידו אבל בפקדון אפי' אינם בידו ועומדים באגם או בביתו הוי הילך כל היכא דאיתיה ברשות' דמריה איתיה כמ"ש הש"ך ע"ש:

י"ד מוכן בידו בפני ב"ד וכו' ה"ד במלוה אבל בפקדון הנה הוא בביתי די דכל פקדון ברשותא דמאריה קאי וכן אם עומד באגם רבי' ירוחם הביאו הש"ך והראב"ד בס' תמים דעים סי' ר"י כ' וז"ל איכא דבעי פקדון דאיתיה בעין ואיתיה בביתיה אי טעין ליה עשרה דינרים הפקדתי אצלך והלה טוען לא הפקדת אצלי אלא ה' דינרים והרי הם בביתי מי הוי כהילך או לא וי"א דהילך הוי דהא מתרץ בפקדון כעין דקיימ' באגם דלאו הילך טעמא דאיתיה באגם הא בביתיה כהילך דמי וכו' ע"ש מבואר דסבירא ליה דבאגם לא

הוי הילך מדאמרינן בפ' הגוזל דק"ד ע"ב כי תניא ההיא דקא"ל הילך כי קאמינ' דקיימא באגם ע"ש ועיין מה שתירץ הרב גד"ת שער ז' דף נ"א ושדעת רוב הפוסקי' הוי הילך וכבר הובאו בש"מ למציעא דף צ"ח ע"ב תשוב' הראב"ד והרז"ה ודחה שם הרז"ה ראיה זו דדוקא לענין כפירה לא הוי הילך דבעי' מיד ליד לאתר דאלו מגנב ממונא קא כפר ליה ול"ד נקט אגם אבל לענין מודה מקצת הוי כהילך והביא ראיה מדברי רש"י והרי"ף מיהו מבואר שם דה"ד באגם דשכיחא ליה עיין שם באורך

ויש להסתפק בפקדון מעות שאינן צרורין דא"ל כיון דיכול להשתמש בהם ואפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם אין צריך להחזיר אותם המעות עצמם אלא מעות אחרים ודמו להלואה דלאו ברשותא דמרא קאי וכי האי גוונא כתב הט"ז והש"ך בסימן ע"ג ס"ק נ"ה דשייך בהו מחילה כמו בחוב מהאי טעמא ע"ש ומצאתי להראב"ד בספר תמים דעים סימן ר"י שכ' וז"ל איכא דבעי פקדון דאיתיה בעין ואיתיה בביתיה אי טעין ליה יו"ד דינרים הפקדתי אצלך והלה טוען לא הפקדת אצלי אלא חמשה דינרים והרי הם בתיבתי מי הוי כהילך או לא וי"א דהילך הוא דהא מתרץ בפקדון בעין דקיימא באגם דלא הילך טעמא דאיתיה באגם הא בביתיה כהילך דמי וכו' מיהו חזינן בשני כיסין קשורים מצאת והוא אומר לא מצאתי אלא א' דנשבע אלמא פקדון לא הוי הילך או י"ל כיון שצריך למיהב סימנא לא הוי כפקדון עכ"ל וההיא דשני כיסין וכולי בגיטין דף נ"א וכתב הרמב"ן והריטב"א בחי' שם כגון שזה טוען לא מצאתי אלא א' ונאבד ממני בפשיעה או הוצאתים לעצמי ואשלם לך דכיון שהוציאה אין כאן הילך עיי"ש משמע אפילו בפקדון מעות הוי הילך בכל מקום שהם אלא אם כן הוציאם מיהו נראה דהתם משום שאינו יכול להוציאם כדאיתא בפ' א"מ דמעות אבידה דלא טרח בהו לא עיי"ש חלא דהרמב"ם ומרן סימן רס"ז סביר"ל דהוי ש"ש עלייהו אבל הרמב"ן והריטב"א נראה דסבי"ל דלא הוי עלייהו אלא ש"ח כמ"ש הרא"ם והטור שם לכך כתבו ונאבד בפשיעה וכו' ואם כן כיון דאינו יכיל להשתמש בהם חשיב הילך אבל המפקיד מעות לחנוני ולשלחני דיכול להשתמש בהם אימא דלא חשיב הילך ומהר"ץ בהגהתו דחה דברי הט"ז והש"ך דודאי פקדון כל היכא דאיתי ברשות' דמרא איתיה ויכול להקנותו לאחרים כל זמן שלא הוציאו שהרי אם נאנס למפקיד נאנס וכן לענין פיסול המטבע הוא ברשות המפקיד ואם כדברי ה' לא היה הבכור נוטל פי שנים במעות המופקדים ביד אחרים ותהא שביעית משמטת וזה מבואר בהטור ע"ש ואיברא דמהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' י"ב וז"ל דלכל דבר חשוב עיסק' פלגא מלוה לענין המקדש במלוה אינה מקודשת וכן לענין מכירה אם מכר לו קרקע במלוה שהוא חייב לו לא קנ' להתחייב באונסין וכו' דהא אפי' פקדון

דקיבל עליו אחריו' דינו כמלוה לענין קידושין כדמשמע בפרק הא"מ דפריך האי פקדון ה"ד אי דקבל עליו אחריות היינו מלוה והוא הדין לענין מכר וכל שכן לענין שמטה וכולי עש"ב הרי דסביר"ל דאפילו בפקדון שקבל עליו אחריות דינו כמלוה לכל דבר ושוב ראיתי להרדב"ז בתשובו' ח"ב סימן ת"ג שכתב מסתברא לי דאם תבעו לדין וכפר במקצת והודה במקצת והילך וקפץ והקדיש חל ההקדש על החמשי' דאמר הילך דכיון דחשוב כופר בכל ואינו חייב שבו' דאורייתא אם כן הוו כגבוי כבר או פקדון אצלו והם שלו בכל מקו' שהם ע"ש הרי דסביר"ל דאפילו חוב אם הוא מוכן בידו וא"ל הילך הוי כגבוי וחל ההקדש ואם כן הכא נמי אם קדש בו אשה הכא נמי מקודשת מהאי טעמא דהוי כפקדון וכבר כתב מהר"ם בתשו' הארוכות סימן תתקע"ו והוב' בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סימן י"ב דאפי' פקדון דקבל עליו אחריות דינו כמלוה לענין קידושין ועיסק' נמי אף על גב דאינו יכול להוציא ולא נעשו מטלטלין אצל בניו מכל מקום לשאר מילי דינו כמלוה עש"ב וכ"ש חוב זה שביד חבירו והרי אפילו שטר דחשיב הילך בשעבוד קרקעות אם הקדישו אינו מוקדש וגם בשטר עיסק' תמה הרדב"ז סימן צ"א על הרמב"ם בתשו' דאיך חל ההקדש בפלגא דמלוה דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ונדחק דמיירי כגון שבשעה שהקדישו מסר שטר העיסקא בכתוב' ומסירה ואמר זכה בשטר לעניים מעכשיו עיין שם ואף שכתבתי בסימן ס"ו דאפשר שסובר כדעת המרדכי והרז"ה דיכול להקדיש מלוה שאם הקדיש שטר חוב לא בעי כתיב' ומסירה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואצ"ל קני לך וכולי א"ל דדוקא בשטר עיסקא ס"ל דהוי כפקדון דיכול להקדישו כיון שאינו יכול להוציאו כמו שאין נעשה מטלטלין אצל בניו עיין שם מכל מקום בחוב (עכ"מ):

ט"ו ואפי' אם יתן לו משכון וכולי כ"כ הרמב"ם בפ"ג ובפ"ד מה' טוען וכ' המ"מ שם שכ"כ מהר"י ן' מיגש בשם רב אלפס ע"ש וכן הסכים הר"ן ז"ל בפ' ש"ה משו' דכי אמרינן ב"ח קונה משכון ה"מ במשכנו בשעת הלואתו משו' דקנו לו מעותיו א"נ במשכנו ב"ד שלא בשעת הלואתו קני ליה משו' דבגובייא דב"ד אתא לידיה וגזרת הכתוב הוא דקני ליה מדר"י דהרי הוא כאלו הגבו לו ב"ד וכולי אבל בנתן לו לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה במה קנאו המלוה וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דמשכנו בשעת הלואתו או שלא בשעת הלואתו ע"י ב"ד חשיב הילך כיון דקנה מדר"י אבל שלא בשעת הלואתו שלא ע"י ב"ד אפי' נתן לו לוה למלוה מדעתו לא קנה המשכון ולכך לא חשיב הילך וכן פסק הטור ומרן בסי' ס"ז סי"ג דמשכנו שלא בשעת הלואתו ע"י ב"ד דינו כמלוה על המשכון משמע דלא קנה המשכון אלא בשעת הלואתו או שלא בשעת

הלואתו ע"י ב"ד וכבר כתבתי שם דברי הר' בית דוד דאם מסר לו משכון מדעתו אחר ההלואה לא גרע ממה שנותני' ב"ד בע"כ ונעלם ממנו דברי הר"ן דס"ל דאפי' נתן לו מדעתו אחר הלואה לא קנה ע"ש וא"כ ה"נ לא הוי הילך אלא ע"י ב"ד או בשעת הלואתו הוי הילך וכן נראה דעת מרן שכ' בסימן ע"ב דמשכון הוי הילך דהיינו כשלוה עליו מתחילה כמ"ש הסמ"ע ס"ק פ"ב וכ"כ מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בתשו' סי' כ"ג עיין שם וא"כ כ"ש שלא בשעת הלואתו ע"י ב"ד דלכ"ע קנה משכון דהוי הילך וא"כ דעת י"א דמשכון חשיב הילך היינו אפי' בשע' הלואתו שנתן לו הלוה מדעתו וכן מצאתי תשובו' הרי"ף סי' פ"ח שכ' וז"ל אם א"ל אין לך בידי אלא כו"ך והרי משכון זה טול אותו בדמים או המתין עד שנפדה אותו הרי הוא כהילך ואינו נשבע שבועת התורה עכ"ל הרי דס"ל דמשכון בשעת תביעה חשיב כהילך וכ"כ בשטה שלא נודע שמה דקידושין דף ח' ב' וז"ל לענין מודה מקצת משכון הילך הוא דהא קני ליה אידך המשכון שלא בשע' הלואתו הוא ואם אמר מלוה לא בעי משכון הרשות בידו עכ"ל וז"ל בעל העיטור דף ס"ד ע"ג ומסתמא אי יהיב משכון כהילך הוא דהא שטר כהילך הוא וכ"ש משכון אבל רב"י אבן מיגש כ' וכו' ש"מ דמאן דהודה במקצת וכפר במקצת ואנח ליה משכון בההוא מקצת דאודי לאו הילך הוא מדאמרי' הכא מנה אין כאן משכון אין כאן ומעשי' בכל יום דמחייבי' בה שבועת התורה וכו' עכ"ל הרי דמיירי בנותנו לו אחר הלואה על המקצת שהודה בו דמהר"י ן' מיגש ס"ל דלא הוי כהילך אבל הרי"ף ובעל העיטור ס"ל דהוי כהילך והביא דבריהם הטור סי' זה וכ' עוד הטור וז"ל וכתב הרמב"ם א"ל מנה וכלי יש לי בידך אין לך בידי אלא הכלי והילך ואמר התובע אין זה הכלי שלי וכולי ואם הודה הנתבע שאין זה כלי שלו אלא שנתחלף לו אע"פ ששוה כליו צריך לישבע דאורייתא ע"כ ואפשר שהוא סובר דמשכון אינו נקרא הילך אבל לפי מ"ש דמשכון נקרא הילך לא גרע זה משאר משכון עכ"ל הרי אפילו נתנו לו אחר הלואה חשיב הילך אבל הר"י ן' מיגש והרמב"ם ס"ל דלא חשיב כהילך והר"ן בפ' ש"ה הוכיח כן עיין שם באורך וכ"ד בעה"ת והריטב"א והנ"י והריב"ש כמ"ש הש"ך עיין שם באורך וכ"כ ה' חוקות הדיינים סי' ס"ה וז"ל אבל אם א"ל הילך משכון זה בחמשי' דינרים שאני חייב לך הרי זה חייב שבועת התורה משום דמשכון אינו כהילך כיון שאינו קונה אותו לחלוטין וכ"פ הגאונים ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ע"ה דמשכון לא חשיב הילך כיון דצריך שומא וכן כ' הרדב"ז ח"ב סימן תי"ח ומשמע מדברי הרמב"ם והרשב"א והר' חוקות הדיינים והרדב"ז דאפילו משכנו בשעת הלואה לא חשיב הילך כיון דאע"ג דב"ח קונה משכון מ"מ לא קנה אותו לחלוטין וכ' הש"ך וז"ל ואע"ג דלקמן סי' פ"ח סכ"ח העליתי בדעת הרמב"ם

דבכת"י שיש בו נאמנות כיון שאינו יכול לכפור הוי הילך היינו משום דהתם משום דא"י לכפור במעות עצמם שתובעו ואם כן לא הוי מודה במקצת כלל באותו דבר שתובעו משא"כ הכא יכול לכפור במעות ואינו חייב ליתן לו מעו' ונהי דיכול להגבות מהמשכון מ"מ לאו הילך הוא וכולי עיין שם ודבריו תמוהים דגם במשכון יכול לכופו לפורעו מעות כמ"ש הפוסקי' גבי מאן דאוזפיה אלפא זוזי וכמבו' בס"ס ע"ב ע"ש בהסמ"ע והש"ך מיהו דבכת"י שיש בו נאמנות נמי קי"ל בסי' פ"ח לא חשיב הילך אע"פ שאינו יכול לומר פרעתי והוכחתי שם שכן דעת רש"י והתוס' והרמב"ן והריטב"א והר"ן והנ"י וה' חוקות הדיינים וכן הסכים הלח"מ בדעת הרמב"ם דבעי' נמי שעבוד קרקעו' עש"ב וא"כ ה"נ משכון אע"פ שאינו יכול לומר פרעתי לא חשיב הילך אבל הר"ן והריטב"א והנ"י כ' דאם משכנו בשעת הלואתו הוי הילך וכן אם משכנו אחר הלואה בב"ד משום דקני ליה מדר"י ע"ש ועיין בתשו' בשמים ראש סי' כ"ו שכתב דמשכון חשיב הילך ונראה שיש ט"ס בדבריו דאיכא ראיה והוא מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאין המלוה יכול לומר נתתיו בתורת משכון כיון שאין לו מגו לא חשיב הילך כיון שהיה הלוה יכול לטעון דשאול הוא בידו נמצא בהודאתו הוי מודה במקצת אבל אי ליכא ראיה שהמלוה נאמן עד כדי דמיו כיון שאין הלוה יכול לכפור לא ישבע ונר' דמיירי דמשכנו בשעת הלואתו: ט"ז ואפי' אם יתן לו משכון וכו' כ' הריב"ש סי' שצ"ו מיהו אפשר דאם נתן לו רשות למכור המשכון וליפרע ממנו בלא רשות ב"ד ואדם בעולם הוי הילך וכ' הש"ך משמע דאם לא אמר ברשות ב"ד ואדם בעולם אע"פ שנתן לו רשות למכור לא חשיב הילך ע"ש ונראה דס"ל דאם נתן לו רשות למכור ומכרו בלא שומ' בפחות משוויו אין מכירתו מכירה דהוי דינו כשליח שטעה אבל כשנתן לו רשות למכור בלא רשות ב"ד ואדם בעולם אפילו מכרו בפחות משוויו מכירתו מכירה וחשיב הילך ומ"ש הרא"ש בתשו' הביאה הטור בסי' ס"א וסימן ק"ג דאע"פ שרגילים לכתוב בשט"ח שיש רשות למלוה למכור כל מה שיש ללוה מנכסיו בלא רשות ב"ד ובלא שומא והרכזה בין בשוויו בין בפחות נ"ל דלאו כ"כ דמלוה לירד לנכסי לוה אלא בכח ב"ד נראה דה"ד כשלא משכנו משו' דעובר על ד"ת דהמלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד וכו' וכמו שסיים הרא"ש שם אבל כשמשכנו לו והרשהו למכור בלא רשות ב"ד ובלא שומא ודאי דיכול למוכרו וכ"כ מהרש"ך ח"ד סי' פ"ח ע"ש וה' כנה"ג בסי' ע"ג אות כ"ח כ' וז"ל אם נתן לו משכונו והרשה אותו שאם רצה ימכרנו ויפרע מעותיו חשיב כמו פירעון ונפטר בכך מידי שבועתו ואפילו לא נתן לו רשות מוחלט אלא א"ל אם לא אביא לך מעותיך עד יום פ' יהיה המשכון שלך או תמכרנו ותפרע מעותיך לא עבר על שבועתו מהראנ"ח ח"ב סי'

פ"א עיין שם ומהראנ"ח בתשו' למד כן מדברי הריב"ש שכ' דאם נתן לו רשות למכור המשכון ויפרע ממנו בלא רשות ב"ד ואדם בעולם הוי הילך וז"ל ולפ"ז נר' דבנ"ד שנתן לו רשות למוכרו בכל שומא שימצא הרי הוא כנותנו בתורת פירעון כיון דל"צ שומא ע"ש וא"כ נראה דה"ד כשנתן לו רשות למוכרו בכל שומא בהדיא אבל אם הרשה אותו למוכרו סתם לא נפטר משבועתו דהא צריך שומא כמו דלא חשיב הילך:

טו"ב הגה דהא אפילו שטר חשיב הילך כ' הגמ"ר בשטר או בקנין חשיב הילך ואין נראה בעיני מרן הב"י ובירושלמי ברפ"ב דכתובות מבואר דבשט' פטור וכתב הר' שדה יהושע דאפשר דמרן לא חלק אלא על הקנין ע"ש וכן דקדק מהר"י דאלבא בס' לשין למודי' סימן כ"ג מדכ' הרמב"ם אין חייב מודה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו וכו' וכתב הרב מ"מ דדוקא בשטר שא"א לומר פרעתי אבל בעדים או בכת"י דנאמן לומר פרעתי אם הודה בהם הודאתו הודאה לחייבו שבו' דאורייי' וכו' אם כן דוקא הודאה בשטר אבל בקנין בעדים הוי מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא עיי"ש וליתא דקנין נמי דינו כשטר דאינו נאמן לומר פרעתי וגובה ממשועבדי' כמבואר בסימן ט"ל וסימן ע' עש"ב ואם כן ודאי דהודאתו אינה כלום וז"ל בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ב ע"ג גרסינן בפרק שנים אוחזין וכו' ואסיק' התם שתים נמי פטור דשטר הילך הוא והילך פטור כדאיתא במלוה על פה ושמע מינ' דאי אמר ליה מנה לי בידך חמשים בשטר וחמשים על פה ומודה בחמשים דבשטר וכפר בן' בעל פה הוה ליה כטוענו כלים וקרקעות והודה בקרקעו' וכפר בכלים דנשב' שבועת היסת על שכפר ופטור ועדות בקנין נמי כשטרא עיי"ש ונראה דמלוה בעדים בנאמנות שאין הלוה נאמן לומר פרעתי והודה במקצת הודאתו הודא' לחייבו שבועה:

י"ח דהא אפילו שטר חשיב הילך וכו' כתב הר"ב בספר א"ז למציעא וז"ל הא שטר דקא מודה ביה הילך הוא וכו' וא"ת אפילו לפי גירסת רש"י הכי הוה ליה למימר והא שטר הילך הוא דהא אפי' בלא הודאתו כל שטר הילך הוא וי"ל ה"מ בשטר מקויים או שיש עדים מצוים לקיימו אבל היכא דליכא חד מהני לאו הילך הוא אלא אם כן הודה וכיון שהודה אין צריך לקיימו והב' המפורשים בשטר הילך הוא עכ"ל נראה דסביר"ל דאפילו שט' שאינו מקויים אם הודה שלא פרע מקצ' חשיב הילך דגובה אפילו מלקוחות וכן כתבו התוס' במציעא ד' ע"ב בד"ה אמר אביי וז"ל דפשיטא ליה וכולי ומ"ל אי לא גבי ממשעבדי כיון דאין השטר אלא על פי הודאתו א"ד גבי וע"ז אביי הביא מדרב אסי דכי היכי מודה בשט' מהני הודאתו לגבות ממשעבדי אף על פי שאם היה או' מזוייף הוא צריך קיום הכא נמי וכו' ע"ש אלמא אף על גב דלא נתקיים השטר אלא על פי הודאתו

גובה מלקוחו' ולכך חשיב הילך אבל הריטב"א שם דחה דבריהם דכיון שיכול לומר פרעתי פשיטא שאינו גובה מלקוחות דקיימא לן טוענין ללוקח ואין הודאתו של זה כלום במקום שחב לאחרים וכן כתב הרב חוקות הדיינים סימן רל"ז עיי"ש וכן הסכים הש"ך בסי' ק"ו וכן כתב הריב"ש בסי' רס"ד ואם כן אם הלוה הודה בשטר שאינו מקויים כיון שאינו טורף מלקוחות לא חשיב הילך דכתב רש"י בשטר הילך הוא שהרי הקרקעות משועבדים על כך וכולי והריטב"א למד מדבריו דדוקא משום שעבוד הוא דהוי הילך הא לאו הכי אף על גב דלא מצי כפר מודה במקצת גמור הוא ומחייב וכו' עי"ש וז"ל הסמ"ג עשין צ"א אבל מי שטען על חבירו וא"ל מאה דינרים יש לי בידך חמשים בשטר זה וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבאותו שטר מפ' בפרק קמא דמציעא שהשטר כהילך דמי שהרי לא תועיל בו כפירתו וכו' ע"ש משמע אפילו אין בשטר שעבוד קרקעות חשיב כהילך משום דאינו יכול לכפור אבל התוספות בבתרא דף קכ"ח כתבו דלא חשיב שטר הילך אלא שטר דגבי ביה ממשעבדי עיין שם ועיין בב"י סוף סימן פ"ב בשם בעל התרומות

י"ט דין ה' והוא אומר לא לויתי וכולי כ' הסמ"ע דה"ג ובאו עדים וכו' דאע"ג דהוחזק כפרן בב' עדים כיון דמחמת העדים לא נתחייב שהרי העדים לא ידעו שלא פרעו אחר הלואתו אלא מפיו שטען תחילה לא לויתי לא הוי מודה מקצת ונשבע על השאר היסת ונפטר ולא אמר ר' חייא אלא כשהעדים מעידין שעדיין חייב לו ולכך הוחזק כפרן עיין שם וה"נ הא דאמר ר"ח מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידין שיש לו נ' וכולי היינו שמעידים שיש לו עכשיו בשעת התביעה ע"ש וכבר תמה עליו הש"ך שהרי כתב הרשב"א וכדר' חייא נמי אינו מתחייב אלא מתוך טענתו וכו' ואפ"ה דוקא בעדים ומק"ו הא לאו הכי לא וכולי משמע דוקא בעד א' לא אמרי' דהוי על השאר מ"מ ולא בב' עדים וכ"כ הר"ן והריטב"א והנ"י דרבי חייא מיירי כגון שאין העדים מעידים אלא שהלוהו עש"ב וכ"כ הרשב"א הובא בס' א"ז פרק האשה שנתארמלה ובפ"ק במציעא בשי' מקוב' שם וז"ל ע"כ כשאין העדים מעידים שיש עדיין בידו דא"ה הו"ל שעבוד קרקעות אלא הכא באומר אין לך בידי כלום שלא הלויתני כלום והעדים מעידים שהלוהו חמשים וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ע"ש אבל לשון הרמב"ם ספ"ד מה' טוען וז"ל מנה לי בידך אין לך בידי כלום והעדים מעידין עליו שעדיין יש לו אצלו חמשים וכו' משמע דמיירי דהעדים מעידי' שחייב לו עדיין ולא פרעו וכגון שלא זזה ידו מתחת ידם או בתו"ז וכה"ג כ' המ"מ בפ"ג מה' טוען דרבי' מפרש הא דאר"ח מנה לי בידך והלה אומר אין

בידי כלום והעדי' מעידים שיש לו חמשים וכולי היינו שמעידים שי"ל עכשיו בשעת התביעה דאל"כ אמאי לא הוחזק כפרן ואפ"ה ישב' על השאר דלא הוי שעבוד קרקעות: כ' דין ו' י"א שפוטרו משבועה וכו' נראה דעד א' מעיד בכתב שפרעו פוטרו משבועה למא' דקי"ל בסי' נ"א דעד א' בשטר מחייבו שבועה וה"נ פוטרו משבועה (א"ה עמ"ש ה' המחבר בסי' ע"ה)

כ"א י"א שפוטרו משבועה וכו' כ' הש"ך אבל מ"מ יש לו עליו חרם סתם כמבואר בטור סי' פ"ד ע"ש ועיין בה' כנה"ג בסימן ע"ה אות י"ט שכ' דמהר"י וויל סי' צ"ב חולק והטור דס"ל דכשהיה חייב שבועה אין ע"א פוטרו מחרם סתם גם כשלא היה חייב רק חרם סתם אינו פוטרו ומהר"י וויל דס"ל דכשהיה חייב חרם סתם ע"א פוטרו ה"ה כשחייב שבועה פוטרו משבועה וח"ס עש"ב ונר' עיקר דאי' פוט' מח"ס שהרי כ' בעה"ת (עכ"מ): כ"ב וי"א דאינו פוטרו וכו' וז"ל הרמב"ן במלחמות ריש מציעא ה' ר' יעקב בס' הישר כ' דמאן דמכחיש ליה סהדא חייב שבועה דאורייי' ומאן דמסיי' ליה נוטל בלא שבועה וטעמיה משום דשבועה דמתניתין משום חשדא היא שלא יהא כל א' הולך ותוקף בטליתו של חבירו כדר"י והאי כיון דמסייע ליה עד א' רגלים לדבר דלא משקר ע"ש לכאורה נראה דס"ל דאפי' בשבו' דרבנן אין עד א' פוטרו אלא משבועה דמתני' שהיא משו' חשד וכ"כ הריטב"א הובא בשי' מקו' שכ"נ מדברי ר"ת והרז"ה דה"ד בשבועה דהתם שהיא משו' חשד אבל מי שנתחייב שבועה מן הדין אפי' היסת אין עד א' פוטר ע"ש אבל לשון הרמב"ן שם משמע דכל שבועה דרבנן עד א' פוטרו ודוקא משבו' דאורייתא אינו פוטרו וכן משמע מדברי הנ"י והר"ן שם וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"א סי' תתקי"ו וז"ל כיון שכן אף שבועה אינו חייב דהא איכא חד סהדא דמסייע ושבועת הקרקעות אינה אלא מדרבנן וכל מדרבנן שיש עד א' מסייעו אינו נשבע כמ"ש בעל המאור ברפ"ק דמציעא גם הראב"ד כ"כ שם בשם אחרים עכ"ל וכן כ' בתשו' סי' אלף קס"א והמ"מ פ"ה מה' מכירה ע"ש וכן פסק הרדב"ז ח"ב סי' תש"ד ע"ש והתימא על המ"מ והרשב"א והרדב"ז שכ' שם שכן דעת הרז"ה והריטב"א שכ' דנר' מדבריהם דה"ד בשבו' דאוריית' דמתנית' שהיא משום חשד אבל משבועה אחרת מדרבנן אפילו היסת אין עד א' פוטרו דהרי הרז"ה הוכיח מדאמרי' לענין סלעי' דינרים משום דמסיי' ליה שטרא ומדאמרינ' מודה סומכוס וכו' מוכח בהדיא דס"ל דאפי' משבו' דאורי' כי התם עד א' פוטר וכדעת מהר"ם בתשו' המיימוניות דשייכי לס' משפטים סימן ס"ה והרא"ש בפ"ק דמציעא וכן הבין הרמב"ן והר"ן שם וכ' מהרימ"ט ח"א סי' קנ"א דלא מצינו שחולק על התוס' והרמב"ן והרא"ש ומהר"ם דעד א' פוטרו משבו' דאורייתא ע"ש ודבריו תמוהים דהרמב"ן והרשב"א והמ"מ

ס"ל בהדיא דאין עד א' פוטר' אלא משבועה דרבנן וז"ל רבינו ירוחם במישרים נתיב ג' ח"ב דט"ו ע"ג יש מי שכתב כי אינו פוטרו משבועה דאורייתא ויש מי שכ' כי דברי ר"ת לפוטרו אפי' משבו' דאורייתא וכ"נ עיקר ע"ש א"כ ג' מחלוק' בדבר דהרמב"ן והרשב"א והמ"מ ס"ל דאינו פוטרו משבו' דאוריי' אבל משבו' דרבנן פוטרו והריטב"א ס"ל דאפי' משבו' דרבנן דחייב מן הדין אינו פוטר ומהר"ם והרא"ש ורב' ירוחם ס"ל פוטר אפי' משבו' דאורייתא והתוספות בקידו' דע"ג שכ' דפוטרו אפי' משבו' היסת ע"ש אפשר דר"ל דלאו דוקא משבו' דהתם שהיא משו' חשד הוא דפוטרו אלא אפי' שבוע' היסת שחייב מן הדין פוטרו לאפוקי הריטב"א או אפ' דשבו' דאורייתא נמי פוטרו ולאפוקי מבעה"ת דס"ל דפוטרו משבו' דאורייתא ולא משבו' היסת וכתב התוס' דפוטרו אפי' משבועת היסת ודלא כמהרי"מט שם שכ' דכ"ע מודו לבעה"ת דאין ע"א פוטרו משבוע' היסת ע"ש וכ"כ הרשב"ץ בס' יבין שמועה די"ג ע"ד דע"א פוטרו משבו' היסת בהסכמת כל המפ' ע"ש ול"ד דהרי בעהי"ת ס"ל דאין עד א' פוטרו משבו' היסת ועיין בתשו' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' י"ו והמרדכי כ' וז"ל ויש דוחין דברי ר"ת דיש בירושלמי אימתי ש"ח חייב שבו' בזמן דליכא עדים אבל אי איכא עדים דלא פשע פטור אפילו משבו' משמע אבל בעד אחד חייב משום שבועה ושוב אמרו לי משם רבינו פרץ דההיא איסי היא דאמר יביא ראיה בעדים דפטר דמיירי דוקא ברסתקא דמחוזא אבל במקום אחר קיימא לן כר"ת וכו' וכתב ה' מעדני מלך דלדברי הרא"ש נוכל לומר דגם התם עד א' פוטרו וכן נראה ע"ש אבל בספר א"ז לקמא דף י"א כתב וז"ל יביא עדים שנטרפה באונס וכולי תימא לפי' ר"ת דפי' דעד אחד פוטרו משבו' אם כן למה לי שני עדים בעד אחד סגי ול"ל דל"ד נקט עדים דהא כל מקום שאמר עדים הרי כאן שנים עד שיפרט לך הכתוב א' ונרא"ל דל"ק כיון ddרשי' קרא כאיסי דבמקום רואים צריך להבי' עדים ולא מפטר משבו' אם כן עד אחד נמי אינו פוטרו הרא"ש ע"ש הרי דהרא"ש סבירא ליה דהתם אין ע"א פוטרו דכל מקום שאמר ע"א הרי כאן שנים

כ"ג כתב מהראד"ב בתשו' סימן קצ"ד כיון דבעד אחד מסייעו איכא פלוגתא אם פוטרו משבועה יש לנו לקרב הסברות ואפושי פלוגתא לא מפשי' ולומר דע"כ דעד אחד פוטרו משבו' היינו דוקא כשהנתב' טוען ברי אבל שנאמר דאפילו טוען שמא פוטרו הפך מן הקצה אל הקצה דמ"ד אפילו הנתבע טוען ברי אינו פוטרו הא ודאי לא אמרינן אף על גב דבעד א' המחייבו שבו' איכא מ"ד דאפילו הנתבע טוען שמא על פה עד אחד מחייבו מכל מקום בהא דפוטרו מן השבו' כל אפייא שווין דאין עד אחד פוטרו אלא אם כן טוען ברי ע"ש ואין נראה כן מתשובות מהר"ם בתשובות הארוכות סימן תתקנ"ד והובא

בתשובות המיי' דס' משפטים סימן ס"א וז"ל ועוד אני אומ' ק"ו דאיזה כח המרוב' כח המוחז' או כח המוצי' הוי אומר כח המוחזק וא"כ קל וחומר ומה המוצי' מחייב את שכנגדו שבו' דאורייתא המוחזק שיש לו ע"א המסייעו א"ד שיפטרנו משבו' ועוד דכ"מ ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה וה"ה כמו כן כמו ששנים פוטרין אותו מממון אפילו היכא דחייב כגון היכא שיש לשכנגדו שטר וכו' הכא נמי עד אחד פוטרו משבו' וכו' ע"ש ואם כן אפילו בטענת שמא פוטרו דילפי' מק"ו ומה המוציא כשיש לו עד אחד המסייעו אפילו הוא טוען שמא מחייב את שכנגדו שבועה כדקיימא לן בסימן ע"ה סכ"ג ע"ש המוחזק שיש לו עד אחד המסייעו אינו דין שיפטרנו משבו' בטענת שמא ועוד דהא בעד א' מחייבו שבו' בטענת שמא למדו הפוסקים מהא דכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון עד אחד מחייבו שבו' ושנים מחייבים אותו ממון אפילו טען הלה שמא ואם כן הטוען מנה הלויתיך ביום פלוני והלה אומר איני יודע אם הלויתני דקיימא לן דנשבע היסת שאינו יודע ונפטר אם יש עד אחד שהעיד שבאותו יום לא זזה ידו מתוך ידו ולא הלוהו פוטרו משבועה אבל אם אמר יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם נראה דאפילו יש עד א' שמעיד שפרעו חייב דאין עד אחד פוטר מחיוב ממון כמו שכתב הרא"ש בפרק קמא דמציעא וז"ל וי"מ מדאמרינן שומר שמסר לשומר חייב דא"ל האיך לא מהימנינן ליה בשבו' ואמאי חייב יפטרנו שומר שני בעדותו משבו' שהוא חייב ולא קשיא מדי דחיוב הא' משום שאינו יכול לישב' הוא וכו' ואין עד אחד פוטר מחיוב ממון ע"ש הרי כיון שחייב ממון מחמת שאינו יכול לישבע אין עד א' פוטרו והרא"ש בפרק שבועת הדייני' סבירא ליה דעד א' מחייבו שבו' אף בטוען שמא ע"ש ואם כן הכא נמי באומר איני יודע אם פרעתיך דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין עד אחד פוטרו אלא דצריך המלוה לישב' נגד העד ויטול ועד אחד מעיד שהוא פרוע מחייבו שבו' המשנה אפילו הלוה טוען שמא כמ"ש בסימן פ"ד ע"ש אבל אינו פוט' הלוה מחיוב ממון וכה"ג כתב הרב תרומת הדשן סימן של"ד עיי"ש והרב עבודת הגרשוני סימן ק' הביא ראיה לדברי הרא"ש מדאמרינן בפרק שבועת העדות הכל מודי' בשכנגדו חשוד על השבו' וכו' וא"א הוה ליה למי' הכל מודים באומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא ועד א' יודע דאינו חייב אלא חמשים והלוה השביע לאותו העד שיעיד לו ולא הגיד דחייב שהרי העד היה פוטרו ממון אלא ודאי דאפי' בעד אחד אמרינן מתוך שאינו יכול לישב' משלם ע"ש ואכתי קשה אמאי לא אמר הכל מודים באו' מנה הלויתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ועד א' מעיד שהלוהו דקיימא לן דמתוך שאינו יכול לישב' משל' ואם המלוה משביע לאותו עד שיעיד לו ולא העיד חייב

שהרי אם העיד לו היה נוטל בלא שבו' ואם כן הפסידו מיהו יש לומר דאביי דאמר הכל מודים וכו' בבתרא ד' קל"ג גבי האומר זה אחי וכו' משמע דאביי סבירא ליה דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב וכ' התוספו' שם דלא מחל' בין ברי חשוב לבין ברי גרוע דאפילו בברי' גרוע ושמא טוב חייב ע"ש ואם כן בלא העד היה המלוה נוטל מיהו אפילו למ"ד חייב ה"ד אם המלוה טוען ברי אבל אם שניהם לא ידעו אלא שעד אחד מעיד שאחד חייב לחבירו מנה מתוך שאינו יכול לישב' משלם כמו שכ' התוס' בכתובות דף י"ב בד"ה רב הונא וכו' עי"ש ואם כן אכתי אמאי לא אמר הכל מודים בשניהם לא ידעו ויש עד אחד אם השביע לאותו עד שהעיד לו ולא הגיד דחייב שהרי הפסידו:

כ"ד כתב הרב עבודת הגרשוני סימן ק' אם אחר שפטרו ב"ד לנתבע משבו' על פה העד המסייעו חזר התובע ותפס שלא בעדים משל הנתב' ישב' התובע להכחיש העד ולא אמרינן כיון שהאמינה תורה עד אחד דמסייע כשנים דאם כן קם הוא לממון וכן הסכים הרב שבות יעקב ח"א סימן קנ"ח עיין שם הטעם:

כ"ה כתב הרב תה"ד סימן של"ד דעד אחד מסייע פוטרו משבו' אפילו במודה במקצת ושבו' השומרים ועד אחד מכחישו והש"ך חלק עליו דמוקמי' חד לגבי חד וחייב שבו' דאורייתא משום שבו' השומרים או משום מודה במקצת והביא ראיה ממ"ש הטור בעד אומ' תנאי ועד אומר אינו תנאי אוקי חד לגבי חד ומשתבע היסת והא הטור סבירא ליה עד מסייע פוטר ודוח' לו' דלענין היסת שאני ועוד דאדרבא איפכא מסתברא דהא הרמב"ן והר"ן והנ"י סבירא להו דעד אחד פוטר משבו' התקנה ושבועת השומרים ומודה מקצת אינו פוטר עי"ש ולא זכר מ"ש בעה"ת בשער כ"ה חלק ה' וז"ל ולדידן מסתברא לן שלא יפטר מהיסת אפילו שהעד מסייעו דתקנת' דרב נחמן בכל דבר נתקנה דחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עדיפא ליה וההיא דמציעא לא קשיא דהא לא פטרוהו אלא משבועת המשנה אך מהיסת לא יפטר וכו' עי"ש אלמא סביר"ל דבשבו' היסת אין ע"א פוטרו מה שאין כן בשבועת המשנה מיהו הרדב"ז ח"ב סימן שנ"ד חלק על מהרא"י דכל שחייב שבו' מב' פנים כגון שומר ויש עד אחד שפשע או כגון מודה מקצת ועד א' מעיד שחייב פשיטא דעד אחד אינו פוטרו והכריע עוד שם מסברא דמ"מ דעד אחד שחייב שבו' וע"א מסייעו פטור כיון דלא נתברר אם בא ממון חבירו לידו אבל בשומר שעד אחד מעיד שלא פשע מסתבר לפסוק כמ"ד דאין עד אחד פוטרו כיון שהוא מודה שבא ממון חבירו לידו ע"ש והרשב"ש סימן תקס"ז הסכים דפוטרו משבו' המשנה וכל שכן משבו' היסת וכן משבו' התורה בהעדא' עד אחד אבל מודה במקצת אינו פוטרו וכן דברי הרשב"ץ עיין שם:

כ"ו הגה והעיקר כסברא א' וכולי כן דעת התה"ד סי' של"ד ומהר"ם מפדווא סי' ס"ה דעד א' פוטר אפילו מודה במקצת ע"ש אבל הרשב"ש בתשו' סי' תקס"ז הסכים דעד א' פוטרו משבועת המשנה וכ"ש משבועת היסת וכן משבועת התורה דעד א' אבל מודה במקצת אינו פוטרו וכן דעת הרשב"ץ ע"ש וכן נראה דעת מרן כי"א בתרא דאינו פוטרו וכן דעת רוב הפוסקים כמ"ש לעיל דאף לנתבע דאין ע"א פוטרו משבו' דאוריי' וכן נראה לכאורה למאי דקי"ל דלא אמרינן מגו לפטור משבו' דהא אמרינן בפ' המוכר את הבית דהמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו וכ' רשב"ם שם אבל המלוה את חבירו בשטר לא מצי לוה טעין פרעתי דא"ל אידך שטרך בידי מאי בעי דגבי לוה ליכא מגו דאפילו נאנסו צריך לשלם דמלוה להוצאה ניתנה עיין שם אלמא כי איכא מגו נאמן ולא אמרי' שטרך בידי מאי בעי ואלו עד אחד שהעיד על השטר שהוא פרוע לא מהני לפטור את הלוה מממון אלא לחייב את המלוה שבו' וכיון דמגו לא מהני לפטור משבו' כ"ש עד א' דאינו פוטר משבו' ומהר"י ן' מיגש בפרק כל הנשבעין והביאו הרא"ש שם והראב"ד בס' תמ"ד סי' קצ"ה ס"ל דלא אמרי' מגו לפטו' משבו' דהא שבו' השומרי' דאית ליה מגו וכן מודה מקצת ועד א' א"ל בהו מגו ואפ"ה מישתבעי וכולי עיין שם הרי דבשבועת השומרים ובמודה במקצת וע"א איכא מגו ואפ"ה חייבי' שבו' דלא אמרי' מגו לפטור משבו' וא"כ כ"ש דאין עד א' פוטר משבועת השומרים ומודה מקצת והרא"ש ורבי' ירוחם דס"ל דע"א פוטר משבו' דאוריית' אפשר לטעמיה אזיל דס"ל דאמרינן מגו לפטור משבועה כמ"ש הרא"ש בפרק כל הנשבעין דכיון דמגו דאורייתא הוא מ"ל ממון ומ"ל שבו' אטו שבו' לאו ממון הוא דזימני' לא בעי לאשתבועי ויהיב ממונא עיין שם ואדרבא מע"א נילף בק"ו למגו ומה ע"א דאינו קם לממון ולא פוטר מממון פוטר משבו' מגו דפוטר מממון א"ד שפוטר משבו' אבל לדידן כיון דמגו פוטר ממון ואינו פוטר משבו' ק"ו לע"א דאינו פוטר מממון דאינו פוטר משבוע' מיהו א"כ ה"נ משבועת המשנה ואפילו משבועת היסת אין ע"א פוט' שהרי כ' הרמב"ם בפ"ה מה' טוען דין ו' מסרתי לך וכולי להד"ם ישבע היסת וכולי ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הר"ז פטור אף משבו' היסת וכ' הלח"מ דבטען להד"ם לא נפטר משבו' במגו דאבד דרבי' ס"ל דמגו לפטור משבו' לא אמרינן וכ"כ הב"ח בסימן צ"ה ובתשו' סי' ס"ו ע"ש ובתשו' הריטב"א הביאו מרן הב"י סס"י ס"ו כ' וז"ל אם טען החזרתי לך נאמן במגו דאי בעי אמר נאנסו והיה א"ל דאפילו היסת אינו נשב' במגו דאם טען נאנסו שאינו נשב' אפילו היסת אלא ליכא מגו דשבועת היסת דפקדון ומלוה שכופר בכל תקנתא רבנן בתראי היא וכיון דמדינא פטור וחייבו רבנן כי אית ליה מגו נמי חייב שבו' היסת דלא

מהני ליה מגו דידיה טפי מטענת החזרתי עצמה וזה דעת רבותי עכ"ל הרי דס"ל דאפילו אמרינן מגו לפטור משבו' דאורייתא ושבוע' המשנה מ"מ שבוע' היסת דתקנתא דרבנן כיון דפטור מדינא ואפ"ה חייבו רבנן אפילו איכא מגו חייב וכן הסכים הש"ך סי' צ"ה ס"ק י"ז עיין שם וה"נ אין ע"א פוטר משבו' היסת כמ"ש בעה"ת שער כ"ה ח"ה וז"ל ולדידן מסתברא לן שלא יפטר מהיסת אפילו היה העד מסייעו דתקנת' דר' נחמן בכל דבר נתקנה דחזקה אין אדם תוב' אא"כ יש לו עדיפא ליה וההיא דמציעא ל"ק דהא לא פטרוהו אלא משבו' המשנה אך מהיסת לא יפטר וכולי עיין שם הרי דס"ל דע"א אינו פוטר משבו' היסת דתקנתא דר' נחמן היא בכל דבר מכח חזקה דאין אדם תוב' אא"כ יש לו ומה"ט לא אמרינן מגו לפטור משבו' היסת לכ"ע אבל בשבו' המשנה ע"א פוטר דהא אמרינן מגו לפטור משבו' המשנה ותשוב' בשמים ראש סימן ן' כ' דפוגם שטרו בתו"ז דא"ק לישב' משום דאיכא מגו דלהד"מ וגם הרמב"ם שתפס דמגו לפטור משבו' לא אמרינן א"ל דלא חייבה המשנה אלא לאחר זמנו דאי בעי לוה אמר אישתבע לי אלא דאנן לא פתחי' ליה וכי איכא פגם פתח פיך לאלם ומשביעין אותו אבל בתו"ז לא וכו' ע"ש וא"כ מגו לפטור משבו' לא אמרי' ה"ד בשבו' דאורייתא אבל בשבו' המשנה כי איכא מגו פטור בלא שבו' וה"נ אפי' בנשב' ונוטל אם יש ע"א מסייעו נוטל בלא שבו' כמו דמהני מגו ליטול בלא שבו' וכ"כ ה' נתיבות משפט דף רצ"ז דפוגם שטרו וכל שבו' שאינה מן הדין אלא תקנת' אמרי' מגו לפטו' אותו וכו' ע"ש וכבר כתבתי בסי' נ"ח סק"ב דק' ממלוה על המשכון דאפי' ליכא עדים דנאמן במגו דלקוח צריך לישב' בנק"ח ותי' דפוגם שטרו דאפי' בלא מגו נאמן ליטול הממון אהני ליה המגו לפוטרו גם משבו' אבל מלוה על המשכון דאינו יכול להוציא ממון אלא מכח המגו לא מהני ליה לפוטרו גם משבו' ע"ש וכה"ג כ' הלח"מ פי"א מה' טוען דין ז' לדעת הראב"ד דמלוה שטוען שמא ע"פ ע"א הוי כטענת ברי דצריך הלה לישב' וכו' דהעד מועיל לב' דברי' לעשות טענת בע"ה ברי וגם להיות מחוייב שבו' מן התורה כדין ע"א ואין ראוי שהעד יועיל לב' דברים ע"ש וה"נ אין המגו מועיל לב' דברים ליטול הממון ולפוטרו ג"כ משבו' אבל אם יש ע"א פוטר משבו' דהמגו מהני לממון והעד לפוטרו משבו' (עכ"מ): כ"ז אם נתחייב שבו' דאורייתא על פה עד אחד כ' הנ"י בשם הר"ן דאפילו בא העד אחר שפסקו לו הבית דין לישבע כיון שלא נעשה מעשה ע'פ העד הב' פוטרו משבו' והש"ך כתב מפירש"י והתוס' בסוטה משמע דכל שבאו זה אחר זה אפילו לא נעשה מעשה על פה הא' אמרינן דהוי כב' ואין הכחשת השני כלום וכבר כ' בסימן מ"ו ס"ק ל"א לשון הר"ן דהא דאמרינן דבזה אחר זה אין הכחשת השני כלום לפי שהאמינתו תורה היינו דוק' כשנעשה מעשה על

פה עדותו של א' אבל בדלא נעשה מעשה על פיו אפילו בזה אחר זה הוה ליה כבת אחת ועד אחד בהכחשה אינו כלום וראיה מדאמרינן בפרק האשה שלום וכו' וכן בסוטה שבא עד אחד ואמר נטמאת שפטורה מלשתות וכו' עש"ב וה' בית שמואל בא"ה סימן י"ז ס"ק ק"ט גבי עדות אשה כ' דהא דבעי' כאן שהתי' לינשא ולקמן סימן קע"ח לענין סוטה פסק הטור אפילו לא פסקו הדין על פה העד הרי הוא כשנים תי' התוס' ביבמות ובכתובות סוטה שאני דשם העד הא' נאמן מדאורי' אז העד נחשב כשנים אפילו לא פסקו הדין עפ"י אבל בדבר שאינו נאמן מדאורייתא אלא מדרבנן לא נעש' כב' אלא אם כן פסקו הדין עפ"י עכ"ל אם כן דוקא בעדות אשה דעד אחד אינו אלא מדרבנן לא נחשב כשנים אלא אם נעשה מעשה עפ"י אבל במקום דעד אחד נאמן מן התורה אפילו לא נעשה מעשה עפ"י נחשב כשנים וה"נ כשהעד הראשון העיד לחייבו שבו' כיון שנתקבלה עדותו בב"ד אפילו לא נעשה מעשה ולא הוראה על פיו נחשב כב' ועד אחר שהכחישו אחר כדי בדבור אינו כלו' ומהרח"ש בקו' עגונא דף ס"ה ע"ד כתב דרש"י גופיה שכ' בסוט' דבבת אחת היינו תוך כדי דיבור הכא בהאשה שלום כ' דוקא התירוה קודם שבא העד הב' וכו' אבל בא קודם שהתירוה מודה עולא דלא וכולי משמע דעולא לא אירי כלל כשבא העד הב' קודם שהתירוה דבהא ודאי היינו בבת אחת ואם נשאת תצא ודוקא אם בא העד הב' אחר שהתירוה לא תצא מהתירה ונראה דסביר"ל דגבי סוטה דעד אחד נאמן מן התורה אם נתקבלה עדות הראשון בב"ד ובא העד השני אחר כדי דיבור אפילו לא פסקו הדין אין הכחשת השני כלום ודוקא הב' בא בתוך כדי דיבור מיקרי בבת אחת אבל בעדות אשה שע"א אינו נאמן אלא מדרבנן בעי' התירוה לינשא אבל אם קודם שפסקו הדין בא העד הב' אפילו אחר כדי דיבור הו"ל כבבת אחת ועוד כ' הש"ך דאפילו באו זא"ז ונתן כל עדות הא' וב"ד עשו מעשה ואח"כ בא העד השני והכחישו לא אמרינן כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי כאן שנים ואין דבריו של א' במקום שנים אלא במקום שהא' נאמן והא' אינו נאמן כמו בסוטה אבל גבי שבו' שהאמין הכתוב למחייב כמו למסייע לא אמרינן הכי ע"ש והרשב"ץ שם בס' א"ז חולק על הר"ן וז"ל אבל ק"ק לי כי היכי דע"א אחר שהתירוה לינשא אינו כלום משום דחשיב בזא"ז כיון שנעשה מעשה עפ"י ה"נ כשהעד מחייבו שבו' וב"ד גמרו דינו אע"פ שלא נשב' עדיין אין ע"א פוטרו וכולי ואיני יודע חילוק בין התירוה לינשא ובין חייבו ב"ד שבו' ע"ש ולק"מ דהתירוה לינשא נגמר הדין ואינו מחוסר מעשה ונראה דמשום דס"ל דע"א מסייעו אינו פוטרו משבועה דאורייתא כמבואר שם וכ"כ הרשב"ש סימן תקס"ז ע"ש וא"כ ע"א המחייבו שבועה הוא דהוי כשנים אבל למאי דקי"ל דע"א מסייע פוטר משבו' דאורייתא דנאמן

הוא מדאורייתא כמו העד המחייבו אפי' באו בזא"ז הוי ע"א בהכחשה וכבר כתבתי בסי' מ"ו חי' הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' פ"ט גבי ע"א באיסורין וז"ל אבל נראה שאין זו דומה לזו שלענין טומאה לא האמינה תורה אלא האומר נטמאה וכולי אבל לענין איסור בין לאיסור בין להתיר ע"א נאמן וכו' וא"כ אפילו בא האוסר א' והמתיר אחרון הוי כבת אחת וכ"כ בס' יבין שמועה די"ד ע"ד והביאו מהראד"ב בתשו' סימן רכ"ט ופי' כן כוונת הריטב"א עשי"ב הרי דס"ל דכיון דע"א נאמן בין לאסור בין להתיר אפילו באו בזא"ז לעולם הוי ע"א בהכחשה וה"נ לענין שבו' דע"א נאמן בין לחיוב בין לפטור לעולם הוי הכחשה עש"ב ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סימן רצ"ז שכ' ואפילו במקום שע"א נאמן אם יש ע"א מכחישו אינו נאמן וכולי אבל כבר הוכיח הר' דברי אמת בקו' ח' סוסי"א מדברי המרדכי בפ' האשה דגם באיסורי' אמרי' כל מקום שהאמינה תורה ע"א וכולי ומהר"ם בתשו' המיי' סי' ס"א בס' משפטים הביא ראיה דעד אחד פוטר משבו' דאורייתא מפר' קמ' דב"מ דאר"ח דעדים מחייבים שבו' מפיו דעד אחד ואם עד אחד אינו קם לפטור משבו' לפרוך מה לפיו וע"א כשעד אחד מחייבו שבועה אין כיוצא בהם פוטר מאותו שבועה שאם אחד בא ומעיד כדברי הנתבע אינו יכול לפוטרו מן השבו' וכן פיו וכו' אלא ע"כ עד אחד פוט' מן השבו' כיון שהוא מחייבו שבוע' עכ"ל משמע בהדיא דאם עד אחד אינו פוטרו מן השבו' אם נתחייב שבוע' על פי עד אחד ובא עד אחר וסייעו אינו פוטרו מן השבו' משום דעד אחד דמחייבו שבו' הוי כב' ואין דבריו של אחד במקום שנים ועיין בתשובות מהרימ"ט חלק אבן העזר סימן כ"ז:

כ"ח וי"א דה"ה בנשב' ונוטל אם יש לו עד המסיי' נוטל בלא שבו' מפרק קמא דמציע' דפריך וליחזי זוזי ממאן נקט וכו' וכתבו התוס' דהוי כעד אחד ואם כן אותו שהמכר מסייעו יפטר בלא שבו' וכולי וכן כתב הטור בסימן רכ"ב וז"ל ואם שניהם תפוסים במקח אותו שאומר נתרצה לו נוטל חציה בלא שבו' וחצי הדמי' וכולי אין ראיה אפשר דה"ד משום דמוחזק אבל באומר זה כולה שלי וזה אומר חציה שלי אם שניהם תפוסים והמוכר מסייע את האומר כולה שלי כיון דחבירו מוחזק בחצי אין עד אחד מסייעו פוטרו משבו' להוציא כמו שכ' התוס' שם דלא אמרינן מנו להוציא מהאי טעמא עיי"ש (א"ה מצאתי בדף אחר שכ' בו ובתשובו' הרשב"א וכו') ובתשו' הרשב"א סימן אל"ף וקס"א כתב וז"ל ואפי' אין לשמעון עדי חזקה כל ששטר המכירה בידו נאמן וכולי ואפילו שבועה לא בעי שהרי תפיסתו בשטר שהוא בידו מעיד שהשליש החזירו לו וכו' הרי זה כמעיד שמן הדין הי"ל להחזירו וכיון שכן אף שבו' אינו חייב דהא איכא חד סהדא דמסייעי) ושבו' הקרקע אינה אלא מדרבנן וכל בדרבנן כשיש עד אחד מסייעו אינו

נשבע וכו' עכ"ל הרי דאפילו לא החזיק שלש שנים דקרקע בחזקת מרא קמא אם יש עד אחד מסייעו במכירה אין צריך לישבע איהו אפשר (עכ"מ ואחר כך מצאתי כתוב אבל בתשו מהר"ם וכו') אבל בתשו' מהר"ם בס' משפטים סימן ס"א מבו' דאפילו בנשבעים ונוטלים דתנן בפרק כל הנשבעין דמן הדין לא היו נוטלים אלא שחכמים הקילו עליהם ליטול בשבו' אם יש עד אחד מסייעו נוטלים בלא שבו' וכ"ש פוגם שטרו וכו' דתנן בפרק הכותב דמן הדין נוטלין בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם לא יטלו אלא בשבו' דודאי אם יש עד אחד מסייעו נוטלים בלא שבו' כדינם וכן מוכח מדברי הרא"ש בפ"ק דב"מ וז"ל ועוד הקשה מהא דתנן לענין שבו' שלא פקדנו אבא ארשב"ג אם יש עדים שאמר האב ששטר זה אינו פרוע גובין שלא בשבו' ומדקתני עדים משמע דעד אחד שאמר האב בפניו ששט' זה אינו פרוע לא היה פוטר את היורשים מן השבועה ואף על פי ששבו' זו אינה אלא מתקנת חכמים ונראה לי שלא דקדק התנא וכו' ע"ש אלמא אפילו שבועה כדי ליטול ממון עד אחד מסייעו פוטרו משבו' ובתשו' בשמי' ראש סימן מ"ה משמע שם דלמ"ד עד א' פוטרו משבו' ואפילו נשבעין ונוטלין עד אחד פוטרו משבו' כמ"ש: כ"ט ויש לו עד אחד המסייע וכולי הקשה בסמ"ע דכשיש לו עד אחד המסייע א"כ הנתבע חייב שבו' דאורייתא ואז אינו יכול להפך השבועה ותירץ דמיירי כשהתובע נתרצה ע"ש אפילו העד הועיל לחייבו שבו' דאורייתא דבלא העד לא היה הנתבע חייב שבועה דאורייתא מכל מקום מהפך השבו' על התובע יועיל העד לפוטרו משבו' וה' ש"ך ס"ק ל"ה כתב דאם לא נתחייב שבו' אלא על פה העד יוכל להפך אותה שבו' עצמה ולא יועיל העד לפטור כיון שכבר העיד לחייב שבו' ועיין בס' נתיבות משפט דף ש"א:

ל' דין ט' יורדים לנכסיו וכו' ומסתברא דכי משתב' סתרינן ליה לדיניה הרמ"ה בפרק ג"פ בסימן פ"ט עיין שם:

ל"א אם הוא מהנשבעין ונפטרין וכו' ולכאורה נרא' דעת הרמב"ם והר"ן שכ' אם הוא מהנשבעי' ונפטרים וכו' ס"ל דאם הוא מהנשבעין ונוטלין ותפס ולא רצה לישבע מוציאין מידו כיון שתפס שלא ברשות וכ"כ הסמ"ע ע"ש ורבי' לא הביא רק דברי הר"ן בפר' ש"ה שכתב דכי אמרינן בדרבנן לא נחתי' לנכסים ה"מ בנתב' שהוא תופס ברשות אבל התובע שתפס שלא ברשו' מפקי' מיניה ע"ש וכן ראיתי לבעל העיטור בדיני חוב דף ס"ו שחלק על הרי"ף עיי"ש ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם ומרן לקמן ס' י"ב דאם אמר התובע אי אפשי בתקנה זו אלא הריני כשאר התובעים וישבע הנתבע היסת ויפט' שומעין לו ואם יחזור הנתבע ויהפך השבו' על התובע שומעין לו וכולי דמועיל לתובע בזה דאם היה התובע

חייב שבועת המשנה ותפס ולא רצה לישב' מוציאין מידו אבל אם אמר אי אפשי בתקנה זו והנתב' הפכה עליו שאינו נשבע רק היסת אם תפס אין מוציאין מידו והרב בני אהרן סימן צ"א כתב משום שיש מי שאינו רוצה לישב' שבו' המשנה ונשבע שבו' היסת שהיא קלה עיין שם ועיין בספר א"ז למציעא דף ל"ה בד"ה כל לא ידענא וכו' שכתב תשוב' הרי"ף וז"ל ואלמלא שהרב אמרה לא הייתי אומר כן אלא אפילו באומר לוה עליו סתם אינו צריך שילוה עליו בעדי' דהא וכו' יכול לומר נאנס וכיון דהימני' בנאנס שאין צריך להעיז כל שכן בלא היו דברים מעולם שהוא צריך להעיז וכו' אי אמר נאנס שבוע' בעי בלא היו דברים מעולם נמי תקון רבנן היסת ולא משמע דבשבו' דאורייתא המניה בשבו' דרבנן לא המגיה שחומר שבו' אחת היא וכו' עיין שם והתוס' במציעא דף י"ד בד"ה דינא וכו' כתבו וז"ל ובפ' הכותב אמרי' אי פקח וכו' אלמא יש חומר בשבו' דאוריי' יותר משבו' דרבנן בנרות דלוקות וכו' עיי"ש מיהו הר"ן בפרק הכותב כתב וז"ל ואפילו הכי כיון דבשמעתא דהתם סמכי לה אפלוגתא דר"י ורבנן דגזל מציאת חש"ו וכולי דאף על גב דגזל מנייהו בידים כיון דמדרבנן הוא לא מפקינן מיניה כך לא נחתי לנכסייהו אלא משמתינן וכו' וכן כתב הרמב"ן הובא בס' א"ז דכתובות שם ועיין בס' נתיבות משפט דף ש"ב שכתב דבנשבעים ונוטלין נראה דהרמב"ם חולק על הרי"ף אבל מדברי הרב גד"ת דמ"ט משמע דגם הרמב"ם הכי סבירא ליה ומה שכ' אם הוא מהנשבעים ונפטרים וכו' היינו דבנשבע ונוטל שלא רצה לישב' לא איכפת לן ולא ישבע ולא יטול דלא מיירי בתפ' וז"ל מהר"י ן' מיגש בחי' לשבו' וה"מ כולהו לענין שבו' היס' הוא דעבדינן הכי דהוא נשבע ולא משלם אי נמי בהנך דמחייבי שבו' דרבנן כעין דאורייתא והם נתבעים שלא בטענה כגון השותפים והאריסי' והאפטרו' ומאי דמי להו אבל בשבו' דרבנן כעין דאורייתא דהנך נשבעים ונוטלי' לא צריכי לשמותי' דהא לא משתבע ולא שקיל מידי וכו' ואי שבו' דרבנן כעין דאורייתא היא חזינן אי מהנשבעין ונוטלין הוא אמרינן ליה אי בעית למישקל אישתבע ואי לא לא יהיבנא לך מידי וכיון שכן לא צריכים לשמותיה וכו' עכ"ל משמע בהדיא דאם תפס דינו בשמתא כהנך ואין מוציאין מידו ואם כן נראה דמסתמא הרמב"ם ס"ל כרבותיו הרי"ף ומהר"י ן' מיגש וגם הראב"ד בס' תמים דעים דף נ"ו לא חלק על הרי"ף ע"ש ואם כן אף על גב דבעל העיטור חולק לא קיימא לן כוותיה נגד הרי"ף והרא"ש והני רבוותא וכן פ' מרן בא"ה בסימן צ"ו סי"א עיין שם:

ל"ב מנדין אותו ל' יום וכו' כ' ה' חוקות הדייני' סי' ס"ו וז"ל אבל לא אמרינן דמנדין אותו עד שישבע אלא ודאי הכפייה אינה אלא עד שישלם לו מה שתובע ממנו משום דכיון דאינו רוצה לישב' הדבר ניכר שחייב לו אותו ממון שתוב' ממנו וכו' עכ"ל והע"ש כ' שלא

תקנו חכמים שישלם אם לא ישבע אלא ישבע ומותר לקרותו עבריינא אם לא ישב' וכולי אבל לשון הטו' בסימן ק"ח ואי לא בעי לאשתבועי לא מפקי' מניה אלא משמתי' ליה עד דמשתב' כדין מי שחייב שבועת היסת עכ"ל הרי דמנדין אותו עד שישב' וע"ש בהסמ"ע ס"ק ט"ז וכן מבואר בדברי הרמ"ה בפ' ג"פ בסימן פ"ט ע"ש: ל"ג כ' מהר"ם ריקאנטי סימן רמ"ט אם הנתב' הוא חשוד ושכנגדו תפס מאחר דליכא דין הפוך שבו' בלא דעת הנחשד היה נ"ל שאין תפיסתו מועלת כלום דאל"כ לא שבקת חיי לשום חשוד ילך כל אדם ויתפוס ממון החשוד ויתבענו שבועת היסת ורפיא בידי עכ"ל ול"נ דאין תפיסתו כלום בחשוד הש"ך וכ"כ הרדב"ז ח"א סימן רי"ז ע"ש ובעל העיטור בדיני חוב דס"ה ע"ב כ' ואם יבא ממון בידו כנגד חוב שלא בעדים יחזיק לעצמו ונשב' שבו' היסת ונפטר ע"ש משמע דאם תפס בעדים מוציאין ממנו אבל מצאתי תשו' הרי"ף סימן פ"ט וזה ל' שבועת היסת אין הופכין אותה מן החשוד וכו' ואין לתוב' תקנה אלא אם תפס כלום לנתבע ישבע שאין לו כלום אצלו וזה שנטל כדי ממון שהיה אצלו הוא עכ"ל והובאה תשו' זו בס' א"ז למציעא דף ה' גבי ההוא רעיא וכולי עיין שם הרי דהוי תפיסה שישב' מיהו אם לא רצה לישב' אפשר שתלוי במחלוקת דלדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן בפ' כל הנשבעין דחשוד מדין תורה חייב דמתוך שאיל"מ אלא דרבנן החמירו על שכנגדו שלא יטול אלא בשבועה אם קדם ותפס שכנגדו ולא רצה לישב' אין מוציאין ממנו אבל למ"ד דחשוד פטור מדין תורה אלא דרבנן הקילו על התוב' ליטול בשבו' וכבר האריך ה' דברי אמת בקו' ה' ע"ש אפשר דאפי' תפס אם לא רצה לישב' מוציאי' ממנו דלא הקילו עליו ליטול אלא כשישבע אבל אם לא רצה לישב' אוקמיה אדין תורה ואפילו תפס מוציאין ממנו אבל אין נראה לחלק כן אלא לכ"ע אפילו לא רצה לישב' אין מוציאין ממנו עוד כ' מהר"ם ריקאנטי אם לא רצה הנתב' לישב' והתוב' תפס משלו מפק"ל והביאו הש"ך וכבר כתב הרדב"ז בתשובות חלק א' סימן רי"ז דאין מוציאין ממנו אבל אם אמר לו הנתב' השב' וטול ולא רצה לישב' שומעין לו עיין שם:

ל"ד דין יו"ד י"א מי שחייב שבו' דרבנן אם קדם ותפס וכולי כ"כ הרי"ף בפ' הכותב גבי אי פקח וכולי ונ"מ אם קדמה ותפסה כתובתה בל"ש ולא רצתה לישב' דבדרבנן אין מוציאין ובדאורייתא מפקי' מיניה עיין שם ונראה דמיירי דתפסה בעדים דליכא מגו דאם תפסה בלא עדים נאמ' במגו דלהד"מ ולא היה צריך אלא שבו' היסת בלא נק"ח דמגו לאפטורי משבו' אמרי' לדעת הרא"ש ובתשו' בשמים ראש כ' גבי הפוגם שטרו תו"ז דאין צריך לישבע כיון דאות ליה מגו למלוה ובפוג' שטרו אח"ז לית ליה מגו דיכול למי' השב' לי ואף שהרמב"ם תפס סברת רבו דמגו אינו פוטר משבו' א"ל דלא חייבה המשנה שבו'

אלא במקו' דליכא מגו עיין שם וה"נ גבי ע"א שפרעו דאם תפס המלוה בלא עדים דליכא מגו לא היה צריך לישב' דלא חייבה המשנה שבו' אלא היכא דליכ' מגו ולכך אמרינן אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא וכולי מיהו כבר הוכחתי בסימן פ"ד דמדברי הרמב"ם והטור נראה דאפילו בשבועת המשנה לא אמרי' מגו לאפטורי משבו' עיין שם:

ל"ה דין י"א שבו' דאורייתא אם הפכה וכו' התו' בשבועו' דמ"א ע"א בד"ה ולמר וכו' כ' בשם הקו' דקי"ל כמר בר רב אשי דמפיך שבו' וכן בתשו' ר"ג מ"ה וכן ר' האיי גאון והביא ראיה דהילכתא כוותיה וכולי עיין שם וז"ל ראב"ן בספרו דצ"ב ולמר בר רב אשי דאמר בדאורייתא נמי מפכי' נ"ל דטעמא משי' דקסבר דהא דאמרה תורה מי שעליו לשלם הוא נשבע לא להחמיר עליו דלא מ"ל השב' וטול אלא להקל עליו משום דתפוס והממון בחזקתו מיהו אי איהו בעי לאחמורי אנפשיה ולחיובי עצמו בשבועת התוב' תע"ב ואע"ג דמר רב יאודה גאון וגאונים אחרים פסקו לית הלכה כמר בר רב אשי במפיך שבו' הרב רבי' גרשום מ"ה אמר כי קבל מרבו ר' אילון נ"ע דהלכה כמר בר רב אשי במפיך שבו' וכך נהגו הדורות אחריו בזה המלכות ונ"ל דבריו כדפי' טעמא דמר בר רב אשי ודבריו נכוחי' עכ"ל וכ' הרדב"ז סימן קמ"א דשבו' שמתחייב ע"פ ע"א לא מהפכי' והביאו הכנה"ג הגב"י אות י"ב עיין שם ואין נראה כן דגם מחוייב שבו' ע"פ ע"א התורה הקילה עליו לישבע נגד העד וליפטר מאחר שהוא תפוס והממון בחזקתו אבל אם רצה לחייב בשבו' התוב' תע"ב אבל ר"ח והרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרשב"א והר"ן פסקו דאינו יכול להפך כ"כ הר' חוקות הדיינים סימן ס"ו וז"ל מי שחייב שבו' התורה אינו יכול להפך וכולי וכן פסק רבי' שרירא ורי"ף ור"מ ז"ל וכן עיק' ויש מקצת מן הגאוני' שפוסקי' שיכול להפך אפילו שהוא מחוייב שבו' התורה ואין לנו לסמוך ע"ז הפסק וכולי עכ"ל:

ל"ו אם הנתב' שנתחייב שבו' דאורייתא אמר שיחרים על שכנגדו ח"ס ויפר' ואחר כך הפך עליו החרם ויפטר הבחירה ביד הנתב' ויכול להפך עליו החרם סתם ויפרענו הר"י בן מיגש בתשו' סימן קצ"ח:

ל"ז אם אין הלה רוצה וכולי הטור כתב בשם הר"ש ן' חפני דאין מהפכין כלל אפילו שניהם רוצין בכך וכתב מרן הב"י אפשר שטעמו שלא יהא כעוקר דבר תורה שהתורה הקפידה שישב' זה או ישלם בלא שבועת חבירו עיון שם ואפשר לומר הכריחו מדאמרינן בר"פ המפקיד סלע הלויתני עליו וב' היה שוה והלה אומר סלע הלויתיך וה' דינרים היה שוה מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישב' זה ויוציא הלה את הפקדון וכולי ות"ל דשבו' גבי מלוה היא וכולי וא"א אימא דאיצטריך ה"ט דאפילו להפך את השבו' על

הלוה אינו יכול מה"ט דשמא יוציא המלוה את הפקדון ונמצאת שבועתו לבטלה ובתשו' מהר"ם הארוכות סי' רס"ד משם ר' ברוך הוכיח מכאן דאין מהפכין בדאוריי' עיין שם וא"א אכתי איצטריך דאפילו רצו שניהם אין יכולי' להפך מה"ט דשמא יוציא המלוה את הפקדון והוי שבועתו לבטלה אלא משמע דבלא"ה לעולם אין מהפכין ועיין בס' עיטור סופרים דקכ"ה ונראה דבשבו' המשנה מודה אם רצו שניהם להפכה וכ"כ הב"ח ומשמע מדבריו שם דשבו' היסת יכול להפכה בע"כ של תובע וליתא דז"ל ר' האיי בשער"י שבו' ואמרו מקצת הקדמונים בזה שאין מחזירי' שבו' היסת אלא מרצין שניהם בעלי הדין אבל הגזירה אפילו מרצון שניהם אין אנו מחזירים ומקצתם אמרו כי הדין להחזיר בגזירה מרצון שניהם ושבועת היסת מרצון הנתב' וכולי עיין שם הרי דלסברא א' שבועת היסת נמי אינו יכול להפכה אלא אם נתרצו שניהם ואפשר דהכריחו מדאמרינן בפרק י"נ עבדי גנבת וכולי רצונך השב' וטול וכולי משמע שתלוי גם ברצון הנתב' אבל מצאתו בבעל העיטור בדיני חוב דף ס"ה שכתב וזה לשונו איכא מ"ד דבדאורייתא לא מהפכי' כלל אפילו שניהם רוצין שבועה דרבנן מהפכין בשניהם רוצין או שרצה הנתב' להשבי' בעל דינו וליתן מה שתוב' עליו וכולי עיין שם הרי דבשבועה דרבנן אם רצה הנתב' יכול להפך להשבי' התוב' בע"כ וראב"ן בדקט"ו כתב דעדיין לא נתקנה שבו' היסת דאי נתקנה שבו' היסת וחייבו ב"ד לישב' שבו' היסת שקנאו והפכה על התוב' מאי רצונך בע"כ מהפך כדאמ' בדרבנן וכולי עיין שם אבל לסברא זו ניחא דאפילו אחר התקנה דוקא ברצון שניהם ולכך קא"ל רצונך וכולי וממילא שמעי' דבשבו' דאורייתא אפילו ברצון שניהם אין מהפכין ועוד אפשר דס"ל דהא דאמרי' מאי איכא בין שבו' דאורייתא לשבו' דרבנן כל שבו' דרבנן משמע בין שבו' המשנה בין שבו' היסת כמו שהוכיח הש"ך בסימן זה סק"ל ובסימן צ"ב סקי"ד עיין שם ואם כן הא דאמרינן עלה דשבועה דרבנן מהפכי' ושבו' דאורייתא לא מהפכי' היינו אם נתרצו שניהם דבנשבעי' ונוטלי' אין סברא דמהפכי' אפי' בע"כ אלא אם נתרצו שניהם ודומיא דהכי שבו' היסת דהא כל שבועות דרבנן קאמר דמהפכי' בחד גוונא משא"כ בשבו' דאורייתא אפילו נתרצו אין מהפכין אבל רב אלפס כתב בתשו' אם שניהם רוצים מהפכי' והכי מסתבר עיין שם וכ"כ רב שרירא גאון בתשו' בספר שערי צדק שער ה' סימן ג' ומבואר שם הטעם דבשבו' דרבנן מהפכי' מהנתב' על התוב' בע"כ דאמרינן לתוב' מדאורייתא אין לך על בע"ד שבו' ורבנן הוא דתקנו לך הכי והכי תקנו דיכול להפך השבו' עליך ואי מדרבנן בעית דינך הרי תקנו יכול להפכה ואי לא ניחא בדרבנן לית לך שבו' מן התורה אבל בשבו' דאורייתא לא שייך למימר הכי הילכך אינו יכול להפכה בע"כ אלא אם נתרצו שניהם עיין שם

וכ"כ ראב"ן דצ"ב ע"ג וז"ל ומיהו אם יקבל עליו התוב' לישב' נ"ל דנשב' דלא מהפכי' משמע דבי דינא לא מהפכי אבל אי איהו מדעתיה עביד אבל שבו' היסת אי מחייב הנתב' והפכה התוב' מהפכי' עליה בע"כ וכולי ובדף קט"ז כ' דאורייתא לא מהפכי' דאין ב"ד מתקנן לעקור דבר מן התורה והתורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם מי שעליו לשלם הוא נשבע הילכך מה שחייבתו התורה יעשה או ישב' או ישלם וכולי עכ"ל הרי דס"ל דאע"ג דאין מהפכי' מטעמא דאין עוקרין דבר מן התורה מ"מ אם רצו ב' מתכפכי' וכ"כ ה' חוקות הדיינים סי' ס"ו ע"ש: ל"ח וכן הנשבעין ונוטלין וכו' אפילו שבו' בפוגם שטרו וכולי בפרק הכותב דמן הדין נוטלים בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם שלא יטלו אלא בשבו' אין מהפכין וכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א והתוס' שאנן\ץ הובאו דבריהם בספר א"ז למציעא שם גבי אי פקח הוא וכו' ע"ש וכן מבואר בדברי הרי"ף והרא"ש והר"ן בפר' הכותב והר"ן בפרק שבו' הדיינים כתב דגם רש"י בפר' הכותב דסבירא ליה דמהפכי' ה"ד בפוגם שטרו וכו' והנך דמן הדין נוטלים בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליה' שלא יטלו אלא בשבו' אבל דעת הרי"ף דאף באלו אין מהפכין וכן מסתבר משום דשאני אוקומי ממונא מאפוקי ממונא ועוד דבשבועת היסת דקילא טפי אמרו ואין לנו בשבו' המשנה החמורה עיין שם ונראה דנ"מ אם המלוה נתחייב שבו' היסת כגון מלוה בשטר או על המשכון וטען המלוה שלא קבע לו זמן או שהיום סוף הזמן שקבע שכ' מרן בסימן ע"ג דנשבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד ע"ש וכיון דשבו' היסת קילא היא יכול להפכה על הנתב' אבל לטעמא דשאני אוקמי ממונא וכולי וכן כתב הטור והרי"ף והר"ש בפרק הכותב וז"ל דלא מהפכינן שבועה דרבנן אלא בנתבע לגבי תובע משום דאמר אנת לית לך גבאי מידי אי קושטא קאמרת דאית לך גבאי אשתב' ושקול וכו' אבל אם נתחייב תובע שבו' ל"מ להפוכי עליה דנתב' וכולי עש"ב אם כן אפילו לא נתחייב מלוה רק שבועת היסת אינו יכול להפכה על הנתבע מיהו אפשר דהתם המלוה הוי כנתבע כמ"ש מרן הכ"מ פי"ג מהלכו' מלוה הטעם דסגי בהיסת דכיון שהודה שחייב לו היי כאלו הלוה תובע למלוה חייב אתה שתמתין לי כך וכך עיי"ש וא"כ הכא נמי יכול להפך השבו' על הלוה מהאי טעמא וכן מסתבר שהרי כמה פוסקים סבירא להו דבשבו' דרבנן לעולם מהפכין וכמו שכ' הש"ך סק"ל ואף על גב דלא קיימא לן הכי מכל מקום בשבוע' היסת זו שהמלוה הוי כנתבע והלוה תובע יכיל להפכה המלוה על הלוה אבל בשטר שטען הלוה השבע לי שלא פרעתיך אפילו למאן דאמ' אינו חייב רק שבו' היסת דאין המלוה יכול להפכה על הלוה דאין מהפכין אלא מנתב' לתוב' וכל שכן למאי דקיימא לן דשבו' המשנה כעין דאורייתא היא דודאי אף שאין המלוה חייב לישבע בלא

טענה אלא עד שיטעון הלו' השבע לי אין המלוה יכול להפכה על הלוה וכן כת' רב מתתיה בספר שערי צדק שער ה' סימן י"א וז"ל ראובן דנקט שטרא על שמעון וחייבים לראובן לאשתבועי ולמשקל לא יכיל למימר ליה לשמעון אשתב' והפטר אלא לרצונו דשמעון היכא דניחא לשמעון מן דעתיה לאשתבועי אבל למימר ליה ראובן אשתבע בע"כ אין לו מן הדין מ"ט דשבו' לראובן היא דהטילו חכמים אי משתב' מתפר' ואי לא פקע ממוניה וכו' ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ד סי' ק"ץ כתב שכן הסכימו הגאונים ורבותי שאין מהפכין אלא בשבו' היסת בלבד וכן דנתי ויש לי ראיה מכרעת ואפ' בהיס' אין מהפכין מתובע לתובע אלא מנתבע לתוב' עיין שם ולכאורה לא מצינו שבו' היסת ליטול אלא כשהפכ' הנתב' לתוב' כמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכות טוען דין ו' וכתב המ"מ כדברי רבו ן' מיגש ודברים ברורים ודברי מהר"י ן' מיגש בחי' לשבועות דף מ"א גבי טוען פרעתי בשטר וז"ל שבו' כעין דאורייתא היא דהא וכו' ועוד דהא נשב' ונוטל הוא ונקוט האי כללא בידך לא משכחת לה לעול' שבו' היסת בנשב' ונוטל אלא היכא דאין חייב בה הנתב' והפכה התוב' אבל שבו' דהויא מעיקר דינא על התובע דמישתב' ושקל לעולם לא הויא אלא כעין דאוריית' עכ"ל ואם כן לא משכחת לה שבועת היסת בתוב' שאינו יכול להפכה דאם הוא אחר הפירעון אם כן פשיטא דהו' ליה נתב' ויכול להפכה: ל"ט וכן הנשבעים ונוטלי' וכו' והוא הדין במלוה על המשכון שצריך לישבע על המשכון אינו יכול להפך את השבו' על שכנגדו דהא טעמא דנשבעים ונוטלים דאין מהפכי' משום דהנתבע יאמר השבע וטול כמו שתקנו לך חכמים או תלך כמבואר בטור עיין שם בב"י וכתב הר"ן הביאו הסמ"ע בסימן ע"ב סקל"ו וז"ל דלא מחייבין למלוה לישב' בנקיטת חפץ אלא כשבא הוא לתבוע ללוה שיפדה משכונו אבל אם המלוה שותק והלוה בא להוציא מיד המלוה אז אמרינן המלוה נאמן בכדי דמיו בשבועת היסת וכו' עכ"ל אם כן מי תבע לפדות המשכון אם המלוה תבע ללוה לפדות המשכון אין המלוה יכול להפך את השבועה על הלוה אבל אם הלוה תבע את המלו' והמלו' יכו' להפך את השבו' על הלוה אבל לדעת הש"ך דאם הלוה תובעו שיחזיר לו משכונו ואמר לו המלוה יש לי עליו כך וכך תפדנו או אמכרנו ואגבה ממנו חובי צריך המלוה לישבע בנקיטת חפץ עי"ש יש להסתפק אם המלוה יכול להפך השבועה על הלוה או לא הרי כתב הרי"ף והר"ש בפרק הכותב דלא מפכי' שבועה אלא מנתבע לגבי תובע משום דא"ל אי אית לך מידי גבאי אשתבע ושקול ואי לא פקע וכו' אבל בדחייב תובע שבועה לא מצי להפכה עליה נתבע ולמימר אשתבע לי דפרע' לי יתפטר דיכיל למימר ליה אנא לא בעינא לאשתבועי אלא את אי ניחא לך לאשתבועי ושקול לחיי ואי לא זיל דלית לך גבאי ולא מידי עכ"ל

משמע דאין חילוק בין שבועת היסת לשבועת המשנה אלא משום דשבועת היסת היא ליפטר ושבועת המשנה ליטול אין יכול להפכה ואם כן מלוה על המשכון דשנים תובעי' דהלוה תובע לפדות משכונו והמלוה גם כן רוצה לפדות עכשיו או ימכרנו כדי שיקח דמיו צ"ע אם יכול המלוה להפך על הלוה וישבע ועיין בתשו' הרמב"ם בספר פאר הדור סימן ר"ג ועיין תשו' הרדב"ז ח"ב סימן נ"ב:

מ' שהרי זה טוענו ספק וכו' משמע דאפילו שבו' המשנה שהיא כעין דאורייתא בנשבעים ונפטרים בטענת בריא כגון החזרתי בפקדון בשטר וכולי יכול להפך השבועה על התובע שישבע בנקיטת חפץ ויטול וכן הוכיחו הט"ז והש"ך עש"ב וז"ל הסמ"ג עשין צ"א מי שנתחייב שבועה מדבריהם כתב ר"מ שאם היה מהנשבעי' ונוטלין אינו יכול להפך השבועה ואני אומר הדין עמו כמו שכת' בשבועות ובב"מ תקנתא לתקנתא לא עבדי' ועתה ק' והלא מפכי' שבועה דרבנן אלא פי' ר"ש כך תקנת' לתקנתא לא עבדינן כלומר שני תקנות בע"כ של נתבע לא עבדינן אבל הפוך ברצון הנתבע לאו תקנתא לתקנת' היא ולפיכך אין לך שבועה שתהפך אלא שבועת היסת בלבד וכו' וכ"ש הנשבעים בטענת ספק וכו' עכ"ל הרי דהנשבעים ונוטלים אינו יכול להפך השבו' משום דתקנתא לתקנת' לא עבדי' בע"כ של נתבע אבל הנשבעי' ונפטרי' יכול הנתבע להפך דלאו תקנתא לתקנתא היא אם כן אפילו שבועת המשנה יכול להפך מיהו בטוען החזרתי מפקדון א"ל דאינו יכול להפך דכיון דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו ושבועת נאנסו שהיא דאורייתא אינו יכול להפך ה"ה בהחזרתי וכן אם תפס ולא רצה לישבע אף על גב דבכל שבועה דרבנן אם לא רצה לישבע אין מוציאין מידו הכא בטוען החזרתי בפקדון אם לא רצה לישבע מוציאין מידו כיון דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו כמו בטענת נאנסו אם לא רצה לישבע נחתי' לנכסיה ה"ה בהחזרתי דאם לא כן לא הוי מגו דלא רצה לטעון נאנסו דאז יורדים לנכסיו אלא ודאי דהכא נמי בהחזרתי אם לא רצה לישב' יורדין לנכסיו כיון שצריך לישבע כעין דאורייתא כמו בטענ' המגו ומ"ש הש"ך כגון בטוען החזרתי בפקדון בשטר וכו' כן הוכיח הש"ך בסימן רצ"ו ס"ק ג' דטוען החזרתי אף על גב דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו ואם טען נאנסו היה צריך שבועה דאורייתא אפילו הכי כשטען החזרתי אין צריך לישבע מדאורייתא אלא שבועה דרבנן כעין דאורייתא וכן כתב בהדיא בעל המאור בפרק המוכר את הבית ואם כן לא אמרינן בה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אם לא רצה לישבע אין יורדין לנכסיו וכן יכול להפכה עיין שם באורך ומדברי התוס' בבתרא דף ע' גבי שטר כיס שכ' וז"ל וא"ל לר' אבא דאית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אמאי פטרינן להו הא מחוייבים הם שבועה ואין יכולים לישבע דלגבי יורשים

לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' נראה דבטענת החזרתי נמי צריך שבו' דאורייתי' דאם לא כן הא בשבו' דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש התוספות בפרק השואל ובר"פ כל הנשבעין ע"ש וכן נראה מדברי בעל העיטור בדיני פקדון דמ"ד דגם בטוען החזרתי צריך שבו' דאורי' כמו בנאנסו דבכל טענה שנאמן במגו חייב אותה שבו' שהיה צריך לישבע על טענת המגו אם דאורייתא וכולי עיין שם וכן כתב מהרימ"ט בתשו' ח"א סימן ע"ב דאם טען החזרתי או נאנסו היה צריך לישבע שבועת השומרי' שהיא של תורה דהא החזרתי לא מהימן אלא משום דמגו דנאנסו ולא אמרינן מגו לפטור משבועה וכן נראה דעת בעה"ת והטור בסימן קנ"א דצריך שבועה דאורייתא וכן כתב בהדיא הסמ"ע ס"ק י"ד שם אחר שישבע המלוה שבועה חמורה היא שבועת המשנה וכו' אבל שבו' הנתב' במפקיד בשטר היא שבועת התורה ממש כיון דאינו נאמן אלא במגו דנאנסו ע"ש וכן לשון הטור ומרן בסי' קל"ג גבי מפקיד אצל חבירו והתנה עמו אל תחזיר לי אלא בעדים והוא אומר החזרתי ביני לבינך ישבע שבו' דאוריי' במגו שהיה יכול לומר נאנסו והיה נשבע שבועה דאוריי' ע"ש וכן כתב הרא"ש בפרק ח"ה שבועה דאורייתא ממש כמו בטענת נאנסו וכן כתב הרשב"א בתשו' סימן אלף רי"א ע"ש ושוב ראיתי להראב"ד בספר תמים דעים סי' רי"א שכתב וז"ל המפקיד אצל חבירו בשטר ואמר ליה החזרתיו לך נאמן בשבועה חמורה במגו וכו' וצ"ע אי בעי להפוכי הנתבע להתובע השבועה וא"ל השבע וטול כגון בשאר שטרות דאם אמר שטר פרוע הוא וא"ל אשתבע לי דמשבעי' לי יש מי שאומר כיון דהאי שבועה שבועת התורה כדין נאנסו ל"מ להפכה דהא מחוייב אתה שבו' התורה או החזיר לי פקדוני או השבע וכו' ויש מי שאו' מן הדין לא היה לנו להאמינו לנפקד כיון דשטר ביד המפקי' ומדין מגו מהימני' ליה מ"ל הנפק' וכולי לא ניחא ליה בתקנתא דרבנן דאהא נאמן מדין מגו עכ"ל הרי שכתב דהיא שבועת התורה כדין נאנסו ואינו יכול להפכה ויש מי שאומר ס"ל דמן הדין הנפקד נאמן כיון דשטר ביד המפקיד ותקנת חכמים שנאמן מדין מגו ויכול לומר לא ניחא לי בתקנתא דרבנן דאהא נאמן מדין מגו א"כ משמ' דאינו יכול להפכה אלא דיכול לומר אי אפשי בתקנה זו שתקנו לי חכמים שאהא נאמן מדין מגו כמו בנשבעים ונוטלים שאינם יכולים להפך השבועה ואם אמר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו ונראה בודאי מגו מדאורייתא אלא דהכא כיון שהשטר ביד המפקיד ואי מהאי טעמא דשטרך בידי מאי בעי אין הנפקד נאמן לומר החזרתי במגו אלא מתקנת חכמים ויכול לומר א"א בתקנה זו ומכל מקו' משמע מדברי הש"ך דבשבועה דרבנן דנשבע ולא משלם אפילו היא כעין דאורייתא יכול להפכה וז"ל מהר"י ן' מיגש בחידושיו לשבועות דף מ"א והא דאמרינן

בדרבנן מהפכי' שבו' דוקא שבועת היסת דכיון דעל הנתבע היא מצי א"ל לתובע אנא לא בעינא לאשתבועי אי ניחא לך דתשקול אשתבע וכו' אבל לגבי שבו' דרבנן כעין דאורייי' כיון דנשבע ונוטל לא מצי להפוכי מתרי אנפי חדא דהא טכסיסי שבו' דאורייתא ועוד כיון דנשבע ונוטל הוא מצי נתבע למימר אנא לא ניחא לי לאשתבועי את אי בעי דתשקול אשתבע וכולי וכן הנך נמי נשבעין ולא משלמין דמחייבי שבו' דרבנן כעין דאורייתא כיון דעל טענת שמא היא ל"מ להפוכי להיא שבועה אתובע עכ"ל ונראה דגם לה"ט דהא טכסיסי שבועה דאורייתא היא וכו' היינו דוק' בנשבעים ונוטלים אבל בנשבעים ולא משלמין אף על פי שהיא כעין דאורייתא וטכסיסי שבועה דאורייתא היא יכול להפכה דהא בשבו' השותפים וכו' משום דעל טענת ספ' הוא דאינו יכול להפכה אלא דלא דקדק כיון דליכא שבו' כעין דאורייתא גבי נתבע על טענת בריא דגבי פקדון בשטר שטען הנפקד החזרתי צריך לישבע שבו' דאורייתא ממש:

מ"א אבל אם הוא מהנשבעין ונפטרי' דהיינו שבו' היסת וכו' כ' הסמ"ע הלשון מגומגם דהול"ל בקיצור אבל אם הוא שבו' היסת דהא לאו בנשבעי' ונפטרי' תליא מלתא וכו' ע"ש ובדברי הרי"ף בפ' הכותב מבואר כן דטעמא דשבו' דרבנן מהפכי' מנתבע לתובע משא"כ בשבו' המשנה דאין מהפכין מנתב' לתוב' וכך כתב הרשב"א בתשוב' ח"ד סי' ק"ץ הסכים דבשבועת המשנה אין מהפכין וסיים וז"ל ולא עוד אלא שאפי' בהיסת אין מהפכין מתובע לנתב' אלא מנתב' לתוב' עכ"ל הרי דגם בשבו' היסת דוקא בנשבע ונפטר הוא דמהפך (אמ"ה עיי' מ"ש המחב' לעיל בסי' ל"ח ע"ש):

מ"ב אבל אם הוא מהנשבעים ונפטרים וכו' ראובן שתבע את שמעון שותפו טעיתי עמך בחשבון כו"ך ושמעון השיבו כבר תבעתני ורציתיך בכו"ך ופטרתני שמעון נאמן בשבו' שרצהו ואם הפך השבו' הזה על ראו' התוב' שישב' שלא ריצהו יכול לומ' לשמ' תן בב"ד ואשבע וצריך ליתן בב"ד על מה שישב' התוב' שלא ריצהו או ישבע שמעון שריצהו הרא"ש בתשו' בס' חזה התנופה סימן ל"ו ע"ש:

מ"ג יכול להפכה על שכנגדו וכו' ואם הפכה וקנו מידו אינו יכול לחזו' בו ואם לא קנו מידו יכול לחזר בו כ"ז שלא נשבע חבירו כמבואר בסי' כ"ב ע"ש ועיין בהסמ"ע סקי"ח דאפי' מצא אח"כ התובע שיש עד אחד מסייעו אין צריך לישבע ואין הנתבע יכול לחזור בו ע"ש הטעם והש"ך כ' דבל"ה יכול לחזור בו ואפילו קנו מידו אפשר דהוי קנין בטעות והכנה"ג אות כ"ו כ"כ משם תשו' הרדב"ז חלק שני סימן רצ"ו ולא זכר שכן פסק מרן בסי' כ"ב ע"ש:

מ"ד כ' הרי"ף בתשו' סי' ס"ט על התוב' שיש עד אחד שהנתב' הפוך השבו' עליו בקנין ליטו' והנתב' כפר נשבע הנתב' היסת שלהד"מ ונפטר ואינו חייב שבו' דאורייתא שהעד לא העיד עליו בממון אלא בהפוך שבו' ואע"ג שההפוך גורמת לממון הא קי"ל דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי והביאו הרב בעל העיטור בדיני חוב דס"ה ע"ב ע"ש:

מ"ה אבל וכו' שבו' היסת יכול להפכה על שכנגדו וכו' נראה דוקא בשטען הנתב' מהפכין הרב בני אהרן סימן צ"א עיין שם באורך וכך כתב הרב חוות יאיר סימן פ"ט ע"ש:

מ"ו דין י"ב אם יאמר התובע א"א בתקנה זו וכו' כן כתב הרמב"ם פרק ראשון מהלכות טוען והסמ"ג עשין צ"ה שכן הורה מהר"י בן מיגש ורבותיו וכתב הר' מ"מ שכ"כ הרמ"ה ועיקר ע"ש וכ"כ ה' חוקות הדיינים סי' ס"ו ע"ש וכ' הסמ"ע כן אמרינן בכ"מ דהרשות ביד אדם לומר א"א בתקנה זו שתקנו חז"ל לטובתי כעין זו שתקנו שישב' הוא ויטול דאין מזכין לאדם בעל כרחו עיין שם ונראה לכאורה דה"ד בשבו' המשנה כגון השכיר והנגזל וכו' דתנן בפ' כל הנשבעין אלו נשבעין ונוטלין וכו' דמן הדין אין נוטלין אפילו בשבו' אלא שחכמים הקילו עליהם ליטלו בשבו' אבל הפוגם שטרו או שעד אחד מעיד שהוא פרוע וכו' דתנן בפ' הכותב לא יפרעו אלא בשבו' וכו' מן הדין נוטלין בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם שלא יטלו אלא בשבו' כמ"ש התו' שם ודף פ' בד"ה ישב' וכו' והר"ן בפ' כל הנשבעין ע"ש וכיון דמן התורה נוטלי' בלא שבו' ותקנת חכמים היא לחובתם להצריכם שבועה לא שייך לומר א"א בתקנת חכמים והמרדכי בפ' כל הנשבעין כ' על השכיר שנשב' ונוטל אם יכול להפכה השבו' על בע"ה לומר לו השבע והפטר פלוגתא דרבוו' היא הר"י בן מיגש כתב שיכול להפכה ולכאורה נראה טעמו דכל האומר א"א בתקנת חכמים שומעים לו כגון זה דלטובתו נתקנה ורבי' אלפס והמיי' כ' דלא מהפכין ונראה למהר"ם כדבריהם דהכא לאו לטובתו של שכיר נתקנ' אלא לטובת בע"ה נתקנה דטרוד בפועליו ואינו זכור וכו' ע"ש ונראה לסברת מהר"י ן' מיגש דוקא בתקנת שכיר לטובתו יכול לומר א"א בתקנת חכמים שהיא לטובתי דשבו' דשכיר תקנת חכמים לטובת השכיר הוא אבל הפוגם שטרו וכו' דתנן בפ' הכו' דמן הדין נוטלי' בלא שבו' ותקנ' חכמי' היא לחוב' שלא יטלו אלא בשבועה (עכ"מ)

יש להסתפק אם היה התוב' חייב לאחרים אם יכול לומר א"א בתקנה זו שכ' המרדכי בפ' שני דייני גזירות בשם אמרו דלא אמרו כן אלא בדליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק כמו שהק' ריב"א בב"ק גבי אי שקלת בדידך שקול וכ' אמאי לא שקיל בינונית כדהשתא ולימא א"א בתקנת חכמים שתקנו לי בבינונית ותי' דלא אמרו כן אלא היכא דליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק וההיא דאיני ניזונת ואיני עושה שאני שהיא מוחזקת

במעשה ידיה ע"ש וכ"כ בתשובות מהר""ם הארוכות סי' רל"ז ובתשוב' המיי' דשייכי לס' קנין סי' י"ד ואף שתי' שם בע"א דלא שייך התם לומר א"א בתקנת חכמים אלא היכא דהתקנה לטובתו אבל בינונית לאו לטובתו של מלוה נתקנה אלא לטובתו של לוה כדי שלא תנעול דלת בפני לוה מ"מ מבואר שם שהסכים לחי' ריב"א דלא שייך לומר א"א בתקנת חכמים אלא להחזיק ולא להוציא וכ"כ בס' א"ז לקמא ד' ה' בשם מהריב"ץ דבזה ניחא מה שהק' ר"י הלבן בריש כתובות דקאמר הגיע זמן באחד בשבת אינו מעלה לה מזונות ואמאי תימא ליה טעמא מאי אינה נשאת משום תקנתא דידה דשקדו חכמים וכולי בהא תקנתא לא ניח"ל כדרבא אלא דתקנתא דרבנן לא מהניא להוציא ממון ע"ש ובזה ניחא מה שהק' מהרש"א בתוס' דכתובות דף פ"א בד"ה הרוצה שימכור וכולי כיון דלטובתו ולהנאתו הוא הא דכתובתה על נכסי בעלה הא' א"כ אם הוא רוצה לכתוב לה עכשיו דקנאי ודקנינא ולמכור נכסי הא' אמאי אינו יכול לכופה על כך יאמר היבם א"א בתקנת חכמים וכו' די"ל דה"ד להחזיק ולא להוציא ולהפסיד אחרים וה"נ אם אין היבמה רוצה אינו יכול לכופה מה"ט וכה"ג כ' התוס' שם בד"ה ודילמא וכולי וז"ל וא"ת ונימא נמי שלא יהא מכר מה"ט משום דטבא ליה עבדו ליה וי"ל דמשו' טובתו לא נפסיד ללקוחות עכ"ל וא"כ אפש' דה"נ אינו יכול לומ' א"א בתקנה זו במקום שחב לאחרים וכה"ג כ' ה' כנה"ג בסימן כ"ה אות מ"ד דבמקום שיכול המוחזק לומר קי"ל אינו יכול לומר איני רוצה לזכות מטעם קי"ל להפסיד לב"ח וכופין אותו לזכות עש"ב ובספרי עה"ש ח"א סימן ט' כתבתי דה"ד משום דהוא מוחזק וכופין אותו לזכות ואינו יכול להפקיע זכותו להפסיד לב"ח שלו אבל להוציא מאחרי' אין כופין אותו וכן הסכים בתשו' בס' בעי חיי סי' קע"ו באשה שנתנה לבנה מתנה דאין כח בב"ח להכריח הבעל למחות במתנת אשתו כדי שיגבה חוב שלו ול"ד למ"ש שיכול להכריחו שיזכה מטעם קי"ל דהתם ממילא בשב ואל תעשה זוכה וכדי שלא לזכות צריך לעשות מעשה ולומר איני רוצה לזכות אבל הכא אינו זוכה אלא שיעשה מעשה וימחה ואין כח בב"ח לכופו בקום עשה כדי שיזכה הוא ע"ש הרי דאם אינו זוכה אלא ע"י מעשה אין כופין אותו לתבוע וכה"ג כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן שי"ב בכותב כל נכסיו לאחרים להבריח מב"ח או כתב מקצת נכסיו לב"ח א"כ אע"ג דבידו לחזור אם כן אין הב"ח יכול להכריחו שיחזור בו כדי לגבות חובו עש"ב וא"כ נראה לכאורה כיון שאין התובע אלא ע"י מעשה שישב' יכול לומר א"א בתקנת חכמים כדי שלא להוציא מן הנתב' ואין הב"ח שלו יכול לכופו לישב' וליטול כדי שיזכה הוא מיהו א"ל דהתם כבר זכו ואין כופין לזה לעשות מעשה להוציא ממון מחזקת בעליו אבל חוב שחייבי' לו אחרים אפשר דיכול לכופו

וכ"כ בתשו' בעי חיי ח"א סי' ר"ט דרס"א באלמנה שיש עליה חוב דכופין אותה לגבות כתובתה מן היתומים קטנים אינה יכולה להפקיע זכות להפסיד למלוה שלה עיין שם וה' תורת חסד סימן קמ"א חלק בזה ויכולה האשה לומ' א"א בתקנת חכמים שאמרו דנזקקין לנכסי יתומי' קטנים לכתובה משום חינא מטעם דחיישי' להפסד יתומים טפי ע"ש אבל בלא"ה אינו יכול לומר א"א בתקנת חכמי' להפסיד לב"ח ומה שדחה שם ראיית ריב"א אין דבריו נראים וא"כ נראה דאפילו דבר שאינו בחזקתו אינו יכול לומר איני רוצה לזכות בו במקום שחב לאחרים אלא כופין אותו לזכות בע"כ והא דקי"ל בסימן רמ"א דיכול לומר איני רוצה לזכות במתנה אפילו במקום שחב לאחרים עיין שם בהסמ"ע ס"ק ח"י נראה דה"ד במתנה אבל בממון שיש לו זכות מן הדין אינו רשאי להפקיע זכותו לחוב לאחרים ושוב ראיתי בתשו' מהרימ"ט ח"מ סימן ט' כ' על ראובן שחייב לשמעון בשטר ומת ולא הניח נכסים רק קרקע א' ומתה אלמנתו ולא נשבעה על כתובתה ואח"כ הוציא השטר ותב' שמעון ליורשי' ליטול הקרקע בחובו הביא תשו' מהר"י באסאן לזכות היורש מטעם שהוא יכול לומר א"א בתקנת חכמים כגון זו שתקנו הבא ליפר' מנכסי יתומי' לא יפר' אלא בשבו' וה' חלק עליו דלא אמרי' הכי במקו' שחב לאחרים שמא נפרעה כתובתה וחל שעבוד הב"ח על הנכסים ולא כל הימנו של יורש לוותר על השבועה להפסיד הב"ח עש"ב: מ"ז כ' ה' נתיבות משפט דף ש"א אם לא רצה הנת' לישבע היסת י"ל אם יורדין לנכסיו כדין כל מוציא שט"ח על חבירו א"ד כיון דאם היה נשבע נפטר הוי ככל מחויב שבועת היסת שלא רצה לישבע דאין יורדין לנכסיו וכן נראה קצת מדברי המ"מ ע"ש ונראה דאם לא רצה הנתבע לישבע ודאי דיכול התובע לומר אדעתא דהכי לא הפכתי השבועה ואפי' היה בקנין יכול לחזור ולישב' וליטול ועיין בסמ"ע סקי"ח ובהש"ך סק"ך:

מ"ח

דין

י"ג אם היה הנתבע חשוד פטור וכו' אחר שנתחייב שבועה אמר התובע לנתבע אני יודע בבירור שתשבע לשקר שכבר נשבעת לפלוני ופלוני לשקר כיון שהודה שהוא חשוד פטור הרי"ף הובא בתשובות מהר"י בן מיגש סימן קנ"ז ע"ש:

מ"ט וה"ה לכל שבועה שהיא של דבריהם וכו' כ' הרמב"ם בתשו' בס' פאר הדור סימן ר"ג וז"ל שבועה הנז' במשנה כמו שכיר בזמנו ונגזל ונחבל ושכנגדו חשוד על השבועה השותפין והאריסי' והאפוטרופי' ואשה שנושאת ונותנת בתוך הבית ובן בית ומי שיש בידו שטר ומעיד עליו שכנגדו שלקח ממנו והוא כופר בו ומהם מי שבידו שטר ומודה

שלקח ממנו מקצת ושכנגדו אומר שנתן הכל ומי שמוציא שטר על היתומים וכו' עכ"ל ונראה דמשום דהודאה בשטר לא חשיב' הודאה להתחיי' שבועה דאוריית' דשטר הוי כמו קרקע דאין נשבעין על טענת כפירת שעבוד קרקעות אלא בשבועה דרבנן היא כעין דאורייתא ואינו יכול להפכה:

נ' חוץ משבועת היסת וכו' כ' הש"ך יש פוסקי' דגם שבועת היסת צריך נק"ח מדלא קאמרינ' בפ' ש"ה הך נ"מ בין שבועה דרבנן בין שבועה דאוריי' וכו' וכן משמע בפ"ג דנדרים גבי קניא דרבא ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ד סי' רע"ב דחה דההיא דבפ"ג דנדרים גבי קניא דרבא וכו' אפשר במודה מקצת היה או ע"א היה שם שנשבע שבועת התורה וכו' ע"ש ונראה דע"א היה שם שמעי' בפני הלוהו ולא זזה ידי מידו ועדיין לא פרע והוא אומר שפרעו ומכחיש את העד דנשבע שבו' התורה כמ"ש הסמ"ע בסי' ע"ה ס"ק ל"א עש"ב וגם מרן בב"י שם דס"ל דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם נראה דה"ד אם הוא מודה לדבריו וכן פי' הרשב"ש בתשו' בסי' תקכ"ו דברי הרמב"ם דאם העד אומר בפני הלוהו ולא זזה ידי מידו והוא מודה כן שלוה ולא זזה ידי מידו וכן אם הלוהו לזמן ועדיין לא נשלם הזמן והוא מודה בזה הו"ל מחוייב שבועה ואיל"מ ע"ש א"כ ההיא דנדרים א"ל דמיירי שהיה ע"א שמעיד שהלוהו ולא זזה ידו מידו או שהוא בתו"ז והלה מכחישו בזה ואומר פרעתי דנשב' שבו' דאורייתא אבל הר"ן שם אוקמא במודה מקצת וה' המאירי שם כ' דהוא החמיר על עצמו כדי שלא יהא ניכר תחבולה ע"ש ומ"מ דעת רוב הפוסקים הרי"ף ומהר"י בן מיגש והרמב"ם והסמ"ג והרמב"ן והרשב"א והר"ן והריטב' וה' המאירי דשבו' היסת לא בעי' נק"ח וכ"כ הראב"ד בס' תמים דעים סי' ס"ג ע"ש וכ"כ הרב שרירא גאון בס' שערי צדק שער ה' סי' ג' ע"ש והריב"ש סי' תל"ז כ' דשבו' דרבנן אינה לא בשם ולא בנק"ח אלא בשבו' סתם וכ"כ רש"י בפ' השולח וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והרמב"ם כ' דגם שבו' דרבנן או בשם או בכנוי אלא שאינה בנק"ח ולא הודו לו עש"ב ועיין בהלח"מ פ"א מה' טוען וכבר כ' ה' נתיבות משפט דף ש' דהריב"ש מיירי בשבו' היסת ולא בשבו' המשנה שהרי נשאל מה הפרש יש בין שבו' דאורייתא לשבו' דרבנן וע"ז השיב דבפרק ש"ה מפורש מאי איכא בין שבו' דאורייתא לשבו' דרבנן וכו' והתם לענין שבו' היסת בעי דדוחק לומר דהוא ס"ל כדעת השערים דשבועת המשנה בעי הפך כל המפרשים וע"ז כ' דיש חילוק ביניהם דשבו' דאורייתא היא בשם ובנק"ח ושבו' דרבנן הנז' שם שהיא שבועת היסת אינה בשם ולא בנק"ח והוכיח כי מדברי רש"י בפ' השולח שכ' דשבו' חוץ לב"ד שבועה דרבנן וכו' דס"ל דמשביעין אותה חוץ לב"ד כעין שבו' היסת בלא נק"ח וכ"כ הרשב"א בתי' בפ' השולח עש"ב וכן מבואר בתשו'

הריב"ש וז"ל מי שנתחייב שבועת התורה וכו' אם נתחייב שבו' דרבנן כגון כופר בכל אם לא רצה הנתבע לישבע הלא שאמר לתו' השבע אתה וטול שומעין לו וכו' עיי"ש הרי דמפרש לה בשבו' היסת מיהו א"ל דמיירי נמי בשבו' המשנה כיש פוסקים דס"ל דגם שבו' המשנה מהפכין והש"ך בסי' זה ס"ק ל' ובסי' צ"ב ס"ק י"ד הוכיח דהש"ס מיירי בין שבו' המשנה בין שבו' היסת עש"ב:

נ"א יש פוסקים דשבו' היסת נמי צריך נק"ח והש"ך א הביא ראייה מדאמרי' בריש מציעא גבי ההוא רעיא וכו' א"א לדר"ח קמייתא משתבע אשאר' וכו' שכנגדו קאמינא השתא נמי דלית' לדר"ח נחייבי' מדר"נ שבועת היסת ומשני דר"נ תקנת' היא ותקנת' לתקנתא לא עבדי' וא"א מאי פריך השתא נמי נחייבי' מדר"נ הא נ"מ בדר"ח שחייב שכנגדו שבו' בנק"ח וכן הוכיח בעל העיטו' בדיני חוב דס"ה ע"ש וה' באר יעקב תמה דאע"ג דהנת' אם לא היה חשוד היה נשבע היסת בלא נק"ח מ"מ כשהוא חשוד למאי דס"ד שכנגדו נשבע ונוטל כיון שבא להוציא צריך לישבע בנק"ח וק"ו הוא דאם איתא לדר"ח שהיה הנתב' חייב שבועה דאורייתא אע"ג דמן הדין היה פטור התוב' מלישב' ונוטל בלא שבו' (אמר המגיה מכאן ועד ולא דק יש בו קצת גמגום מפני שהנייר קרוע קצת) כקו' התוס' דנימא דמתוך שאיל"מ ותי' דא"כ לא שבקת חיי לכל חשוד ע"ש הרי דעכ"פ דמדינא אין צריך לישב' שכנגדו ונוטל בלא שבו' אפ"ה נשבע בנק"ח מכ"ש אי ליתא לדר"ח דלא מחוייב החשוד רק שבו' היסת מדרבנן ומן הדין פטור הנתבע כמבואר לעיל סי' ע"ה ס' י"ד וסי' צ"ב דגבי שבו' דרבנן לא אמרי' מתוך שאיל"מ ואפ"ה ס"ד דנשבע כנגדו א"כ ודאי פשיטא דנשב' שבועה חמורה בנק"ח ע"ש ולא דק דהא דקי"ל דבשבו' דרבנן לא אמרי' מתוך שאיל"מ היינו בהמסקנא דאמרי שתקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש הסמ"ג עשין צ"ה וז"ל דבשבו' שעיק' מדרבנן אין לעשות בה תקנתא לתקנתא ולומר מתו' שאיל"מ וכן חין אנו אומרי' בשבו' דרבנן שכנגדו נשבע ונוטל כדמסקינן וכן מבואר בדברי התוס' בכתובות די"ח ובמצי' דצ"ז בד"ה ה"נ וכו' ובתשו' הרשב"א ח"ב סי' ק"י ע"ש משום תקנתא לתקנתא לא עבדינן לא אמרינן מתוך שאיל"מ ושכנגדו אינו נוטל אפי' בשבו' אבל למאי דס"ד בשבוע' דרבנן נמי אמרי' מתוך שאיל"מ ולכך שכנגדו נוטל מיהא בשבו' ונראה דלדעת הרמב"ן והר"ן בפ' כל הנשבעין דחשוד דמדין תורה חייב דמתוך שאיל"מ אלא דחכמים החמירו על שכנגדו שלא יטול אלא בשבו' א"כ כיון שהחמי' על התוב' לישבע בנק"ח כ"ש בשלא נתחייב התשו' שבו' לשלם מדאורייתא למאי דס"ד דשכנגדו נשבע ונוטל שהקילו חכמים לתובע ליטול ודאי לא יטול רק בשבו' חמור' אבל למ"ד (עכ"מ ואח"ך כתו') ועיין בס' עיטור סופרי' דקכ"ג: נ"ב דין י"ד חוזר

ונשבע שבועה דאורייתא וכו' אין חרם סתם פוטר משבועה כשם שאין שבועת היסת פוטר משבועה דאורייתא הריטב"א בחידו' ר"פ שבועת הדיינים ועיין בהרב כנה"ג אות ל"ד שהוכיח כן מדברי הטור בסימן פ"ח וכ"כ הגד"ת עש"ב:

נ"ג דין ט"ז חפץ זה צריך שיהיה ספר תורה וכולי אין חילוק בין ספר תורה הכשר לגמרי בין ס' שיש בו איזה פיסול ומותר לכתחי' ליתן בידו ס"ת שיש בו איזה פיסול אפילו יש בכל ספר מחמשה חומשי תורה הרב נודע ביהודה חי"ד סימן ע"א ע"ש:

נ"ד ואם לא אחז בידו אלא תפלין וכו' דוקא תפלין שהוא קדושה אבל ציצית אינו אלא תשמישי מצוה הריטב"א בחי' לשבועות דף ל"ח ע"ש: נ"ה הגה וי"א דס"ת ל"ד אלא ה"ה שאר ספרים וכולי הש"ך דחה דברי מהרי"ו וכן הוכיח הרב בית דוד חלק א"ה סימן נ"ה דלכתחילה לא מיהו בדיעבד אם נשבע בהם אין צריך לחזור להשבע בס"ת כמ"ש מהר"ח בספר בית דוד שם:

נ"ו דין כ"ב בין של דבריהם אפילו היסת משמע דאפילו נתחייב שבו' ליטול כמו שכת' הסמ"ע ודלא כהרב, ט"ז עיין שם ועיין בתשו' מהריק"ש בספר אהלי יעקב סימן כ"ח:

נ"ז דין כ"ג או בפני העד אם אין התובע יודע האמת וכו' וכן כתב הב"י בשם תשו' האשכנזי' וז"ל היכא דאין התובע יודע האמת אלא על פה העד בודאי לכתחילה יש לנתבע לישבע לפני העד כדאית' בתו' דפועלים נשבעים לפני החנוני וכו' וכן כתב מהר"ם בתשו' הארוכות סימן רל"א והובא בתשו' המיי' בספר הפלאה סימן א' עיי"ש משמע דפועלים וחנוני נמי אם נשבעים זה שלא בפני זה אין צריך לחזור ולישבע כמ"ש ה' ב"ח בסימן צ"א והש"ך שם דחה די"ל דשאני התם דכיון דחד מנייהו ודאי דלשקר משתבע עיין שם וליתא דאם כן מה ראיה מביא מהר"ם מהתם לעד אחד דעלמא ועיין בתשו' מהר"י וויל סימן קנ"ד דאפילו הוא גוי צריך לישב' בפניו ובנדון דידן הקילו משום דשבועת גלגול היא עיי"ש ועין בתשובות הרב מ"ך בספר בית יהודה חלק ב' סימן מ"ח דף קכ"ה:

יש להסתפק אם התובע ממון טוען ברי וע"א מסייעו אם צריך הנתבע לישבע בפני שניהם העד והתובע נראה דודאי צריך לישבע בפני התובע ולא סגי לישבע בפני העד לבד משום דמתבייש יותר מן התובע שעשה לו טובה אבל אפשר דאין צריך לישבע בפני העד ג"כ:

נ"ח אין צריך לישבע בפני התובע וכו' בתשו' מהר"ם כתב תדע דאלמנה נפרעת מנכסי יתומים קטנים בשבועה דאפילו בפניהם חשיב כאלו שלא בפניהם וכו' ע"ש וכן משמע בפרק הזהב גבי בני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו או אבדו דקאמר נשבעין לבני העיר

במעמ' גזברים כי היכי דלא לחשדינהו וכולי ולא קאמר משום כיסופא שמע מינה דלא שייך האי טעמא אלא היכא דטעי' טענת ודאי וכו' ע"ש:

נ"ט כתב הריטב"א בפרק כל הנשבעין גבי פועלי' וחנוני דנשבעים זה בפני זה דה"ד אם אפשר דאיתנהו בעיר אבל בלא"ה לא יפסיד הנמצ' בשביל שאינו נמצא וכן דעת ב' רבותי וכן דעת הרמ"ה עיי"ש ועיין בתשו' הריטב"א שהביא מרן הב"י:

ס' ואם השביעו שלא בפניו וכו' נפטר וכו' בתשובות הריטב"א כתב שהרי"ף חולק על זה ומשמע דהרי"ף סבירא ליה דאפילו בדיעבד לא מהני וכבר כת' קול אליהו בי"ד סימן ל"ז דחה פ' מהר"ם אלשיך בזה ומ"מ הסכים דקיימא לן כמהר"ם והרשב"א דבדיעבד מהני וגם הריטב"א אינו חולק בדין עש"ב ועיין בתשו' הרמ"ך בספר בית יהודה ח"ב סימן מ"ח דף קכ"ה:

ס"א כתב הריטב"א בחי' לגיטין בפרק השולח גבי מודה רב בקופצת דאפילו שבועה דמודה מקצת אם קפץ ונשבע פטור וכן דעת רבינו עיי"ש וכן הסכים מהרש"ל שם סימן ל"ו דאם קפץ ונשבע ולא מיגרע מידי משבועתו אפילו קפץ ונשבע חוץ לבית דין אינו חוזר ונשבע עיי"ש ובתשו' מהר"ם הארוכות סימן תשי"ב כתב וז"ל פסק רבא אדם התובע לחבירו לדין ונתחייב לו שבו' וקפץ מעצמו ונשבע אפילו בפני ב"ד או אם השביעוהו אחרים שאינם דיינים שאינו מועיל וצריך לישבע ב' עפ"י הדיינים ול"ד להא דאמרינן בפרק השולח וכו' מודה רב הונא בקופצת אלמא דלא על דעת ב"ד ופטרה י"ל התם לא היו צריכים להשביעה כלל אבל במקום שאדם חייב שבועה וקפץ ונשבע צריך לישבע פעם ב' עכ"ל:

ס"ב ונרא' אם נשבע בפני שלוחו לכ"ע יצא כמו שהוכיח מהריק"ו שרש נ"ב דשלוחו של אדם כמותו אמרינן לענין נשבע בפניו עש"ב:

ס"ג דין כ"ה כיצד אמרת לי ליתן לי מנה וכו' כ' הש"ך נראה דאם הוא עני כיון דאינו יכול לחזור בו משביעין אותו היסת וכן כתב המרדכי בפ' הגוזל בתרא עיי"ש והריב"ש בסימן שמ"ד בראובן שקנה קנקן של יין משמעון ולא משך רק שטען שמעון שנשבע לו ראובן לפרוע לו כל מה שיעלה לזמן פלו' שעב' וראו' כפר בשבועה כתב וז"ל אפ' לומר שאין כאן תביע' ממון ואין משביעין אותו לפי שאף אם יודה שנשבע אין מחייבין אותו לשלם כיון שאין כאן חיוב מכח קנין המכירה אלא שבית דין מנדין אותו עד שיקיים שבועתו וזה לא נקרא תביעת ממון להשביעו עליה וכו' עיין שם ואם כן נראה לכאורה דהכא נמי אפילו נדר לעני דאינו יכול לחזור אין צריך שבו' (עכ"מ):

ס"ד הגה אבל וכו' משום האיסור אין משביעין אותו כתב הע"ש דאם תובעו ממון אף על גב דחשוד על המעות אינו חשוד על השבועת' אבל על האיסו' אין משביעין אותו דכל ישראל בחזקת כשרות הם ולא נחשדו שעשו איסור ועוד אם חשוד שעשה איסור גם הוא חשוד על השבו' וכו' והיינו כמ"ש הרשב"א בתשובו' סי' ס"ד ובמיוחסות סימן ק"ע דחשוד על האיסור אפי' בשבו' אינו נאמן דכבר הוא חשוד לעבור על השבועה שהוא מושבע מהר סיני וכו' ופסקו בי"ד סימן רי"ט וכ הלבוש שם וז"ל ול"ד להטוען על ממון שמשביעין אותו ולא אמרי' מתוך שחשוד אממון חשוד אשבועה אף על גב דגם על הממון מושבעין ועומדין מהר סיני וחשדי ליה שעובר עליה דשאני התם דנוכל לומר שמא לאשתמוטי קמכוין ודעתי להשיב הגזלה אחר כך ומורה איזה היתר באיסור ממון ועל שבועת שקר להוציא בפנינו א"א להורות כן לפיכך משביעין אותו אבל כאן אין חילוק בין שבו' זו לשבועה זו וכולי עד כאן לשו' ובגמרא דבפרק קמא דמציע' אמרי' כן לאביי דחייש שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ופיר' רש"י איניש מספק שבועה ולא פירש"י מספק ממון מאי טעמא ממון איתיה בחזרה שבועה ליתא בחזרה עיין שם ואם כן גבי ממון אפילו מושבע מהר סיני שלא לגזול תלי' שמא מלוה ישנה יש לו עליו ואם יזכור אחר כך שאין לו עליו יחזיר דגזל ניתק לעשה בחזרה אבל חשוד על האיסו' שמושבע עליה מהר סיני דליתיה בחזרה חשוד נמי על השבועה:

ס"ה מי שטען על חבירו שיודע לו עדות וכפר אין להשביעו היסת דהא אפילו הודה אין צריך לשלם דפטור מדיני אדם אפילו תבע לשנים ודלא כריא"ז ע"ש שהרי כתב הרמב"ם פ"א מהלכות טוען אתה חבלת בי לא היו דברים מעולם הרי זה נשבע היסת שאף על פי שאינו משלם קנס על פי עצמו משלם שבת וריפוי ובשת אתה ביישתני לא היו דברים מעולם אם היו במקו' שגובין בו קנסות הרי זה נשבע היסת והוא בפ"ה מה' סנהדרין האדם שחבל בחבירו אין גובין הנזק והצער והבושת דייני ח"ל אבל שבת וריפוי גובים מפני שיש בהם חסרון כיס ואם כן אם טען אתה חבלת בי וכפר צריך לישבע היסת כיון דמשלם ריפוי ושבת אבל בטען ביישתני דוק' בא"י דגובים בו קנס צריך לישבע אבל בח"ל דאין גובי' בו קנס אף על גב דאם תפס אין מוציאין ממנו א"ץ לישבע וכל שכן הכובש עדותו שפטור מדיני אדם ואפילו תפס מוציאין ממנו כמו שכתב רש"ל הביאו הרב שפתי כהן בר"ס כ"ח אם כן לא חייב ממון כלל ואין צריך לישבע על כפירתו:

ס"ו כתב הרמב"ם בפ"ב מה' נערה דין י"ב וי"ג וז"ל וכן בת שתבעה איש בדין ואמרה לו אנסת או פתית אותי והוא אומר להד"מ הר"ז נשב' שבו' היסת שאלו הודה היה משלם בשת ופגם וצער ע"פ עצמו א"ל אנסת אותי והוא אומר לא אנסתי אלא פתיתיך הר"ז

נשב' שבו' התורה על דמי הצער ומשלם בשת ופגם שהרי הודה במקצת הטענה עכ"ל והראב"ד כתב א"א שהצער לעצמה וכולי הילכך אין כאן מודה מקצת דהנך ג' דברים דאביה נינהו ומה שהודה לאביה הודה ומה שכפר לה כפר ועוד אם טען אביה טענת שמא היא עכ"ל והביאו הטור בא"ה סי' קע"ז ע"ש ונראה דמ"ש דאם טען אביה טענת שמא היא היינו לפי דעת הרמב"ם שכ' בפ"ד מה' טוען וז"ל וכן האומר לחבירו א"ל אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמשי' ה"ז משיב אבידה ופטור אף משבועת היסת וכ"כ בפ"א דאפילו טען היורש שאביו צוה כן בפני עדים והוא כופר בכל פטור אף משבו' היסת עיין שם וא"כ ה"נ בטען האב אנסת את בתי והוא אומר להד"ם א"ץ לישב' היסת וכן אם אמר לא אנסתי אלא פתיתי פטור אף משבוע' היסת דמשמע דמיירי בדליכא עדים שבא עליה שיכול לכפור בכל כמו רישא וא"כ הוי כמשיב אבידה אבל לדעת הראב"ד שם דא"ל אבא טענת ברי היא ה"נ אם טען האב עפ"י בתו מיקרי טענת ברי מיהו כבר כתבתי בסי' ע"ה דין כ"א דאם טענו בפניו בשעת מיתה כיון שהעיז בפניו הוי טענת ברי וצריך לישב' וכן אמרו בירוש' דאם א"ל עומד הייתי על אבא בשעת מיתה דטענך מנה והודית לו והוא אמר לא הודיתי לו אלא בחמשי' צריך לישב' וכ' הראב"ד בס' תמים דעים סי' רל"ט דס"א מדקאמ' עומד הייתי וכולי ולא קאמר כך א"ל אבא שטענך מנה ולא הודית לו וכולי ש"מ דכה"ג תקנה היא ואינו נשב' וש"מ דלא ס"ל כראב"י וכולי ע"ש אלמא אם טען א"ל אבא פטור אבל אם ראה שטענו אביו אפילו לא הודה מיקרי טענת ברי וא"כ ה"נ האב שטען עפ"י בתו שטוענת כן בפניו אנסת אותי וכ"ש בפני ב"ד ודאי דהוי טענת ברי ואם כפר הלה צריך לישב' היסת ואם הודה במקצת אפי' ליכא עדים דאיכא מגו דלהד"ם צריך שבו' דאורייי ככל מודה מקצת וכן ראיתי למהרח"ש בתשו' חא"ה סימן ט"ז שכ' דמיירי בטען אב בריא אנסת וכולי ואם הבת תובעת ר"ל שגם הבת תובעת עם האב ע"ש ונראה דאפי' אין האב טוען בריא כיון שהבת ג"כ תובעת הוי טענת בריא כמ"ש ועוד כתב שם מהרח"ש ואפשר דאפילו אין האב טוען ברי כיון שהיא עומדת בפניו וטוענת ברי מהני טענתא לאב כמ"ש הכ"מ מאחר דהני ג' דברים הם שלה אלא דרחמנא זכינהו לאב שפיר מיקרי בעלת דבר ע"ש ועיין במהרש"א חא"ה סימן ל"ג שכ' בקטנה שכסף קידושיה לאביה והעדים היו פסולים להאב ולא לבתו דאין חוששי' לקידושי' וכ"כ מהרי"א ומהרש"ך הביאם הכנה"ג חא"ה סימן מ"ב אות כ"א ע"ש ולדברי מרן דכיון שהם שלה אלא שזכה בהם האב על ידה מיקרי בעלת דבר אפשר דה"נ כיון שלא זכה האב בכסף קידושיה אלא על ידה אם העדים כשרים לה הוי קידושין שהיא בעלת דבר אלא שהאב זוכה על ידה וה"נ אם תבעה אותו אנסת אותי

והוא אומר להד"ם ובאו עדים כשרים לה ופסולים לאב לדעת מהרשד"ם ומהרי"א נשב' היסת ונפטר כיון שהעדים הם של אב והעדים פסולים לו אבל לדברי מרן ומהרח"ש נראה כיון שהיא עיקר ובעלת דבר וכיון שהעדים כשרים לה חייב לשלם וזוכה בהם האב על ידה:

ס"ז דין כ"ו אבל אם טענו שהעמידו בדין וכולי וה"ה אם תבעו ממון וטען חבירו כבר עמדנו בדין ופטרוני ישבע היסת שכך ויפטר כמ"ש ה' בעי חיי והסכים עמו מהרי"ב ומהרח"א וכן מבוא' בתשו' המבי"ט ח"א סימן שי"ח עיין שם ועיין בתשו' מהר"ם הארוכות סימן קל"ג:

ס"ה דין כ"ז מי שנתחייב שבו' בב"ד וכו' דוקא שנתחייב שבועת ב"ד ואמר נשבעתי והכחישוהו עדים הוחזק כפרן אבל אם לא נתחייב שבו' ב"ד אלא שהוא חייב עצמו שבו' ואמר נשבעתי והכחישוהו עדים לא הוחזק כפרן וכ' הש"ך משמע אפי' חייב עצמו בענין שאינו יכול לחזור בו כגון בקנין או בפני ב"ד ע"ש וכ"כ ה' חוקות הדיינים סימן פ"א וז"ל ואם יש עדים שמעידים שלא זזה ידם מתוך ידו עד עכשיו וידעו בבירור שלא נשב' ה"ז הוחזק כפרן לאותה שבו' ואינו נאמן לעולם לומר נשבעתי עד שיודה לו בע"ד או שיביא עדי' ויעידו שנשבע בפניהם ואם נתחייב הוא שבו' מעצמו כגון שא"ל אני אשב' לך שאיני חייב וחזר ואמר נשבעתי ובאו עדי' ואמרו שלא נשב' ה"ז לא הוחזק כפרן לאותה שבו' כיון שלא נתחייב בב"ד אלא מעצמו אפילו אם חזר פעם אחרת וטען שנשב' ולא היו שם עדים שמכחישי' אותו פעם שנית ה"ז נאמן עכ"ל הרי בהדיא דמחייב עצמו שבועה ואמר נשבעתי אפילו הכחישוהו עדים לא הוחזק כפרן וכ"כ רבי' ירוחם נתיב ג' ח"ד והוסיף בשם הרמ"ה שאם היה חייב שבו' בב"ד וקדם ואמר אני אשבע קודם שא"ל בית דין השבע ואמר נשבעתי לא הוחזק כפרן ע"ש וז"ל הראב"ד הובא בס' א"ז למציעא כ' וז"ל כגון האומר לחבירו עבדי גנבת וכולי אתה מכרתו לי רצונך השבע וטול וזה לא החזיק בו שני חזקה והיה זה התוב' יכול ליטלו בלא שבו' וחייב עצמו שקבל בב"ד שלא יטלנו אלא עד שישב' דהו"ל כמחול לך ואינו יכול לחזור אפילו קודם גמר דין אם אמר נשבעתי והעדים הכחישוהו יכול לומר אח"ך נשבעתי וההיא דפ' י"נ דאמרינן דכה"ג נשב' אינו יכול לחזור בו וכולי דהתופס החזיק בעבד שני חזקה וכולי ע"ש הרי אפילו בשבו' שאינו יכול לחזור בו ואמר נשבעתי והוכחש בעדי' לא הוחזק כפרן מיהו מ"ש דהתוב' יכול ליטלו בלא שבו' ק' דאין נשבעי' על הקרקעות ועל העבדים שבו' דאורייי' אבל שבו' דרבנן צריך לישב' כמ"ש הרמב"ם פ"ה מה' טוען שני עבדים וכולי אין לך בידי אלא עבד א' הר"ז נשבע היסת וכן אם טען עבד זה שיש בידך שלי הוא והנטען

אומר להד"ם בין שהביא הטוען ע"א בין שלא הביא ה"ז נשב' היסת ונפטר כמבואר בדברי הרי"ף והרא"ש והאחרונים בסימן צ"ה ע"ש וגם המרדכי והג"א פרק ק' דמציעא שכ' אפילו שבו' היסת אין נשבעין על הקרקע ל"ש תבע גוף הקרקע וכולי נראה דה"ד שבועת היסת דהנתב' פטור בלא שבו' אבל שבו' המשנה ליטול נשבעי' וא"כ ה"נ לא יוכל התובע ליטול העבד אלא בשבועה כעין דאורייתא.

ס"ט ואמר נשבעתי וכולי נאמן וכולי כתב הרב שפתי כהן דין זה צריך ביאור דד"ל שבועה מהכא הרי תובעו ממון מיהו אם כבר נתחייב שבועה דאורייתא א"ש וכו' וגם בשבועה דרבנן י"ל שאינו טוענו ברי וכו' ע"ש נראה דאפילו טוענו בריא אין צריך לישבע ובס' א"ז למציע' דף י"ז כתב וז"ל ומסתברא שהטוען על חבירו שבועה יש לי בידו מטענת ודאי שטענתי עליך במנה בטוענו מנה יש לי בידך או השבע לי והפטר וזה שאמר נשבעתי כאומ' אין לך בידי כלום והרי זה כופר בכל וראוי להיסת אלא שכבר הורה הגאון בהיסת שאין מחמירין להשביעו היסת עליה וכו' הרמב"ן והר"ן ע"ש הרי דאפילו בתובע חבירו שבועת היסת על טענת ודאי סובר הגאון דאין להשביעו היסת ומהר"ם בתשובו' הארוכות סימן של"ח שכתב וז"ל והמחייב שבועה יאמר נשבעתי בב"ד פלוני והלכו למ"ה נאמן דלא גרע מפרעתי דנאמן אבל שבועת היסת איכא דלא גרע מאין לך בידי וכו' עיי"ש ואפשר דמיירי דה"ד במחוייב שבו' דאורייתא ואמר נשבעתי דצריך לישבע היס' אבל בשבועה דרבנן אין צריך לישבע היסת ומצאתי לר"ת בספר הישר סימן תר"ח דף ע' וז"ל ואשר שאלת על הוחזק כפרן לאותה שבועה למאי נ"מ דבלא הוחזק כפרן נמי מ"ל מנה לי בידך ולהשביעו נ"ל לפי דבריכם שאתם מחייבים שבועת היסת על מחוייב שבועה שאמר נשבעתי כמו במנה לי בידך וא"ל נתתיו לך הא ליתא דלא אשכחן בכולי תלמוד' דשבו' היסת אית ליה חזקה וחזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו אבל לגבי שבועה לא אשכחן הכי ועל אותו מנה שחייבו שבועה אם טוען נשבעתי ולא הוחזק כפרן אינו יכול לתובעו על אותו מנה עוד ועוד שאפילו לדבריכם שאתם מטילים שבו' היסת על כל דבר בימי ר"י ור"א לא נתקנה שבועת היסת כדאמרינן מאן תקן שבועת היסת ר"י וכולי עכ"ל הרי דסובר דאפילו בטוענו חבירו שבו' היס' על טענת ודאי דאין להשביע היס' וכ"מ בתשובות מהר"ם ריקאנטי סימן רע"ו וכתב מהר"ם ריקאנטי שם דה"ד כשטוען נשבעתי בפני פלו' ופ' והלכו למ"ה שאין יכולין לברר אבל מדברי הש"ך ס"ק ס"ז שכ' דאם אמר נשבעתי בפני השמש או העדים ומתו או הלכו למ"ה נאמן וכו' נראה בהדיא דבמקום שלא נהגו להשבי' בפני השמש או עדים דנאמן לומר נשבעתי ביני לבינך והרדב"ז בתשו' ח"ב סימן שפ"ו דאם כתוב בשט' שנתחיי' לו

שבועה וטען מחלת לי השבועה בפני פ' ופלו' והלכו למ"ה נאמן אבל אם טען מחלת לי ביני לבינך אינו נאמן דכיון שיש עליו שטר שחייב לו שבו' א"א דמחל לו השבו' היה קורע השטר או מעמיד עליו עדים שמחל לו אבל אם לא היה שטר נאמן לומר מחלת לי השבו' ביני לבינך בלא שבועה והביאו הרב כנה"ג אות ס"ה עיין שם הרי דשבועה בעל פה נאמן לומר מחלת לי השבו' ביני לבינ' אבל שבועה שבשטר אינו נאמן אלא אם כן טען מחלת לי השבועה בפני פלו' ופלו' והלכו למ"ה ונראה דוקא אם אמר מחלת לי בפני פלוני ופלוני והלכו למ"ה אבל אם אמר מחלת לי בפני פלו' ופלו' ומתו אינו נאמן וכן אם אמר מחלת לי בפני עדים והלכו למ"ה אינו נאמן דכל שאינו מיחד עדים שאינו ירא שמא יבואו ויכחישוהו אינו נאמן כמ"ש בסימן ע' גבי אל תפרעני אלא בעדים וכו' וכן כתב הרדב"ז בל' הרמב"ם סימן יו"ד ע"ש והכא נמי כיון שיש עליו שטר שחייב שבו' אינו נאמן אלא אם כן כשיחד עדים שמחלו בפניהם והלכו למ"ה דמתיירא שמא יבואו ויכחישוהו ועיין בתשו' מהר"ם הארוכות סימן של"ח ושוב מצאתי להרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תר"ב שכ' דאם טען נשבעתי ביני לבינך נאמן אלא דהיינו דוקא באומר נתרצית שאשבע ביני לבינך וזה מודה אלא שאומר עדיין לא נשבעתי אבל אם טוען לא נתרצית צריך שישבע שנתרצה שאין זו תקנתא לתקנתא וכולי ואם אמר נשבעתי בפני פלו' ופלו' אם א"א לברר כגון שמתו או הלכו למ"ה אם היה חייב לו שבועה דאורייתא צריך לישבע ואם היה חיי' שבועת היסת אין משביעין אותו וכו' אלא דק"ל דאם כן בטלת תקנתא דרב נחמן שכל אדם יכפור בכל ויאמר כבר נשבעתי לך בפני פ' ופלו' ובשלמא אם אמר והלכו להם למדינת הים א"ל דמרתת ולא משקר דילמא אתו למחר ומכחישים אותו אבל הוא יעשה בערמה ויאמר בפני פ' ופלוני ומתו יל"ל דאי טעין הכי לא מהימן דהא איכא נמי תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכו' ומתוך הדחק א"א דכיון שתקנו הגאונים להחרים כתם ירא הוא לטעון שקר מפני עונש החרם עש"ב הרי דסבי"ל דאם טען נשבעתי לך בפני פלו' ופלו' אפילו אמר עדים שכבר מתו נאמן שירא הוא לשקר מפני עונש החרם אבל אם טען נשבעתי ביני לבינך אינו נאמן ואם הלה מודה שנתרצה לו אלא שאומר עדיין לא נשבעת וזה אומר כבר נשבעתי נאמן מיהו כתב הרדב"ז שם דה"ד כשטען עמדנו בדין ונתחיי' לי שבועה וזה טען כבר נשבעתי אבל אם טען מנה לי בידך וזה טען כבר עמדנו בדין על טענה זו ונשבעתי אינו נאמן כלל שהרי לא על השבו' הם דני' שנאמ' תקנת' לתקנתא לא עבדינן אלא על המנה הם דנים עש"ב:

ע' אם הוא מהנשבעי' ונפטרי' נאמן וכולי אבל בנשבעי' ונוטלים לעולם אינו נוטל אלא בראיה גמורה שנשב' הנ"י והביאו מרן הב"י וכ"כ רבי' ירוחם נתיב ג' ח"ד ע"ש ומשמע

דכל הנשבעין ולא משלמין אפילו שבו' כגון שבוע' השותפין וכולי אם טען נשבעתי נאמן דוקא בנשבעין ונוטלין אינו נוטל בלא ראיה והרדב"ז בתשו' ח"ב סימן שפ"ו כ' דבשבועת המשנה כגון הפוגם שטרו או שבו' השותפין ואמ' נשבעתי מסתברא לי דמשבעי' אותו דכעין דאורייתא תקנוה ע"ש ולא זכר דברי הנ"י ורבי' ירוחם שכ' דבנשבעי' ונוטלי' צריך לישב' דאינו נוטל בלא ראיה משמע דבשבועת השותפין שהיא ליפטר נאמן וכ"כ הש"ך בסימן צ"ג סקי"א דטעמא דרבי' האי משו' תקנת' לתקנתא לא עבדי' א"כ גם בשבו' השותפי' אעפ"י שהיא כעין דאורייתא כיון שהיא תקנת' דרבנן תקנת' לתקנת' לא עבדינן ע"ש וגם הסמ"ע שם שלא תי' כן נראה לא משום דשבו' צריך לישב' כעין דאורייתא אלא דמשמ' ליה דהטור מיירי אפילו בש"ד וכן מבואר בפרישה בסי' זה עיין שם ונראה דבנשבעי' ונוטלי' נמי תלוי במחלוקת שכ' הר"ן בפ' הכותב וז"ל ואחרים תי' דנ"מ אם היתה אשה זו חשודה על השבו' דאי הויא מדאורייתא מהפכי' אותה על הבעל ונשבע ולא משלם אבל אי הויא מדרבנן אין מהפכין אותה דתקנתא לתקנתא לא עבדי כדאית' התם ונוטלת בלא שבו' אלא שהרב ז"ל לא תי' כן לפי שדעתו גבי אמרינן תקנתא לתקנתא לא עבדי' היינו בהנשבעי' ולא משלמי' אבל בנשב' ונוטל אע"פ שאין השבו' אלא מדבריהם נשב' הלה ונפטר שכך כתוב בתשו' בפוגם שטרו והוא חשוד עכ"ל ע"ש והטור בסימן זה הביא מחלוקת זה ע"ש וא"כ ה"נ אם פוגם שטרו טען שנשב' למ"ד בחשוד נוטל בלא שבו' אפילו בשבו' המשנה דתקנת' לתקנת' לא עבדי' ה"נ א"ץ לישב' היסת דתקנת' לתקנת' וכולי ולדעת הרי"ף דבנשבעי' ונוטלין עבדי' תקנתא לתקנתא נראה דה"נ בפוגם שטרו או ע"א מעיד שהוא פרו' או אם טען הלוה השב' לי שלא פרעתי' וטען זה שכבר נשב' צריך לישב' היסת אבל בשבועת השותפין אם טען כבר נשבעתי פטור לכ"ע וכה"ג כ' הרי"ף והרא"ש והטור גבי היפוך שבו' דבדאורייתא אין מהפכין ובדרבנן מהפכין מנתב' לתוב' אבל מתוב' לנתב' אין מהפכין דא"ל השב' וטול כעין שתקנו לך חכמים או תלך לך וכן שבוע' השותפין דאין מהפכין משום דטענת ספק היא א"כ שבו' המשנה כשבו' היסת אלא דבנשב' לטול אין יכול להפך ה"נ אינו נאמן לומר נשבעתי ליטול מה"ט וכן משמע קצת מדלא אמרינן אי פקח הוא וכו' דנ"מ לענין אי אמר כבר נשבעתי אבל שבו' השותפין שהיא ליפטר לכ"ע נאמן ועיין בתשו' מהרח"ש ח"א סימן פ': ע"א אם הוא מהנשבעי' ונפטרים נאמן דוקא בנתחיי' שבו' דרבנן נאמן בלא שבו' אבל בשבועה דאורייתא אם אמר נשבעתי צריך לישב' היסת כמו שהסכי' הש"ך ע"ש ור"ת בס' הישר בסי' תר"י כ' וז"ל והמחויי' שבו' ואמר נשבעתי בב"ד פ' והלכו להם למ"ה נאמן דלא גרע מפרעתי דנאמן אבל שבועת היסת איכא דלא גרע מאין לך

כלום למאן דמחייב שבו' היסת דטפי איכא דרא דממונא הכא מהתם וכו' ע"ש וכ"כ מהר"ם בתשובות הארוכות בסי' של"ח ע"ש ונראה דמיירי במחוייב שבוע' דאורייתא ואמר נשבעתי וכן ראיתי להרשב"ש סי' תקצ"ד שכ' בטען על חבירו שנשבע לתת לו דבר פ' והלה כופר שאם נשב' לו באמת היה חייב מכח השבו' בלא קנין ועכשיו שהוא כופר חייב לישבע לו שבועה דרבנן כמ"ש הגאוני' במי שנתחייב בב"ד שבו' דאורייתא ויצא וטען שכבר נשב' שישבע לו שבועה דרבנן על כך ע"ש ועיין בספ' משפט צדק ח"א סי' א' שכ' דדבר שאין חייב בו מדין קנין אלא מדין השבו' כמו אסמכתא כיון דבשבו' עצמה נאמן נאמן נמי לגבי פירעון דשבועה אין כאן פירעון אין כאן אלא שלא ראיתי מי שחלק כן ע"ש:

ע"ב כ' הרשב"ש בתשו' סי' קע"ו דאם נשב' לחבירו לפרוע לו ביום פ' וטען שפרעו נאמן שהרי בטענה זו לא נפטר מן הממון אלא מן השבו' אבל אם קבלת ממון אין מתקיימת אלא בשבו' כגון דבר שצריך קנין ולא קנו ממנו אלא נשבע לו או דבר שאין קנין מועיל בו ונשב' לו שאין אותו ממון נקנה לחבירו מדין קנין אלא מחמת השבועה שקבל בפני עדים והוא רוצה לפטור מן השבו' וממילא נפטר מן הממון בזה אינו נאמן אלא בעדים כשרים וכו' ע"ש ונראה דאם נשב' לחבירו לפרו' לו ביום פ' כיון דבלא"ה חייב לפרוע נאמן שפטרו מן השבו' בלא שבו' אבל ממון שלא נתחייב בו אלא מכח השבו' אינו נאמן בלא שבו' אבל אם נשב' שמחל לו השבו' והיתה השבו' בפני עדים נאמן בשבו' שמחל לו השבו' במגו דנתתי לך וכ"כ הסמ"ע ס"ק פ"ו דאם טען מחלת לי השבועה נאמן וכ' הש"ך דצריך לישב' שמחל לו השבו' ע"ש הרי דאפי' בדליכא מגו נאמן בשבו' היסת שמחל לו השבו' ואפשר דבחיוב שבו' אדם עשוי למחול אע"ג דגורם לממון הוא דאם לא ישב' צריך לשלם מ"מ כיון שכפר ורצה לישב' מוחל לו אבל תוב' ממון שנתחייב לו מכח השבו' אינו נאמן אלא במגו דטענת מחילה גרועה דאין אדם עשוי למחול ממון ובתשו' שער אפרים סי' קמ"ב כ' דאין חי' בין תבי' ממון לשבו' כמ"ש הרא"ש בפ' כל הנשבעין אטו שבו' לאו ממון היא דזימנין לא רצה לישב' ומשלם ממון ע"ש ואין נראה דאנן קי"ל דמגו לפטור משבו' לא אמרי' כמבואר בסי' צ"ג ולא חשיב שבועה כממון וכדקים לן הכא דמחוייב שבועה בבית דין וטען נשבעתי אחר כך נאמן בלא שבו' ולא חשיב לה כתביעת ממון:

ע"ג הגה עד שיביא ראיה וכו' כ' הסמ"ע נר' דאם טען מחלת לי השבועה נאמן עיין שם באורך ולכאורה א"כ יהא נאמן לומר נשבעתי במגו דמחלת לי השבועה ורשב"ם בפ' ח"ה גבי המפקיד אצל חבירו בעדים וכו' כ' וז"ל אם טען החזרתי לך בפני פ' ופ'

והלכו למדינת הים נאמן דהכי אמרינן בשבועות וכו' והא דלא אמרינן מתוך שיכול לומר פרעתי בפני פ' ופ' והלכו למ"ה כי אמר נמי החזרתיו ביני לבינך נאמ' כה"ג לא אמרי' מגו וכו' פן יעשה בדאי היום ולמחר כי הדרי עדים ממ"ה ויאמרו להד"ם וכ"כ הרא"ש שם ובפ' ש"ה ע"ש וה"נ ודאי דנאמן לומר נשבעתי בפני עדים והלכו למ"ה אבל אינו נאמן לומר נשבעתי ביני לבינך במגו דמחלת לי השבוע' וי"ל כיון שנהגו לישב' דוקא בפני השמש כל שטוען הפך המנהג אינו נאמן אפילו במגו ואע"ג דמגו במקום חזקה בעיא היא וקי"ל קולא לנתב' מנהג עדיף מחזקה כמ"ש המרדכי בפ' המקבל ע"ש ובתשו' מהרימ"ט חא"ה סימן כ"ו וכ"ח וא"כ אע"ג דאם אמר מחלת לי השבו' נאמן אינו נאמן לומר נשבעתי ביני לבינך הפך המנהג במגו דמחלת לי ומהראד"ב בשו"ת סי' פ"א דאם טען תנאי היה בשבו' נאמן דתנאי דמי לפירעון וכ' מהר"י בן הרא"ש בתשו' הביאה מרן הב"י סי' ל"ד וסי' פ"ב במלוה בשטר שיש בו שבו' דנאמן לומר פרעתי לגבי השבו' וה"נ אע"ג דאינו נאמן לומר תנאי היה לגבי הממון לפטור משבוע' מיהא נאמן ועוד דנאמן לומר תנאי היה לענין השבועה דיכול לומר פטרתני מן השבו' דנאמן הוא בכך ע"ש מיהו י"ל כמ"ש ה' כנה"ג סי' ע"א הגהב"י אות י"ד ואות כ"ב והביא דטענת מחילה לא שכיחא ולא מהניא לענין מגו אבל אם טען כן נאמן והביא ראיה מדברי התוספו' בפ' ח"ה בעובדא דרבא בר שרשום אע"ג דאם טען לקוחה הוא בידי נאמן לא הוי מגו עיין שם:

ע"ד ואם עדים מעדים שלא נשבע באותו יום וכו' בגמרא אמרינן דה"ד בנתחייב שבו' בב"ד אבל חייב עצמו שבועה נאמן וכו' ופיר' רש"י אבל חייב עצמו בשבוע' שא"ל אשבע לך ותבעו בעדים ולא אבה ואחר כך אמר נשבעתי נאמן וכו' ע"ש וכ' הדרישה וז"ל אבל לא שייך זה כשאמר שנשבע ועדים מכחישים אותו לומר שלא נשבע וכו' ואם כן בשבועה שנתחייב בבית דין אפילו דתבעו חבירו ולא רצה לישבע הוחזק כפרן והרא"ש מודה בזה דדוקא כשאמר בפני עדים לא אפרע א"ל שדוח' אותו עד שיהיה לו מעות אבל בשבועה לא שייך ה"ט לדחות כיון דמוטל עליו שבועה מב"ד לישבע וכולי אבל לשון הטור דכתב ואם העדים מעידים שלא נשב' באותו יום משמע ביום ידוע להם ביותר דהיינו שלא זזה ידם וכו' וכ"פ בש"ע בהדיא וכו' וצ"ע עכ"ל ונראה דהרא"ש חולק על רש"י בשבועה ולשון הרא"ש שכתב ותימא הוא וכולי ואם בשביל שלא פרעו מיד הוחזק כפרן שמא לא היה לו וכו' ואשתמוטי קא משתמיט וכולי ולא שייך זה בשבועה מכל מקום מסקנתו משמע דגבי שבו' נמי דוקא אם הוכחש בעדים וכ"מ ברמזים ע"ש וכן בדברי הרמב"ן הובא בספר א"ז ע"ש וה"ד בנתחייב שבועה בב"ד אבל אם חייב עצמו

אפילו באו עדים והכחישוהו שלא נשבע לא הוחזק כפרן וז"ל הרב חוקות הדיינים סי' פ"א ואם יש עדי' מעידי' שלא זזה ידם מתוך ידו עד עכשיו וידעו בבירור שלא נשבע הרי זה הוחזק כפרן לאותה שבועה ואינו נאמן לעולם לומר נשבעתי עד שיודה בע"ד או עד שיבואו עדים ויעידו שנשבע בפניהם ואם נתחייב הוא שבו' מעצמו כגון שא"ל אני אשבע לך שאיני חייב לך וחזר ואמר נשבעתי ובאו עדים ואמרו שלא נשבע הרי זה לא הוחזק כפרן לאותה שבועה כיון שלא נתחייב בב"ד אלא מעצמו לפי' אם חזר פעם אחרת וטען שנשבע ולא היו שם עדים שמכחישים אותו פעם ב' הרי זה נאמן עכ"ל הרי בהדיא אם השבועה שנתחייב בה בב"ד ואמר נשבעתי והוכחש הוחזק כפרן אבל שבועה שחייב עצמו ואמ' נשבעתי ובאו עדים ואמרו שלא נשבע לא הוחזק כפרן וכן כת' הר' יהונתן והובא בספר א"ז שם וז"ל אבל חייב עצמו שבועה כגון שהלה טוענו טענת שמא ואמר לב"ד אף על פי שאיני חייב לזה שבועה ואפילו הכי אשבע לו ואח"ז כפר בשבועה שאמר ולא עשה לא אמרינן בכי האי הוחז' כפרן וישלם דכיון דחבירו אינו יכול לישבע דהא טענת שמא היא ליהוי כשניהם חשודים דאמרי' חזרה שבו' למקומ' וישלם וכולי עכ"ל ונראה דמיירי בשבועה דאורייתא כגון שהודה לו במקצת דאם טוענו ברי היה חייב שבו' דאורי' אבל השתא דטענו שמא אינו חייב שבו' אלא שזה חייב עצמו בשבועה כאלו חבירו טוענו ברי וס"ל דבחשוד כה"ג קיימא לן שכנגדו נשבע ונוטל ובטוענו שמא הו"ל כשניהם חשודין וישלם וסובר הר' יהונתן דהוחזק כפרן דינו כחשו' שכנגדו נשבע ונוטל כדעת רבי' האיי וכבר כתב הרי"ף שחזר בו רבי' האיי ואמר שאין צריך לישבע וכן הסכמת רוב הפוסקים כמבו' בסי' ע"ט ואם כן אם טענו טענ' שמא וזהו כפר בכל וחייב עצמו בשבו' לא אמרי' הוחזק כפרן והלה נוטל בלא שבו' אלא אם טען נשבעתי נאמן והראב"ד שם כתב וז"ל כגון האומר לחבירו עבדי גנבת לא גנבתי מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי רצונך השבע וטול וזה לא החזיק בו שני חזקה והיה זה התובע יכול ליטלו בלא שבועה וחייב עצמו שבועה שקבל בב"ד שלא יטלנו עד שישבע דהוה ליה כמחול לך ואינו יכול לחזור אפילו קודם גמר דין אם אמר נשבעתי והעדים הכחישוהו יכול לומר אחר כך נשבעתי וכו' וההיא דפרק י"ן דאמרי' בכה"ג נשבע אינו יכול לחזור בו וכולי דהתופס החזיק בעבד שני חזקה וכו' עכ"ל ע"ש מבואר דסביר"ל דאפי' ליטול אם לא היה צריך לישבע וקבל עליו שבו' הוי כמחו' לך דאפילו קודם גמר הדין אינו יכול לחזור בו והיינו דוק' כשקבל עליו בב"ד אבל חוץ לב"ד יכול לחזור דהא אפי' לאחר גמר דין לא אמרו חכמים דאינו יכול לחזור בו אלא דוקא כשקבל בב"ד כמ"ש הגאות אשירי בפרק זה בורר וגם ה' נ"י ורבינו ירוחם דסבירא להו דאפילו קבל חוץ

ב"ד אינו יכול לחזור וכו' אפ' דה"ד לאחר גמר דין ועיין במרן הב"י והש"ך בסימן כ"ב וצ"ל דסבירא ליה להראב"ד דהא דאמרי' באתן לך מחלוקת אבל במחול לך ד"ה אינו יכול לחזור היינו קודם גמר דין דלא גרע מחול לך קודם גמר דין מאתן לך אחר גמר דין והג"א בשם אור זרוע נסתפק שם בזה אבל הראב"ד פשיטא ליה דבמחול לך אפילו קודם גמר דין אינו יכול לחזור בו וזהו נגד כל הפוסקים דסבירא להו דאין חילוק בין מחול לך לאתן לך דלעולם קודם גמר דין יכול לחזור בו ואחר גמר דין אינו יכול לחזור כמבואר בדברי הרמב"ם והטור בסימן כ"ב וכן הוכיחו הרא"ש והר"ן בחי' לשם ואם כן קשה הכא דמקבל עליו לישבע כיון שיכול לחזור בו נאמן לומר נשבעתי במגו דיכול לחזור ופשיטא דלא הוחזק כפרן

ע"ה דין כ"ח ואם הודה שלא וכולי הטור כתב דנשב' על השאר וז"ל בעל העיטור בדיני חוב דס"ה ואין לו להשביעו על שעשה מתוך התשובה ובשבועה ראשונה נפטר ואם אינו מודה נשב' שבו' היסת על השאר וכולי ע"ש הרי דעל הודאה מתוך תשובה הוא דנפטר בשבו' א' אבל בלא תשובה צריך לחזור ולישבע היסת על השאר שהודה וכן הסכימו האחרונים

ע"ו דין כ"ט ואח"ך הביא התובע עד אחר וכולי עיין בס' בשמים ראש סימן רל"ה דאפילו אם העד השני העיד על ההלואה אחרון מצטרף עם הא' עיין שם:

ע"ז אף עפ"י שנשב' וכולי כן הוכיחו הרי"ף והרא"ש בס"פ הגוזל קמא דלא קי"ל כרב דאמ' מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי ונשב' ואח"ך באו עדי' פטור אלא חוזר ומשלם כר"נ דפליג על רב וכ"פ הרמב"ם בפ"ב מה' טוען והסמ"ג עשין צ"ה ע"ש וכ"כ מהר"י ן' הרא"ש בתשו' סי' פ"ג והרשב"א בתשו' ח"ג סי' נ"ח כ' וז"ל מ"ש רב בפ' הגוזל וכו' ליתא אלא בפקדון שנשבע הנפקד שנגנב ואח"כ נמצא שהוא גנב אבל במלוה לא דכל מה שקנה או שיקנה הוא משועבד לו ועוד דבההיא נמי לית הילכתא כרב עכ"ל ודבריו תמוהים דבפ' הגוזל אמר רבא מסתברא מילתיה דרב במלוה דלהוצאה ניתנה אבל בפקדון ברשותיה דמריה קאי והאלקים אמר רב אפי' בפקדון דכי כתיב קרא בפקדון וכו' אלמא מסתברא לפוטרו במלוה טפי מפקדון ורב פוטר בפקדון וכל שכן, במלוה ובפקדון נמי שטען טענת אבד ונשב' ובאו עדים אבל טען טענת נגנב ובאו עדים מודה רב דהא כתיב בתשלומי כפל כדמסיק רבא התם וגם רב אחא ורב נחמן ס"ל הכי וכ"כ התו' בד"ה אית בה וכו' וכ"כ הרשב"א בחי' לשם ועיין בתשו' הרשב"א ח"א סימן תתקמ"ז ובתשו' הרשב"ש סימן קכ"א ומ"מ למאי דקי"ל כר"נ משמע דגם במלוה אם נשב' ואח"ך באו עדים חייב וכן פסקו רב האי בס' משפטי שבועות ורב נטרונאי בתשו' בס' שערי צדק

שער ה' סי' ט"ו וראב"ן בס' דף צ"א ובתשו' סימן ק' ובעל העיטור בדיני חוב דס"ה ע"ש וכתב שם ראב"ן דכ"ש אם לא נשב' אלא שמחל לו השבו' ואח"ך מצא עדים דודאי חוזר וגובה אבל אם לא מצא עדים בין נשב' בין מחל לו השבו' אינו חוזר דמחי' השבו' היא מחילת התביע' ומבואר שם דאפילו תפס אינו כלום ע"ש וכ"כ בתשו' מהר"ם הארוכות סי' תשי"ב וז"ל ועוד אומר ריב"א אם אדם א' יש לו לישב' וליטול ואמר איני נשב' ופטור זה מלשלם וכולי ואם הנתבע חייב שבו' ואמר התובע איני משביעך ואח"ך תפס משלו בשביל אותו חוב ובא המעשה לפני ראב"ן וחייבו להחזיר כיון דדינו ליפטר בשבועה וזה לא הניחו לישב' הרי מחלו ולריב"א נראה דאין חייב להחזי' דנהי שמחלו על השבו' על הממון לא מחל וכיון דתפס יפה תפס עכ"ל הרי דריב"א ס"ל דאם תפס תפס דמחילת השבו' לא הוי מחילת ממון אבל ראב"ן ס"ל דמחילת השבו' הוי מחילת ממון ולא מהני תפיסתו וכ"כ מהר"ם שם בסי' שפ"ט עיין שם ואע"ג דאם תפס אחר שנשב' הוי תפיסה (א"ה עכ"מ ואח"ך מצאתי כתוב בדף אחר וז"ל ונראה דלמאי דקי"ל וכו') ונראה דלמאי דקי"ל דאפי' נשב' אם תפס התוב' בלא עדים נאמן בתפיסתו ה"ה במחל לו השבו' ותפס אח"ך משלו בלא עדים נאמן דאין חי' בין נשבע למחל:

ע"ח ונעשה עוד חשוד וכולי כ' הסמ"ע דע"י ב' עדים נעשה חשוד מיד משא"כ כשאין כאן אלא ע"א ובע"ד שנשב' לו דאינו נפסל מחמתם מיד דהא נוגע בדבר הוא וכולי אלא עד שיבא אח"ך וכולי לב"ד להעיד עליו עיי"ש ועיין בתשו' בשמים ראש סי' רל"ד:

ע"ט דין למ"ד אעפ"י שנשב' הנתב' וכולי אם הנתב' הפך השבו' על התובע אח"ז תבע מה שנתחייב ע"פ שבועתו והשיב הנתב' שלא תשב' על שקר וכיון שנשבעת לשקר לא אנת כלום נאמן במגו דאי בעי אמר פרעתיך אחר שנשבעת מהר"ש חסון בס' מקור ברוך סימן כ"ב והביאו ה' בני חיי ע"ש אבל ה' צמח צדיק סימן ז' כ' בהפך השבו' מוציאין מיד הנתב' ומה שתפס אח"ך כיון שהאמינו הנתבע לתובע על ידי השבו' עיין שם באורך:

פ' אם תפס וכולי בלא עדים וכולי הכנה"ג כ' דהרא"ש לא הזכיר שתפס בלא עדים ואולי שסובר דאפי' תפס בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי נאמן שחייב לו עיין שם וה' גינת ורדים כלל ג' סימן מ"ח כ' דהרא"ש נמי ס"ל דוקא תפס בלא עדים אבל תפס בעדים אינו נאמן במגו דהחזרתי והטעם דתפיסה דמיא לגזל ואיכא מ"ד דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזי' לו בעדי' ואינו נאמן לומר החזרתי בלא עדים ואפילו למ"ד אין צריך להחזירו בעדים א"ל דמילתא דלא שכיחא היא ובמילתא דלא שכיח' ליכא מגו עיין שם וליתא שהרי כ' הרמב"ן בפ' ח"ה גבי נסכא דר' אבא דמיירי שבאו עדים שהיא ברשו' הגזלן כשבאו לב"ד דאם לא ראה נאמן לומר דידי חטפי מגו שיכול לומר

החזרתי ואפילו יש שני עדים שחטף וי"א דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי וכ"כ הנ"י שם והר"ן בפ' כל הנשבעי' עיין שם אלמא למ"ד דהגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדים נאמן לומ' שלי חטפתי במגו דההחזרתי כי ליכא עדי ראיה וכ"כ המ"מ פ"ד מה' טוען והריב"ש סי' שצ"ב ע"ש ואיברא דבעה"ת שער מ"ט כ' בשם הר' נתן בר מאיר דגזלן דינו כאומן שנאמן לומר החזרתי ואינו נאמן בשום מגו וכולי הביאו מרן הב"י סי' צ' והכנה"ג שם הכריח מדברי התוס' והרא"ש בפ' הכותב גבי בקרא דיתמי דס"ל דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים דאל"כ יהא נאמן לומ' לקוח הוא בידי במגו דההחזרתי ואפשר דס"ל דאם טען החזרתי נאמן אבל אינו נאמן בטענה אחרת במגו דההחזרתי כדעת ה' נתן ע"ש ומדברי הרא"ש בר"פ הגוזל ומאכיל שכתב וז"ל ומיירי בדלא ידעינן ש והם אלא ע"פ דאלו הוה ידעי' בעדים שבאת' הגזילה ליד אביהם לא היו נאמני' לומר שאביהם שלם הגזילה כיון שידוע שבתורת גזלה באה לידו ועתה בידו דאב גופיה לא מהימן למימר החזרתי לך ולקחתיו ממך וכן בפקדון וכו' עיין שם נראה דס"ל דדוקא בדאיכא עדים וראה אינו נאמן לומר החזרתי ואח"כ לקחתיה אבל בלא ראה נאמן לומ' החזרתיו שהגוזל את חבירו א"צ להחזירו בעדים כמו בפקדון גם הכנה"ג שם הק' מתשו' הרא"ש הביאה ה' ת"י סי' קע"ז שכ' דהחוטף חפץ מחבירו בשביל שהוא חייב לו ומעכבו בידו לא מיקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי וה"נ לא הוי גזלן ואולי יש לחלק בין תופס מלוה עצמו לתופס מהשומ' ונכסי יתומים ע"ש א"כ התופס מהלוה עצמו לא מיקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי ועיין בתשו' מהר"ש דוראן בס' חוט המשולש סימן י"ד שכ' דאם ראו והודה קודם שעמד לדין אינו נאמן לומר החזרתי כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל ק"ו ע"ש והרואה תשו' הרא"ש משמע שם דאם טען החזרתי נאמן ולכך צריך שיתרה בו אל תחזיר אלא בפני פ' ופ' שלא יהא נאמן לומר החזרתי כמבואר בסימן קל"ג ע"ש בהסמ"ע וכן הסכים רב א' בס' פני משה ח"ב סימן ע' והפ"מ בסימן ע"א ע"ש א"כ המלוה שתפס מהלוה בעדים לא מיקרי גזלן ונאמן לומר החזרתי מיהו אפשר דס"ל דאם טען טענה אחרת אינו נאמן במגו דההחזרתי כדעת הר' נתן ומה שהוכיח הש"ך בסימן פ"ב בדיני מגו אות כ"ד דאמרינן מגו אפילו בטענה דלא שכיחא דהא נאנסו לא שכיחא ואפ"ה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו עיין שם וכבר כתבתי בסימן ס"ט ובסימן פ"ב בדיני מגו דאין ראיה דאמרי' מגו מטענה דלא שכיחא דהתם גבי טענת החזרתי חשוב מגו משום דבטענת החזרתי אילו היה משקר הוי העזה משא"כ בטענת נאנסו כמ"ש הסמ"ע בסימן ק"ח סקי"ז ע"ש א"כ מגו דנאנסו אלים משום דבטענתו עכשיו איכא העזה והיה טוען נאנסו ליכא העזה וכן מ"ש הרמב"ם והטור סימן

רצ"ו דשואל בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכה אף ע"ג דמתה מחמת מלאכה לא שכיחא התם נמי בטענת החזרתי איכא העזה משא"כ בטענת נאנסו ועוד דבמפקיד בשטר או שואל בשטר איכא חזקה דשטרך בידי מ"ב ולא שכיח שיחזיר ויניח השטר בידו כמ"ש הרא"ש בפ"ק דב"ב לא שכיח שיפרע ויניח השטר בידו וכ"ש בשטר פקדון א"כ א"ל התם אמרינן מגו דנאנסו אע"ג דלא שכיחא משום דבטענת עכשיו גרועה היא אבל הכא אינו נאמן בטענה אחרת במגו דהחזרתי כיון דטענת החזרתי גרועה ממה שטוען עכשיו וכה"ג כ' מהר"א ששון סימן צ"ו ומהראד"ב בס' לחם רב סי' ר"ל עש"ב ועיין בס' בני אהרן סימן ט':

פ"א הדין עם התופס וכו' ואם אח"ך תפס הנתב' מהתובע נראה דאין מוצאין מידו ואין צריך לישבע וכן לעולם חוזרין חלילה.

פ"ב דין ל"ג אין להשביע וכו' כתב הש"ך דה"ד בדבר שאפילו יבואו עדים לא יפסל כגון שיוציא אחר כך השטר או כגון שטען פרעתיך ויש לי עדים שהתנה עמו שלא יפרענו אלא בעדים דלא נפס' בכך דנהי דחיי' לשל' מכח השט' או מכח התנאי מ"מ יכול להיות ששבועתו אמת שפרעו אבל אם יתברר ששבועתו שקר לא עבדי' תקנת' לרמאי' וגם רש"י בפ' המפקי' א"ל דלא קאמ' התם אלא מטעמא דשמא נתקלקל המשכון אחר כך כמו שכ' התוס' שם וכ"ת וכו' וע"ש בתוס' שדחו זה מיהו הרשב"א בספר א"ז שם תי' דסביר"ל דזימנין דלא קים ליה בגוי' שפיר וסבור דהכי שויה ולא לרמאות נתכוון ומ"מ יבא לידי חשד עם הכל ויפסל לעיניהם בכך עיי"ש אם כן לכ"ע אם יתברר ששבועתו שקר לא ועיין בפרישה סס"י ע"ה ומזה דין הרב פנים מאירות ח"ב סימן צ"ה באחד שתבע לחבירו שחייב לו מנה בשטר והשטר היה מופקד ביד שליש ונאבד ממנו וטען שעבר זמנו והלוה אומר שחייב לו אבל בשטר נזכר זמן עד סך שנים ועדיין לא הגיע הזמן ישב' הלוה היסת ונפטר ואינו יכול לומר למלוה בטל השטר שיש לך דאם ימצא השטר ויתברר הדבר שכבר עבר הזמן יפסל לעדות ולשבועה דאין מחזיקין ידי הרמאים עיין שם באורך ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"ב סימן ב' שכתב שדין הרמב"ם באומר שטר זה פרוע דאפשר שכן הוא האמת דשטר לפירעון הוא עומד מ"ה מחייבים אותו לבטל שטרו אבל לבטל זכיותיו שהם אמת אין שומעין לו ואם כן נר' דאם טען פרעתיך ויש לו עדים שהתנה עמו שלא אלא בעדי' דחזקה אינה פורעו בינו לבינו אין לבטל זכות המלוה אבל אין נראה כן מדברי הפוסקים כמ"ש בסימן ע"ה עיי"ש ועיין בתשו' מהר"י וויל סימן קל"ו והטור סימן צ"ה כ' שטר מסרתי לך ועשרה דינרים היה לי בו ראיה וזה או' לא היו דברים מעולם ישבע היסת הפכה עליו ה"ז ישב' היסת ויטול וכתב הפרישה א"ל איך ישבע

התובע דילמ' אחר השבועה יוציא הלה שטרו ויראה דאין בו ראיה כ"כ כמו שנשבע ונמצא שם שמים מתחלל כמ"ש בסימן ע"ב לענין שבועה שאינו ברשותו וי"ל דכאן אין לחוש להכי דהתובע יודע בודאי ובבירור כמה יש לו בו מה שאין כן התם במשכון דתלוי בשומא ע"ש אם כן לא חיישינן אלא גבי משכון דתלוי בשומא אבל התובע יכול לישבע שיודע כמה יש לו ולא חיישינן לשמא הלה יוציא השטר להכחישו והכא נמי הלוה נשבע שעדיין לא הגיע הזמן ולא חיישי' שמא. הלה מוציא השטר ויכחישנו:

פ"ג דין ל"ד התוקע כפו לחבירו לא נפטר משבו' כתב מהרח"ש ח"א סימן פ' נראה משום שנשבע בתחילה בת"כ והוא צריך לישב' בנקיט' חפץ הא אם נשבע תחלה בנקיטת חפץ שוב אין צריך לישב' והתימא מהב"י שנראה להשוות המרדכי עם הרשב"א ע"ש ובב"י מחו' כ"ג כתב על תשו' הרשב"א מטעם זה נרא' דבההיא דהמרדכי שכתבתי בסמו' אפילו אם נשבע תחל' בנקיטת חפץ חוזר ומשביעו לבסוף וכולי נראה דסביר"ל דמהר"ם אינו מחלק בין שבועה דלהבא לשבועה דלעבר ואם נשבע בתחילה בנקיטת חפץ אין צריך לישבע בסו' וכ"מ בתשו' מהר"ם הארוכות בסימן תר"ו עיין שם וכבר הוכיח הש"ך מתשו' מהר"ם דסבירא ליה דאין חילוק בין שבועה דלהבא לשעבר עש"ב ונראה דהוא אזיל לטעמיה דסבירא ליה בתשובו' סימן תתקע"ח כר"ת דאפילו עבר על שבועת ביטוי דלהבא לא נפסל לשבועה ע"ש אם כן אין חילוק בין שבועה דלהבא לשבועה דלעבר והכא נמי אם נשבע בתחילה בנקיטת חפץ אין צריך לישבע בסוף אבל הרשב"א בתשוב' ח"ג סימן צ"ד לא הכריע ומספק אין פוסלים אותו עש"ב ולכך כתב כאן דאפילו נשב' כבר בנקיטת חפץ צריך לישבע לבסוף מהאי טעמא דשבו' על העבר דהוי שבועה לשקר חומרא טפי עיין שם והרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תקפ"ה פסק כהרשב"א אפילו בשבוע' השותפים וכתב שם הטעם משום דאלו בשבועה א' אף על גב דנתברר שגנב מן השותפי' לא נפסל לעדו' ולשבו' לפי שבשעה שנשב' עדיין לא עבר אבל שבועה ב' אם יתברר שגנב מן השותפין נפסל לעדות ולשבו' לכך חמור' טפי ויכול להשביעו כדי שיפרוש ע"ש ועיין בב"י מחוד' כ"ז בשם מ"כ על מי שנתחייב שבו' לחבירו ליום קבוע ועבר היום ואמר נשבעתי וכו' ע"ש והיא בתשוב' מהר"ם הארוכות סימן ש"י ע"ש:

פ"ד דין ל"ה אין נשבעין היסת על תביעת טוב' הנאה בתשו' מהר"ם והמרדכי מבו' דאפילו למ"ד טובת הנאת ממון לא נתקנה שבועת היס' עליה מיהו בלאו הכי אנן קיימא לן כמ"ד טובת הנאה אינה ממון כמ"ש בסימן ק"ז עש"ב:

פ"ה הגה פטור בלא שבועה וכו' כן כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סימן פ"ז והובא במרדכי ר"פ שבועת הדיינים עיין שם:

פ"ו דין ל"ז אין מוסרין שבועה למי שרץ אחריו כן כתבו הגמ"ר ריש מציעא דהכי איתא בהגדה והוא בויקרא רבה פ' ו' סי' ג' א"ר סימון אין מוסרים את השבועה למי שהוא חשוד על השבועה ואין נותנים את השבועה למי שהוא רץ אחר השבועה וכתב מהרש"י צ"ע דבשלמא החשוד וכו' אבל זה שאינו חשוד בעדים רק שרץ אחר השבועה ה"ד אם הוא נתב' וחיי' שבועה דאורייתא וקאמר דאין נותנים לו שבועה ויפסיד וכן אם הוא מהנשבעים ונוטלים אין סברא דכיון שאינו חשוד למה נפסיד ממונו ואם שנפטרנו מהתובע בלא שבו' אין זה סברא שיהא חוטא נשכר וכ"ש אם הוא מהנשבעי' ונוטלי' דאין סברא שיטול בלא שבו' דהב"ע שהוא תוב' והנתבע נתחייב שבו' היסת ורצה להפכה ע"ז דאין נותני' לו שבועה אלא אמרינן לנתבע או השבע היסת או תשלם לו כדרך מ"ש הרמב"ם על מי שנתחייב שבו' היסת ובא להפכה על התובע והוא חשוד ע"ש ונראה שזה שדקדק ר' סימון דאמר גבי חשוד אין מוסרין וכו' ואין נותנים את השבועה למי שרץ בחשוד אין מוסרין לו את השבו' המוטלת עליו אבל מי שרץ אחר השבועה אם היה חיי' שבועה מוסרין לו אותה השבו' שחייב בה אבל אין נותני' את השבועה שחייב בה אחר שכנגדו דהיינו להפכה עליו אבל הרמב"ם והטור ומרן בסימן צ"ב שכתבו מי שנתחיי' שבועת היסת והיה התובע חשוד וכו' משמע דוקא חשוד ממש בעדים שכ' ליל אין אדם נעשה חשוד עד שיביאו עליו עדים שעבר בירה שנפסל בה וכו' וגם הוה ליה למימר דין זה דאין מוסרין שבועה למי שרץ וכו' בסימן צ"ב לכן נראה עיקר כתי' אחר שכתב מהרש"י דלב"ד מזהר שלא יטילו עליו שבועה מיד אלא יחמיצו בדין עד שיודו זה לזה או יעשו פשרה וכן משמע מדברי הגמ"ר ריש מציעא ע"ש אבל בלאו הכי אם נתחייב שבועה נר' דאפילו שבועת היסת משבעין אותו בדוקא חשוד ממש פוטרין אותו אבל זה שלא נחשוד בעדים שיכול לישב' אין פוטרין אותו:

סימן פח

א' דין א' ותהיה הכפיר' לפחו' ב' מעין וכו' קהל שרצו לתקן משום חומר שבוע' שוא שלא יפסוק הדיין מלדין שבו' שהוא פחות מעשרה פרחים כדי שלא יהיו רגילים בשבו' בין ההמון וכו' תקנה זו לא טובה היא שהתורה אמרה כקטן כגדול תשמעון שיהא חביב עליך דין פרוטה כק' מנה וכו' כיון שהם יחידים שאינם רוצים להם שומעים שאומרים כהלכה וכולי תשובת בשמים ראש סימן רנ"ה עיין שם:
ב' אבל תבעו וכו' פטו' וכו' משבו' דאור' אבל ודאי דצרי' שבו' היסת וכ"כ הרמב"ם ספ"ג מה' טוען כ"מ שנאמר בענין זה פטור הרי זה פטור משבו' התורה וחיי' שבו' היסת וכ"כ

רבינו האיי בס' משפטי שבו' שער ה' ע"ש וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ה וז"ל פסק רבינו האיי גאון ואע"פ וכו' שאין כפיר' הקרקעו' והודאו' מביאו לידי שבו' דאוריי' מ"מ נשב' שבו' היסת על הקרקעו':

ג' דין ג' אבל תבעו שני כלים וכולי וזה לשון הטור כ' רבינו האיי אפילו אין בב' שוה פרוטה חייב וכ"כ הרמב"ם בפ"ג דטוען ואע"ג דבירושלמי אמרו דבעי' שני פרוטות הודה באחד וכפר בא' כבר כ' הסמ"ג עשין צ"ה דתלמוד שלנו אינו מחלק ע"ש:

ד' דין י"ב אפילו יש עדים על השעורים פטור וכו' כ' הש"ך דאם טענו חטים ועדים מעידי' שיש לו חטים או שעורים חייב לשלם עכ"פ שעורים שהרי התוב' אומר שהעדי' מעידי' על חטי' כדברי ואם אתה אומר שמעידים על השעורים תן לי לפחות שעורים אבל הכא וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א בס' א"ז ס"פ המניח דאם יש עדים שהלוהו או חטים או שעורים חייב בפחות שבשניהם וכן נמי בניזק ומזיק וא"ת דכל שאין העדים מעידים בברור אין זה חייב לו ואינו נותן לו כלום דהכא שני גופים הם ואינו כאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים שנוטל מנה מתוך מאתים דהתם יש בכלל וכו' דא"כ הדרא קושיא לדוכתא דנמצא דמשלם על פי עצמו וגם הראב"ד דחה תירוץ זה דעל כרחך מתניתין דחטים ושעורים דרב"ג כשאינו מעמיד דבריו דאי מעמיד דבריו ודאי נותן כמו שהודה אלא בודאי חוזר ואומר משחק הייתי בך ואין בידי לא חטים ולא שעורים ואם יש עדים איך יוכל לומר כן וכו' ע"ש ואין כן דעת כל הפוסקים אלא אפי' מעמיד דבריו אינו נותן לו אפי' שעורים וכדקי"ל בסי' ע"ה ס' י"א אמר ליה חייב אני לך מנה והלה אומר ודאי אינך חייב כלום פטור וכו' אלמא הולכין אחר הודאת המלוה שלא יתחייב לו ולא אחר הודאת הלוה וכו' וכן כתב הרשב"א בחי' לקידושין דף ס"ה באומר מנה וכו' דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי וכאותה שאמרו כתבתי ונתתי שדה פלוני לפלו' והוא אומר לא כתב ולא נתן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ע"ש ונראה דהוא אזיל לטעמיה שכתב בפרק השולח דהיינו טעמא דאמרי' הודאת בעל דין כמאה עדים על המקבל טפי מנותן כיון שזה מודה העמד קרקע בחזקת בעלים הראשונים וכן כתב הראב"ד ע"ש וה"נ שזה מודה שאינו חייב לו שעורים אפילו הלוה מודה שחייב לו אמרי' הודאת בעל דין על המלוה דהעמד ממון על חזקתו ואפי' הלוה מעמי' דבריו אין מוציאין ממון ממנו ודלא כהראב"ד:

ה' פטור אף מדמי שעורים וכו' הראב"ד והרמ"ה כתבו דה"ד כשאמר הנתבע אחר שהוד' בשעורי' אין לך אצלי לא חטים ולא שעורים ומשחק הייתי בך אבל אם עומד בשעורים חייב בשעורים וכ' הש"ך דאפי' לא טען משט' טעני' ליה ודוקא אם אחר שפטרוהו ב"ד

חזר התובע ואמר תן לי שעורים צריך שישיב הנתבע משטה הייתי בך דכיון שתובעו על הודאתו צריך שיטעו' הוא בעצמו משטה הייתי ואם לא טען לא טעני' ליה ע"ש וכ"כ ה' המאירי בס' א"ז בפ' המניח וז"ל ונ"ל פי' דבריהם שאף שעומד על טענתו אינו כופהו בב"ד מצד הודאתו הא' אלא כגון שהיה קובל בב"ד עליו ואמר שעורים יש לי בידך שכבר הודית לי בהם בב"ד אם חזר זה ואמר משטה הייתי בך פטו' הא אם כשחזר לתובעו שעורים עומד על טענתו ומודה וכו' ע"ש ובשי' קידושין דס"ה גבי אומר קידשתיך והיא אומרת לא קידשתני כ' דאם נתן גט מעצמו אינו נותן כתובה דכיון שהיא אומרת לא קידשתני אע"פ שהוא מודה שקידשה הו"ל טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים כפי' הראב"ד ע"ש מבואר דס"ל דכיון שהיא אומרת לא קדשתני אפי' הוא מודה שקדשה לא אמרינן הודאת בע"ד כק' עדים דמי לחייבו וכן קי"ל בסי' ע"ה ס"א בא"ל חייב אני לך מנה והלה אומר אינך חייב כלום פטור אע"פ שיודע בודאי שהוא חייב לו דהוי כאילו מחל לו וה"נ כיון שהאשה אומרת לא קדשתני ואינך חייב כלום אע"פ שהבעל יודע בודאי שקדשה וחייב לה כתובה פטו' הוא ומהר"ם הביא ראיה מטענו חטים והודה לו בשעורי' דפטור ע"ש והתוספות בס"פ הכותב בד"ה יכול וכו' כ' וז"ל וא"ת מאי מגו הוא זה דאם יאמר לא גרשתיך יתחייב בשאר וכסות ועכשיו דאמר פרעתי פוטר עצמו ויש לומר דכשאמ' לא גרשתיך נמי פטור גם משאר וכסות דדמי לטענו חטים והודה לו בשעורים דקי"ל דפטור וכו' עכ"ל ונראה דלדעת הראב"ד והרמ"ה לא שייך מגו זה דלא רצה לטעון לא גרשתיך שלא יתחייב בשאר וכסות אם תתבענו וצריך הוא לטעון נתתי לך כתובה אלא דהם ס"ל דה"ט משום דהודה או מחל על השעורים וה"נ שהוא מודה שאינו חייב לה שאר וכסות ואפ' דהראב"ד והרמ"ה מודו בה דלפי טענת' שגרשה בעלה ודאי פטור משאר וכסו' ואין לך הודאה גדולה מזו אבל טענו חטים והודה לו בשעורים יכול לתובעו אחר כך על השעורים ועיין בחידו' הרשב"א שם:

ו' הגה אבל אם תפס לאחר וכולי כיון שכבר הודה שאין לו בידו שעורים לא מהני תפיסה הטור וכתב הסמ"ע דלה"ט אפילו תפס שלא בעדים לא מהני דהו"ל כמגו במקום עדים דאנן סהדי דכיון דלא תבעו שעורים דמחל לו וכ"כ הב"ח והש"ך ס"ק כ"ג עיון שם ואיברא דהנ"י בפ' י"ן גבי האומר עבדי הוא וכולי כתב וז"ל אינו נאמן כשהוא אומר אח"ך זה בני ואע"ג דהשתא אית ליה מגו דא"ב הוא יהיב ליה לכולהו נכסי' אין אדם נאמן לסתור הודאתו משום מגו כך פי' מורי נר"ו וכ"נ אפילו למסקנא וכולי עיין שם הרי דס"ל דאין נאמן במגו לסתור הודאתו משום מגו אבל הרמב"ן בפ' ח"ה דל"ג כתב וז"ל וכן הא דאמרינן בפרק י"נ בני הוא זה וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן ומשמע שהוא

יורשו ובנו לכל דבר ואמאי נימא מתוך שבידו להפקיר נכסיו או ליתן מתנה לאח"ז ואינו יורשו דהא אמרינן מגו אפי' להכחיש דבריו הא' בפ' האומר בקידושי' אלא וכולי לא אמרינן מגו גרוע לחצי טענה וכולי ע"ש הרי דס"ל דאמרי' מגו אפילו להכחיש דבריו הא' ואפשר לומר דה"ד במגו דבידו דאלים וכה"ג כתב הר"ן בפרק האומר דקידושין גבי מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים וכולי וז"ל ולענין הלכה משמע דקי"ל כר' דאינו נאמן לאסור דהא מ"ל לשקר כעדים דמי דקי"ל הלכה כר' מחבירו ואע"ג דבפ"ק דב"ב מ"ל אי אמרינן מגו אפי' במקום חזקה או לא התם הוא דמגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא דמגו דבידו הוא וכולי ומ"ל לשקר דבידו כעדים דמי עכ"ל וה"נ א"ל דמגו אפילו להכחיש דבריו הא' והתוס' בספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי וכולי כ' וז"ל פר"ח וכן ר"ת שהיו בע"ד מודים לו וכולי ומשמע מדבריהם דאינו נאמן לומר טעיתי במה שהודיתי אע"ג דא"ל מגו דא"ב אמר חזרתי ופרעתי וכן משמע מהא דתנן בשבועו' מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי אם נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב וכו' ואמאי לא מהימן במגו דא"ב אמר פרעתי אלא משמע דבמגו לא מהימן לומר שטעה עכ"ל וכ"כ הרא"ש והר"ן שם אלמא אינו נאמן במגו לסתור הודאתו אפילו לומר טעיתי ומהריב"ל ח"ג סימן ע"ט הביא מ"ש הנ"י בפרק ח"ה גבי לפטור כגון שאמר מתחלה לא לויתי ואח"ך פרעתי נאמן אע"פ שמכחיש דבריו הא' וחידוש גדול אשמועינן דנאמן במגו להכחיש דבריו וס"ד כי היכי דלא אמרינן מגו במקום עדים ה"נ לא אמרינן מגו להכחיש דבריו הא' עיין שם ולא זכר מ"ש הנ"י בפ' י"נ דלא אמרינן מגו לסתור דבריו הא' וכבר כתבתי בסימן ס"ט דין ב' תשו' הרשב"א דס"ל הכי ע"ש וגם המרדכי בפ' ז"ב וכ' וז"ל ונשאל לראבי"ה על עסק אלמנה א' שצותה בשעת מיתה לתת מנכסיה לפ' ז' זהובים והבן שתק ומתה אח"מ אמר שאמו לא נשבעה על כתובת' ומה ששתק מפני שלא רצה להכעיסה והשיב כיון שצותה בפניו ושתק הוי כאילו הודה וכולי אעפ"י שלא היו שם עדים חייב אם הוא מודה שכך הוא עכ"ל אלמא משום דשתיקה כהודאה אפי' אין עדי' אינו נאמן לסתור הודאתו:

ז' דין י"ט הרי זה מודה במקצת וישבע ש"ד הראב"ד בהשגות בפ"ג דטוען כ' טענה מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' וכפ' בא' אין זה מודה במקצ' הטענה דהלואה ופקדון ב' טענות הם וכולי וה"ה שאין בזה מקצת הודאה עכ"ל ונראה דס"ל דטענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' וכפר בא' או הודאה בחמשים שהם פקדון לא חשיב מודה במקצת אבל טענו מנה מלוה בלבד והודה לו במנה פקדון חייב ולא הוי כשטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור כמ"ש הראב"ד בתשו' על הרז"ה והובא בס' א"ז בפ' השואל דף צ"ח

ע"ב וז"ל דאילו מלוה ופקדון כיון דבעיקר המנה הם שוים ובתשלומי' פשיטא הם שוים הכחשת הזמן והכחשת תשלומי אונסים לאו הכחש' היא לפוטרו מעיקר הממון אבל מי שתובע לחבירו מלוה ופקדון והודה בא' מהם וכולי עש"ב הרי דאם טענו מנה מלוה בלבד והודה לו בפקדון חייב כיון דבעיקר הממון אין הכחשה ביניהם ודוקא אם טענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם הוו ב' טענות מה שהודה הודה ומה שכפר כפר וה"ה אם טענו מנה מלוה והודה בחמשים פקדון לא הוי מקצת הודאה והמ"מ כ' שהרמב"ן חלק על הראב"ד בטענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם דלא גרע בטענו חטים ושעורים והודה בא' מהם שהוא חייב אבל בטענו מנה מלוה והודה לו בחמשים של פקדון נר' דעת הרשב"א מסכים לדברי הראב"ד שהוא פטו' וגדולה מזו שאם טענו מנה מלוה והודה במנה פקדון הו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור ע"ש בהל"מ ונר' דטענו מנה מלוה ומנה פקדון והודה בא' מהם הראב"ד סובר דחייב דכיון בעיקר הם שוים והרשב"א הוסיף דגם בזה פטור וכ"ד הרמב"ן שם והריטב"א בחי' לשבועות בפרק ש"ה כ' וז"ל ולמדנו מכאן שהתובע לחבירו מנה של מלוה והוא מודה לו בחמשים של פקדון וכו' מודה מקצת הוא וכ"ד הרמב"ם והרמב"ן ומורי הרא"ה והרשב"א עיין שם ודבריו תמוהים דהרמב"ן והרשב"א ס"ל כהראב"ד כמ"ש המ"מ והובאו דבריהם בס' א"ז בפ' השואל ע"ש:

ח' דין כ"א פטור מש"ד וכולי לשון הראב"ד בס' תמ"ד בסימן קצ"ח מסתברא שהשני פטור מש"ח וכו' ע"ש:

ט' דין כ"ח אין הודאה בשטר וכולי כ' ה"ה וז"ל ונראה דדוקא בשטר שא"א לו לומר פרעתי אבל אם היו החמשים בעדים או בכת"י שהוא נאמן לומר פרעתי אם הודה בהם הודאתו הודאה לחייבו שבועת התורה וכולי ור' האיי כ' בשערי השבועו' שאפי' אין הנ' אלא בעדים אם הודה בהן אין הודאתו הודאה ע"ש ונראה דאם יש עדים שחייב לו חמשים שלא פרעו וכגון שלא זזה ידם וכו' או בתו"ז והודה בהם אינו חייב ש"ד וכ"כ הר"ן בר"פ שבועת הדיינין גבי דר"ח קמייתא וז"ל וא"ת ולמה הוא נשב' דהא קי"ל שיעבוד' דאוריית' וכולי וכיון שכן הנ' הללו שמעידים בהם עדים שעבוד קרקעות נינהו י"ל אי בדאמרי סהדי שעדין יש בידו נ' זוז שהלוהו ולא פרע הנ' הכי נמי אלא הב"ע כגון שהעדי' אינם מעידים אלא שהלוהו דמלקוחות לא גבי וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א ז"ל הובא בס' א"ז בר"פ האשה שנתארמלה ובפ"ק דמציעא ע"ש הרי דאם מעידים שהוא חייב לו עכשיו פטור משבוע' דאורייתא דשעבוד' דאורייתא ואינו יכול לומר פרעתי וה"ה אם יש עדים שהוא תו"ז כמ"ש ה' בית שמואל בא"ה סימן צ"ו ס"ק ל"ב גבי כתובה ע"ש מיהו

הר"ן בפר' שבועת הדיינים סיים וז"ל אבל השתא דתקון רבנן דמלוה ע"פ אינה גובה מן הלקוחות וכו' אין כאן שעבוד קרקעות ע"ש וכן כ' התוס' בפ"ק דמציעא ד"ד ע"ב בד"ה אין נשבעים וכו' כ' וז"ל אבל לר"י דאמר בפ' שבו' הפקדון כופר בממון שיש עליו עדים חייב עליו קרבן שיש עליו שטר פטור משום דכופר שעבו' קרקעות דבעדים לא חשיב כופר שעבוד קרקעות אע"ג דסבר ר"י שעבוד' דאוריית' היינו משו' כיון שהפקיעו חכמי' השעבוד במלוה על פה משום פסידא דלקוחות חשיב כאילו מחל השעבוד עכ"ל הרי דבעדים כיון דתקנו חז"ל שלא לטרוף מלקוחו' לא חשיב שעבוד קרקעות וחייב קרבן על כפירתו מן התורה וא"כ ה"ה בדר"ח קמייתא אפי' העדים מעידי' שלא פרעו לא חשיב שעבוד קרקעות והוי כמודה במקצת דחייב שבו' דאורייתא וכ"כ הריטב"א בחי' שם עיין שם אבל לשון הרמב"ם ספ"ד מה' טוען וז"ל מנה לי בידך אין לך בידי כלום והעדים מעידים עליו שעדין יש לו אצלו חמשים זוז וכולי משמע דמיירי דהעדים מעידים שחייב לו עדין ולא פרעו כגון שלא זזה ידו מתחת ידם או בתו"ז וכה"ג כ' המ"מ בפ"ג מה' טוען דרבי' מפרש הא דאר"י מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידי' אותו שיש לו וכו' היינו שיש לו עכשיו בשעת תביעה ולכך הוחזק כפרן ע"ש וה"נ הא דאר"ח מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים שיש לו חמשים וכולי היינו שמעידים שיש לו עכשיו בשעת תביעה דאל"כ אמאי משלם הרי לא הוחזק כפרן ואפ"ה ישב' על השאר דלא הוי שעבוד קרקעות:

יו"ד דין כ"ט אבל כת"י אפי יש בו נאמנות וכו' הש"ך הסכים דכת"י שיש בו נאמנו' כיון שאין יכול לומר פרעתי פטור שכן נר' דעת הרמב"ם כמו הנ"י והמ"מ וכ"כ הלח"מ ומ"ש על הנ"י וכו' הוא תמוה דהנ"י אדרבה כתב כדבריו וכולי עש"ב וכן ראיתי להרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תט"ו שהבין כן דברי הרמב"ם ושכן מסתבר עיין שם אבל הרואה דברי הלח"מ יראה שחזר בו ופי' דברי הרמב"ם דבעינן נמי שעבוד קרקעות ודחה דברי הנ"י עיין שם וכ"כ התוס' בב"ב ד' קכ"ח ד"ה הילכתא וכולי וז"ל וא"ת והא קי"ל דהילך פטור וכולי וי"ל דלא חשיב שטר הילך אלא שטר דגבי ביה ממשעבדי עכ"ל ואפשר שזה הכריח הרמב"ם ומיהו בלא"ה י"ל דהתם כיון דיכול לכפור השטר דעדים מעדי' שהוא פרוע הו"ל כבע"פ דלא חשיב הילך אלא בדבר שאינו יכול לכפור ועיין בחי' מהר"י בן מיגש שם ובתשו' הובאה בס' א"ז בפ"ק דמציעא עיין שם ומ"מ דעת התוס' דהשטר לא הילך אלא משום דגובה בו ממשעבדי וכן כת' רש"י בפרק קמא דמציעא וכ' הריטב"א שם וז"ל ולמד מדבריו דדוקא משום שעבודא הוא דהוי הילך וכו' וא"כ שמעינן מינה שהטוען לחבירו מנה חמשים בכת"י וחמשים בע"פ והודה בנ' של כת"י וכפר באידך

חייב ואפי' היה בכת"י נאמנות כיון דלאו שעבוד קרקעות הוא וכן פי' אדונינו הרמב"ן עכ"ל וכן פסק ה' חוקות הדיינים סימן ע"ט עיין שם הרי דעת רש"י והתוס' והרמב"ן והריטב"א והר"ן והנ"י וה' חוקות הדיינים דאם בכת"י הודה בפי' אפילו יש בו נאמנות לא חשיב הילך דדוקא בשטר שיש בו ג"כ שעבוד קרקעות חשיב הילך:

כ' הטור דה"ה הודאת מלוה בקנין ויש עידי הקנין אינה הודאה דסתם קנין לכתיבה עומד ודינו כשטר וכ' הפרישה אע"ג דס"ל דקנין כל זמן שלא נכתב לא גבי ממשעבדי אם עידי הקנין לפנינו וזוכרים זמן הקנין גובה ממשעבדי עיין שם וכן כתב מהר"י ן' מיגש בתשו' הובאה בס' א"ז בפרק קמא דמציעא וז"ל אם ראובן טען שיש לו אצל שמעון מנה בקנין והודה שמעון בחמשים וכולי כיון שהודה שמעון שיש אצלו חמשי' גם שהטענה היתה בקנין והובאה בקנין חייב שבו' ומ"ש אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות היינו אם היה השטר יוצא לפנינו וכולי אבל שטר שאינו מצוי לפנינו כ"א בטענתם בלבד וכולי עיין שם הרי דדוקא קנין בלא עדי' לא חשיב הילך אבל קנין בעדים חשיב שעבוד קרקעות דגם בקנין גובה ממשעבדי כמבואר בסי' ט"ל ועי' בתשו' הרשב"א ח"ד סימן קי"ח ומרן בר' סי' ט"ל פסק דקנין בעדים הוי כשטר אפילו לא נכתב כלל גובה ממשעבדי ואין חי' בין כשהעדים לפנינו או לא כמ"ש הש"ך שם ומרן בב"י בסימן ע"ה כ' דהגמ"ר כ' דבשטר או בקנין חשיב הילך ואין נראה בעיני ונראה דודאי דשטר או קנין פטור מטעם שעבוד קרקעות אלא דאם מחל לו השעבוד או אין לו קרקע לא מפטר מטעם הילך כמ"ש הנ"י דאפי' למ"ד הילך פטור שטר לא חשיב הילך ע"ש ועי' בהב"ח וה' כנה"ג בסימן ע"ה ובירושלמי רפ"ב דכתובות מבואר דבשטר פטור וכ' ה' שדה יהושע שם אפשר דמרן לא עליו אלא על הקנין גם מהר"י דאלבא בס' לשון למודי' בסימן קנ"ג דקדק מדכ' הרמב"ם אין מודה מקצת חייב עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו וכולי וכ' המ"מ דדוקא בשטר שא"א לומ' פרעתי אבל בעדים או בכת"י דנאמן לומר פרעתי אם הודה בהם הודאתו הודאה לחייבו שבו' דאורייתא ורב האיי כ' דאפילו אין החמשים אלא בעדים אם הודה בהם אין הודאתו כלום ודברי רבי' נ"ל עיקר עכ"ל אם כן דוקא בשטר אבל בקנין בעדים הוי הודאה במקצת וחייב שבו' עיין שם וליתא דמדברי המ"מ נראה להפך דדוקא במלוה בעדים או בכת"י דיכול לומר פרעתי הוי הודאה לחייבו שבו' ובשטר דפטור לא משום שעבוד קרקעות אלא משום דאינו יכול לכפר כמו שהבין הנ"י והביאו מרן הב"י סס"י זה דס"ל דלמאי דקי"ל כרב ששת דהילך פטור לא צריך בשטר לטעמא דשעבוד קרקעו' עיין שם וא"כ בקנין נמי דאינו יכול לומר פרעתי דינו כשטר וגם הלח"מ שם שחזר ופי' דברי הרמב"ם דבעי' נמי שעבוד קרקעות ע"ש ה"נ הקנין דינו

כשטר דסתם קנין לכתיבה עומד ואפילו לא נכתב כלל טורף מלקוחות כמ"ש הבעה"ת הביאו מרן הב"י סימן ט"ל שהרי"ף פסק בתשו' שהקנין יש צו קול וטורף וכן פסקו הרמב"ם והראב"ד וכולי וכן פסק הב"י בסי' ט"ל ובסי' ע' ע"ש בהש"ך וא"כ אם יש ב' עדים על הקנין הוי כשטר דאיכא שעבוד קרקעות הודאתו אינה מחייבו שבועה ושטר בע"א וקנין בע"א והודה בקצת נר' דתלוי במחלוקת (עכ"מ):

י"א אבל כת"י אפילו יש בו נאמנות וכו' כן כתב הנ"י בפ' קמא דמציעא על הרי"ף שכתב דטעמא דשטר משום שיש בו שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות משמע דמודה במקצת דא"א לכפור עליו כי הכא חייב שבועה כגון מנה לי בידך ן' בחתם יד וחמשים בעל פה והלה הודה בחתם ידו וכפר בחמשים אחרים דבעל פה אפילו אינו יכול לכפור בחמשים שבכת"י שיש בו נאמנות כיון דלאו שעבוד קרקעות הוא ולא מסייע לי שטרא חייב שבועה דאורייתא וכו' וכן כ' הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן תט"ו שכן דעת הרמב"ן והר"ן עיי"ש ונראה דה"ד אם כפר בחמשים שבעל פה והודה בכת"י אבל כת"י שיש בו סלעים או דינרים סתם ויש בו נאמנות ומלוה אומר ה' ולוה אומר ב' אף על גב דליכא שעבוד קרקעות פטור משבועה דאורייתא מטעם דמסייע ליה הכת"י דסתם סלעים ב' מדלא פי' מינים וכן בשטר פקדון דקיימא לן (עכ"מ):

י"ב דין ל"ב ולוה אומר ב' פטור וכו' נראה דאם העדים העידו כדברי המלוה נאמני' דאף על גב דאמרינן בפרק קמא דב"מ דהשטר מסייע ללוה ופירש"י דעדים החתומים על השטר מעידים כדבריו שלא היו אלא ב' דלכך לא פירש מינים ע"ש מכל מקו' אם העידו בעל פה כדברי המלוה לא הוו כחוזרי' ומגידי' שהרי כ' הנ"י בשם הרמב"ן דהשטר דמסייע אינו כעדו' גמורה לפוטרו אלא משבועה דאורייתא אבל מהיסת לא וכן פסק מרן בסימן מ"ב ע"ש והכי אמרינן בהדיא בפ' המקבל הכא מלתא דעבידא לאגלויי היא וכו' ופי' רש"י שיבואו עידי השטר ויעידו ע"ש והרשב"א בתשו' ח"ב סי' שנ"ה למד מכאן לשטר שכתוב בו סלעים סתם אף על גב דהעדים מסייעין ללוה לפוטרו אפילו משבועת היסת כאילו העדים מעידים כדבריו מכל מקום לא חשיב כעדו' גמורה להוציא ממון אם תפס עיי"ש ואף על גב דהנ"י שם דחה דשאני התם דכיון דהניחו הלוה למלוה לאכול פירות של שנה ג' איתרע שטרא וכן קיימא לן בסי' פ"ב דאם תפס מוציאין מידו מכל מקום לענין עדות העדים אין חי' דהכא נמי אפילו לא איתרע שטרא לא הוי כעדו' גמורה ואם העידו עידי השטר או העדים אחרים כדברי המלוה נאמנים וכן מוכח בבתרא דף קכ"ח ע"ש ברשב"ם מיהו אם עד אחד מסייע למלוה אינו נאמן נגד עידי השטר וכי האי גוונא כתב הרב ב"ח בסימן פ"ב ס"ך בשטר שיש ללוה עדים שנעשה על תנאי וכו' וז"ל

ומ"מ נראה דוקא בדאיכא ב' עדים דבתנאי נעשה אבל ע"א לאו כלום הוא דכיון דעידי השטר חתמו בסתם חשיב כאילו העידו שלא היה שם תנאי ואין דבריו של א' במקום ב' כלום מיהו ודאי אין עידי השטר חשובים מן הסתם כאילו העידו בפירוש דלא היה תנאי דאם כן אפילו איכא שני עדים דהיה שם תנאי וכו' ע"ש הרי דאף על גב דשני עדים נאמנים עד אחד אינו כלום דעידי השטר שחתמו סתם חשיב כאילו העידו שלא היה שם תנאי נגד ע"א אפילו להוציא ממון כל שכן הכא דעידי השטר מסייעי ללוה כאילו העידו שלא היה אלא ב' מדלא פי' מנין אבל הכנה"ג שם הגב"י אות רכ"א כתב דנראה דלאו דיקא עדים אלא אפילו עד אחד נפטר הלוה בלא שבועה כלל כיון דעידי השט' חתמו בשטר סתם הוה ליה כאילו מעידי' שלא היה תנאי ואין דבריו של אחד במקום שנים דאם כן אפילו איכא ב' עדים שאמרו שבתנאי נעשה אמאי נפטר תרי ותרי נינהו אלא ודאי העדים החתומים בשטר לא מעלין ולא מורידין לענין זה וכו' ולזה נתכוון הב"ח וכו' ע"ש:

י"ג ואפילו אמר הלוה וכו' אפילו הכי פטור וכו' המ"מ בפרק ד' מה' טוען כ' דפטור משבועה דאורייתא אבל שבועת היסת חייב וכתב הכ"מ ונראין דבריו ודקדק כן מלשון רבינו וכן כתב הרב מ"ך בספר א"ז למציעא עיין שם וכן כתב הסמ"ע שכן דעת הטור ומרן וה' ב"ח חלק עליו דהוי כמשיב אבידה ממש ופטור אף משבועת היסת דדוקא בלוה אומר ב' כ' הטור ומרן לפטור משבועה דאורייתא ע"ש מבואר בלוה אומר ב' לכ"ע צריך לישבע היסת וכן כתב בהדיא הטור ומרן בסימן ע"ב ע"ש אבל בלוה אומר ג' דעת הב"ח דהטור סבירא ליה דפטור אף משבועת היסת וכן נראה מדברי רשב"ם בבתרא דף קכ"ח שכתב על ג' שהודה הוי כמשי' אבידה ותנן המוציא מציאה לא ישבע מפני תיקון העול' ע"ש משמע דפטור אף משבועת היסת אבל הסמ"ע ס"ל דגם בזה צריך לישבע היסת וכתב הש"ך שכן כת' הנ"י והרמב"ן ואף על פי שכתב שהרשב"א והר"ן דחו ראייתו מכל מקום יכול להיות דבדינא לא פליגי עליה עיין שם וליתא דהרשב"א בתשובו' ח"ב סימן שנ"ה כתב וז"ל יש מגדולי הרא' דלגמרי מסייע לי שטרא לפוטרו אף משבו' היסת כאילו העדים מעידים כדבריו ולזה דעתי נוטה עיין שם הרי דסביר"ל דאומר לוה ב' פטור אף משבו' היס' ומשמע דבאומר לוה ג' נמי פטור משבועה והנ"י שכת' בשם הרמב"ן דצריך לישבע אפשר דה"ד באומר ב' אבל באומר ג' אפ' דמוד' דחשיב משיב אביד' ופטור לגמרי דהא למאי דס"ד דבאומר ב' חייב שבועה דאורייתא ובאומר ג' דפטור אלמא דאפילו בטענת המגו צריך לישבע שבועה דאורייתא באומר ג' פטור דהוי כמשיב אבידה ואם כן אע"ג דבאו' ב' חייב להשב' היס' באו' ג' פטו' לגמרי אבל

הא לית' דאמרי' בגמר' ה"נ מסתבר' דאי ס"ד דעתך שתים חייב בג' היכי פטר ליה ר"ע האי אערומי קא מערים סבר אי אמינא שתים בעינא אישתבועי אימא ג' דהוי כמשיב אבידה ופטור אלא שמע מינה שתים נמי פטור וכו' ואם כן למאי דקיימ"ל דבאומר ב' חייב לישבע היסת באומר ג' חייב לישבע גם כן מהאי טעמא דאיערומי וכולי וכי האי גוונא איתא בריש פ' הא"מ גבי עדים והשתא דתקנו רבנן שבועת היסת וכו' וזהו שכתב הטור ומרן אפילו וכו': י"ד שטר שכתוב בו סלעין דאינון ונמחק הסכום ויש להסתפק אם הלוה אומר שלשה או שהודה למלוה בה' אם גובה ממשעבדי דא"ל דוקא בכתו' בו סלעין סתם אמרינן בפרק קמא דמציעא דהשט' מסיי' ליה ופירש רש"י העדים החתומים על השטר מעידין כדבריו שלא היו אלא שני' ולכך לא פירש מניינם אבל כשכתוב סלעין דאינון ונמחק הסכום דלא שייך האי טעמא אפש' דגובה ממשעבדי והרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י בסי' ט"ל כתב אף על פי שאין לשון השטר מוכח על זה אם הוא מודה שאף ע"ז קיבל אחריות חייב וכתב ה' כנה"ג שם וז"ל אם נפרש דמיירי כשחב לאחרים א"ל אמאי נאמן הא אמרינן בכתובות מלוה שאומר על השטר שבידו שטר אמנה הוא או פרוע אם חייב לאחרים אינו נאמן וכולי ואולי כיון דאפשר לפרש שאף ע"ז קיבל אחריות כל שהלוה מודה נאמן אפילו במקום שחב לאחרים ועי"ל המלוה שאני שאין כאן תובע ולכך אינו נאמן אבל לוה שיש כאן תוב' המלוה שאומר שאף ע"ז קיבל אחריות והוא מודה נאמן אף שמקום שחב לאחרים וכו' והנכון כתי' א' ע"ש ואם כן הכא נמי כשכתו' סלעין דאינון ונמחק דהמלוה תובע ה' והלוה הודה לו ואפשר לפרש כן השטר גובה ממשעבדי ומצאתי למהר"י ן' מיגש והובא בספר א"ז בפרק י"ן דף קכ"ח שכתב וז"ל תשובה כי אמרינן אין נשבעין על כפיר' שעבוד קרקעות הני מילי לגבי שטר שכתוב סלעין דינרין סתמא כיון דא"ל תרי וא"ל תלתא או ד' וה' אשתכח דהאי ה' דקטעין מלוה איתיה במשמע השטר וכיון שכן האי דקא כפר ביה לוה מהני ה' דקא טעין מלוה הוה ליה כפיר' שעבוד קרקעות הואיל האי שטרא אפשר למיהוי ה' כדקאמ' מלוה או תלת כדקאמר לוה אבל הכא וכו' וכ"כ בתשו' הובאה בספר א"ז בפרק קמא דמציעא ע"ש הרי בהדיא אפילו כתוב בו סלעין סתמא אם הודה הלוה למלוה שהם ג' או ה' איכא שעבוד קרקעות והרא"ש ריש פרק שני דכתובות כתב וז"ל והכי איתא בירושלמי דפרקין דגרסי' סלעין דאינון ונמחק אין פחות משנים מכאן ואילך מלוה אומר ה' ולוה אומר ג' וכו' וחכמים אומרים אין ההודא' מעין הטענה פי' שההודאה בקרקעות היא נהי נמי דשטר' לית בה אלא ב' מכל מקום כיון שהודה בג' הוי כאילו נכתב בשטר והכפירה הוי במטלטלין וכו' ע"ש הרי דאו' ג' יש בו שעבוד קרקעות וגובה ממשעבדי דהוי כאילו

נכת' בשטר ג' מיהו אפשר דה"ד בסלעין דאינון ונמחק אבל בשט' סתם שכתו' סלעין סת' מוכח בפ"ק דמצי' דדוק' באו' ב' פטור משום דאין נשבעין על שעבוד קרקעות אבל באו' ג' לא פטר ר"ע אלא משום דהוי משיב אבידה ונראה דמשום השטר מסייעו שהם שנים אף למאי דס"ד דחייב שבועה מכל מקום לשון השטר משמע ב' יותר מג' ולכך באומר ג' הוא כמשיב אבידה כמ"ש רש"י שם מדהול"ל ב' והשטר מסייעו דכיון דלא פי' ניכרים הדברים ששנים היו ולכך לא הוצרך לפרש וכו' ע"ש וכן כתב רבי' האיי בשערי שבועות שער א' ע"ש והתימא על מהר"י ן' מיגש שכתב בסלעין סתם אף בג' וה' איכא שעבוד קרקעות ונראה דאפילו יש עדים שהם ה' אינו גובה מלקוחות כיון שאינו מוכח מתוך השטר וכתב מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ט וז"ל הא למה זה דומה לשטר שכתוב בו סלעין דינרין דאין פחות מב' והעדים שמעידין שמאה הוי והוא מודה שמאה היו אלא שפרע שאין העדאת עדים מוציאין מידי נאמנותו שלא יטעון פרעתי והואיל אין לשון השטר הוכח' לא חש ליטלו ע"ש ואם כן כיון שיכול לטעון פרעתי אינו גובה מלקוחות שהרי כ' הרמב"ם והטור ומרן סי' ע"א סכ"ד מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר פרוע וכו' ואפילו אמר לא פרעתי אין המלוה טורף בשטר זה מלקוחו' אלמא אפילו המלוה תובע והלוה מודה לו כיון דאם טען הלוה פרעתי היה נאמן אפילו הודה שלא פרע אינו נאמן לטרוף מלקוחות דחיישינן לקנוניא וכה"ג כתב הריב"ש סי' והביאו הש"ך בסימן ק"ו עש"ב ואם כן שטר שכתוב בו סלעין סתם אף על גב דמשמע אפילו מאה כדאמ' מלו' כיון דאם טען הלוה פרעתי היה נאמן אפילו הודה שלא פרע אינו טורף מלקוחות דחיישינן לקנוניא מיהו הרא"ש והטור בסימן ס"ה גבי המוציא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו כ' וז"ל ראיתי מפ' שאפילו שניהם רוצים לא יוציא מתחת ידו אלא קרוע דחיישינן לקנוניא ולא מסתבר דלא חיישינן לקנוניא אלא בשטר שנפל דאיתרע וכו' וכבר כ' מהרשד"ם סי' רכ"ח דגם מ"ד דלא חיישינן לקנוניא בשט' המופקד משום דהוי ריעותא כיון שלא צוה אביהם וכ"ש כשהנפקד חי ולא ידע מה טיבו דהוי ריעותא ועיין שם בפרישה וכן כתבו מהרש"ך ורמ"א בתשובו' הביאה הרב כנה"ג סימן ס"ה ע"ש אם כן הכא נמי שטר שכתו' בו סלעין סתם סובר מהר"י ן' מיגש כיון שיש במשמע השט' ה' כדאמר מלוה אם הודה לו הלוה טורף מלקוחות דלא חישינן לקנוניא כיון דלא איתרע ומ"ש הרמב"ם והטור ומרן בסימן ע"א מלוה שהאמין את הלוה לומר על שטר פרוע אפילו אמר המלוה לא פרעתי אין המלוה טורף מלקוחות דחיישי' לקנוניא כ' מהרשד"ם סי' רכ"ח דהרמב"ם דמיירי בעבר זמן הפירעון א"ל דהוי ריעותא כיון דכת' נאמנות ללוה היה ליה לתבוע חובו בזמנו לחוש שמא יטעון הלוה פרעתי וכיון שעבר

זמנו ולא תבעו חיישי' לקנוניא וגם למ"ד דאפילו בתוך זמן נאמן לומר פרעתי ואפי"ה לא יפרע מהלקוחות נראה דהענין עצמו הוי ריעותא דאין דרך כלל להאמין ללוה ואם כן א קנוניא על הלקוחות וכו' ע"ש (אמר המגיה עכ"מ בקו' זה אבל בקו' אחר מצאתי כתוב אחר שתמה על דברי מהר"י ן' מיגש וז"ל) והתימא על דברי מהר"י ן' מיגש שכתב בסלעין סתם אף בג' וה' איכא שעבוד קרקעות כתוב וז"ל אבל סלעין דאינון וכו' ונמחק דאפשר היה כתוב הסכו' כדטען המלוה לא שייך האי טעמא אלא משום דהוי שעבוד קרקעו' ובסימן מ"ב קיימא לן אם כתוב בו סלעין סתם והלוה אומר ב' דאם תפס המלוה מפקינן מיניה כתב הסמ"ע ס"ק ל"ב וז"ל דשאני הכא דלשון השטר מסייע ללוה דסת' סלעין אינם משמע יותר מב' ולפ"ז בדין שלפני זה דהיינו דכתוב בשטר דאינון ונמחק הסכום מסתבר לומר דמהני תפיסה ע"ש ואף שמדברי הש"ך וד"מ משמע דגם בהא לא מהני תפיסה ה"ד התם עיי"ש בהש"ך אבל הרמב"ן והרא"ה הובאו בספר א"ז פירשו טעמא דחכמים דירושל' משום דהוי כמשיב אבידה כר"ע גם הרשב"א שם כתב וז"ל גרסינן בירושלמי סלעין דאינון וכו' וחכמים אומרים דאין ההודאה מעין הטענה כלומר שזה כמודה בקרקעו' וכופר במטלטלי דשטרא שעבוד קרקעות וכדאיתא ברפ"ק דב"מ בהאי פלוגתא גופה ואף על גב דכל שהוא מונה ביותר מב' לא חשיב התם שעבוד קרקעות ומשום דליכ' במשמע השטר טפי מב' וחכמים דירושלמי משמע דס"ל דכיון דכתיב ביה סלעין סתמא ואפשר דאינון ה' כדטעין מלוה כל שהלוה מודה בהם שעבוד קרקעות הוי וכולי עכ"ל הרי דסביר"ל דאין חילוק ביניהם והרמב"ם פ' ב' מהל' מלוה דין ו' כתב וז"ל וכן כל מי שיש עליו שטר חוב והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסי' כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה וכתב מרן דה"ד כשהודה מעצמו אבל אם תבעו תחלה והודה נאמן עיי"ש הרי דאם תבעו הלוה והמלוה הודה לו אפילו חב לאחרים נאמן דומיא דהכי בשט' אמנ' דוקא מפני שהמלוה הוא שאמר כן מיהו הרמב"ם והטו' ומרן בסימן ע"א סכ"ד מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר פרוע וכו' ואפילו אמר הלוה לא פרעתי אין המלוה טורף בשטר זה מהלקוחות אלמא אפי' המלו' תובע והלוה מודה לו כיון דאם טען הלוה פרעתי היה נאמן אפילו הודה שלא פרעו אינו נאמן לטרוף מלקוחות דחיישינן לקנוניא וכה"ג כתב הריב"ש סי' והביאו ה' ש"ך סימן ק"ו עש"ב והכא נמי כיון שאם טען הלוה סלעי' שתים היה נאמן אף על פי שהמלוה תבעו ה' והלוה הוד' לו אין הודאתו כלום ואף שהש"ך בסימן ע"א ס"ק ל"ח כ' וז"ל וא"ל מכאן למ"ש בסימן ק"ו דאפשר בשט' שאינו מקויים וטורף ממשעבדי אף על פי שאינו חשוב שטר אלא על פי הלוה דשאני הכא כיון דנתן

ללוה נאמנות איתרע ליה והוה ליה כנפל וכו' עי"ש והכא נמי בשטר שכתוב בו סלעין דאינון ונמחק הסכום איתרע שטרא והוה ליה כנפל וחיישינן לקנוניא ושוב ראיתי להרב ט"ז בא"ה סי' צ"ו סי"ט שכתב גבי סלעין דאינון וכו' דודאי לא יטרו' מלקוחות דינר ג' דלא יפסידו הם בשביל הודאת הלוה ע"ש (עכ"מ):

ט"ו או לאביך בידי וכו' ז"ל ר' האיי בתשובה בס' שערי צדק שער ה' סי' ה' כך ראינו לענין אלו היורשים שא"ל מאיליו שלא בתבי' מצאתי בחשבון מכמה שנים כי יש לאביכם אצלי חשבון כו"ך וא"ל היורשין תעלה על דעתנו כי הניח אצלך יותר מזה זה משיב אבידי' וע"ז שאומרים עלה ע"ד ואנו חוששין כגון טענת שמא ואין טוענים טענת בריא ידועה אין להם עליו אפילו שבועת היסת שאין נשבעין שלא בטענה אלא אותם המנוי' בלב' אבל ב"ד מקללין סתם על כל מי שיש לאביהם כלום ולא יודה בהם וכו' עכ"ל משמע אפי' הודה קודם שלא בתבי' מצאתי בחשבוני שיש לאביכם אצלי כו"ך אם טענו אח"ך היורשים בריא שיש יותר לא חשיב משיב אבידה וצריך לישב' ועיין לשון רבינו האיי בס' משפטי שבועות והביאו הרב שפתי כהן עיין שם:

ט"ז פטור אפי' משבו' היסת וכו' הש"ך כתב דבעה"ת בשם הרמב"ן דוקא בלא נזכר כלל הוא דכ' פטור אף משבו' היסת משום דהשתא נמי ליכא תביעה אבל באומר זכרתי ויודע אני שלא פרעת לי כלום דהשתא תובע בבריא נהי דאין חייב שבו' דאורייי' כיון שלא קדמה תביעה להודאה מ"מ מאן לימא דלא מחייב שבוע' היסת וכו' ע"ש וזה נראה דעת רש"י בפ' האשה שנתאר' גבי וליתני ומודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיו לך שהוא נאמן וכו' וכ' רש"י נאמן מדאוריי' בלא שבו' עיין שם משמע דשבועת היסת חייב אפילו לא תבעו ומיירי שם בטען לבסוף בריא כמ"ש מהרש"ל שם:

סימן פט

א' דין ב' ואפי' היה שכרו פרוטה וכו' הטור כתב ובלבד שתהיה הכפיר' בב' כסף וכך כתב הרמב"ם וכו' ומסתברא כדברי הרמב"ם ע"ש וכ"כ הרא"ש בתוספותיו וז"ל ול"נ כדברי הרמב"ם דמדברי ר"י נשמע לרבנן דלר"י אין שכיר נשבע אלא כשיש שבועה דאוריית' על בע"ה דמודה במקצת ובטענת ב' כסף אלא דרבנן מחייבין בכופר בכל וכו' ע"ש הטור נמשך אחר אביו הרא"ש גם הריטב"א ר"פ כל הנשבעין כ' וז"ל אבל רבותי הסכימו לדברי הרמב"ם דכיון דמדאורייתא אינו נועל כלו' דיו לעני זה שיתקנו לו לישבע וליטול כשיש שם ב' כסף כעין דאורייתא וכ"נ עיקר עכ"ל ובתשו' הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ח כ' הרמב"ם שכ' כאן אפי' שכרו פרוטה וכו' היינו דאין השכיר יכול לומר או תן לי

פרוטה זו בלא שבוע' או תשבע אתה ותפטר אלא הנתבע יכול לומ' שבועה עליך רמיא או תשבע או אין לך כלום וז"ש אפי' פרוט' לא יטול אלא בשבו' ע"ש ועי' בהש"ך ס"ק א' וב':

ב' נשבע השכיר וכו' וה"ה מלמד בזמנו ישבע ויטול אבל אח"ז אינו נשבע אלא בעל הבית מהר"ם בתשובות הארוכות סימן תרע"ח ע"ש:

ג' הגה היה השכיר קטן וכו' נשבע בעל הבית ונפטר משמע שבוע' היסת וכן הרדב"ז בתשוב' ח"ג סי' תפ"ט הסכים לגי' אחת בדברי הרמב"ם היה השוכר קטן השכיר נשבע ונוטל אבל אם השכיר קטן אם בעל הבית מודה במקצת צריך שבועה דאורייתא ואם כפר בכל שבועה דרבנן ע"ש ועי' בהש"ך ס"ק ג' אבל ה' החינוך ס' קדושים סימן רל"ח כתב דאפילו היה השכיר קטן גם הוא נשבע ונוטל עיין שם:

ד' או עבד וכו' בתשו' הגאונים ח"ב שער ה' סי' יו"ד בעבד שהניחו רבו בחנות נושא ונותן ונתחייב שבועה כ' וז"ל כך ראינו דעבד לא מהימן בשבו' משום דלא מהימן במצות וכו' ומה לעדות ממון פסול לשבו' לכ"ש דלא מהימן הילכך הוא חשו' על השבו' ושכנגדו נשב' ונוטל:

ה' אבל אין יורשי השכיר נשבעין ונוטלין וכו' ז"ל הרשב"א בח"ג סי' קמ"א ואפשר היה לומר דלא תקנו לשכיר אלא לישבע לבע"ה ששכרו וכו' לפי שהשכיר חזקה אינו מעיז פניו לתבו' ממי שיודע האמת כמוהו אבל בבניו שאין יודעין האמת שמא יעיז וכו' אלא דבגמרא דבני מערב' אמרו וכו' פשיטא מת הבע"ה השכיר נשב' ליורשיו ואפי' מת השכיר יורשיו נשבעין ליורשי בע"ה פי' הוא פשיטא לי שנשב' ונוטל מן היורשים אבל יורשיו מיורשי בע"ה מיבעיא והשיב כלום תקנו אלא בשכיר שמא ביורשים וכו' עד כאן בירושלמי עכ"ל:

ו' דין ג' אבל אם לא היו שם עדים וכו' נראה דאפי' היו עדים ששכרו והלכו למ"ה והשוכר מודה שהיו עדים לא אמרי' מגו שיכול לומר לא שכרתי' כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רנ"א וז"ל דלא מהימן הכא למימר פרעתיך ביני לבינך אע"ג דיכול לומר פרעתי בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה וכו' דלאו מגו מעליא הוא דעכשיו אינו יכול להכחיש ואילו אמר פרעתיך בפני פ' ופ' יכולי' להכחישו בביאתם וכו' ע"ש וכ"כ רשב"ם והרא"ש בבתרא ד' נ"ה גבי פקדון ע"ש וה"נ לאו מגו הוא מה"ט דרצה לטעון פרעתי ממה שיטעון לא שכרתי' שיכול להכחישו בביאת העדים ואע"ג דבלא"ה מגו דהעזה הוא דרצה לומ' פרעתיך דחושבו טועה משום דטרוד בפועליו ולא משקר במזיד מלומר לא שכרתי'

דחושבו משקר אלא דבמגו כל דהו מוקמינן ליה אדאורייתא ע"ש מ"מ אם היו עדים ששכרו והלכו להם למ"ה לא חשיב מגו כלל:

ז' אם הודה מקצת ישבע שבועת התורה וכולי הטור כתב בשם ר"י וז"ל דה"ד כשטוען פרעתי כל שכרך וכולי אבל אם מודה במקצת ליכא מגו דלא אמרי' יהא נאמן במגו דא"ב לומר לא שכרתיך מעולם דהו"ל העזה ולכך אם טענו בריא שפרע קצת נשבע השכיר ונוטל וכולי אבל הרמב"ם וכו' ע"ש והק' בית הלוי בשם מהר"י העשל דהתוס' בפרק המקבל ובפרק כל הנשבעין כתבו כן למאי דס"ד אבל למסקנא דקציצה דכירי אינשי ה"נ דנאמן לומר פרעתי מקצת במגו דלא קצצתי לך אלא א' ונתתיו לך ותי' כמ"ש התוס' בפ' הגוז' בד"ה עירוב פרשיו' וכולי וז"ל דניחא למימר טפי שכרתיך ונתתי לך שכרך דחושבו טועה משום דטריד בפועליו ולא במשקר במזיד ממאי דנימא לא שכרתיך מעולם דליכא למיתלי בטרוד בפועליו ע"ש וה"נ במודה במקצת לא רצה לטעון לא קצצת' לך אלא א' מה"ט דחושבו משקר במזיד אבל בכופר בכל קי"ל דנאמן במגו דלא שכרתיך משום דבשבו' דרבנן במגו כל דהוא אוקמוה אדאורייתא כמ"ש הרח"ש ע"ש וליתא שהרי הטור כ' בשם ר"י דכופר בכל דנאמן במגו דלא שכרתיך משום דב' הטענות שוות שיש בהם העזה אבל אם מודה מקצת וכולי ונר' דס"ל דלדעת הרא"ש מודה במקצת נמי אע"ג דהוי מגו דהעזה נשב' בע"ה ונפטר מה"ט במגו כל דהו אוקמוה אדאורייתא אבל לדעת ר"י דמודה מקצת אינו נאמן במגו דלא מוקמי' ליה אדאוריי' דמגו דהעזה ע"כ דכופר בכל לא חשיב מגו דהעזה דב' הטענות שוות וכ"כ הכנה"ג דהרא"ש ס"ל דבמודה מקצת נמי נאמן במגו:

ח' דין ד' אע"ג שכבר נתן ב' או שא"ל הילך וכו' זה דעת מהר"י ן' מיגש והרמב"ם והסמ"ג והרא"ש והטור וכ"כ הרשב"א והר"ן והנ"י בפרק המקבל שכן עיקר ע"ש וכ"כ הריטב"א בחי' בפרק כל הנשבעין והרמב"ן במלחמות שם כתב וז"ל דכשם שיתקנו לשכיר לישבע וליטול כך תיקנו לבע"ה להיות נאמן בקציצה כיון דמדכר דכיר חזקה אינו עובר משום בל תלין ובל תגזול וכל השמות ושכיר נמי ניחא ליה כי היכי דליגרי' וכולי ומ"ה לא ניחא ליה לאתויי לידי שבועה דהא מ"מ איהו מפסיד וכולי וכ' הש"ך לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסיקי' הכא דליכא משום בל תלין וכו' ע"ש ולק"מ דדוקא בפירעון לאח"ז הוא דמדכר דכיר שלא לעבור בבל תלין אבל בזמנו לא דכיר וסבור שפרעו ולא עבר אבל בקציצה אפילו בזמנו כיון דמדכר דכיר אין להחזיקו משקר במזיד לגזול ולעבור בבל תלין וזה שכתב' כיון דמדכר וכו' ועוד תי' הרמב"ם דס"ד דמודה מקצת נמי פטור דהא רבא ב"ש דס"ל דאפילו בקציצה לא דכיר ואין מוסרין שבועה לבע"ה משום דטרוד

בפועליו ופועל אינו נשבע ונוטל דליכא בקציצה משום כדי חייו ומה שדחה הר"ן דא"א דבע"ה אינו יכול לישבע הול"ל מתוך שאיל"מ ואע"פ שאין בע"ה כאילו אומר ממש איני יודע מ"מ כיון שאין אנו רוצים למסור לו שבו' אין להפסיד השכיר בשביל כך דכל שאי"ל מן הדין או מפני חשש ראוי שישלם ע"ש לכאור' נראה דלק"מ שהרי כ' התוס' בפרק השואל ובפ' הפרה בד"ה דאפילו וכולי וז"ל דהא טעמא דמחוייב שבו' ואיל"מ מפרש בפרק כל הנשבעין משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים וכולי אלא ה"ט דבאב חייב דהי"ל לידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל יורשיו לא היה ליה לידע במילי דאבוהון ומה"ט נ"ל נמי למיפטר בשמעתין שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם ע"ש וכ"ש הכא דבע"ה טוען בריא אלא שאנו חושבים אותו שאינו יודע משום דטרוד בפועליו א"כ לא פשע פשיטא דלא אמרי' מתוך שאיל"מ מיהו בעה"ת שער ט"ל ח"ב הביא תשובת הרמב"ן שכת' וז"ל ואל תטעה במ"ש מקצת מחברים דלא אמרי' הכי אלא במנה לי בידך דהו"ל למידע דהא טענתא היא דהכי מוכח בפרק הבית והעליה וכולי וכ"כ הנ"י בפ' הבית והעליה בשם הר"ן ע"ש וא"כ הר"ן אזיל לטעמיה דס"ל דאפי' לא פשע דלא הי"ל לידע אמרי' מתוך שאיל"מ: ומ"מ דרמב"ן שם הסכים עם מהר"י ן' מיגש דאפי' נתן כבר מה שהודה והו"ל כופר בכל צריך לישבע וכן דעת הרמב"ם בפי"א והסמ"ג עשין צ' והרא"ש והר"ן והריטב"א בחי' שם בפרק כל הנשבעין עיין שם והתוס' בפרק המקבל בד"ה א"ה אפי' הק' וא"ת ולוקי כגון שאותה א' שהוא מודה בה כבר פרע וכולי וכ' מהרש"א שם וז"ל ולפ"ז תק"ל נמי דלא לוקי לו הממע"ה דאם לא הביא ראיה ישבע בע"ה ויפסיד אומן וכולי אלא דלוקי לה באחד שהוא מודה כבר פרע ויפטר בע"ה בלא שבו' עכ"ל ונראה פשוט דהתוס' ס"ל דאפילו נתן כבר א' שמודה בה סבר שמואל דצריך בע"ה לישבע ולמאי דס"ד דהממע"ה ופטו' בע"ה בל"ש ע"כ מיירי בנתן כבר א' שמודה בה ואפ"ה פריך מינה לשמואל משו' דשמואל דאפילו בכה"ג דכופר בכל מצריך שבועה ומ"ש התוס' ד"ה שתים קצצת לי וכו' ישבע בע"ה ויפסיד אומן דבלא שבועה אינו יכול ליפטר כיון שמודה במקצת וכולי היינו לפי מ"ש לעיל דהפשט משמע שלא פרע דומיא דמלתיה דר"י ובלאו דשמואל ולכך סיימו והכי מפ' לה בהדיא בפ' כל הנשבעין ר"ל אליבא דשמואל ואפי' בכופר בכל צריך לישבע ועי' בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ש"ך:

ט' אבל אם שכרו שלא בעדים וכולי ישבע בע"ה היסת הר"ן כ' בפרק כל הנשבעין בשם מהר"י בן מיגש דלמאי דקי"ל דמגו לפטור משבועה לא אמרינן צריך בע"ה לישבע בנק"ח

משמע דס"ל דמדינא קאמר אבל למסקנא דרבא א"ץ לישבע רק היסת כיון דאינו אלא תקנה וכ"ה בחי' מהר"י בן מיגש שם ועיין בס' שרש יוסף שרש ט' ענף ה':

סימן צ

א דין י"ב נאמן היוצא במגו דהחזרתי לך דעת הראב"ד והרמ"ה והרמב"ן ובעה"ת דאפי' הגוזל את חבירו בעדים נאמן לומר החזרתי בלא עדים וכן דעת הרא"ה והריטב"א אבל ה"ר יונה ורבו ר' שלמה סבירא להו שהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים וכתב הרב תומת ישרים סימן קכ"ו שכן דעת רו' הפוסקים ע"ש וכן תפס הרשב"ש בתשו' סימן תק"ט וסי' תקכ"ו וכן כתב הרב יכין ובועז ח"ג סימן נ"א ע"ש וכן הסכים הרדב"ז ח"ב סימן ק"ח וסימן תשפ"ג ע"ש ואם טען החזרתי בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים לכאורה נראה דאינו נאמן וכן למ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים שכן מוכח בפרק הא"מ גבי הן שלוחיו הן עידיו דאמרינן אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים נוגעים בעדותם נינהו דאי אמרי לא פרעיה א"ל פרעני אלא קסבר המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ומגו דיכולים למי' אהדרי' ללוה וכו' וא"א אפילו למאן דאמר צריך לפורעו בעדים איכא מגו שהיו יכולים לומר החזרנו ללוה בפני פל' ופ' והלכו להם למ"ה מיהו נראה דאין זה מגו כמ"ש רשב"ם בבתרא דף מ"ה גבי פקדון דאם טוען החזרתי לך בפני פ' ופ' והלכו להם למדינ' הים נאמן אבל אינו נאמן בטען' אחרת במגו דהחזרתי לך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים לפי שירא לטעון כך פן יבואו ויכחישוהו עיין שם בהרא"ש וכן כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רנ"א ע"ש והכא נמי בגזל א"ל דנאמן לומר החזרתי בפני פ' ופלוני והלכו למדינת הים אבל אינו נאמן לומר החזרתי ביני לבינו במגו מהאי טעמא ובשבועות דף מ"א אמר רב אסי המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים ושמואל אמר יכול לומר פרעתיך בפני פלו' ופלו' והלכו להם למדינת הים תנן וכו' תיובתא דרב אסי וכו' וכת' התוס' אבל לשמואל ניחא דמ"ל נתתיו לך בפני פ' ופ' והלכו להם למדינת הים וכו' הרי דרב אסי סבירא ליה המלוה את חבירו בעדים אפילו אמר פרעתיך בפני פל' ופלוני והלכו להם למדינת הים אינו נאמן אבל שמואל סבירא ליה דנאמן לומר פרעתיך בפני פלו' ופלו' והלכו להם למדינת הים וכן באומרו אל תפרעני אלא בעדים פליגי התם אם נאמן לומר פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למדינת הים וכן מסקנת התוס' שם בד"ה תיובתא וכולי דשמואל נמי סבירא ליה כר"פ דאינו נאמן לומר פרעתי' ביני לבינך במגו א"כ אם טען פרעתי' בפני פ' ופ' והלכו להם למדינת הים או מתו נאמן כדקיימא לן בסימן ע'

ע"ש והכא נמי א"ל דהגוזל את חבירו בעדים אינו נאמן לומר החזרתי ביני לבינך אבל אם טען החזרתי בפני פ' ופלוני והלכו למדינת הים או מתו נאמן והרמ"ה הביא ראיה מדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה וליתני מודה ר"י באומר לחבירו מנה לויתי ממך ופרעתיך שהוא נאמן משו' דבעי למיתני סיפא ואם יש עדים וכולי אינו נאמן והא קיימא לן דהמלוה את חבירו בעדי' אין צריך לפורעו בעדי' וא"א אכתי ליתני ומודה ר"י באומר לחבירו גזלתיך וכו' ע"ש ונראה דהגוזל את חבירו בעדים אף על גב דאינו נאמן לומר החזרתי ביני לבינך מכל מקום אם טען החזרתי בפני פלו' ופלו' והלכו למדינת הים נאמן ואפשר דסיפא קתני ואם יש עדים וכו' אינו נאמן כלל אלא בראיה והתוס' שם כתבו וז"ל וא"ת למאן דאמר דצריך לפורעו בעדים תק"ל מתני' וכו' וי"ל דפלוגתא דתנאי וכו' אי נמי וכו' וא"ת אכתי ליתני ואם יש עדים וא"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני אינו נאמן וי"ל דלא רצה להאריך אי שמא מלתא דפשיטא היא עכ"ל ונראה דסבי"ל כמסקנא דהא דתניא בעדים הלויתיך וכו' ריב"ב אומר יכול לומ' פרעתיך בפני פלו' ופלו' וכו' בשעת תביעה קאי כדברי רב אחאי דמסקנת התוספו' שם דדוקא באומר פרעתיך בפני פלוני ופלו' נאמן אבל בינו לבינו אינו נאמן וה"ד בשעת תביעה ואפ"ה לא תני ליה משום סיפא דקתני ואם ים עדי' וכו' אינו נאמן כלל אבל המלוה את חבירו בעדי' אפילו למ"ד אינו נאמן ה"ד לפורעו בלא עדים אבל אם אומר פרעתיך בפני פלו' ופלו' והלכו למדינת הים נאמן (א"ה כך מצאתי מועתק ונראה שיש קצת גמגום בדברי הרב המחבר ז"ל במ"ש ליישב דברי התוספו' ואולי שיש ט"ס או חיסור לשון מן המעתיקים הא'):

סימן צא

א' דין א' חנוני על פנקסו וכו' שניהם נשבעים וכו' אפילו החנוני רגיל להפקיד אצל השכיר הכא לא יקבל שבועת השכיר מהר"ן אשכנזי סימן קכ"ו ע"ש:

ב' אפילו החנוני הוא עכו"ם אם מכחיש לפועל וכו' כמבואר בתשו' הרשב"א הובאה בב"י סי' ע"ב וסימן קפ"ה דאף שמשמע לכאורה מדברי ה' מ"מ בפי"ד מהל' טוען דאין משביעין היסת על פה בריא של עכו"ם מכל מקום הכא ליטול אפשר דכ"ע מודו דאינו נוטל אלא בשבועה הש"ך עיי"ש ובתשו' הרשב"א מבואר דאפילו ליפטר צריך לישבע על פה טענת הגוי שכתב הרמב"ם שלא תקנו שבועת היסת אלא בישראל וכת' ה' מ"מ שאין טענת הגוי טענה להשביעו עליה חולק על הרשב"א אלא דאפשר דהרמב"ם מודה בבא ליטול דאינו נוטל אלא בשבועה ודוקא בקרקע שהוא בחזקת בעלים הראשונים מוציא מהלה בלא שבו' דאין טענת הגוי טענ' ומעמידים אותה בחזקת בעלים ועיין בהרב כנה"ג

סימן ע"ה אות ס"ט שכתב דמדברי מהרשד"ם חח"מ סי' קט"ו נראה דטענת הגוי טענת ב"ד מקרי ותמה עליו מדברי הרמב"ם והמ"מ ע"ש ולא זכר תשוב' הרשב"א דסביר"ל הכי דבנשבעים על פה טענת הגוי בתשובות ח"ב סימן קט"ו ע"ש וכן דעת הרדב"ז ח"ב סימן ת"ה דנשבע על פי טענת הגוי ליפטר ע"ש ועמ"ש בסימן נ"ח:

ג' אם מת החנוני כ' ה' קול אליהו סימן כ"ד דטוענ' ליורשיו שפרע אביהם ונוטל מבע"ה בלא שבו' ע"ש ולא דק דלא עדיף מפוגם שטרו וכו' והשטר מקוים בידו ודינו ליטול בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליו לישבע דמהאי טעמא אם מת יורשיו נוטלים ולא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו ואפ"ה צריכים לישבע שלא פקדנו וכו' ובסוף פרק כל הנשבעין מוקמינן ברייתי' דיפה כח הבן מכח האב שהבן גובה בין בשבו' בין שלא בשבו' והאב אינו גובה אלא בשבועה כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי ואפילו מת לוה בחיי מלוה מקרי ממון להורישו לבניו ולא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ואפילו הכי צריכים היורשים לישבע שלא פקדנו אבא וכו' וכבר כתב בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תתקנ"ז משום דס"ס אין זה להחזיק אלא להוציא עש"ב וכבר כ' הש"ך בסימן ק"ח ס"ק כ"ו שדי' החנוני שמת תלוי במחלוקת הרז"ה והרמב"ן סוף שבועות דהרז"ה סבירא ליה דחנוני נמי דינו מן התורה ליטול בלא שבועה ואם הוא חשוד נוטל בלא שבועה וכן בשמת יורשיו נוטלים בשבועה שלא פקדנו אבא וכו' אבל הרמב"ן סבירא ליה דחנוני דינו מן התורה שלא ליטול דדמי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקיימא לן דפטור ואם הוא חשוד שאינו יכול שישב' מפסיד וכן בשמת אין יורשיו נוטלים כלל והר"ן בריש פ' כל הנשבעין כתב וז"ל מקש' הכא דהא דנשבעין ונוטלין טפי נינהו דהא איכא פוגמת כתובתה וכו' ותנן נמי וכו' המכיר כליו וספריו ביד אחר וכו' ותנן נמי המוצי' הוצאו' על נכסי אשתו וכו' י"ל כי הא חשיב הני דמדינא לא הוה ליה למשקל כלל אלא שחכמים תיקנו שיהיו נוטלים בשבועה אבל הנהו דמדינא אית להו למישקל בלא שבו' אלא שחכמים החמירו עליהם לישבע וליטול לא חשיב וכו' ומוציא הוצאות על נכסי אשתו נמי מדינא שקיל בלא שבו' דברי ושמא הוא ואף על גב דבעלמ' אמרי' לאו ברי' עדיף הכא כיון שהוציא ברשות והשביח נאמן מדינא ושקיל בלא שבועה אלא שחכמים החמירו עליו לישבע וכן כ' התוס' בכתובו' דף פ' עיין שם משמע דס"ל כהרמב"ן דחנוני נמי דתני בפרק כל הנשבעין דינו שלא ליטול אלא שחכמים תקנו שיהא נוטל בשבועה והר"ן שם בפסקא דחנוני וכו' שכתב וז"ל והוי יודע דכי אמרינן דחנוני נשבע ונוטל ה"ד כשמודה בע"ה שהוא ליתן וכו' כיון דחנוני יודע ובע"ה לא ידע נאמן החנוני בשבועה כיון שהוציא ברשות כדין המוציא הוצאות על נכסי

אשתו לא מדמי חנוני למוציא הוצאות על נכסי אשתו לגמרי אלא שחכמים היקלו על החנוני ליטול בשבועה ועשאהו כמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומת ולא נתברר כמה הוציא לא יטלו היתומי' כלו' אם כן אף על גב דמדינא נוטל בלא שבו' כיון שחכמי' החמירו עליו לישבע אין יורשיו נוטלים כלום ומהר"ם ן' חביב בתשו' בספר גנת ורדים כלל ג' סימן ב' הקשה על מרן שם שכתבו בשם יש מי שאומר ונדחק לחלק בינו לשכיר עש"ב ולא קשיא מידי שהרי מבואר בדברי הר"ן המוציא הוצאות על נכסי אשתו מן הדין נוטל בלא שבו' אלא שחכמים החמירו שלא יטלו אלא בשבועה אבל שכיר ונגזל והנך דפרק כל הנשבעין דמן הדין לא יטלו כלל אלא שחכמי' היקלו עליה' ליטלו בשבו' וא"כ א"ל דדוק' הנך אם מתו לא יטלו היור' כיון דמ"ה לא יטלו וחכמי' היקלו עלי' ליטלו אם ישבעו אבל בסתם חשוד או מתו אוקמו' אדאוריית' אבל מוציא הוצאות על נכסי אשתו דמדינא נוטל בלא שבו' אלא שהחמירו עליו לישבע ס"ד דה"ד אם אפשר לישבע אבל כשאינו יכול לישב' או מת אוקמוה אדאורייתא ונוטלים יורשיו דשבועה דשלא פקדנו וכו' קמ"ל:

ד' שניהם נשבעין ונוטלין מבע"ה וכו' ואם מת בע"ה נשבעים ונוטלים מן היורשים ה' וצריכי' שישבעו כ"א בפני חבירו וכו' כ' הב"ח היינו לכתחילה אבל אם נשב' שלא בפני חבירו א"ץ לחזור ולישבע והש"ך כ' דשאני הכא כיון דודאי חד מנייהו לשקר נשבע וכ' ע"ש ואין נראה כן מדברי המ"מ בפ' ט"ז מה' מלוה דין ה' שכ' וה"ה בכל שבו' שמן הדין בפני הלה שכנגדו ומה שהוסיפו בכאן הוא שאע"פ שבין חנוני ופועלים אין שום תביעה נשבעים הא' במעמד חבירו וכו' ע"ש משמע דאין חי' בין זו לשאר שבועות ואדרבה לרבו' אמרו כאן דאפי' אין תביעה בין חנוני לפועלים צריכים לישבע כל א' בפני חבירו וכ"ש בעלמא וא"א הרי הוסיפו כאן דאפי' נשבע כבר שלא בפני חבירו צריכים לחזור ולישבע ובתשו' אשכנזית הביאה מרן הב"י סי' פ"ז ובתשו' מהר"ם הארוכות סי' רל"ז והובאה בתשו' המיימו' לספר זה סי' א' כ' דאם אין התוב' טוען בריא אלא ע"פ העד צריך הנתבע לישב' בפני העד לכתחילה כדאיתא בתוספות דשבועות פועלים נשבעין לפני חנוני וכו' וא"א אימא שאני הכא דחד מינייהו נשב' לשקר ומהר"ם בתשו' בס"ד כ' ועוד כיון דכבר נשבעו כ"ש דאם יודו ויכחישו שבועה א' דהו"ל כסופא טפי ע"ש וא"כ הכא נמי בחנוני ופועלים אם נשב' א' שלא במעמד חבירו אין צריך לחזו' ולישבע מהאי טעמא כיון דכבר נשבע כל שכן דאם יודה ויכחיש שביעה א' הוה ליה כסופא טפי:

ו' כ' בשו"ת חיים שאל ח"א סי' ע"ד על אחד שאמ' לחנוני מהחוב שאתה חייב לי תן כד שמן ללוי לחשבוני ועברו קצת ימי' והחנוני נתן כד שמן ללוי והמלוה טוען זה שאמרתי

לך לתת כד השמן ללוי היה ביום או יומים ואח"ז פרעתי אני ללוי ליקח השמן ממני ופסק שהדין עם החנוני דהי"ל להודיעו שכבר פרע ויש קצת ראיה מסי' קכ"ב דאפי' בעל ההרשאה הנתבע נפטר שהי"ל להודיעו ע"ש ונראה דה"ד אם היה החנוני חייב לו אבל אם לא היה חייב לו והחנוני עכשיו בא להוציא ממנו מה שנתן בעדו לא שהרי כ' (עכ"מ):

ז' דין ב' אבל אם מת החנוני וכו' נר' דאפי' לא מת אלא הלך למ"ה נוטל בלא שבוע' כמבואר בסי' קכ"א גבי שליח ע"ש וה"ה בחנוני ופועלים וז"ל בעה"ת שער כ"ט ולא תימא דוקא כשמת א' מהם אלא אפי' לא מת אלא שהלך למ"ה אע"פ שי"ל אולי יבא היום או למחר ויאמר שנתן אעפ"כ כיון דהשתא ליתיה קמן לא מחייבי' ליה לאשתבועי אם רצה להחרים התם וכו' וכן דעת מהר"י ן' מיגש והר"מ ז"ל עכ"ל וכ"כ הראב"ד בס' תמ"ד סי' ס"ב וז"ל ולא עוד אלא אפי' בענין פועלים וחנוני נמי אי אזל חד מינייהו לעלמא ולא מכחיש ליה לאידך האיך שקיל מבע"ה בלא שבו' ול"מ בע"ה למימר לפועלי' משתבעי' ליה דלא פרעך החנוני א"נ לחנוני אישתבי' לי דפרעת לפועלים אלא ודאי שקלי בלא שבו' ואי בעי לאחרומי סתם מחרים כדאמרו עכ"ל:

ח' או שמתו פועלי' והחנוני לבדו תובע נוטל בלא שבו' וכו' בעה"ת שער כ"ט ח"ב בשם תשו' הר"י בן פלט כתב דלא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע וכו' דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקת ממונא גבי נתב' אבל הכא גבי חנוני איכא נמי חזקת שליח עושה שליחותו ע"ש ומצאתי למהר"ם בתשובות הקצרות סי' כ"ו שכ' וז"ל ומה ששאלת על ראובן ששלח פקדון ליד שמעון ביד לוי והלך למ"ה אי אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו ויכול ראובן לטעון על שמ' טענ' ודאי להשביעו או לא נראה דאינו יכול להשביעו כי טענ' שמא היא דלא אמרי' חזק' שליח ע"ש אלא באיסו' שלא יהיה המשלח חוט' כי הוא סומך עליו אבל בממון לא וכן משמע גבי חנוני על פנקסו דלא מהימני' לחנוני בלא שבו' מטעם חזקת שליח עושה שליחותו ולא יטול השכיר אפילו בשבו' אלא ש"מ דבממון לא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו ע"ש ועיין תשו' המיי' דשייכי לס' קנין סי' ס"א והראב"ד בס' תמ"ד סי' ס"א גבי הרשאה כ' וז"ל בטענת חזרה לא מדאמרי' חזקת שליח עושה שליחותו ה"נ אמרי' חזקת בע"ה מעמידו בשליחותו ול"מ האיך למי' ליה דילמא הדר וכו' תדע שהרי הולך מנה לפ' במתנה קי"ל דהולך לאו כזכי דמי ואי בעי למיהדר ביה מצי הדר ביה ואפ"ה מסתמא אזיל שליח ויהיב ליה למקבל מתנה ולא חיישי' לחזרה אלמא מסתמא מוקמי' לבע"ה בחזקת עומ' בדיבורו עיין שם מבואר דס"ל דבממון נמי אמרי' חזקת שליח עושה שליחו' ובע"ה נמי בחז' עומ' בדבו':

ט' דין ג' הגה נשבע התובע ונוטל וכו' כ' הסמ"ע מור"ם סתם וכ' נשבע ונוטל ונר' וכולי מיהו לפי מ"ש וכולי צריכין לחלק ולומר דדוקא התם שיש לספק דלא נתן להם החנוני כלום משא"כ בזה דמיירי דודאי הוציא הוצאות אלא שאין אנו יודעים כמה מ"ה סגי בהיסת ע"ש וכ' הר' עבודת הגרשוני סימן קי"ט דס"ל אע"פ דפ' האשה שנפלו תנן המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע ויטול דהיא שבועת המשנה היינו משו' דשלא ברשותו הוא אבל יורד ברשות ליכא שבועה כלל אלא אחר תקנה תקנו דגם ביורד ברשות נשבע היסת דוקא עש"ב וליתא שהרי כ' הרמב"ם בפ"י מה' גזילה דין יו"ד כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח וכולי וכת' המ"מ זה נלמד ממתני' דהוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול אע"ג דבעל כיורד ברשות ע"ש:

יו"ד נשבע התובע ונוטל וכולי עיין בהש"ך שכ' והחילוק פשוט דבסעיף ב' כיון דאיכא חזקת שליח עושה שליחותו נוטל בלא שבו' וכ"כ בעה"ת וכולי עיין שם ומהר"ם בן חביב בס' גנת ורדים כלל ג' סימן ב' תמה דה"נ מיירי בעשאו שליח ואפ"ה צריך שבו' וכ' לחלק בין חנוני שהוא קבוע לשאר שליחות עיין שם באורך ומדברי בעה"ת בשער כ"ט ח"ב סימן ו' שכתב וז"ל מאי דק"ל למה המוציא הוצאות על נכסי אשתו וכו' משום דאיכא גבי חנוני תרתי חדא חזקת שליח עושה שליחותו דהא מזומן ועומד להקיף לבני אדם וכולי ע"ש משמע דבחנוני דוקא שהוא קבוע א"ץ שבו' דמה"ט אמרי' דחזק' שליח עושה שליחותו משא"כ בשאר שליחו' והרשב"ץ ח"ג סי' קל"ב כ' דכיון שהוא מודה בהוצאה אלא שלא ידע כמה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם ונוטל הלה בלא שבו' ע"ש וצ"ע:

י"א וה"ה לכל מידי וכולי כ' הסמ"ע דה"ד הכא שהוציא עליו לטובתו וכו' והש"ך כ' בשם הגאון אביו שאני הכא שהיה ברשות חבירו וכו' ונכון הוא ע"ש ובתשו' שב יעקב סימן ז' דחה חי' הסמ"ע מתשו' מהריק"ו והאריך בזה עיין שם באורך:

י"ב דין ה' יש לדון ע"פ פנקס וכו' ה' חוות יאיר סימן ר"ב כתב דאפילו לטובתו דבעל הפנקס לחייב אחרים עיין שם ועיין בס' בית דוד סימן כ"ו שכן פסק רבו דמוציאין מיורשי לוה ע"פ פנקס המלוה וכ' עליו הרב דל"ד דנדון הרא"ש במי שכתב על עצמו שהוא חייב לאחרים דאדם נאמן על עצמו אבל הכתוב בפנקסו שאחרים חייבים לו מה מהני וכו' ע"ש:

י"ג יש לדון ע"פ פנקס וכולי היכא דיש רגלים וכו' נסתפק מהריט"ץ סימן י"ז בהודה בפני עד אחד שחייב לפלוני וכן כתוב בפנקסו מי חשיב עד אחד כאומדנא דמוכחא שכ'

הרא"ש דאם יש רגלים לדבר דנין על הפנקס עיין שם והרשב"ץ ח"א סימן ע"ז וז"ל ויש לדקדק מ"מ פסלה תורה ע"א לממון שא"א שפסלתו מפני שיש לחוש שמא הוא משקר שא"כ וכו' וא"א לומר ג"כ דלשקרא לא חיישינן אפילו בחד משום דלא נחשדו ישראל להעיד בשקר דשארית ישראל לא יעשו עולה אלא שגזירת המלך היא שלא יקום ע"א אלא לשבו' וכמו שפסלה קרובים וכולי דהא בפרק האשה שלום אמרי' בבעיא דע"א במלחמה דע"א מהימן משום דמלתא דעבידא לאיגלוי לא משקר משמע הא בעלמא חיישינן דילמא משקר ונרא"ה טעמו של דבר וכולי שמעיד בשקר לפי ששכור הוא וכולי א"כ דבר מועט מספיק לב"ד לסלק חששא זו וכולי ונראה שזהו טעמו של דבר שהאמינה תורה ע"א בסתירה בסוטה דכיון דקינא לה ונסתרה רגלים לדבר וכולי וכיון דאיכא קצת רגלים לדבר שהרי קינא לה בעדים ועכשיו העיד זה העד שנסתרה אמרינן דודאי בקושטא קא מסהיד וכו' עיין שם ובתשו' הרשב"א ח"ג סימן ב' כ' דודאי ע"א אינו משקר דאפילו בערוה החמורה האמינה תורה ע"א לענין קנוי וסתירה וקם הוא לשבו' וממון נמי מפקינן אפומיה לפעמים כענין נסכא דר' אבא עש"ב וע"כ פנקס וע"א א"ל דמוציאין ממון וכה"ג כתב הרדב"ז ח"א סימן ע"א דע"י אומדנא וע"א מוציאין מהיורשים וכ"כ מהרשד"ם סימן ל"ז עש"ב ועי' בה' פמ"א ח"ב סימן קכ"ד שכת' דמהרשד"ם לא סמך על טעם זה עש"ב וגם. הרדב"ז עצמו בתשו' ח"ב סימן תרע"ח כתב וז"ל ואת"ל דהיכא דאיכא אומדנא וע"א מצטרפין לאוקומי ממונא אבל בנ"ד ליכא אומדנא דמוכח ואפי' לאצטרופי לא חזיא ומ"מ להתלמד במקום אחר כיון דאומדנא לחודא לא אזלינן בתרא לא מצטרפי' עם העד לדעת הרב דלשבועה קם ולא לדבר אחר ואילו היה בנ"ד אומדנא דמוכח היה קרוב לפסוק הדין כאותה שפסקו דאזלי' בתר אומדנא דמוכח כיון דאיכא ע"א דמסייע לאומדנא וכו' עכ"ל:

י"ד דין ז' ונוטל מבע"ה בלא שבו' וכ' הסמ"ע וצ"ל דר"ל בלא שבו' חמורה אבל צריך לישבע היסת וכולי עיין שם וכבר ה' עבודת הגרשוני סי' תי"ט כ' דלא קי"ל הכי שהרי ר' בב"י כ' וז"ל וכ' המפרשי' דלדעת הרמב"ם נוטל בלא שבו' דקאמר היינו אפי' בלא שבועת היסת ופשוט הוא עיין שם מיהו מ"ש דלא מטעם דשלי' עוש' שליחו' כדמוכח מדברי המ"מ הביאו הב"י וז"ל ויש מי שכ' שדין נתתי אינו אלא בחנוני דדוקא שם תקנו שיהא נשבע ונוטל אבל בשאר שליחות וכולי צריך להביא ראיה וכו' וא"א דטעמא דחנוני נשבע ונוטל משו' חזקה א"כ מ"ש חנוני מאחר דה"נ גבי אחר איכא חזקת שליח עושה שליחותו עיין שם ליתא דכבר הוכחתי לעיל בדין ג' מדברי בעהי"ת דגבי חנוני

הוא דאמרינן חזקת שליח עושה שליחותו כיון שהוא קבוע ועומד להקיף לבני אדם משא"כ בשאר שליחות

סימן צב

א' דין א' ואם אמר התובע אקבל שבועתו אין שומעין לו כ"כ הרמב"ם בפ"ב מה' טוען ומהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ק"ע וז"ל ואם היה הנתבע פסול והתובע אמר אקבל וכולי אין מניחין אותו אלא אם היתה שבועת התורה תחזור לתובע וישבע ויטול מה שטען עליו ואם היתה היסת התובע יפסיד ממונו ולא ישביע אותו וכולי וכ"ש שבועה שנתחייב בה מצד ההפוך שאינו יכול להפכה עליו אם היה פסול אלא אומרי' לכשר שנתחייב לישב' השבע והפטר וכו' ואם נמנע מזה ינדו אותו עד דצאית לדינא עכ"ל והמרדכי בפ' שבועת הדייני' כ' שכן כ' ראב"ן והמיי"י וכ"נ לראבי"ה ולרבי' ברוך אבל רשב"ט פלוג וכולי עיין שם וראיתי בס' ראב"ן ד' צ"ב ע"ב שכ' וז"ל ונ"ל דחשוד על השבו' חלוק ב' פנים הא' מועיל בשבו' והב' משחק בקוביא וכולי מועיל בשבו' ל"ד למקבל פסול לעדות לא מעל בעדות להעיד שקר וכו' אלא גזלן וכיוצא בו דעוברין על דברי תורה משום חימוד ממון מיירי דאמרי' כיון דמחמדי ממון וכו' הילכך כי הימנוה הימנוה אבל מועיל בשבו' שכבר מעל אע"ג דהימנוה לא מהימן הוא אבל משחק בקוביא ומלו' ברבית והדומה להם שלא מעלו עדין בשבועה נ"ל דדמי לקבלת פסול לעדות דאי הימנוה הימניה ומשבעי' ליה שבו' הנהוגה בזה"ז שאינה חמורה כ"כ ליענש עליה כל העולם אבל שבוע' שהיתה נוהגת בימי חכמים שהיתה חמורה שנפרעי' ממנו ומכל העולם נ"ל אין משביעי' אותו אפי' כי הימנוה דלא ליענשו עליה עכ"ל הרי דראב"ן ס"ל דגזלן וכל הפסול בעבירה אם האמינו התובע משביעי' אותה שבו' קלה אבל מדברי ראב"ן עצמו ד' קי"ז משמע בהדיא דאפי' גזלן שהאמינו אין משביעי' אותו ע"ש וכן משמע מדברי הרמב"ם בפ"ב מה' טוען והטור דכל הפסול אין משביעין אפי' משבועת היסת מדכ' וכן הפסול לעדות וכולי וכ"מ מתשו' מהר"י ן' מיגש וכ"כ בהדיא ה' חוקות הדיינים סי' ס"ו ע"ש

ב'

על ראובן שתבע את שמעון שגנב לו סך מה על פה עד אחד שהעיד כן אבל הוא טוען שמא על פה העד דקיימא לן בסימן ע"ה דמחייבו שבו' דאורי' ובאו שני עדים שנשבע להם לשקר בב"ד על תביעתם הטור בסימן ל"ד סל"ח כתב בשם הר' יקר הנשב' להכחי' העד ואותו שנשבע לו מצטרפין להעיד עליו לפוסלו דלא חשיב נוגע בדבר שכבר נשבע לו ונפטר ממנו וכן כת' הרא"ש והמרדכי בשמו בפ' זה בורר גבי בר בניחוש וכו' וכתב

עוד המרדכי שם גבי חד אמר לדידי אוזיף ברבית' וחד אמר לדידי גנב וכולי מכאן פ' ר' יקר מי שתבעו שנים לדין בין בבת אחת בין בזה אחר זה ונשבע להם דיכולים להעיד ולפוסלו וכן פסק רבינו ברוך ע"ש ונרא' משום דנוגע בדבר לא בעי' תחלתו וסופו בכשרות ויכול להסתלק ולהעיד כמבואר בסימן ל"ז ע"ש ואם כן אע"ג דבשעת ראית השבועה היה נוגע אחר שנסתלק כשר להעיד והגמי"י שם כתב דרבינו ברוך סובר דנוגע פסול ונראים דבריו להרמ"ה ע"ש וכן הסכים הרמ"ה בפרק ח"ה סי' ק"ל וסימן קל"ד דלא מהני סילוק והא דשותף שנסתלק מעיד כתב הרמ"ה שם דמיירי כגון שקנו קרקע בשותפו' מאדם אחד ויצא מערער שהוא שלו דיכול זה אחר שיסתל' להעיד שהוא של מוכר דבשעת ידיעה אין לו זכות להעי' והשתא נמי בשעת הגדה כיון שנסתלק לאו נוגע הוא והוי תחלתו וסופו בכשרות אף על פי שהיה פסול בנתים אבל היכא דהוי תחלתו בפסלות אף על פי שסופו בכשרות פסול עש"ב ואם כן הכא נמי כיון דבשעת ראיה שנשבע לשקר פסול להעיד עליו אחר כך ועיין בתשוב' הרשב"א המיוחסות סימן ק"ט דהרמ"ה סבירא ליה דלא אמרו אלא בא' בע"ד ועד אחד דמצטרפי והרשב"א דחה דאין חי' דה"ה ב' בע"ד עיין שם ואפשר דהרמ"ה לטעמיה אזיל דסבירא ליה דלא מהני סילוק וקצת תימא על רבי' ברוך שפסק כאן דב' בע"ד שנשבע להם יכולים להעיד לפוסלו והגמ"י כתב דרבינו ברוך סובר דנוגע פסול ונראין דבריו להרמ"ה ע"ש אבל בתשו' בשמים ראש סימן רל"ד תמה דאם כן בטלה שבועת עד אחד ומי ישבע ויפסל אחר כך וכו' ועוד דנוגעים היו בשעת ראיית השבו' ואף על גב דמסתלקי האי סילוק בע"כ הוא וכולי אלא שאני חומר שאפילו העד אינו מצטרף להעיד נגדו לענין פיסול השבו' שאם יבא היום עד ויאמר נגדו נשבע לשקר ויבא עד אחר ויאמר גם כן נגדו נשבע לשקר אין כאן צירוף שהרי אמרה תורה בשבועה נאמן נגד העד וכולי ואפשר לבוא נמי עליו מטעם נגיעה דהרי כשצריך ביאה שנית להעיד בב"ד כבר הוכחש מפי זה ולדברי זה הבע"ד מאותו העמיד עליו הוא פסול לעדות שנעשה עד שקר ועוד וכו' ובזה צריך אני להתלמד עדין וכו' אבל העד עם בע"ד שיצטרפו על אותו מעשה לפוסלו ודאי דאינו כלום כיון שכבר דנו על הענין אינו חוזר וניעור וההיא דבר בניתוש לא אתו מעיקר אממונא כלל רק לפוסלו וזה תחלת עדותו עכ"ל הרי דס"ל העד ובע"ד ודאי דאינו מצטרפי דנוגע בשעת ראיית השבועה וסילוק בע"כ לא מהני וגם כן ב' עדים שנשבע להכחיש דעתו נוטה דלא מצטרפי אלא שכ' דצריך תלמוד עדין גם הרשב"א בתשובות המיוחסות סימן ק"ט והביאו הריב"ש סימן של"ט כתב ולא עוד אלא אפי' גזל לראובן בע"א ונשבע להכחישו ונפטר וכן גזל לשמ' בעד אחד ונשבע ונפטר אין עדות של ראובן ועדות של שמ' נאמנים

לפוסלו והביא ראיות עיי"ש ורש"ל בפרק הגוזל סימן מ"ו הסכים דהבעלים אין נאמנים לפוסלו ואף להצטרף עם אחר מן השוק שמעיד עליו שפסול לשבו' אבל העד שנשבע נגדו מצטרף עם אחר להוציא ממון וכ"ש לפוסלו משבועה ואם נשבע ג"כ נגד עד אחר אז מצטרף לפוסלו אחר כך ולא יוכל להשבע פעם ג' נגד העד את שום שבועה ע"ש ונראה דסביר"ל דעד אחד שנשבע להכחישו מצטרף עם עד אחר שנשבע גם כן להכחישו לפוסלו שלא יוכל לישב' נגד עד אחד בממון אחר ומתוך שאינו יכול לישב' משלם ומוציאין ממון ממנו והב"ח שכתב בשמו דמצטרפי לפוסלו לשבועה אבל לא להוציא ממון וכו' לא דק דודאי כיון שפסול לשבועה לממון אחר ממילא מוציאין ממון ממנו דמתוך שאינו יכול לישבע משלם והב"ח כתב דנר' עיק' כדעת הרשב"א שהסכים עמו הריב"ש עיי"ש נמצא הדין דעת ר' יקר ור' ברוך והרא"ש והמרדכי והטור סבירא להו דאפילו ב' בע"ד נאמנים לפוסלו וכתב הרב כנה"ג הגב"י אות צ"ו דלא פי' ר' יקר אם ב' עדים מצטרפין ונראה מכח הסברא דמצטרפי ע"ש וכן נראה פשוט דאם התובע טוען שמא על פה עד אחד דקיימא לן בסי' ע"ה סכ"ג דחייב הנתבע שבועה דאורייתא ונשבע להכחיש העד ותבעו אחר כך גם כן שמא על פה עד אחר ונשבע להכחיש דודאי שני העדים שנשבע נגדם מצטרפי לפוסלו דאפילו ב' בע"ד שנשבע להם מצטרפי לפוסלו וכ"ש ב' עדי' אבל הרשב"א ודעימיה והריב"ש ותשו' בשמי' ראש ורש"ל והב"ח דע"א ובעל הדין אין מצטרפי' לפוסלו וכ"ש שני בעלי הדין ומרן בש"ע בסימן ל"ד סכ"ז כ' י"א שנשבע להכחיש העד ואותו שנשב' לו מצטרפי להעיד עליו לפוסלו הגה וה"ה אם נשב' לשניהם וכולי ויש חולקים וכו' וכ' הסמ"ע ויש חולקין ר"ל דאין העד ובעל דין מצטרפי וכו' והכנה"ג הגב"י אות צ"ו כ' על הסמ"ע ולע"ד אין נר' כן דא"כ הי"ל להרמ"א אחר מ"ש רבי' המחבר י"א וכו' לכתוב ויש חולקי' וכ"ש אם נשב' לשנים לכן נ"ל דלא כ' רמ"א ויש חולקי' אלא אמ"ש הוא דה"ה אם נשבע לשנים וכולי ויש חולקים ר"ל וראוי לחוש לדבריהם אבל סברא קמא בחד בעל דבר וע"א דמצטרפי אע"פ שיש חולקים לא חש להגיה סברתם לפי שהיא בטלה נגד כל הנך רבוותא ר' יקר והרא"ש והמרדכי וכולי ע"ש וליתא דהרי סיים רמ"א ואפילו היו ב' בע"ד ולכל א' ע"א אין מצטרפי וכולי א"כ אפילו ב' עדים אין מצטרפי לסברא זו וכ"ש בע"ד וע"א אלא העיקר כפי' הסמ"ע ויש חולקי' ר"ל דאין בע"ד וע"א מצטרפי וכ"ש ב' בע"ד והוסיף אפי' ב' עדים שנשב' להכחיש אין נאמנים מיהו קצת נר' דגם הסמ"ע הבין דהאי ויש חולקים הכל דברי הג"ה אבל הש"ע סתם דברי י"א שנשב' להכחיש העד הוא ובע"ד מצטרפי לבד כמ"ש הכנה"ג דאי ויש חולקי' לשון הש"ל פשיטא דר"ל דאין העד ובע"ד מצטרפי דהא לא הזכיר ב' בע"ד דמצטרפי אבל הגי'

בכל הדפוסים ויש חולקים בכתב ישר וכ"כ מהריק"ש בספר ערך לחם סכ"ז עליו לפוסלו וכולי משנשב' והלאה כשהעידו עליו בב"ד בסוף ויש חולקים וכולי עי' בי"ד סימן רכ"ח ועי' במהרשד"ם סימן קנ"ה עיין שם הרי שכ' על הש"ע ויש חולקי' ועי' במהרשד"ם סימן קצ"ה ואפילו נאמר שהש"ע לא כתב רק י"א שהנשב' להכחיש העד מצטרפי הוא ובע"ד לפוסלו נר' מדכ' י"א וכולי נר' שיש חולקי' דאין דרך מרן לכתוב ס' הנז' בדברי כמה פוסקים בלשון י"א אלא לומר שיש חולקי' ויש לחוש לב' הסברות ועיין בתשו' הרשב"א ח"ה סימן קנ"ו שכ' מ"ש בשנים שהעידו בא' שהלוה להם ברבית אין פוסלין אותו על פיהם דדוקא הוא ואחר מצטרפי אבל אם אין אחר מצטרף עמהם אין פוסלין אותו על פיהם לא כן הדבר בעיני וכולי עש"ב ומ"מ בשני בע"ד או עד ובע"ד פלוגתא דרבוותא היא וכבר כתב מהרשד"ם סימן קצ"ה מאחר דאיכא פלוגתא הממע"ה ואין הנחשד יכול להוציא מאחר בשבועתו ולא אחר יכול להוציא ממנו ע"ש כ' הכנה"ג שם שכן הפסק המחוור דבממון כל דאיכא פלוגתא הממע"ה ובאיסורא לחומרא עיין שם וכן הוכיח ה' עדות ביעקב סימן י"ח דבספ' הוי בחזקת כשר עש"ב וכה"ג כתב מהרשד"ם סימן קפ"ה בעבר על שבו' בטוי דהוי פלוגתא והממע"ה ואפילו איכא אומדנא אין מוציאין ממון ומהר"ם מלובלין סימן נ"ח דראוי לומר דמוקי' גברא אחזקתיה ושלא להוציאו מחזקת כשרות ודומה לזה כ' הרשב"א בתשו' על א' שהיו מעידים עליו שהוא חשוד על השבו' מפני שהיה חייב מנה בשטר לזמן קצוב ועבר על שבו' וכולי והשיב בס"ד אבל מ"מ לעיקר הדין על שלא קיים שבועתו לפרוע בזמנו מחלוקת גדולי המורים שי"א שאינו נעשה חשוד אלא שבשעה שנשב' יצאתה שבו' מפיו לשקר עכ"ל הרי מבואר בהדיא שדעתו שלא לפסול אדם ע"י שבו' כזו כיון שיש מן הגדולים שנמשכו אחר רש"י ע"ש ותשו' הרשב"א הביאה הב"י בסימן ל"ד מחו' ל"ג בקיצור והיא בתשו' הרשב"א ח"ג סימן צ"ד וסיים שם דכל שיש בדבר ספק אין פוסלים בני אדם מספק וכן לא יוציא ממון מחזקתו מספק דלא נדון אותו כחשוד על השבועה ושכנגדו נשב' ונוטל וכו' דלפיר"ת נדון כחשוד על השבו' ושכנגדו נשב' ונוטל אבל אם יעמוד ב"ד וידון כר"ת אין בנו כח למחות וכו' ע"ש הרי שכ' דכל שיש ספק ופלוגתא אם נעשה חשוד או לא לא נפסול אותו ולא נוציא ממון מספק אבל ב"ד שדנו כר"ת אין בנו כח למחות בידו ונר' דהא דאם דנו כר"ת דהוי חשוד אין מוחין בידו אם כבר הוציא ממון כדאמרי' בפ' כל הנשבעי' ופסקה הרמב"ם בפי"ז מה' מלוה והטור ומרן בסימן ק"ח מת הלוה תחלה ואח"ך מת מלוה אין יורש מלוה נוטל מיורשי לוה כלום ואם עבר הדיין והשביע יורשי מלוה וגבו את חובם אין מוציאין מידם ע"ש א"כ ה"נ בכל ספק דפלוגת' אם עבר הדיין והוציא

ממון כא' מהם דינו דין אבל אם עדין לא הוציא ממון אפי' כ' פס' דין צריכין לחזור וכ"כ הרא"ש בפ' אד"מ והביאו הטור בסימן כ"ה ס"ה דאם נחלקו ב' גדולי' בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כאיזה מהם שארצ' ואם עשה כן זהו דין שקר אלא אם הוא חכם גדול וגמי' וסביר ויודע להכריע כדבר הא' בראיות ברורות הרשות בידו וכו' ואי לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחז' ואם לא ידע הפס"ד במחלוקת הגדולים ואחר כך נודע לו דאינו בר הכי שיכול להכריע אם נראים כדברי הא' לרו' החכמים והוא עבד כאידך היינו שיקול הדעת ואם א"א לעמוד על הדבר אין כאן טעות ומה שפסק פסק עכ"ל הרי דכל דאיכא פלוגתא ואין לנו כח להכריע אין מוציאין ממון מיד המוחזק מספק אבל אם כבר פסק הדיין כא' מהם מה שפסק פסק ומהר"א ששון סימן כ"ז הוכיח כן מדברי התוס' בבתרא דף ל"ב בד"ה והילכתא וכו' שכ' ועוד דהילכתא משמע לגמרי פוסק כרבה ולא מס' אפי' עבד כרב יוסף בדיעבד לא עבד וכו' משמע דכל שהוא ספק אפילו הא' מוחזק אם הדיין דן בהפך מה שעשה עשוי ע"ש והרב כנה"ג בסימן כ"ה אות כ"ה כתב דאפי' אין במחלוקת שיקול אלא דרובא דרבוותא סברי שלא כמו שדן הדיין כל שיש לו ב' או ג' פוסקים לסמוך עליהם קם דינא וראיה מדאמרינן בפ' כל הנשבעין על הא דמת לוה ואחר כך מת מלוה דרב ושמואל סברי דאין אמש"ל ואין מוציאין מיורשי לוה ור"א סבר דמוציאין מיורשי לוה ומסקי' שם דדיין דעבר כרב ושמואל עבד ודיינא דעבד כר"א עבד ע"ש הרי אף על גב דרב ושמואל הם רבים לגבי ר"א אם דן הדיין והוציא ממון מן היתומים כר"א קיים ויש לדחות דהתם מספק מוקמינן ליה אדין דאורי' בשטר מקויים שבידם ומהאי טעמא כ' הראב"ד והרמ"ה פוגם שטרו אפילו חשוד שאינו יכול לישבע נוטל בלא שבו' דכיון ששטר מקויים בידו אין לבטלו בשביל שבוע' דרבנן והביאם הטור בסימן צ"ב ואף על פי שכ' שם דחשוד ע השבועה ומוציא שטר על היתומים כיון שאין נפרעין מן היתומים אלא בשבועה והוא אינו יכול לישבע יפסי' כמו מת לוה בחיי מלוה וכו' ה"ד לכתחלה אבל דיינא דעבד כר"א והוציא מן היתומים קם דינא משום דאוקומי' אדין דאורייתא דכל ששטר מקויים בידו נוטל בלא שבו' ותקנ' חכמים היא שצריך לישבע וקיימא לן דכל ספק בתקנה יד התקנה על התחתונה אפילו להוציא ממון אבל בפלוגת' דרבוותא בדין דאורייתא לא נוציא ממון מספק מיהו כ' הרא"ש והטור וכן כתב הרשב"ץ בתשו' ח"ב סימן רע"ב דף נ"ה אי פליגי בתראי אית לן למיזל בתר רובא ואי כהדדי נינהו כגון דחזי' דחד מבתראי אמר מלתא ואחרי' לא אמרו כוותיה אי הדיין א"ל להכריע מדעתו וכו' ואי לא שבקינן ממונא ברשותא דמריה ואי עבד כחד עבד ולא מהדרי' עובדא וכו'

ע"ש הרי דוקא במחלוקת שקול אי עשה כא' עשה אבל אי איכא רובא אזלי' בתר רובא ואם עשה כמיעוט חזר הדין וכבר הוכיחו הרשב"ץ שם והש"ך בסימן כ"ה ס"ק ב' אות ב' דדיין שדן כא' דינו דין ולא ישלם מביתו עי"ש אבל נראה ודאי דהיינו דוקא אם כבר הוציא ממון כמ"ש הטור סימן כ"ה ס"ו בשם הרמ"ה דיינא דטעה ולא הספיק תובע לאפוקי מיני' דנתבע עד דאתברר דטעה ל"ש וכו' כל כמה דלא זכה תובע בממון הדר דינא ואפילו זכה בפלגא וכו' עיין שם והכא נמי בפלוגתא אם הדיין פסק דין ולא הספיק תוב' להוציא ממון מן הנתבע עד שנודע לו מחלוקת הגדולים בטל הפס"ד ודוקא אם כבר הוציא ממון דינו דין ולא ישלם מביתו דהכי משמע לישנא דעבד כר"א עבד וכן לשון הרמב"ם בפי"ז מהל' מלוה והטור ומרן בסימן ק"ח ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו את חובם אין מוציאין מידם ע"ש ועיין בתשו' הרדב"ז ח"ב סימן תקכ"ד ונרא' דאם הנתבע ספק חשוד כיון דאיכא פלוגתא אם נעשה חשוד או לא פשיטא דאין התובע יכול להוציא ממון לכ"ע דאמרי' דמספק אוקי גברא בחזקת כשר דלא הוי חשוד וגם אוקי ממונא בחזקת מאריה אבל אם התובע בא להוצי' ממון בשבועה כגון פוגם שטרו וכו' והוא ספק חשו' נר' דתלוי בפלוגתא גבי שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער דגזלנותא על אחד מהם וכו' וכבר הוכיחו הרי"ף והרא"ש דל"א אוקי גברא אחזק' כשר להוצי' ממון וכן פסק הרמב"ם בפרק י"ב מהלכות עדות והטור ומרן בסי' ל"ב סכ"ח שנים שהעידו על א' שהוא פסול בעבירה וכו' ובאו ב' והכחישום ואמרו לא עשה עבירה זו ולא נפסל ה"ז ס' פסול ולא יעיד ואין מוציאין ממון בעדותו עיין שם וגם מ"ד שם דמסתבר הוי בחזקת כשר ומוציאין ממון אפשר דה"ד בקיום שטרות דרבנן כמ"ש תר"י בא"ז שם וז"ל ואין זה נכון דאיך נעמיד אותו בחזקת כשרות וכו' והם דוחים ואומרים אע"ג דבעלמא פסולים מדרבנן הכא גבי קיום שטרות שאינו אלא מדרבנן נעמיד אותו בחזקת כשרות וזה דוחק וכולי וכעין זה כ' התוס' שם דף י"ח בד"ה ואין וכולי כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגי' דיבוריה כדי לפסול השטר עיון שם ועי' בתשו' הרא"ם ח"ב סס"י ל"ה ול"ו כ' דתשו' הא"ז ורבי' ישעיה ומהר"ם דס"ל דקיום שטרות כשר בלילה מה"ט דקיום מדרבנן עיין שם ואע"ג דלא קי"ל הכי דאין מקיימי' שטרות בלילה ואפי' בדיעבד לא הוי קיום כמבואר בסימן מ"ו עיין שם מ"מ לענין תרי ותרי דהוי ספק דרבנן אפשר דלא החמירו בקיום שטרות דרבנן כדקי"ל דמקיימי' השטרות אפי' שלא בפני בע"ד וכ' התוס' והרא"ש והטור הטעם משום דקיום שטרו' דרבנן דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם בב"ד ונראה משום דהא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד בממון הוא מדרבנן דקרא בדיני נפשות כתיב ובקיום שטרות לא החמירו וא"כ ה"נ תרי

ותרי ספק דרבנן ובקיום שטרות דרבנן לא החמירו אבל מדברי הרי"ף והר"ן נר' דלר"ח לעולם מוקמי' ליה אחזקת כשר ואפי' להוציא ממון עיין שם ונראה לכאורה דבקיום שטרות דרבנן אמרי' יד בעל התקנה על התחתונה ומוקמינן אדין תורה אף להוציא ממון וכן כתב הרב עדות ביעקב סימן כ"ז על כתובה שלא מצאו עדים לקיים חתימת העדים אלא חתימת הבעל דטורפת מלקוחות משום דאיכא פלוגתא אם טוענ' ליורשים וללקוחות מזוייף ולא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא אדרבה המלוה הוא המוחזק דמוקמי ליה אדין תורה וא"ק קיום ועל היורשים והלקוחות להביא ראיה עיין שם וכן כתב הרא"ש בתשו' הביאה הטור א"ה סי' קי"ח דכל דאיכא ספק אמרינן יד שעל התקנה על התחתונ' וכ' הרשב"ץ בתשו' ח"ב סימן רצ"ב בתקון נ"ב אע"פ דעתו לדון שהוא יד התובע על התחתונה כדין כל ספק תביעות ממון בטלנו דעתנו מפני דעתו כי רב מובהק הוא ונחית לעומקא דדינא וכו' עיין שם הרי דלא מהני תפיסה בתקנתא וכ"כ מהרימ"ט חי"ד סימן מ' דאפילו תפסו היורשים מוציאין מידם עיין שם וא"כ ה"נ בקיום שטרות דרבנן כשיש ספק או פלוגתא נימא יד התקנה על התחתונה ומוקי' ליה אדין תורה ומוציאין ממון וזה נראה הפך דברי הרי"ף והרא"ש והר"ן שכ' בג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער דגזלנותא על א' מהם ובאו שנים והכחישום דלאו גזלן הוא דהוו תרי ותרי ומספק אין מוציאין ממון אלמא אע"ג דקיום שטרות דרבנן מוקמי' ליה אדאורייתא דא"ק קיום וכ"ש דליכא חזקה דכשרות בהדיא ומשמע אפילו מצאו לקיים השטר לא נוציא ממון וכ"כ הרשב"ש בתשו' סימן רס"ו והביאה מרן הב"י א"ה סימן קמ"א וברמב"ם פ"ד מהל' עדות גבי קיום ב"ד דפליגי רבוותא אם צריך קיום ובממון קי"ל קולא לנתב' וחומרא לתובע עיין שם וכבר האריך המש"ל פכ"א מה' מלוה בפרט זה וה' מח"א ה' גזילה סומן ל"ב עש"ב ומ"מ דהיכא דאיכא פלוגתא אם הנתבע נעשה חשוד אם לא ודאי דאמרי' אוקי גברא בחזקת כשר וגם אין מוציאין ממון מחזקתו אבל אם תפס המלוה אפילו אם תפס בעדי' נראה דלא מפקי' מיניה כדקי"ל בסימן מ"ו סל"ז בשנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו פסולים היו דאם השטר מקויים אין קורעין אותו ולא גובין בו אלא דאם תפס המלוה לא מפקי' מיניה עיין שם מיהו בנ"ד שהתובע טוען שמא ע"פ ע"א נראה דאפי' תפס שלא בעדים מוציאין ממנו דהא דמהני תפיסה גבי ב' החתומי' על השטר וכולי לפי שטוען בריא כמ"ש הרא"ש שם וכן גבי שלושה שישבו לקיים את השטר וכולי דאמרינן חזקה דממונא עדיפא מחזקה דכשרות ה"ד משום דטוענ' בריא ובריא אבל בריא ושמא לכ"ע חזקת הגוף עדיפא אפילו להוציא ממון כדאמרי' בפ"ק דכתובות באומרת משארסתני נאנסתי דקי"ל כר"ג

ור"א דנאמנת מה"ט דבריא ושמא בריא עדיף דאע"ג דקי"ל כר"נ דאפילו בריא ושמא אמרי' הממע"ה הכא נאמנת משום דאמרינן אוקמינן אחזקתיה וכולי עיין שם וכן כתב בספר א"ז לכתובות סוף דף כ"א כ' בהשלמה מ"ש הרי"ף דחזקה דממונא עדיפא מחזקה דגופא דוקא בבריא ובריא אבל בבריא ושמא קי"ל דמהימנא משו' חזקה דגופא כיון דהיא בריא ובעל שמא וכולי עיין שם וח"כ הכא שהתובע טוען שמא ע"פ ע"א והנתב' טוען בריא לכ"ע אמרינן אוקי גברא בחזקת כשר ואפילו תפס התוב' מוציאין ממנו והא דקי"ל בסימן ע"ה סכ"ג טענו בספק ע"פ ע"א וכולי והוא כופר והביא העד משביעו שבו' דאורייתא כאילו היה טוענו טענת בריא לאו דחשיב טענת בריא אלא דשבו' דע"א אפי' על טענת שמא ה ח דכל ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבו' דאורייתא כמ"ש המ"מ פ"ד מה' גזילה דין י"ב ע"ש אבל לענין זה הוי תובע שמא והנתב' בריא אזלי' בתר חזקה דגופא והרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקי"ח כ' דקי"ל דכל תרי ותרי ספק דרבנן וכ"ה הסכמת רוב הפוסקים ונ"מ שאם יולד לנו על זה שום ספק או מחלוקת הפוסקי' יש לנו להקל בדבר וכן הסכים על ידי הרב כה"ר יעקב בירב על מעשה שאירע בימיו וכיון שכן הא אשכחנא פלוגתא דכמה רבים וגדולים פסקו דתרי ותרי אוקמיה גברא אחזקתיה אפילו לאפוקי ממונא וכולי וכיון דאיכא פלוגתא תרי ותרי ספיקא דרבנן ואזלי' לקולא וכו' ע"ש הרי דס"ל דמחלוקת הפוסקים הוי כדין תרי ותרי והוי ספק דרבנן וחזנינן לקולא ואמרי אוקי גברא אחזקתיה דכשר אף להוציא ממון וכ"כ המש"ל פ"ד מה' מלוה גבי שטר שיש בו רבית דפליגי רבוותא אם העדים כשרים או לא וכולי אם יכול הלוה לומר קי"ל כהרמב"ן וכולי נר' דזה תלוי במחלוקת בההיא ג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער וכולי ונראה דמחלוקת הפוסקים הוי כדין תרי ותרי וכ"כ מהרש"ח בתשו' סי' כ"ד ובס"ד כ' אך ראיתי למהר ם שכ' שם דהכא אפילו הרי"ף יודה דחזקת כשרות עדיפא דשאני ב' כתי עדים דא"ל חזקת ממון עדיפא לפי שחם נאמר חזקת כשרות עדיפא נפסול את העדים המעידים שהוא גזלן ונוציא אותם מחזקתם אבל במחלוקת הפוסקים אליבא דכ"ע חזקת כשרות עדיפא אך מדברי מהרש"ח סימן כ"ד נראה דלא ס"ל חי' זה וכולי עיין שם ובתשו' הרדב"ז שכתבתי מבואר דלא ס"ל חי' זה דגם במחלוקת הפוסקים הוי כדין תרי ותרי אבל ראיתי בס' א"ז לכתובות סוף דכ"א שכ' בהשלמה מ"ש הרי"ף דחזקת ממונא עדיפא מחזקה דגופא דדוקא בבריא ובריא וכולי והטעם הדבר דבבריא ובריא לא אזלי' בתר חזקה דגופא שחם נכשיר השנים נפסול השנים האחרים וכולי דמ"מ שנים מהם העידו שקר ואמאי אזלי' בתר חזקה דגופא לגבי הני מדלגבי הני הילכך בתר חזקה דממונא והיכא דליכא חזקה דממונא ודאי אמרי' אוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא

אחזקתיה וכולי עיין שם מיהו מש"כ הרדב"ז כיון דאיכא פלוגתא אזלי' לקולא דבריו תמוהים דנהי דר"ח ודעימיה ס"ל דתרי ותרי אוקמי' גברא אחזקתיה אף להוציא ממון אחר דהרי"ף ודעימיה ס"ל דחזקת ממונא עדיפא מחזקת הגוף א"כ פלוגתא דרבוותא בהא אם מוציאין ממון או לא הול"ל הממע"ה וכבר הוכיח הר"ן שם דלא אמרינן חוקי תרי להדי תרי ואוקי איתתא אחזקת' להוציאה מבעלה וכולי וכ"ש דל"ל אוקמי' אחזקת' לאפוקי ממונא אבל היכא שח"ץ להוציא כלום מיד המוחזק משמע דמדינא אית ל"ל אוקי מילתא אחזק' ובפ' ד' אחין משמע דמסקנת הסוגיא דהתם היא תרי ותרי ספיקא דרבנן הוא כלומר דאילו מדאורייתא אית לן למימ' אוקמו' אחזקתי' כיון שא"ץ להוציא כלום מתחת המוחזק עכ"ל הרי אע"ג דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמו' אחזקת כשר ה"ד אם א"ץ להוציא כלום מתחת המוחזק אבל ל"ל אוקי אחזקתיה להוציא ממון מחזקתו וכן כ' הרמב"ן במלחמות שם על דברי המאור וז"ל אלו דברי ר"ח ואעפ"כ כמה גדולים דברי רבי הגדול דאע"ג דאיכא לאוקמיה אחזקתיה חזקה דממונא עדיפא דאי נמי שקולים נינהו לא עבדי' עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מריה והאיך תעלה על דעתך דמשו' חזקה בעלמא מפקי' ממונא והלא אף בתר רובא לא אזלי' בממונא כ"ש בתר חזקה והכי מוכחא שמעתא בפ' המוכר פירות וכו' עיין שם באורך הרי אפי' הוי מחלקת שקולה אי חזקת כשרות עדיפא או חזקת ממון עדיפא לא עבדי' עובדא לאפוקי ממונא מחזקת מריה וכ' התה"ד סי' שמ"ט דהא דקי"ל אין הולכים בממון אחר הרוב אע"ג דבעלמא רובא וחזקה רובא עדיפא שאני חזקת ממון דאית בה וטעמא הממע"ה עיין שם ואע"ג דאיכא חזקות דמוציאי ממון כבר כ' מהריק"ו שרש ע"ב וז"ל ועל אשר כתב' דהסברא נכונה דיש לנו חזקה דאוקי ממונא בחזקת מריה נגד חזקה דרב המנונא ידוע כי כמה חזקות יש בתלמוד אשר מחמתם מוציאין ממון כגון חזקה דר"ל בפרק קמא דב"ב וחזקה דאי העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול וכולי והטעם נכון למבין כי א"ל אוקי ממונא בחזקת מריה אלא כנגד חזקה דאתיא ממילא כגון חזקת הגוף וכולי עש"ב וא"כ ה"נ חזקת כשרות שהיא חזקת הגוף אינה כלום כנגד חזקת ממון ואפילו הוי מחלוקת שקול אין להוציא ממון מחזקתו ומ"ש המבי"ט ח"ב סי' קע"ב דגם שכ' המפרשים דאוקי ממונא בחזקת מריה עדיפא מחזקה דכשרות הכא קרוב לומר דחזקת כשרות אלימא כיון דאיתרע חזקת ממונא בעד א' המחייבו שבו' וכולי ע"ש א"כ ה"נ דעד א' המחייבו שבו' (עכ"מ):

ד' דין ב' נקרא חשוד מי שנשב' לשקר וכו' א' שהוד' במקצת והערים ונתן אותו מקצת שכפר בו ברשות המלוה במקום המשתמר או שהניחם בכיסו בבי' המלוה ואח"ך נשב'

בב"ד שפרעו וחזר ולקחם ממקום שנתנם שם מסתברא לי שעבר על שבועתו כשנשבע שפרעו שאין זה פירעון שאין חצירו קונה לו בכה"ג הרשב"א בתשו' ח"ד סי' ר"מ ע"ש ואפשר דלא הוי חשוד עלה ממה שעבר על שבו' דא"ל שזה טעה וסביר דהוי פירעון דחצירו קונה לו אף בכה"ג דלאו כ"ע דינא גמירי וכל שלא התרו בו לא נפסל כמבואר בסימן ל"ד אבל הרשב"א נראה דסבירא ליה (עכ"מ):

ה' וי"א וכו' אבל בשבו' דלהבא כגון שלא אוכל ואכל וכו' והריב"ש בסי' רס"ו כ' דגם רש"י אפש' דמודה לענין עדות דפסול ונמשכו אחריו קצת האחרונים והביאם הכנה"ג בסי' ל"ד הגב"י אות ל"ה ומהרש"ך ח"א סימן קי"ה ובח"ב סי' כ"ג ובח"ד סי' כ"ב דקדק כן מדברי הטור דבסי' זה כ' מחלוקת אם נחשד לשבו' או לא ובסי' ל"ד כ' דאפי' עבר על החרם של הקהל נפסל לעדות ע"ש ונר' דס"ל דשבו' חמורה מעדות כמ"ש התוספות בכתובות ד' י"ח ובד"ה ובכולי וכו' דלגזלן פסול לעדות מדאורייתא ואינו פסול לשבו' אלא מדרבנן וא"ת ומ"ש דלעדות פסול כדכתיב אל תשת ידך עם רשע וכו' ולשבו' כשר וי"ל דבשבו' שקר יש בה עונש גדול דכתיב בה לא ינקה וכדאמרי' בש"ה שכל העולם כולו נזדעזע כשאמר הקב"ה לא תשבעו ולא תשא ועוד דבעדות שקר ליכא אלא לא תענה ובשבו' שקר איכא לא תגזול ולא תשבעו לשקר עכ"ל וה"נ דחשוד בשבו' דלהבא אינו חשוד על השבו' דלשעבר דחמורה היא משא"כ לעדות ועי' בחי' הר"ן סוף ד' כ"ה שכ' דפסול דרבנן לעדות אינו נפסל עד שיכריזו עליו אבל בשבו' הוי חשוד בלא הכרזה ע"ש וזה הפך דברי התוס' דבשבו' חמירא להו טפי מעדות לפי שכל העולם נזדעזע וכיון דלא לעדות בלא הכרזה וכ"ש לשבו' אבל לדעת מרן דלעדות נמי לא נפסל לסברא זו וכבר כתבתי בסי' ל"ד שדעת הרשב"א סי' תתקס"ד והרדב"ז סי' תקפ"ה ס"ל דאפי' עבר בקום עשה לא נפסל לעדות ע"ש וכן משמ' מדברי ה' בעל העיטור ד' ל"ו ע"ג והביאו הנ"י בפרק זה בורר בסוף הסוגיא דאין חי' ועי' בתשוב' הרשב"א ח"ד סי' קס"ו וכ"כ בתשו' מהר"י ן' הרא"ש סי' פ"ז בא' שקדש בעדים שעברו על השבו' וז"ל ומ"מ עדין היא צרי' גט והיא מקודשת מן התורה אם השבו' שעברו אלו העדים היא שבו' ביטוי כגון שנשבע לפרוע מעות ולא פרע או שלא לשחוק ושחק או שלא אוכל ואכל וכל שבו' שלא יצא לשקר מפיו בשעה שנשבע וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפילו עבר בקום עשה לא נפסל לעדות ועי' מהרח"ש חא"ה סי' מ"ב וכן דעת רב א' הובא בתשוב' בשמים ראש סי' שי"ג והוכיח מהא דאמרי' בפ' ז"ב ת"ש הגזלני' ומועלים בשבועות מאי לאו א' שבו' ממון וא' שבו' שוא לא אידי ואידי שבו' ממון ותנא שבועות דעלמא וכו' והשתא אי לא אוכל ואכל פסול למ"ל שבועות דעלמא הא רבא אינו מכשיר רק בשאינו עושה להנאתו אלא דשבו'

זילא ליה אבל בעושה להנאתו כאוכל נבילות לתיאבון חוב ואפילו רבא מודה דלא בעי' דוקא חמס לחבירו ולימא א' שבו' ממון וא' שבו' ביטוי להבא להנאתו וכו' ע"ש ויש לדחות כיון דתני שבועות לשון רבים כולל אפי' שבו' שוא דתני במתני' גבי חשוד על השבו' דא"כ הו"ל לפרש וכבר הוכי' מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קע"ט ד' ק"ז עמוד שני דהגאונים ורוב הפוסקים ס"ל כר"ת דאפי' בשבועה דלהבא נפסל לעדות ולשבו' ע"ש וכ"כ הריב"ש סי' שמ"ד דברי ר"ת והרמב"ם ע"ש וכ"כ הריטב"א בחי' לשבועות וז"ל אבל הרמב"ם כ' כדברי ר"ת דאפי' דבשבועת ביטוי נעשה חשוד וכ"נ דעת הגאונים וכן דעת מורי הרא"ה ע"ש וכ"כ הסמ"ג עשין צ"ו בשם הגאונים וכן פסק ר"י ע"ש וכ"כ הרשב"א ח"ד סי' קס"ו וז"ל ומ"מ אפי' בכי הא חשוד מקרי ושכנגדו נשב' ונוטל כך פי' בעל העיטו' וכ"נ מפי' ר"ח ז"ל וכו' ע"ש ומהר"ם מלובלין בתשובות סי' נ"ח כ' דר"ת מיירי בעבר בקום עשה ע"ש ואיברא שכ"כ מהר"י קולון סי' קכ"ו וז"ל ואפי' נאמר דר"ת דפליג לענין שבו' וכו' וה"ה לענין עדות ופסול לעדות פשיטא דה"ד היכא שעבר על שבו' ביטוי דלהבא דאיכא מלקות ולאו תדע דכן הוא שהרי מביא ראייה מתוך מ"ש בה"ג גבי ההיא איתתא שהיתה משבעת ומבטלת שבו' כגון שבו' שלא אוכל ואכלה ע"ש מיהו נר' דפסול מדרבנן דלא גרע עבירה דאורייתא שאין בה מלקות מאיסור דרבנן ובפיסול דרבנן לא בעי' חימוד ממון וכן הסכים ה' לחם רב סי' ק"ח אבל רבינו האיי בשערי שבו' שער ד' כ' וז"ל ואין הפרש בין שנשב' על מה שעבר בין אמר עשיתי בין יאמר לא עשיתי והוא שקר או אם ישב' שאעשה או לא אעשה וישקר כלל הכל דין א' להם וכולם פסולים כמ"ש בגמ' תינח אוכל ולא אוכל ליתני אכלתי ולא אכלתי תנא שבו' שוא וכל דדמי ליה וכו' ואלו כולם שחשבי' פסול ופסולי' לשבו' הם וכו' ויתחייבו שבו' נשב' כנגדו ונוטלין וכו' עכ"ל וכ"נ דעת הרי"ף בשערי שבו' שער ך' ע"ש הרי דאפי' עבר על השבו' בשוא"ת כגון שאעשה ולא אעשה נפסל לעדות ולשבו' מדאורייתא ושכנגדו נשב' ונוטל כמו בשאר שבועו' ונר' דלמסקנא דאמרי' תנא שבועות וכל דדמי ליה לא מחלקי' בין שבועה דלהבא לשעבר דהכל בכלל שבועת שוא גם מהר"ם בתשובות סימן תתקמ"ח על א' שמשכן ורצה לפדותו וקבל עליו בחרם לפדותו ועבר על החרם ולא פדאו ואפ"ה פסול לעדות לדעת ר"ת ע"ש הרי דאפי' עבר בשוא"ת פוסל ר"ת וכ"כ הריב"ש סי' שמ"ד בא' שנשבע לפרוע לזמן פ' ולא פרע כתב וז"ל דנראין דברי ר"ת והרמב"ם דנעשה חשוד אלא משום דכשעבר הזמן אפי' דשכח וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' צ"ד במי שנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' דתלוי במחלוקת דאיכא מ"ד דנשבע שיאכל או שיפרע ועבר ולא אכל ולא פרע נעשה חשוד וכ"ד ר"ח ויש מן הגדולים שחולקי' על

דבר ואין מחלקי' בין זל"ז וכ"ד ר"ת ע"ש ומ"ש מהריק"ו מדכ' בה"ג גבי ההיא איתתא וכו' שלא תאכל ואכלה וכו' לשון בה"ג ד' קט"ו ע"ג ומפרשי רבנן דקא חזיא לה דהויא מפקא שם שמים לבטלה ע"כ וכ"כ הגהו' מרדכי ריש מציעא וז"ל ופי' בה"ג דחשידא אשבועתא דשמעה דאפקא שם שמים לבטלה ועברה על לא תשא והוי כאילו עשתה שבועת שוא וכו' ע"ש וכן מצאתי בס' שערי צדק שער ה' תשו' לרב יהודה גאון וז"ל מאן דרגיל לאפוקי שם שמים לבטלה פסול לשבועה וכו' ואמרי' בההיא איתתא דאחייבה שבועה בי דינא דרבא א"ל בת ר"ח ידענא בך דחשידה אשבועה והפכה רבא על שכנגדה ומפרשי רבנן דהוה חזיא דהוה מפקא שם שמים לבטלה עכ"ל גם הסמ"ג עשין צ"ה וז"ל ופי' הגאוני' לא קתני לא מיירי אבל ודאי בשבועת ביטוי נפסל מדאמרי' בפ' הכותב וכו' ופי' בה"ג נשבעת ואינה מקיימת עכ"ל הרי כ' סתם ונשבעת ואינה מקיימת ומ"ש התוס' שלא תאכל ואכלה הוא משום דסתמא הכי הוה המעשה דראוה שאכלה אבל נשבעת שתאכל ולא אכלה לא משכחת לה אלא בלא זזה ידה מתחת ידם אבל ודאי דאפי' עבר בשוא"ת נעשה חשוד כמו שהוכחתי מדברי ר' האיי גאון ומהר"ם והרשב"א והריב"ש ומיהו הריב"ש סי' שי"א הכריע מדעתו דדוקא אם עבר בקום עשה נפסל אבל לא בשוא"ת ובתשוב' הכנה"ג בס' עדות ביעקב סי' י"ז ד' ל"ה ע"א כ' איך שיהיה היכא דנשבע לפרוע ולא פרע הסכימו הריב"ש וחכמי טיטולא דאינו פסול אפי' לעדות ולפי זה בנדון שלנו וכולי שעבר על השבו' שנשב' לפרו' ולא פרע לכ"ע כשר לעדות ועם שמדברי המצאתי כתוב מוכח דהר"ח היה פוסל העדות אפילו בפסול דנשב' לפרו' ולא פרע יחיד הוא בדבר זה וכ"ש שכבר גזרו עליו חכמי טוליטולא שיחזור בו ומסתמא חזר בו ולא עבר על גזרתם וכו' ע"ש ודע דמדברי מהר"ם והרשב"א והריב"ש שכתבתי מבוא' דלמ"ד דבשבוע' דלהבא לא נפסל אפילו נשב' לפרו' ולא פרע לא נפסל דלא חשיב רשע דחמס כמ"ש מהריק"ו שרש קכ"ו והביא דברי המרדכי בפ' ז"ב ע"ש וכן הוכיח ה' דברי אמת בקו' ה' ד' ל"א מל' הרא"ש בפ' ז"ב ודלא כה' פני משה ח"ב סי' י"ט עש"ב מיהו אנן קי"ל דאפי' בשבו' דלהבא אפילו עבר על שבו' דלהבא בשוא"ת נפסל לעדות ולשבו' כמ"ש ויש להסתפק בא' שנשב' שלא אכל היום ונמצא ששתה אם נפסל בכך דאע"ג דאם נשב' שלא לאכול אסור אף לשתות דשתיה בכלל אכילה א"ל דה"ד בשבו' דלהבא דבשעה שהוציא שבו' מפיו לא נשב' לשקר אבל בשבו' דלעבר אין שתיה בכלל אכילה כדאמרי' בפ"ג דשבועות ד' כ"ג ע"א באומר שבו' שלא אוכל ושלא אשתה דגלי דעתיה דאכילה גרידא קאמר וכ"כ הרמב"ם בפ"ד מה' שבועות דין ו' ע"ש וכן אם אמר שבו' שלא אשתה ואוכל כיון דכבר נשב' על השתיה דגלי דעתיה דכי אישתב' בתר הכי האכילה

גרידא כמ"ש התוס' שם בד"ה כגון וכולי ע"ש וה"נ מכח חזקה דאין אדם נשב' לשקר אמרי' דעתו על האכילה בלבד וכה"ג קי"ל בסימן פ"א סכ"ת אמר מנה לפ' בידי וכולי ונשבע על הודאתו ובא הלה ותבעו והשיב שלא להשבי' את עצמי נתכוונתי והשבועה היתה לשקר אין שומעין לו דחזקה דאין אדם נשב' אלא באמת ע"ש וה"נ מכח דחזקה דאין אדם נשב' לשקר הוי גלי דעתיה שלא נשב' אלא על האכילה ושו"ר להרדב"ז ח"ב בל' הרמב"ם סימן קס"ה שכ' דאפי' נשבע שלא אכל ונמצא ששתה חייב ע"ש:

ו' כתב הרשב"א בתשוב' ח"א סימן ס"ד ובמיוחסות סי' ק"ע גבי חשוד על הדבר דהוי כמשומד גמור לאותו דבר ואפילו בשבועה אינו נאמן דכבר הוא חשוד על השבועה שהוא מושבע מהר סיני וכולי ופסקו מרן בי"ד סי' קי"ט וכתב הש"ך שם ס"ק כ"א וא"ל דהא קיימא לן בסימן פ"ז דמי שנשבע שלא יטעון אלא האמת ואחר כך נתחייב שבועה שאינו נפטר בשבו' הא' והטעם כתב הרשב"א סימן תתקס"ד דבשבועה א' שנשבע עדיין לא יצא שקר מפיו מה שאין כן בשבועה אחרונה על העבר ואם כן הכא נמי אף על פי שהוא מושבע מהר סיני לא נעשה חשוד על השבועה דלעבר הא ליתא דדוקא לענין ממון אמרינן הכי אבל לענין איסור אין חי' בין שבועה דלהבא לשבועה דלעבר ותדע שהרי אפילו עבר על השבו' דלהבא לא מיקרי חשוד על השבועה עכ"ל וכבר כתבתי לעיל תשו' מהר"י ן' הרא"ש על א' שקדש בעדי' שעברו על השבועה דמקודשת היא מן התורה אם השבו' שעברו אלו העדים היא ביטוי דלהבא שלא יצא לשקר מפיו בשעה שנשבע והב"י בא"ה בסימן מ"ב בשם מ"ך עי"ש הרי דאפי' באיסורא אמרי' הכי דלא נעשה חשוד ומקודש' גמורה מן התורה וכן הריב"ש בתשוב' סימן רס"ו לענין עדות קידושין חי' בין שבו' דלהבא לשבו' דלעבר ובתשו' מהרימ"ט א"ה סימן מ"ג ע"ש ועוד דמה חילוק יש בין איסורא לממון אדרבה באיסור הולכין אחר הרוב וחזקה ואין הולכין בממון אחר הרוב וכ"ש חזקה משום דחזקת ממון עדיפא ואם חשוד על שבועת ביטוי לא הוי חשוד לעדות ומוציאין ממון ע"פ כ"ש לענין איסורא ועוד דהא קיימא לן כרשב"ג דחשוד על הדבר נאמן להעיד בשל אחרי' וכתב הרשב"א בתשו' שם וז"ל ושמא קאמר דחשוד דהאי פ' דאפליגו ביה רשב"ג ור"מ לאו חשוד גמור הוא אלא חששא בעלמא וכולי אבל חשוד גמור לכ"ע לא דנו ולא מעידו והיינו סתם מתני' דפרק עד כמה דתנן החשוד על השביעית אין לוקחין ממנו פשתן וכולי זה הכלל החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו ולא נזכר שם המחלוקת לא היא דסתם ואחר כך מחלוקת היא וכן דעת כל הפוסקי' וכו' וכן הסכים הרשב"ץ בתשו' ח"א סימן ס"ג עיין שם וא"כ החשוד על העבירה דפסול לעדות אף על גב דמיירי בחשוד גמור למאי דקיימא לן כרשב"ג נאמן על אחרים למה פסול לעדות

ז' דין ג' בין של דבריהם וכו' דוקא גזל גמור דרבנן פסול לעדות מדרבנן אבל גזל דהוי משום דרכי שלום לא דלא מנו בכלל פסולי עדות נינהו חד מהנך הרדב"ז ח"ב סימן תקי"ז ע"ש ולא זכר הטור סימן ל"ד העובר על גזל של דבריהם כגון גוזלי מציאת חש"ו וכו' וכן כתב בעל העיטור בדיני קבלת עדות דף ל"ו ע"ג ע"ש הרי דאף על גב דקיימא לן כרבנן דאין בהם גזל אלא משום דרכי שלום פסולים לעדות מדרבנן וכן מוכח בפרק הניזקין לר"י גזל גמור למנ"מ להוציאו בדייני' והרי לרב חסדא רבנן ס"ל דגזל דרבנן אין מוציאין בדיינים ואם כן מנ"ל דפליגי בהכי אימא דר"י מודה לרבנן ולא נ"מ אלא לפוסלו לעדות אלא ודאי אפילו לרבנן דהוו גזל משום דרכי שלום נפסל לעדות:

ח' וכל מי שחשוד ליקח ממון חבירו וכו' כ' הדרישׁ' דאף אם הלוקח טוען בשעת לקיחתו ואמר שבשביל מלוה ישנה שיש לו עליו לקחו מידו ואפילו הכי אינו נאמן ודינו כגזלן ודאי כיון דגזלו בפני עדים לא משגחינן בדבריו ויש להוכיח זה מדקיימא לן הנכנס לבית חבירו בפני עדים למשכנו וכו' דדין גזלן יש לו ושכנגדו נשבע ונוטל אף על גב דטען שלי לקחתי וכו' עיין שם וז"ל מהר"י ן' מיגש בתשו' סימן ח"י אפילו נתברר שמלו' ישנה יש לו עליו בהיותו כופר בפקדון הוא פסול לפי שאין לו לקחת אותו בחובו להיות גוף פקדון של מפקיד ויש לו לפדותו ממנו ואם לקחו בחובו מבלתי שירצה בזה בעליו אכתי גזלן הוא ופסול לעדות הלא תראה מי שאנס את חבירו שימכור לו נכסים גזלן הוא וכולי עיי"ש וכן כתב הרשב"ש סימן ש"ף וז"ל שכל תפיסה שנעשית שלא ברשו' אינה תפיסה דמאי דאמרינן בעלמא תפיסתו תפיס' היינו כשבאו ברשות בידו כגון הנהו עיזי וכו' שהיו ברשות ותפס' ומצאתי בירושלמי ראיה וכו' והירוש' הזה כ' בעל העיטור להלכה באות חוב דף ס"ח ע"ג וכן הוכיח בסימן תק"ט עיין שם:

ט' אבל בלא עדים אינו חשוד וכו' האומר לחבירו גזלתני מנה והלה אומר לא גזלתיך אלא ן' משביעי' אותו דכיון שהודה מדעת עצמו הרי פירש מהגזלני' ואינו פסול ונשבע על השאר דשמא מלוה ישנה וכו':

יו"ד דשמא ספק מלוה ישנה וכו' דחשוד על אממונ' חשוד על השבועת' אלא שאנו תולי' דשמא ספק מלוה ישנה וכולי ונ"מ אם מחל לחבירו כל מלוה וכל תביעה שיש לו עליו דהשתא פטור מן השבו' הר"ן והריטב"א הוסיף וז"ל ועוד נ"מ לדעת מורי הרא"ה אם טענו שנטל ממנו מנה של רבית קצוצה והלה כופר דלר"י נשבע אבל לאביי אינו נשבע דא"א חשוד על הממון ולא משביעין ליה מספק ואינו דומה לטוען גזלתני מנה שהוא נשבע לד"ה דהתם כי פריש משום שבועה מתקין לאויה בחזרה אבל רבית לא מתקין לאויה בחזרה לדברי רבינו הגדול ומורי הרשב"א חולק בזה עכ"ל ועיין בב"י סימן

ע"ה מחו' י"ג שכתב תלמידי הרשב"א דבטוען מנה של רבית דעת מורי שאינו נשבע ונכון הוא וכולי ומיהו כי אמרינן דלא משמע לאינשי דרבית לאו מתקן לאויה בחזרה ה"ל רבית כגזל לגמרי ונשבע עליו ע"ש ונראה דהוא הריטב"א שמסכים עם רבו הרא"ה כמ"ש בפ' קמ' דמציעא שכן דעת רבו הרא"ה אבל ומורי הרשב"א חול' וכן כתב הרשב"א בתשו' המיוחסות סימן ק"ט עיין שם ובתשו' ח"ב סימן רל"א ביאר טעמו וז"ל גם בזה תולין ואומרים שמא מלוה ישנה היה לו עליו ולפיכך הלוה לו ברבית כדי שיקח ממנו כדי מה שיש לו עליו או כדי מה שגזלו וסבור הוא שמותר ליקח ממנו אפילו דרך רבית וכו' ואף על גב דאמרינן התם פרשי אינשי מספק שבו' ולא פרשי מספק ממון מכל מקום האי ניתן לחזרה והאי לא ניתן לחזרה ואילו לגבי רבית קצוצה לא נתקו כל הלאוין שבו לעשה שהרי לאו דלא תשימון לא ניתק לעשה דמאי דעבד עבד אפילו הכי לא משמע להו לאינשי הכי ושמא סבור הוא דכל זמן שיזכור שאין בידו כלום ויחזור לו רבי' מנתקו כל הלאוין שבו דאף רבית ניתק הוא לעשה דכתיב וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחיה בהדך כדאיתא בריש פרק אז"נ ולעולם תולין וכולי עכ"ל הרי דסבירא ליה דלאו דלא תשימון לא ניתק לעשה ולא נתקן בחזרה אלא דאפילו הכי נשבעין על טענת הרבית מהאי טעמא דתולין גם כן שמא זה טועה וסבור הוא דכל לאוין שבו ניתקו לעשה בחזרה מדכתיב וחי אחיך עמך ודלא כמהרח"ש בתשו' ח"ג סימן ק"ט ומוהראד"ב סימן ע"ש ושו"ר להר' דברי אמת בקו' ה' דף ל"ה שכן כתב דתלמידי הרשב"א בשם רבם הוא הריטב"א בשם הרא"ה שהוא רבו סתם והביא לשון הריטב"א אחר ע"ש ולא זכר לשון הריטב"א שכתבתי שכן כתב בהדיא ובחי' לשבועות לדף מ"א ע"א כתב וז"ל ודעת הרשב"א דה"ה כשתובעו שנטל ממנו מנה של רבית והלה כופר דמשתב' היסת וכו' אבל מורי הרא"ה וכו' וכבר כתבת' במ"א והשתא ודאי נ"ל דברי הרשב"א וכן נראה מדברי דלאו משתבע היסת עיי"ש הרי דחזר והסכים עם הרשב"א דנשבע היסת ונראה דטעות סופר וצ"ל וכן נראה מדברי הרמב"ם דנשב' היסת דדוקא בטען על השטר ומכל מקום נר' דנפקא מינה לטוען על חבירו שמסרו והפסידו והלה כופר דאין צריך לישבע היסת דלא שייך האי טעמא דספק מלוה ישנה וכו' וכן פ' מהרח"ש ח"ג סימן ק"ט עש"ב:

י"א דשמא ספק מלוה ישנה וכולי ואילו מי שטען את חבירו ואמ' עכשיו באתי ממ"ה וגזלתני והוא טוען שלא היו דברים מעולם וידענו באמת כי נגזל זה מעולם לא היה כאן וזה הנטען לא יצא מכאן מעולם שא"א שהיתה מעולם מלוה ישנה בנתים מי אמרי' בכי הא שאין משביעין אותו הואיל אין לתלות גזלו בטענת ספק מלוה ישנה אלא שאפשר

מצא עילה אחת מן העילות שאפשר שבה תלה הנטען ועשה מה שעשה ולא שנתכוון ממש לעבור ולגזול הרשב"א בתשו' ח"ב סי' רל"א ע"ש:

י"ב דין ד' התובע לחבירו מלוה וכולי כ' הסמ"ע דאפילו באו עדים ואמרו שראו המעות בידו בשעה שכפר אמרי' דאישתמיט וכו' וכ"כ הב"ח ע"ש וכ"כ התוס' בשבועות דמ"א ע"ב בד"ה בפקדון וכו' ודלא כמשמע קצת מדברי רש"י שם ובקמא סוף דק"ה ע"ש וכן משמע מדברי רש"י במציעא ד' ד' וכ"כ הג"א שם מיהו אם הודה בפני עדים שאין עליו מלוה אחרת והמעות האלו הם שלו ממש דלא מישתמיט פסול מהר"ב בש"מ למציעא בשם רבו ע"ש וה' דברי אמת ז"ל בקו' ה' ד' ל' נסתפק למ"ד דהכופר במלוה אפילו נשב' כשר לעדות אם הודה שלא הי"ל מלוה ישנה עליו אם נאמר אין אדם נפסל ע"י עצמו או"ד הרי עדים מעידים לפנינו שעבר על שבועתו אלא דמספק"ל דלימא מלוה ישנה יש לו עליו והרי הודה שלא יש לו וכה"ג נסתפק המש"ל בעידי דרבית דכשרים דמשום דלא משמע להו איסורא אם העדים אמרו ידענו שיש איסור ואעפ"כ חתמנו מי אמרי' אין אמע"ר והוכיח הרב מדברי הרשב"א והר"ן דבכה"ג נמי אין אמע"ר ע"ש וכן הוכחתי בסימן ל"ד דין כ"ה מדברי מהרימ"ט ע"ש וא"כ ה"נ כשבאו העדים שראו המעו' בידו בשעה שכפר כשר אפילו הודה בפני עדים שאין עליו מלוה אחרת דלא נעשה חשוד ע"פ עצמו: י"ג כ' הסמ"ע ס"ק י"ב דאם אין עדים שהיה בידו בשעה שכפר נוכל לטעון בעדו ולומר שמא בשעה שתבעו ממנו פקדון לא ידע וכולי וירא שישביענו שבועת השומרים משבו' דאורייתא וכולי ע"ש ואין צריך דהא במציעא דף ה' ע"ב אמרי' לרמי בר חמא דס"ל ד' שומרי' צריכי כפירה במקצת והודאה במקצת וכו' דלא אמרי' מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא משו' דאשתמוטי אישתמיט סבר וכולי והא לדידיה אדרבה אם היה טוען שנאבד ולא כפר לא היה נשב' והשתא דכפר נשב' שבו' השומרים ואפ"ה אמרינן אישתמוטי ולא אמרינן הו"ל לטעון אבד ע"ש ברש"י וע"ש בס' בית יעקב סי' ע': י"ד והוא שיש עדים שראו בידו וכולי כתב מהר"ם מלובלין בתשוב' סימן פ"א דאם הפקדון קטן הכמות כגון כיס של מעות אפילו יש עדים שראו בידו אפשר דלא ידע בו ושייך שפיר לומר אשתמוטי אלא א"כ יש עדי' שבשעה שכפר ראוהו בידו ממש והיינו דאמרי' בפ"ק דמציעא א"נ דנקיט ליה בידיה ר"ל בפקדון דבהמה מיירי שהעידו שבשעה שכפר היה בביתו והוא ידע מסתמא ואם היה הפקדון דבר קטן המטלטל מיירי שהעידו שראוהו בידו ע"ש ואין נראה כן דבתשו' מהר"ם הארוכו' סימן תש"ס והם דברי ראב"ן בס' דף צ"ג ע"ג וז"ל ראובן שטענו לשמעון הלויתי לך עשרים דינרי' והפקדתי טבעת שלי בידך ושמעון השיב להד"מ ובאו עדים והעידו שבשעה, שכפר בב"ד היה הטבעת ביד שמעון

או בביתו דין זה פסוק מדר"ח דאמר הכופר וכולי ומוקי' לה כגון דאתו סהדי ואסהידו ביה דההיא שעתא איתיה לפקדון בביתיה והוה ידע א"נ דהוה נקיט ליה בידיה וכו' ה"נ כיון שהעידו על שמעון שהוא כפרן פסול הוא לשבועה ונוטל ראובן הפקדון בלא שבו' והמלוה ישב' ויטול וכולי ע"ש משמע דאפילו הפקדון קטן דמטלטלי אם העידו שהיה בביתו בשעה שכפר נפסל וכן משמע מדברי הרא"ש בתשו' סוף כלל צ"ד והובא בב"י סי' ע"ה ע"ש ועי' בש"מ לקמא סוף ד' ק"ה בשם הר' יהונתן ז"ל ע"ש עוד כ' מהר"ם מלובלין שם דמ"ש הרי"ף והרמב"ם והסמ"ג והרא"ש כפר בב"ד לאו דוקא בב"ד אלא משום דבלא ב"ד יכול לומר שלא נתכוון לכפור אלא להשמט בו ואה"נ דאם כפר בפני עדי' באופן שניכר שלא נתכוון אלא לכפור ודאי מקרי גזלן ע"ש וכן נראה לכאו' מדברי בעל העיטור בדיני קבלת עדות דף ל"ז ע"א שכ' וז"ל נר' דבפ"ק דמציעא הכופר במלוה כשר לעדות וכולי וק"ל לר' יעקב הא דאמר רבב"ח מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים וכולי הוחזק כפרן לאותו ממון ואמאי לימא ליה אישתמוטי הוא דקא מישתמיט וא"ל דכפר בב"ד לא אמרי' אישתמוטי הוא דקא מישתמיט דהא מודה במקצת הטענה משביעי' ליה משום דאשתמוטי הוא דקא מישתמיט ליה וכו' ע"ש וא"א דכופר בפקדון דפסול דדוקא בב"ד א"כ הכופר במלוה דכשר אפילו כפר בב"ד אמרי' אישתמוטי וכו' והיכי ס"ד דכפר בב"ד לא אמרינן אישתמוטי אלא משמע דכופר בפקדון אפילו שלא בב"ד וכו' לכך דס"ד דכופר במלוה דכשר ה"ד שלא בב"ד מיהו בעל העיטור שם ע"ב כ' וז"ל והוחזק כפרן דקאמר גבי פקדון דוקא דקאמר בב"ד וכו' אבל וכו' שלא הוחזק כפרן וכו' עיין שם ועי' בחי' הריטב"א לשבועות סוף ד' מ':

ט"ו אבל הכופר בפקדון הוי חשוד וכו' כ' הרא"ש בתשוב' בסוף כלל צ"ד והביאו מרן הב"י בסימן ע"ה מחו' ה' על עוזיה שכפר בפקדון מעו' ובאו עדים שהודה בחמשים וז"ל לדברי הב' עדים יש בידו ן' והוא כפר בכל הרי הוא חייב שבועה דאורייתא כההיא דר"ח ואינו יכול לישבע שהרי שנים מעידים שיש בידו ן' והוחזק כפרן לאותו ממון הילכך משלם לאברהם מאתים זוז והא דאמר ר"ח ישבע על השאר ולא אמרי' כיון שהוחז' כפרן ישלם ההיא דר"ח איירי במלוה והכופר במלוה כשר לעדות וכו' ע"ש ועיין בספר א"ז למציעא ריש ד"ד שכ' הרמ"ה וז"ל דכל היכא דע"י העדאת עדים הוחזק כפרן לא מתחייב שבועה וכו' ושאני גבי רעיא דלא הוחז' כפרן על ידי העדאת עדים שמעידים שאכל תרתי מנייהו דכיון דאכל הוי גביה כמלוה וא"ל אישתמוטי עד דהוה ליה זוזי ולא הוחזק כפרן בעדותם שהעידו שכפר וכו' ע"ש ולפי זה אפילו פקדון מעות לא הוחזק כפרן בעדות העדים שהעידו בהודאתו דא"ל דמה שכפר אישתמיט עד הוה לי' זוזי משום דאכל והוו

כמלוה גביה ולא הוחזק כפרן על השאר ונשבע שבועה דאורייתא בההיא דר"ח אבל הרא"ש לשיטתו אזיל שדחה שם דברי הרמ"ה וכתב וז"ל אלא הכי פי' שכן הוחזק כפרן ולכן אין להטיל עליו שבו' כי ישב' לשקר וכן פירש רש"י גבי רעיא נהי שלא הוחזק כפרן על ידי העדאת עדים מכל מקום נעשה גזלן ופסול בעדו' ואין לחייבו שבועה כלל בעדותם כי ישבע לשקר וכיון דמדאורייתא לא מחייב שבו' גם שכנגדו לא ישב' מדרבנן עכ"ל מבואר דסביר"ל דלא הוחזק כפרן בהעדאת העדי' על השאר אלא דנפסל לשבועה וכיון דלא מחייב שבועה גם שכנגדו לא ישבע:

ט"ז אבל הכופר בפקדון הוי חשוד אף על פי שלא נשבע וכו' הטוען טענת גנב בפקדון ובאו עדים שהוא ברשותו כתב הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תפ"ג דאם לא נשבע לא נפסל מדכתב הרמב"ם פרק רביעי מהלכות גניבה הטוען טענת גנב בפקדון ונשבע ואח"ך באו עדים שהוא ברשותו וחזר וטען בו טענת גנב ונשב' ואחר כך באו עדים שעדיין הוא ברשותו חייב כפל על טענה וכתב המ"מ והק' המפרשים בטענה ב' איך חיי' כפל דאינו אלא בשבועת בית דין והרי הוא חשוד על השבועה משבו' א' שנמצא שקרן על פה עדים ותי' דא"ל שעשה תשובה כדאיתא בירו' החשוד על השבועה מאימתי מקבלין אותו משיבא לבית דין שאין מכירין אותו ויאמר חשוד אני וכן כתב הרשב"א בשם הראב"ד בפרק הגוזל וא"א הא בלאו הכי כיון שהיו עדים שהיה ברשותו נפסל אלא ודאי דכל שלא נשבע לא נפסל עיי"ש ונראה דהם עדים שהיה ברשותו בשעה שכפר הוי ככופר בפקדון ועי' ברש"י בפרק קמא דמציעא דף ה' שכתב דבשבו' השומרי' דטוען נאנסו דחייב שבועה א"ל דלא חשיד אממו' אלא שמא פשע בשמירה וחייב לשלם וסבר עד הוה ליה זוזי וכו' והכא נמי בטוען טענת גנב דחייב שבועה אמרינן דלא חשיד אממון ונאמן בשבו' אבל אם באו עדי' שהיה ברשותו בשעה שכפר דנמצא שקרן הוי ככופר בפקדון והתם מיירי שראו אותו העדים עכשיו ברשותו אבל לא ידעו אם היה בשעת כפירה דאם לא נשבע לא הוי חשוד דא"ל דבאותה שעה שתבעו שכח או נתגלגל ממקומו וסבור שנגנב:

י"ז דין ה' אין אדם נעשה חשוד עד שיבואו עדים וכולי אם אין עדים אבל יצא עליו קול קלא דלא פסיק חוששין לו ואין מוסרין לו שבועה וכ"ש דאין מוציאין ממון בשבועתו ולא אמרינן קלא דלא פסי' אלא בליכא אויבים אבל באיכא אויבים לא חיישינן ליה הרשב"א בתשו' ח"ד סימן קס"ו ע"ש:

ה"י אין אדם נעשה חשוד וכולי כתב הרשב"א ח"ג סימן צ"ד וז"ל אבל עדיין יש לדקדק על דין זה כל שהתובע טוען בריא שהוא חשוד אם מצא עדים אם הפסיד תביעתו אם לאו

לפי שי"ל כיון שהוא טוען שהנתבע חשוד אם כן לפי דבריו א"א לב"ד למסור לו שבו' שאין מוסרי' שבו' לחשוד וגם התוב' אינו נוטל בשבו' כדין חשוד על השבועה שנשבע שכנגדו ונוטל כי זה אפ' שאינו חשוד וכו' ואני רואה קצת מחכמי ישראל נ"נ שירא' מדבריה' שאין נמנעין מלהשביעו מחמת שחשדו בעל דינו על שבועתו ואפילו טוען שנשבע לשקר ונראה שדעתם לומר שאין פוסלים אותו לחצאין שיהא פסול לגבי תובע זה ויהא כשר לעלמא שאין פוסלין אותו לעלמא על פי זה שאינו אלא ע"א וקרוב הדבר אל הדעת וכן כשהעיד עליו עד אחד אין אומרים שיהא פסול לגבי עד זה לעול' וכשר אצל אחרים וכן יראה מדברי הראב"ד ז"ל וממקצ' חכמי פרוונסה ז"ל בפרק הכותב בשמועה דאי פקח אידך מייתי לה לידי שבועה דאורייתא וכו' ע"ש ודברי הראב"ד בספר תמ"ד סימן רל"ח דף נ"ה וז"ל דהא דאמרי' אי פקח הוא מייתי ליה לידי שבועה דאורייתא לאו למימר דמפטרה משבועה וכולי אלא דמשתבע לה השתא ובתר דגבי מנייהו הדר משבע לה שבועה דאורייתא על מנה קמא בתורת הלואה כדמפ' ואפשר כי דעת הרב כך היה בודאי אלא דהכי ק"ל אם אין מעלה בין שמועה אחרונ' בין שבו' א' היכי משב' לה והדר משב' לה בטענ' ע"פ ע"א והלא נפטרה מעדות של זה בשבועה א' למנה זה וכי בית דין משביעין שבועה על שבועה במנה זה וכו' עיין הרי דגם הרי"ף מודה דאפילו כבר נשבע ונעשה חשוד בעיניו יכול להשביעו (עכ"מ):

י"ט אבל אם הוא מהנשבעין וכו' אינו נשב' ונוטל וכו' אם המלוה פוגם שטרו או שהלוה א"ל השבע לי שלא פרעתיך ואמר המלוה חשוד אני למ"ד לקמן בסעיף ט' דנשב' הלוה ונפטר ה"נ אין המלוה נשב' ונוטל אבל למ"ד שם דהמלוה גובה בלא שבו' כיון דהשטר קיים א"כ אם אמר חשוד אני בא לפטור עצמו מן השבו' אינו נאמן ואינו נוטל אלא בשבו' כ"כ הפרישה והלח"מ בפ"ב מה' טוען ע"ש ולפ"ז נראה דבפוגם שטרו וא"ל השב' לי לסבר' זו אם התוב' אומר חשוד אני אין הנתב' יכול לומר לו אני השבע ואפטר דדוקא בנתב' שחייב שבו' דאורייתא ואמר חשוד אני אם רצה התוב' נשבע ונוטל משום דהודא' בע"ד כק' עדים דמי אבל כשנתחייב הנתב' שבוע' היסת דאם היה חשוד היה נפטר בלא שבו' לא שייך ה"ט כמ"ש השע"ך ס"ק ו' וכ"כ מהראד"ב בס' לחם רב סי' ק"ך ע"ש וה"נ פוגם שטרו דאם היה חשוד גובה בלא שבו' לסבר' זו ה"נ אם אמר חשוד אני לא שייך הודא' בע"ד כק' עדי' דמי ואין יכול לומר אני אשבע ואפטר בעל כרחו של תובע:

ך' ויש מי שאומר שאם נתחייב וכו' כ' הכנה"ג אות ח"י אבל מדברי רבי' ב"י דפליגי הרמב"ם והרמ"ה שהביא ב' הסברות ולא הכרי' וכ"ד ה' ב"ח וכ' דכהרמ"ה נקיטי' ע"ש וליתא דהב"ח בסי' פ"ז כ' דהטור הביא דברי דרמ"ה בלי חולק ע"ש וגם מרן שכתבו

בשם יש מי שאומר כבר כ' ה' כנה"ג בסי' ל"ה ובסימן מ"ה אות כ"ח שכן דרכו בדין שלא נזכר בשאר פוסקים בפי' כמ"ש הסמ"ע בכמה מקומות וכ"כ מהרימ"ט בח"מ סימן ל"ו דהרמב"ם והרמ"ה לא פליגי דהרמב"ם לא מיירי באומ' לו התוב' אשבע וכו' ולא בא לומר אלא שאין ב"ד נמנעי' מלתת שבו' לנתב' מפני הודאתו וגם אין לנתב' לפטו' את עצמו בטענה שהוא חשוד וכו' ע"ש וכ"ד מהראד"ב בסי' ק"ך ע"ש ודברי הסמ"ע ס"ק ח"י נראה דה"ה בשבועת היסת אם רצה התוב' לישב' נשב' ונוטל אבל בתשובות מהראד"ב בסי' ק"ך מבואר דה"ד בשבו' דאורי' אבל בשבו' דרבנן אין שכנגדו יכול לישב' וליטול בע"כ של נתב' ע"ש וכ"כ הש"ך ס"ק ו' וכן לשון הלבוש כיון שהוא עצמו אומ' שהוא חשוד ודינא דחשוד שכנגדו נשב' ונוטל הכא נמי אם רצה התוב' נשב' בע"כ של נתב' ונוטל ע"ש אלמא דוקא בשבו' דאורייתא שכן דין החשוד שכנגדו נשב' ונוטל אבל בשבו' דרבנן דאפי' חשוד נפטר בלא שבו' פשיטא דאין התוב' יכול לישב' וליטול בלא רשות הנתב' וכן מסתב' מידי הוא טעמא דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ואם כן דוקא בשבו' דאורייתא מן הדין שכנגדו נשב' ונוטל אבל בשבו' דרבנן אם אמר שהוא חשו' אינו רוצה להזיק את עצמו אלא רוצה ליטו' בלא שבו' כדין חשו' (עכ"מ):

כתב הכנה"ג צריך לחלק בין כשהודה במה שכפר וממילא נעשה חשוד לאומר חשוד אני דאל"כ זה סותר למ"ש בסי' פ"ז דנעשה חשוד ע"פ עצמו ואולי וכו' ע"ש ולא מסתבר כלל דאדרבה איפכא מסתברא ובתשו' מהראד"ב כו' ק"ך מבואר דאין חי' שכ' על אחד שכפ' בפקדון ונשב' בפני עדים ואח"ך הודה במקצת אע"ג דאין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו אם רצה התוב' לישב' וליטו' הרשות בידו ע"ש הרי אפי' כפר במה שהודה יכול התוב' לישבע וליטול וכן מבואר בדברי הרב בית חדש בסימן פ"ז והפרישה בסימן זה ע"ש במ"ש: כ"א ויש מי שאומר וכו' אם רצה התוב' נשב' ונוטל וכו' היינו בע"כ של נתב' אלא דאיכא בין תובע לנתב' דאם התוב' אמר חשוד אני ולא רצה לישב' פטו' הנתב' בלא שבו' אבל נתב' שאמר חשוד אני ולא רצה התוב' לישב' חייב הנתב' לישב' או לשלם והיינו דאיכא בין תוב' לנתב' וע"ש בס' דברי אמת בקו' ד' ל':

כ"ב ואמר חשוד אני וכו' היינו שאמר חשוד אני כדין שגנבתי ובאו עלי עדים או נשבעתי לשקר אבל אם אמר גנבתי והחזרתי מעצמי לא אמרה אדם שהוא חשוד על השבו' כלל ואפי' תבעו בב"ד וכפ' וחייבו ב"ד שבו' ופירש מחמת השבו' והודה לא הוחזק כפרן ואע"ג דעבר הלא תשקרו ואפ"ה לא הוחזק כפרן ה"ה אם עבר על לא תגנובו כיון דהודה לא הוחזק כפרן הרדב"ז בתשו' ח"ג סי' תפ"ג ע"ש:

כ"ג דין ו' אבל אם אומר בודאי וכו' כ"כ מרן בס' בדק הבית דהרשב"א מיירי שידע ודאי שהוא חשוד ויש עדים יודעים ואין רוצין להעיד ובהאי לא פליג הרא"ש וכן חי' מהראנ"ח ח"ב סי' וה' בני אהרן סי' נ"ג ע"ש אבל הרשב"ש סי' קכ"א על א' שטען על אשתו שנטלה משל' מטלטלין וטענה היא שלהד"מ ונשבעי' ומתה וטוען שי"ל עדים שהם ברשותה ורוצה להחרי' וכו' כ' וז"ל מיהו לענין הטלת חרם שיבאו ויעידו שלעיין איך יטילו חרם זה שאם יאמרו כל מה שיעיד שראה מטלטלין פ' ביד פ' אחזוקי אינישׁ בגנבי לא מחזקי' כדאיתא בפ' כל הנשבעין והגאוני' חששו לדבר וכו' אבל יראה שבנדון זה יכיל הוא להשבי' העדים ולהחרים על כל מי שרואה נכסיו וטלטליו ביד אחר שיבא ויעיד ולא יזכיר מי שרא' נכסיו ביך פ' או פ' בתופס זה יהיה בושה וכלימ' לנתב' שיחזיקו אותו ב"ד כגנב אבל בסתם כמ"ש אין בדבר בית מיחוש וכו' עכ"ל הרי דסבי"ל דאפילו ידע בודאי שאשתו חשודה ועדים יודעים דמטלטלין שלו ברשותה אינו יכול להחרים על מי שרואה נכסיו ביד פ' אבל יכול להחרים על מי שרואה נכסיו ביד אחר סתם ולא יזכיר פ' וה' ב"ח כתב דדוקא אם התובע מביא עדים בפני בית דין ואמרו שאין רוצין להעיד אלא אם כן יחרימו סתם בב"ד כל מי שיודע וכולי וכן מבואר בתשובות הרשב"א גופיה שהביא ה' ב"י סימן כ"ח וילמד סתום מן המפורש דגם תשו' שבכאן מיירי בכך ע"ש וליתא תשו' הרשב"א שהביא הב"י סימן כ"ח היא התשוב' שבכאן והיא תשו' הרשב"א ח"ג סימן צ"ג וז"ל ואמרו לו ב"ד שיביא עדים על כך וקבעו לו זמן ומצא עדים שיודעים כן ואינם רוצים להעי' לו בפני בית דין אלא אם כן יחרימו וכו' עי"ש משמע בהדיא דלא הביא עדים בפני בית דין אלא שמצא עדי' שיודעים כן ולא רצו להעיד בפני בית דין ואפילו הכי יכול להחרים וכו':

כ"ד דין ז' מי שנתחייב שבועה דאורייתא וכו' כ' הש"ך משמע בין מ"מ או ע"א וכ"ה בתשו' הרא"ש ריש כלל י"א בהדיא דמי שכפר בכל וע"א מכחישו והוא חשוד שכנגדו נשב' ונוטל וכולי וכבר כ' ה' דברי אמת בקו' ד' ל"ג שהוא תלמוד ערוך בפ' שבועת העדות ד' ל"ב וכ' הש"ך ול"ל דהעד יפטרנו דהוי עד מסייע דכיון שנתחייב שבו' ע"פ העד שוב לא יוכל העד לפוטרו עיין שם וכ"כ מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סימן ס"א כ' וז"ל והכא גבי נסכא דר"א אמרינן מתוך שאיל"מ בלא שבו' שכנגדו וכולי מפני שהעד מסייע לתובע שע"י העד שבא ואמר חטף חשבי' ליה לאידך אינו יכול לישב' ולהכי אף שכנגדו לא ישב' כיון שהעד מסייעו ליטול יטול בלא שבוע' וכילי וא"ת לעיל דפריך אילימא דחשיד לוה וכולי מי יימר דמשתבע מאי פריך הא כיון שהעד מסייעו היה נוטל בלא שבועה כדפי' ונ"ל ה"מ בעלמא אבל בחשוד על השבו' אי הא' שכנגדו

נוטל בלא שבו' היכא שהעד מסייעו א"כ ממונא וכולי אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר"א אי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והוה נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמר דמשלם ע"פ עד א' וכו' ע"ש (עכ"מ):

כ"ה חשוד על השבו' שכנגדו נשב' ונוטל וכו' נר' דאפי' תפס התוב' או שיש בידו משכון מדאמרינן בפרק שבועת העדות הכל מודים בשכננדו חשוד על השבו' דחשוד מאן אילימא דחשוד לוה דא"ל מלוה אי אתית אסהדת לי הוה משתבענא ושקילנא ל"ל מי יימר נשתבעת אלא כששניהם חשודים וכולי וא"א לימא כגון שחשוד לוה והמלוה יש בידו משכון או שתפס במכירה ליכא מגו דהלוה היה פטור ואם היה העד מעיד לא היה המלוה נוטל בלא שבועה אלא ודאי דאפילו יש בידו משכון צריך לישב' ומי יימר דמשתב' אבל אם יש בידו משכון בענין שהיה נאמן במגו דלקוח או החזרתי אפשר דכיון דחשוד שכנגדו נוטל בשבו' עכשיו שהוא מוחזק במשכון ואיכא מגו נוטל בלא שבו' וכ"כ הש"ך בסי' פ"ט:

כ"ו אם טען עליו טענת ודאי וכולי אבל אם טענו ספק ע"פ ע"א אע"ג דקי"ל בסימן ע'"ה סכ"ג דאם בא העד משביעו שבו' דאורייתא כאילו היה טוענו טענת בריא נראה דאם הנתב' חשוד פטור כיון שתוב' שכנגדו לא יוכל לישבע וליטול דלא חשבי' כאילו טענת בריא אלא לחייבו שבוע' דאורייתא משום דאמרינן כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבו' וכי היכי דב' עדים מחייבים אותו ממון אף על פי שזה טוען שמא עד אחד נמי מחייבו שבועה כמ"ש הרשב"א בתשו' ח"ב סימן ר"ה ע"ש אבל אם הנתבע חשוד שאינו יכו' לישב' פטו' כיון שהתוב' שכנגדו לא יכו' לישב' וליטו' כמ"ש הרמב"ם בפרק ב' מהלכות טוען היה חשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב שכנגדו אינו יכול לישב' וליטול וכו' וכתב המ"מ ולמד כן מדאמרו שכנגדו נשבע ונוטל למד רבינו שלעולם שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה אלו כששניהם חשודים וכו' הא כל שהתובע אינו טוען בריא אינו נוטל אבל הרמ"ה כתב דהוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם וכולי ודעת רבינו עיקר עיי"ש והטור כתב דרבינו ישעיה סובר כהרמ"ה ע"ש וכן כת' בעל המאור סוף שבועות וכן כתב הרב חוקות הדיינים ס"ט וז"ל ואם חשוד מי שעליו השבועה מ"ד שומרין כגון שהתובע גם כן אינו יכול לישבע וליטול מפני שאינו יוד' וכו' הרי הוא כדין אם היו שניהם חשודין וכו' עיין שם ומרן בסימן ח' פסק דשומר חשוד פטור וכו' וכ' הפריש' דסבירא ליה דלא הוי כשניהם חשודים דחזרה שבו' לנתב' ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דשאני התם שהתוב' טוען עליו טענת בריא ע"ש אם כן בכל שבועה דאורייי' חשו' ושאינו יכול לישבע לא מחייב עד שישבע שכנגדו ואם

הוא טוען שמא דלא יוכל לישבע און החשוד משלם וכן כתב הש"ך ס"ק י"א נראה דה"ה תובע את חשוד שמא ע"פ העד וזה כדעת רוב הפוסקים דטען שמא על פה עד אחד מחייבו שבועה דאורייתא כמו שהסכים הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ' ואפילו הכי אם תובע את חשוד על פה עד אחד לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם לפי שהתובע אינו יכול לישבע וליטול וז"ל מהר"ם בתשובותיו דשייכי לס' משפטים סימן ס"א וא"ת לעיל דפריך אילימא דחשיד לוה וכו' עד מי יימר דמשתבע מאי פריך הא כיון שהעדים מסייעו היה נוטל בלא שבועה אא וי"ל ה"מ בעלמא אבל בחשוד על השבועה אי הוה אמינא דשנגדו נוטל בלא שבועה היכא שהעד מסייעו אם כן היה נפיק ממונא מניה כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמ' בנסכ' דר"א אי הוה בעי טעין לא חטפי והו' נסכא ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמרינן דמשלם על פה עד אחד כיון דעיקרו לא אתא סהדא לחייב ממון קרינן ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם וכו' אא אי שכנגדו שקיל בלא שבועה על ידי עד אחד נמצא דכל שעתא יעול על ידי אחד ונמצא שהיה שם עיקרו לממון שהחשוד א"א לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא חד סהדא לשכנגדו אמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו עכ"ל ואם כן נראה דתובע את החשוד שמת על פה עד אחד כיון שאינו יכול לישבע לא אמרינן לחייב אא ממון מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאין על א' מחייב ממון וכה"ג כתב הרב מש"ל בפרק ו' מה' שאלה ופקדון על תשו' הרשב"א עוד נ"ל דאף למאן דסבר דעד אחד פוטר אף משבועה דאורייתא הכא בנדון זה מודה דיטו' הלה בשבו' משום כיון דאי לא הוה העד היה נוטל המשאיל בלא שבועה משום דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם אם כן היכא דאיכא עד אחד דינו שנאמר שלא יטול הלה אלא בשבועה דאי אמרינן שלא יטול הלה אפילו בשבוע' נמצא דעד אחד אם לממון וכו' עש"ב והע"ש כתב גבי שומר הטעם דאם כן כל חשוד המקבל פקדון מחבירו יהא חייב אפילו באונסין מתוך וכולי אלא אם כן היה נאנס בפני עדים וזה לא רצו חכמים להחמיר עליו כ"כ לקונסו וכו' מה שאין כן בשאר משא ומתן וכו' עש"ב ות"כ דוק' בשומר פטרו אבל בכל המחוייב שבו' דאורייתי' החשוד חיי' אפילו התובע טוען שמא שלא יוכל לישבע ובדין זה כ' אבל אם טוען עליו טענת ספק שאין החשוד חייב שבו' מן התורה שהרי אין משביעין על טענת ספק חוץ משבו' השומרים וכו' ע"ש ואין נראה כן אלא אפילו היה התשו' חייב שבועה דאורייתא על טענת ספק כגון טוענו ספק על פה עד אחד פטור החשוד דאין התובע נוטל אלא בשבועה ולא דוקא בשומר כנראה מדברי הסמ"ע והב"ח ומהרשד"ם סימן קפ"ה עיי"ש ואפשר דגם הרז"ה ורבינו ישעיה והרמ"ה דדוקא בשומר חשוד סבירא להו

דאמרי' מתוך שאינו לישבע משלם כמו שכתבו התוס' בריש פר' הפרה דף מ"ו בד"ה דאפילו וז"ל ועוד אומר ר"י דל"ד דהא טעמא דמחוייב שבועה ואין יכול לישבע משלם מפ' בפרק כל הנשבעין משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין ב' ולא בין היורשים ומפרש התם כגון שא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל חמשים ידענא וחמשים לא ידענא דבאבוה כי האי גוונא מחייב וע"כ צריך לומר טעם למה באב חיי' וביורשים פטור וכו' אלא האי טעמא דבאב חייב לא ידענא דהוה ליה לידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל יורשיו לא היה להו לידע במילי דאבוהון ומהאי טעמא א"ל נמי למיפטר בשמעתין שאין לו לידע אם משנגחה ילדה או קודם וכו' וכן כתב הסמ"ג בעשין צ"ה דברי ר"י עי"ש וכן כתב הג"א שם וכן כתב מהר"ם בתשובו' הארוכות סימן רצ"ט והרשב"א והרא"ש בסוף פרק הכונס עיי"ש וכתבו עוד התוספות וא"ת דהכא משמע דלית ליה לר"י בריא עדיף וכו' וי"ל דהתם בריא שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו דידע אם חייב לו הילכך מדטען שמא מוכחא מילתא דברי דהאי אמת וברי עדיף אבל הכא מה שטוען בריא לפי שיודע שזה לא היה בשע' נגיחה וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע מ"ה אין ברי' עדיף וכו' עי"ש ואם כן א"ל דגבי שומר חשוד אף על פי שהוא טוען ברי וחבירו שכנגדו טוען שמא שהחשוד טוען בריא גרוע לפי שיודע שחבירו לא יכחישנו וחבירו טוען שמא טוב דלא הי"ל לידע מ"ה אמרי' מתוך שאיל"מ אבל תובע את החשוד בשמא ע"פ ע"א אפשר שהחשוד טוען בריא טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב אם לא ומדטען שמא מוכחא מלתא דברי דהלה אמת א"כ אפשר דלכ"ע פטור וכ' ה' דברייי אמת בקו' ה' ס"ד ל"ב ולע"ד א"ל דעת הרמב"ם דכל חשוד מן התורה נשבע ולא משלם אלא כדי שלא יבוא לידי שבועת שוא עשוהו חכמים כמחוייב שבועה ואין יכול לישבע שמשלם אם שכנגדו ואפי' בשניהם חשודים תקנה לא זזה ממקומה מאחר שהתובע טוען בריא אבל בתובע טוען שמא לא תקנו חכמים שכנגדו יטול בלא שבועה כיון דהיה נשבע ונפטר לא חייבו חכמים ממון בלא שישבע הנתבע אבל אנך רבוותא ס"ל דחשוד הוי מחוייב ואין יכול לישבע ומשלם מן התורה אלא דחכמים תיקנו שכנגדו ישבע ויטול אם טוען בריא ואם אין התובע יכול לישבע אוקמוה אדין תורה דמתוך שאיל"מ ע"ש וכבר כ' הב"ח סס"י צ"ב בדברי הטור דפליגי בהכי ע"ש ומ"מ נר' דהתובע את החשוד ע"פ ע"א פטור כיון שאין התובע יכול לישבע כדין שומר שהוא חשוד וכו' והרמב"ם בפ"ב דין ו' כ' היה חשוד מן הנשבעין בטענת ספק אינו נשבע ואין שכנגדו נשבע לפי שלא נתחייב שבועה מן התורה ולפי שאין התובע טוענו טענת ודאי כדי שישבע על טענתו וכ' הלח"מ לפי נוסח' זו נר' דר"ל הטעם שאין

שכנגדו נשבע מפני שאין זו שבועה מן התורה ועוד טעם אחר דאפי' שבועת התורה לא היה שכנגדו נשבע לפי שאין טוען ודאי כדאמרי' גבי שומר וכו' ע"ש הרי דאין חי' בין שומר לאחר דכל שאין הלה טוען ודאי ואין יכול לישבע החשוד פטור והריב"ש בסי' ק"ח כ' וז"ל ועוד שאפי' לא היה נאמנות ונאמר שהיא חשודה ולא תוכל לישבע לא תפסיד כתובתה מפני זה בנדון זה שאין היורשים שכנגדה יכולין לטעון אותה טענת ודאי אלא טענת ספק ובידה שטר מקויים ואין שכנגדה יכול לישב' וליפטר שבועה המכחישתו בברי וכ"כ הרמב"ם בפ"ב מה' טוען שאם היה חשוד מן הנשבעין בטענת ספק אינו נשבע לפי שהוא חשיד ואין שכנגדו נשבע מן התורה ולפי שאין התובע טוענו טענת ודאי כדי שישבע על טענתו ע"כ ונראה מדבריו אפילו בנשבעין ונוטלין כמ"ש בפיסק' הסמוכה לזה שכ' שאם נתחייב החשוד שבועה מדבריהם והוא מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול לישבע וליטול אלא שכנגדו נשבע שבועת היסת ונפטר וכן פוגם שטרו וכולי וזה שכנגדו טוען בריא לכן כתב הרב שנשבע היסת ויפט' מן השטר וכו' עי"ש וכבר תמה הרב דברי אמת בקונ' ה' דף ל"ה ע"ג נראה דמפרש דברי הרמב"ם שכ' היה חשוד מן הנשבעין בטענת ספק כגון ששטר בידו ואין חבירו טוען עליו בריא להשביעו אלא טענת ספק כמו היורשים שנשבע התובע על טענת ספק שלהם לכך פי' אין נשבע כלום ונוטל בלא שבועה וכו' (עכ"מ):

ועוד נ"ל דאפילו למ"ד דחשוד שטוען בריא אע"ג דאינו יכול לישב' גובה בשטרו אבל תוב' שטוען שמא גרע ואינו גובה מן החשוד שטוען בריא משו' דברי ושמא בריא עדיף כדאמרינן בפרק ק' דכתובות גבי אומרת משארסתני נאנסתי וכולי אף ע"ג דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור דלא אמרינן בריא עדיף אלא הממע"ה באומרת משארסתני נאנסתי וכולי קי"ל כר"ג דבריא ושמא בריא עדיף משום דחזקה מסייע לה אלמא כיון דחזקה מסייעא לטוען בריא מוציאין ממון מחזקתו וכ"ש הכא דמסייע חזקת ממון ללוה שטוען בריא דאמרי' ברוא ושמא בריא עדיף וכבר כ' בעה"ת שער כ"ט ח"ב סימן ו' תשו' מהר"י ן' פלט וז"ל וכן נמי אי אתי חנוני ותבע לבע"ה ואיכא פועל דמכחיש ליה שקיל מיניה בלא שבו' ול"ד למנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם לויתי אם לאו דמשתב' היסת ונפטר משום דהתם איכא בריא גבי תובע וחזקת ממון גבי נתבע ואוקי ממונא בחזקת מריה טפי עדיף וכולי אבל הכא גבי חנוני איכא תרי אנפי חזקת שליח עושה שליחותו ובריא ומדחי' חזקת ממון מקמי תרתי ומנ"ל דכל היכא דאיכא תרי אנפי כה"ג מדחי' חזקת ממון מקמייהו דתנן הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים וכולי רג"א נאמנת והלכה כוותיה וטעמא משום דאיכא חזקה דגופא בהדי בריא ושמא א"נ

איכא חזקה דמגו בהדי בריא ושמא ומדחי' חזקת ממון מקמי הני תרי אנפי ושקיל בלא שבוע' וכולי ומאי דק"ל למה המוציא הוצאות על נכסי אשתו והמכיר כליו וספריו ביד אחר וחבריהון דמשתבעי על מאי דתבעי ושקלי אף ע"ג דליכא מאן דמכחיש להו והכא פטרתו ליה לחנוני בדלא מכחיש ליה פועל משום דאיכא גבי חנוני תרתי חדא חזקת שליח עושה שליחותו וכולי ואיכא בריא ושמא וגבי מוציא הוצאות על נכסי אשתו וחבריהון ליכא אלא בריא ושמא וליכא חזקה וכולי עכ"ל הרי דגבי חנוני כיון דאיכא תרתי חזקה ובריא נוטל בלא שבו' וה"נ אע"ג דהלוה היה חייב שבו' דאורייתא אם התובע טוען שמא והוא טוען בריא דאיכא תרתי חזקת ממון ובריא אמרי' בריא ושמא בריא עדיף ופטור בלא שבועה וק"ו הוא דחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף דהא קי"ל כשמואל בר"פ המוכר פירות דאין הולכין בממון אחר הרוב וכה"ג כ' הרמב"ן במלחמות פ' האשה שנתארמלה גבי אי עירעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו וכולי אע"ג דאיכא לאוקמ' אחזק' חזקה דממונא עדיפא א"נ שקולין נינהו לא עבדי' עובדא לאפוקי ממונא ואיך תעלה על דעתך דמשום חזקה דעלמא מפקי' ממונא והלא אף בתר רובא לא אזלי' בממון וכ"ש בתר חזקה וכולי וכ"כ בס' הזכות בסימן ס"ב ע"ש וא"כ אם התובע טוען שמא והנתבע טוען בריא דאיכא תרתי חזקת ממון ובריא אמרי' בריא עדיף ופטור בלא שבועה וכ"כ בעל המאור סוף שבועות דחנוני על פנקסו וחשוד נוטל בלא שבו' והרמב"ן במלחמות כ' טעה בחנוני על פנקסו שדינו כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקי"ל דפטור וכו' וכ' הש"ך סס"י זה נ"ל דדברי בעל המאור נכונים דהא באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע גופיה פליגי וכולי ונהי דקי"ל התם כר"נ דפטור היינו דמשום טעמא דמפ' התם דאוקי ממונא בחזקת מריה ולא מפקי' ממונא כלל משא"כ הכא דס"ס מפקי' ממונא מבע"ה ועוד מסתמא חנוני עשה כמו שצוה לו בע"ה דקי"ל חזקת שליח עושה שליחותו וכולי עכ"ל ומ"ש משא"כ דס"ס מפקינן ממונא מבע"ה וכולי א"נ דהרי בעל הבית חייב לפועל ולחנוני ומן הדין הול"ל דאינו חייב רק לפועל דהוי כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אבל לגבי חנוני דהוי כאומ' איני יודע אם הלויתני פטור אלא משום חזקת שליח עושה שליחותו מסייע לחנוני שטוען בריא אמרינן בריא עדיף אף להוציא ממון וכדברי מהר"י ן' פלט ואפשר דהרמב"ן ס"ל דלא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו אלא באיסור' ולא בממון ומהר"ם בתשו' הקצרות סימן כ"ה כ' על ראובן ששלח פקדון לשמעון ביד לוי וכולי נראה דאינו יכול להשביעו כי טענת שמא היא דלא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו אלא באיסור' שלא יהא המשלח חוטא כי הוא סומך עליו אבל בממון לא תדע וכולי ע"ש הרי דאפילו דאינו יכול להשביעו בטענת שמא בכח חזקה זו

וכן מבואר בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סימן מ"ד דלא אמרי' חזקת שלוח עושה שליחותו להוציא ממון עש"ב וא"כ סובר הרמב"ן דחנוני על פנקסו הוי כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור מן הדין לא אמרי' חזקת שליח עושה שליחותו להוציא ממון ולא דמי להא דאמרי' בפ"ק דכתובו' גבי משארסתני נאנסתי וכולי דנאמנת דאמרי' בריא ושמא בריא עדיף אף להוציא ממון משו' דחזקה דגופא מסייע) לה דחזקה דגופא אלימתא דאפילו לקולא אמרי' לה אבל חזקת שליח עושה שליחותו לא אמרינן אלא לחומ' ולא לקולא כדאיתא בפרק התקבל ס"ל דאין מצרפי' חזקה זו לטוען בריא להוציא ממון מחזקת מריה אבל הכא בשומר חשוד שטוען בריא וחזקת ממון מסייע' ליה נר' דלכ"ע אמרי' ברי עדיף ונפטר בלא שבו' ומ"מ נר' דה"נ תובע את החשוד שמא ע"פ ע"א כיון שהחשוד טוען בריא וחזקת ממון מסייע ליה אמרינן בריא עדיף וה' דברי אמת שם הכריח כן מפ' שבועת העדות דלא אוקמוה בחשוד לוה ולא מלוה ובטוענו שמא ע"פ ע"א דלא מ"ל מי יימר דמשתבע וכולי ושם דף ל"ג ודף ל"ד כ' דרבי' ישעיה והרמ"ה אפשר דס"ל כס' רבי' אפרים דאין משביעין בטענת ספק ע"פ ע"א ע"ש ואכתי ק"ל על הטור דבסי' ע"ה נר' דסובר דטוען שמא ע"פ ע"א מחייבו שבו' דאורייי' כמסקנת אביו הרא"ש ובסימן זה כתב בסוף דברי רבי' ישעיה והרמ"ה דשומר חשוד חייב משמע דס"ל וכו' וא"כ ק' ההיא דפ' שבועת העדות דלא מוקי לה בטוען שמא ע"פ העד והלוה חשוד שהיה משלם בלא שבועת המלוה ע"ש (עכ"מ):

כ"ז הגה וי"א דהא דחשוד וכו' כ"כ רבינו ירוחם בשם הראב"ד ודברי הראב"ד באו בס' א"ז למציע' וז"ל ות"ל דהו"ל רועה ק"ל דילמא אביי נמי משום דהו"ל רועה קאמר וא"ל דהכי אקשי' והא רועה גזלן ידו' הוא ומעיקרא כי אפקיד גביה אדעתא דספק פסידא אפקיד דאי אמר נגנבו לא היה נשב' ולא שכנגדו יכול לישבע הילכך השתא נמי נימא מגו וליפסוד ע"כ ונראה דס"ל כדעת הרמב"ם דשומר שטוען נגנב או נאבד הפקדון והוא חשוד אין שכנגדו נוטל שאין יכול לישב' כיון שאינו טוענו ודאי השתא נמי שטוענו להד"מ נאמן במגו ומפסי' ומשמ' דבלא מגו אפי' חשוד ידוע שכנגדו נשב' ונוטל ואם הלוה לחשוד והודה במקצת לד' מהר"י ן' מיגש שמ' דטעמא דמודה במקצת דצריך לישב' משום דמגו לפטור משבועה לא אמרי' והא דאמר רבא מ"מ אמרה תורה מודה מקצ' ישב' חזקה וכו' כבר כתבתי בסי' צ"ג משום דמשי' אביד' וכו' ומכח חזקה דאין אדם מעיז לא חשיב משי' אבידה אבל ודאי דהוי מגו ומגו דהעזה אמרי' ליפטר מממון אבל ליפטר משבו' לא מהני מגו עש"ב וא"כ חשוד שדינו לשלם מתוך שאינו יכול לישב' אמרי' מגו ליפטר מחיוב ממון כמ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא גבי ע"א מסיי' פטו' משבו'

ואינו פוטר שומר שאינו יכול לישב' דהוי חיוב ממון ואין ע"א פוטר מחיוב ממון ע"ש וה"נ חשיב ממון לענין מגו דאמר' מגו לפטור מחיוב ממון וכן ראיתי לה' דברי אמת בקו' ד' ל"ג שלמד כן מדברי הרא"ש דגם למ"ד מגו לפטור משבו' לא אמרינן כשאינו יכול לישבע חשיב חיוב ממון ואמרינן מגו ע"ש משמ' דאם לא היה חשוד ידוע מיהו מדברי הראב"ד בשעה שמסר לו אלא דנעשה חשוד על השבו' אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל ואין החשו' נאמן במגו דנגנב או נאבד:

כ"ח דין ח' היה חשוד שומר וכו' דעת רבי' ישעיה ק והרמ"ה דהשומר הוי מחויי' שאיל"מ כמ"ש הטור ע"ש וה' דברי אמת בקו' ה' דל"ג הק' למה אינו נאמן במגו דהחזרתי או להד"מ דנהי דמגו לפטור משבו' לא אמרינן גבי חשוד שאינו יכול לישב' מקרי חיי' ממון כמ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא גבי ע"א דפוטר משבו' דשומר שאינו יכול לישבע מחוייב ממון ואין ע"א פוטרו מחיוב ממון ע"ש ולק"מ דא"כ מודה במקצת שהוא חשו' וכן ע"א מעיד שלוה והוא מכחישו אמאי שכנגדו נשבע ונוטל יהא נאמן במגו והר"י ן' מיגש בחידושיו בפ' כל הנשבעין והביאו הראב"ד בס' תמ"ד סי' קצ"ה כ' דמגו לפטור משבו' לא אמרינן דהא שומרים דא"ל מגו לא מפטרי משבו' ומודה מקצת וע"א דא"ל מגו ואפ"ה חייבי' רחמנא שבו' וכבר כתבתי בסימן פ"ב בדיני מגו דאפש' דסביר' ליה דהא דאמרינן חזקה היינו לענין דלא חשיב משיב אבידה דפטור משבו' דחזקה וכו' אבל מגו דהעזה ואפילו במקום חזקה אמרינן מגו אלא דה"ד לגבי ממון אבל לפטור משבו' לא אמרינן עש"ב וא"כ בחשוד דחייב ממון מתוך שאיל"מ אמאי לא אמרינן מגו דפוטרו מחיוב ממון וכן בע"א יהא נאמן במגו דפרעתי וז"ל הרמ"ה בפ' יש נוחלין הימן קכ"א ועוד דע"כ אפילו היכא דאיכא מגו לא מהני לאפטורי משבועה דאם כן שבו' עד אחד היכי משכחת לה לימא מגו דיכיל מימר פרעתי וכו' ואף על גב דמשכחת לה בקובע זמן לחבירו ולא עבר זמנו וכו' א"נ דעד אחד בשטר אי נמי דאסהיד ביה דא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' סוגיא דעלמא לא הכין היא אלא כל מקום ששני' מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבו' אע"ג דא"ל מגו דאלת"ה גבי נסכא דר"א וגבי חד סהדא ותרתי שני ולפירי דקאמרינן דהו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישב' וא"א מגו דהא לא מחייב שבו' דא"נ הוה טעין לא אכלתי ולא חטפתי לא הוה מחוייב שבו' מגו דאי הוה טעין פרעתי א"נ לפירות ירדתי אלא לאו ש"מ דלא אמרינן מגו לאפטורי משבו' וכו' עכ"ל

כ"ט לפיכך אם טען בעל הפקדון וכו' הש"ך כתב דשבו' השומרי' אינו אלא בטוען בעל החפץ שמא דכל שטוען ברי אינו חייב שבו' דחזקה אין אדם מעיז וכו' ובזה פיר' דברי הרמב"ם דאם אינו יודע שאכלו וטען ששלח בו יד או פשע בו כיון שחייב שבו' דאוריי'

על טענ' שמא שלא אכלו והוא חשו' שאינו יכו' לישב' נשב' הלה ונוט' אבל אם טען ג"כ ברי' שאכלו אין על השומ' שבו' דאוריי' ופטו' ע"ש ומצאתי בשו"ת בשמי' ראש סי' רנ"ב שנש' בנפקד שטען נגנב והלה מכחישו בברי שעדיין הוא אצלו דאפשר דליכא שבועה אלא כשטוען שמא אבל זה שמעיז בפניו אמרינן חזקה אינו מעיז והשיב וז"ל מ"ש וכו' אינו אמת דהכא נאנסו ונגנבו טענות רעועות הן ולא שכיחי ובדין דלא ליהמניה כלל תדע דליורשים לא טענינן להו כמו שהוכיח ר"ת בההיא דשטר כיס יכו' ואומר אני דבברי לא מהימן האי כלל לומר נגדו טענה גרועה כזו דלא טענינן ליתומים ולפיכך אין טוענים אותה ליתומים דלא מהימן בה אלא מהיות בריא ושמא אבל יתומים נהי דמכח אבוהון קאתו חשבינן להו בריא דאם לא כן תקש' לאביי ורבא מיתומים גופייהו אלא דיתומים היינו כבריא וכולי היינו דוקא בטענה שיוכל להכחיש בה חבירו אף אם גם הוא טוען בריא אבל במידי דאילו אמרו חבירו בריא לא מהימן בה אלא משום דלא אמרה תורה ליטול היכ' שזה טוען ודאי מה שאין כן ביתומים וכולי עיין שם מבואר דסביר"ל דכשטוען המפקיד בריא אין הנפקד נאמן כלל דנאנסו וגניבה ואבידה לא שכיחי וטענה גרועה היא ולא האמנתו תורה בשבועה אלא משום דבבריא ושמא בריא עדיף ומהאי טעמא אין טוענים ליורשים טענת נאנסו וגניבה ואבידה דאף על גב דטענת היורשים מקרי טענ' בריא מ"מ לא חשיב בריא גמור ודוקא טענה שהיא נאמן בה אביהם אף אם היה חבירו טוענו בריא טוענים אותה ליורשים אבל טענת נאנסו דלא היה נאמן בה אביהם אלא דמשום דחבירו אינו מכחישו בבריא ובריא ושמא בריא עדיף אין טוענין אותו ליורשים דדוקא מי שטוען בריא גמור האמנתו מן התורה ועיין בהכנה"ג בסי' ק"א אות ז' שכ' ראיה דמה שאנו טוענים ליורשים טענת בריא חשבינן לה מדתנן והנפר' מנכסי יתומים לא תפר' אלא בשבו' והטעם משום דטוענים להם שמא פרע ואי טענ' ספק חשבינן לה הא אין נשבעין על טענת ספק ע"ש וזה יש לדחות דאפשר דטענת היורשים לא מקרי טענת בריא ודוקא לחייבו שבו' טוענים להם שהרי כ' הרשב"א בתשוב' ח"ב סי' ס"ח וז"ל דע שיש טענת שמא גמור כגון ההיא דראה סלע שנפל מג' דאינו בריא ולא קרו' לבריא שאינו יכול לטעון על א' מהם אתה לקחתו והיא יסוד למ"ש הראשונים שאין משביעין היסת על שמא וכו' אבל כשאינם אלא שנים אע"פ שהוא אינו יכול לו' בברי לחבירו שהוא לקחו מ"מ קרוב הוא לודאי וכו' ושמא בזה אינו קרוי שמא אלא להשבי' עליו היסת וכו' ע"ש הרי דטענת שמא קרוב לבריא משבי' עליה וא"כ א"ל דטענת היורשים חשבינן לה כשמא קרוב לבריא לגבי שבו' דוקא כמ"ש מהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' נ' דבקל רמו רבנן שבו' וכו' וכ"כ הרא"ש בריש בתרא דחשיב

פירעון אינו מספיק אלא לענין שבו' ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו וכו' ע"ש וה"נ אע"ג דטענינן ליורשים שמא פרע לחייבו שבו' לא טענינן להו להפסידו ממון מיהו הא קי"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מיתומים אפילו גדולים משו' דטענינן להו שמא פרע ואע"ג דתנן בסוף ב"ק הלויתני וא"י אם החזרתי לך חייב לשלם ע"ש אלא ודאי דטענת היורשים כבריא חשבינן לה וכן בר"פ האשה שנתארמלה אמרי' לא אמר ר"ג נאמנת משארסתני נאנסתי וכו' אלא בברי ושמא אבל הכא בבריא ובריא לא וכ' הרא"ש ואלמנה נמי חשיבא טענת היורשים בריא כיון דטענינן ליתמי כל מאי דמצי אבוהון למיטען וכו' ע"ש ומ"מ נר' דלא חשבי' טענת היורשים כבריא גמור דא"כ כל מה שהיה אביהם יכול לטעון נטעון ליתמי אפילו טענה דלא שכיחא מיהו לדברי ה' נראה דכל טענה שהיה נאמן אביהם עליה אפי' היה מכחישו הלה בבריא כגון טענת מזוייף טענינן לה ליורשים דדוקא טענת נאנסו לא טענינן להו משום דלא האמינתו תורה אלא משום דהוא טוען בריא גמור והלה טוען שמא אבל (עכ"מ):

ל' לפיכך אם טען וכו' בשו"ת בשמים ראש סימן. רנ"ב נשאל דנפקד שטען נגנב והלה מכחישו בבריא שעדיין הוא אצלו דאפשר דליכא שבועה אלא בטוען שמא שאינו מוכיח אבל הכא שמעיז פניו אמרינן חזקה אינו מעיז והשיב ה' מה שעלה ע"ד טענת שמא מטענת בריא אינו אמת דטענת נאנסו ונגנבו לא שכיחי וגרועות נינהו תדע דליורשי' לא טעני' וכו' לכן עיקר הדין כך אם אפשר לזה לטעון להד"מ או החזרתי שאין כאן עדים ה"ז נאמן במגו אבל אם א"א לטעון כך אינו נאמן כלל דלא נאמרה שבועה אלא בשמא עש"ב ונר' דאם הפקידו אצלו בשטר דאינו יכול לטעון להד"מ אינו נאמן לומר החזרתי כמבואר בסי' רצ"ו ע"ש וא"כ בטוען בריא שעדין הוא ברשותו אין הלה נאמן כלל ועי' בהש"ך סי' ע"ב ס"ק קט"ו שכ' במשכון שנפחת ביד המלוה וטען הלוה בריא דע"י פשיעתו נפחת דלא שייך שבועת השומרים אלא בטענת שמא אבל בטענת בריא נשבע המלוה היסת ונפטר עש"ב:

ל"א דין ט' שכנגדו ישבע ויפטר וכו' כ"כ הרמב"ם ובפ' הכותב ד' פ"ה ע"א גבי ידענא החשוד וכולי הפכה רבא אשכנגדה וכולי כתב הריטב"א וז"ל פירש"י שכן עשה רבא שיהא שכנגדה נשבע ונוטל והק' עליו כיון דליכא ראיה שהיא חשודה וכו' ל"ל לאפוקי ממונא וכולי לכך פי' שזה היתה נשבעת ונוטלת והפכה רבא לשכנגד' שתהא נשבעת ונפטרת מר בשם הרי"ף הלוי אחיו ע"כ הרי דהרא"ה והרי"ף הלוי והריטב"א דחשוד אם הוא מהנשבעי' ונוטלים נשב' שכנגדו ונפטר ואפשר דמכאן למד הרמב"ם כן אבל רש"י שפי' שכנגד' נשבע ונוטל אפ' דס"ל דאם היא מהנשבעי' ונוטלים אפי' היתה

ודאי חשודה כיון שהשטר מקויים בידה גובה בלא שבוע' וכבר כתב שם תר"י בשם רבם הטעם מפני שמן הדין היתה חייבת כיון שאם הודה הול"ל שתשלם בלא שבוע' הנתב' כמו מחוייב שאין יכול לישב' דקי"ל דמשלם אלא שאמרו חכמים החשוד על השבו' ישב' שכנגדו ויטול וכיון דמן הדין חייבת אין כאן הוצאת ממון ע"ש מבואר דס"ל דחשוד מדאורייתא שכנגדו נוטל בלא שבו' אלא שחכמים החמירו על שכנגדו שלא יטול אלא בשבו' כמ"ש בפרק כל הנשבעין עש"ב ולכך לא חשיב הוצאת ממון אבל הרא"ה והריטב"א אפשר דס"ל דחשוד מדאורייתא נשבע ונפטר ומדרבנן הוא דפסול שהחמירו עליו לישב' שכנגדו וליטול כמ"ש התוס' בפ' הגוזל ע"ש ודוקא בחשוד ודאי החמירו אבל בלא ראיה אין להוציא ממון ושו"ר לה' דברי אמת בקו' ה' ד' ל"ה דהרמב"ם למד כן מההיא דפ' הכותב כמ"ש:

והטור כ' בשם הרי"ף שהנתב' פטור בלא שבו' וכ' הב"ח דמדברי הרא"ש והר"ן בפ' הכותב בשם תשו' הרי"ף נראה דפוגם שטרו חשוד נשב' הנתב' כעין דאורייתא ונפטר והדרישה תי' דלא מיירי בפוגם שטרו ששטרו בידו אלא כשאין השטר בידו ולכך פטור בלא שבו' אבל הכא מיירי בששטר כתוב בידו לכך צריך הוא לישב' ונר' דר"ל דהטור שכ' בשם הרי"ף דהנתבע פטור בלא שבו' ה"ד בשאר הנשבעי' ונוטלי' חוץ מפוגם שטרו ודוקא בפוגם ובדרישה סימן פ"ב תי' דהטור מיירי דנשבעי' ונוטלי' שאין שטר בידם כגון נגזל ונחבל וחנוני על פנקסו וראיה מדכתב הטור אח"ך וכ' עוד שבפוגם שטרו וכולי משמע דעד השתא לא מיירי בנשבעי' ונוטלי' בשטר ובתשו' מיירי בנשב' ונוטל בשטר ע"ש ועי' בס' ה' נתיבות משפט ד' ש' שכ' תי' זה בשם הדרישה בא"ה סימן צ"ו בקיצור והסכים עמו ודקדק עמו הב"ח מדברי הרא"ש והר"ן בפ' הכותב בשם תשו' הרי"ף נר' דבפוגם שטרו והוא חשוד נשב' הנתב' כעין דאורייתא ונפטר ודוקא בשבו' היסת אמרי' תקנתא לתקנתא לא עבדי ונר' דהכי נקיטי' וכולי ונמשך אחריו הכנה"ג הגב"י אות ט"ז ע"ש וכ"כ הט"ז בא"ה סימן צ"ו ס' ט"ו ע"ש ולא זכרו מ"ש בעל המאור סוף שבועו' שהרי"ף כ' בתשו' תחזור שבועתו להיסת שכנגדו וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב דף ס"ה וסי' ע"ש וכ"כ הרי"ף בתשו' סי' פ' דהשטר בטל כאילו הוא תביעה ע"פ ואם הודה הנתב' במקצת ישב' שבוע' דאורייתא ואם כפר בכל נשב' היסת ע"ש וכ' עוד הב"ח וכשהנתב' נמי חשוד אמרי' דודאי נוטל התובע בלא שבו' כיון דמדינא הו"ל ליטול בלא שבו' מאחר שהשטר מקויים בידו דבהא כ"ע מודו וכולי ע"ש ואין נר' כן שהרי כ' הר"ן שם וז"ל ואחרים תי' נ"מ אם היתה אשה זו חשודה על השבו' וכולי דתקנתא לתקנתא לא עבדי' ונוטלת בלא שבו' אלא שה' לא תי' כן לפי שדעתו דכי אמרי' תקנת'

לתקנתא לא עבדי' היינו דנשב' ולא משלם אבל בנשבע ונוטל נשב' הלה ונפטר שכך כ' בתשו' הפגם שטרו והוא חשוד עכ"ל וא"א אכתי א"ל דנפקא מינה אם שניה' היו חשודים דבשבועה דרבנן נוטלת היא בלא שבו' אלא משמ' דאם היו שניהם חשודים יפסיד התובע ותשו' הרי"ף היא בסימן פ"ה וז"ל אם היה אחד מן הנשבעין ונוטלין תשו' אין הופכין את השבועה בעצמה על הנתבע לפי שהיא תקנת רבנן וכשם שאין הופכין שבועת היסת מתקנתא לתקנתא כך אין הופכין את התקנה לאחרת אלא תחזור השבועה על הנתבע בהיסת עכ"ל הרי בהדיא דאין נשב' אלא היסת וה' חוקות הדיינים סי' ס"ט ומהר"ם ריקאנטי סימן ע"ה הביאו בקיצור עיין שם ונראה דהכא נמי כיון שהנתבע לא היה צריך לישבע אלא היסת אם היו שניהם חשודים התובע יפסיד והנתבע נפטר בלא שבו' וכן סיים מהר"ם ריקאנטי שם וז"ל ונר' לי דלא כיון ה' בשניהם חשודים אלא כשאר הנשבעים ונוטלין ופ' ר"ת בשניהם חשודים כר"י דאמר יחלוקו ורב אלפס פס' מתוך שאינו יכול לישב' משלם עכ"ל ע"ש:

ל"ב ואמר השבע לי וכולי כן הוא לשון הרמב"ם וכן כתב בהג"א פרק שבועת הדיינים ע"ש וכתב הרב מש"ל דסביר"ל דגבי חשוד אין בית דין טוענים לישבע כיון דידע שאינו יכול לישבע ודוקא אם טען הלוה השבע לי הוא דמפסיד ככל מוציא שטר עיין שם ואפשר דדוקא בפוגם שטרו סביר"ל הכי משום דאם לא טען השבע לי נאמן המלוה במגו דהיה כופר בכל ופוגם שטרו דעלמא משום דלא אמרינן מגו לפטור משבו' אבל חשוד שאינו יכול לישבע ומפסיד הוי חיוב ממון ומגו לגבי ממון אמרינן וכי האי גוונא כתב הרא"ש בפ' קמ' דמציע' גבי ע"א דפוטר משבועה דשומר שאינו יכול לישבע אינו פוטרו דאין עד אחד פטור מחיוב ממון ע"ש והכי נמי לענין מגו לגבי חשוד כיון שאין יכול לישבע לאו מגו לפטור משבועה הוא אלא מחיוב ממון וכן כתב ה' דברי אמת בקו' דף ל"ג עיין שם והכא נמי חשוד פוגם שטרו שהיה מפסיד נאמן במגו דכופר בכל דבשטר לא מקר' מגו להוציא ואם כן דוקא אם טען השבע לי דליכא מגו הוא דמפסיד ואף שהתוס' בפרק הכותב כתבו דלא שייך מגו בפוגם שטרו כיון דטעמא משום דלא דייק הוא סבור שדקדק ולא דקדק אפ' דהרמב"ם סבירא ליה דשייך מגו מדאמרינן בריש פרק כל הנשבעין גבי שכיר בזמנו נשב' ונטל ל"ש אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתי' ונתתי לך שכרך ואמאי נאמן במגו והא טעמא דשכיר נשבע משום דבעל הבית טרוד בפועליו וסבור שפרעו וכו' וכבר תרצו התוספות בריש פרק כל הנשבעין בד"ה מתוך וכו' דהכא אין טוען שמא אלא בריא ואומר בודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו במשקר כיון דאית ליה מגו וכו' עיי"ש ואם

כן הכא נמי פוגם שטרו שטוען בריא שלא נפרע הכל ואומר שלא שכח ויש לו מגו אין להחזיקו במשקר אלא ע"כ משום דמגו לפטור משבועה לא אמרינן וכ"כ תר"י בספר א"ז בפרק הכותב ע"ש ואם כן בחשוד כיון דאינו יכול לישבע מפסיד מגו לגבי ממון אמרינן ודוקא כשטוען הלוה השבע לי דמפסיד דהשתא אין לו מגו ועי' בשאלות ותשובות בשמים ראש סימן ן' והארכתי בסימן פ"ד אבל לשון הטור בשם הרמב"ם שהפוגם שטרו או שהלוה טוען אישתבע לי שלא פרעתיך וכו' מוכח בהדי' דחשוד פוגם שטרו בית דין טוענים לו לישבע וכיון שאין יכול לישבע מפסיד ומ"ש ואמר השבע לי וכולי במוציא שטר חוב על חבירו ואין המלוה פוגם שטרו וכו' כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ה והש"ך ס"ק י"ד עש"ב וכן כתב מרן הכ"מ שם ודלא כהרב מש"ל ועיין בספר עיטור סופרי' דף קל"ו: ל"ג וי"א כיון ששטר מקויים בידו גובה בלא שבו' כ' הסמ"ע וה"ד בפוגם שטרו או שיש בידו שט"ח והלוה אומר השב' לי אבל בנגזל ונחבל וחנוני על פנקסו מודים דהנתב' נשב' היסת ונפטר ועיין בס' המאור בסוף שבו' שכ' דחנוני על פנקסו נמי שדינו ליטו' מן התורה בלא שבו' ומתקנת חכמים הוא דנשב' כשהוא חשוד נוטל בלא שבו' והרמב"ן במלחמות כ' וז"ל טעה בחנוני על פנקסו שדינו מן התורה לילך בפחי נפש שהרי דינו מנה לי בידך והלה אומר איני יוד' דקי"ל דפטור וה"ט דפי' סבוראי משום דלא אמר בסהדי הב לי טעמ' דתקנתא הוא ולאו דינא דמ"מ פטור דאע"ג דלא אמר ליה בסהדי הב לי הו"ל לתקוני ולא לעוותי וכו' עכ"ל והש"ך כ' דבאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור דהממע"ה ואין מוציאין ממון משא"כ הכא דס"ס מוציאין ממון מבע"ה ע"ש וליתא דה"נ הול"ל דאינו חיי' רק לפועל דהוי כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אבל לגבי חנוני דהוי כאומר איני יודע אם הלויתני ואף על גב דמפסיד ונותן לבעל הבית הוה ליה למימר המוצי' מחבירו עליו הראיה ואפשר דגם מ"ד התם חייב דברי' ושמא בריא עדיף מודה הכא כמו שכתבו התוס' בריש פרק הפרה דהתם בריא שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הילכך מדטען שמא מוכחא מלתא דברי דהאי אמת וברי עדיף אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשע' נגיח' וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע מ"ה אין ברי עדיף וכו' ע"ש והכא נמי הוי שמא טוב שאין לו לידע והפועלי' מסייעין שטוענים בריא שלא פרע להם והחנוני טוען ברי גרוע לפי שהוא יודע שאין בעל הבית יכול להכחישו ואם כן לכ"ע לא אמרינן בריא עדיף והמוציא מחבירו עליו הראיה ומה שכתב הרב ש"ך דל"ד למנה לי בידך והלה אומר איני יודע מטעם דחזקת שליח עושה שליחותו וכן כתב בתשו' הר"י ן' פלט בבעה"ת שער כ"ט ח"ב עיין שם אפשר דהרמב"ן סובר, דגבי ממון לא

אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו להוציא ממון דהא קיימא לן כשמואל בריש פרק המוכר פירות דאין הולכין בממון אחר הרוב וכל שכן חזקה וכי האי גוונא כתב הרמב"ן במלחמות בפ' האשה שנתארמלה גבי אי עירעור דגזלנותא תרי ותרי וכולי עיי"ש וכן כתב מהר"ם בתשובות המיי' דשייכי לס' משפטים סימן מ"ד דלא אמרינן חזקה זו להוציא ממון ובתשו' הקצרות סימן כ"ו כתב דאפילו לגבי שבו' לא חשי' טענת ספק ואינו יכול להשביעה דלא אמרינן חזקת שלי' עושה שליחותו אלא באיסור ולא בממון ע"ש הטעם גם מה שהקשה הרב ש"ך על הרמב"ן שכתב דאף על גב דלא א"ל הב ליה הוה ליה לתקוני ולא לעוותי וכו' דהא משמע בפרק הכותב גבי אבימי דדוקא כשהזכיר לו שקו' שטרא וכו' עש"ב נראה דהיינו דוקא שלא לחייב השליח שלא פשע אבל להוציא ממון לא דהא קיימא לן בסימן ק"ל דערב שפרע למלוה ולא לקח ממנו השטר אין הלו' חייב לשלם לו מה שפרע בשבילו משום שפשע שהניח השט' ביד המלוה וכתב הרב ש"ך שם ס"ק י"ב אף על גב דכ' בעה"ת הביאו הב"י סימן נ"ח דאפילו הזכיר לו השטר פטור כל שלא א"ל בפי' שיקח השטר ערב שאני שהוא נותן המעות שלו ולחזור ולתבוע את הלוה לא הוה ליה ליתן בלא שטר ואינו יכול להוציא מהלוה בלא שטר עיין שם וקשה דהא בחנוני דאף על פי שהוא נותן שלו תוב' לבעל הבית דלא אמרינן דלא הוה ליה ליתן בלא עדים ואף על גב דאיכא מ"ד דוקא פועל אין מנהג לתת לו בעדים אבל לפרוע חוב או להלוות מנהג הוא לתת בעדי' דהרי רוב הפוסקים למדו מהך דחנוני דאין השליח חייב לפרוע בפני עדים והבעל הבית הוא דאפסיד אנפשיה שלא א"ל תן בעדים ומכל מקום אפשר דמדאורייתא אם השליח בא להוציא מבע"ה אמרינן דהשליח אפסיד אנפשיה שלא פרע בעדים ודוקא לפטור השליח לא מקרי פושע ומ"מ דעת בעל המאור דחנוני על פנקסו נמי כשהוא חשוד נוטל בלא שבועה והר' חוקות הדיינים סימן ס"ט הביא דברי בעל המאור וז"ל וה"ה על החנוני וכו' אבל אם החשוד הוא שלא היה דינם מן התורה ליטול כלום וחכמים היקלו עליו בשבוע' כגון שכיר וכולי אבל הרב רבי יונה כ' דלגבי שכיר אינו כן דשבו' שתיקנו עליו חכמים היא חומרא גדולה דמן הדין הי"ל ליטול בלא שבועה כיון שהטעם הוא משום דבע"ה טרוד בפועליו הילכך כיון שאין יכול לישב' נוטל בלא שבו והביא ראיה מהירושלמי וכן נראה ודאי שהוא עיקר וכו עכ"ל:

ל"ג יש להסתפק במלוה על המשכון והוא חשוד אם שכנגדו נשבע ונפטר כמו בשטר ול' הרמב"ם ומרן שכ' מי שנתחייב שבו' דאורייתא והוא חשוד וכו' נר' דשבועת המשנה דרבנן למיפטר אין שכנגדו נשב' ונוטל ומ"ש נתחייב החשוד שבו' היסת וכולי כבר כ' מרן הב"י לאו דוקא נקט שבו' היסת דה"ה לכל שבו' שאינה דאורי' ונקט שבו' היסת

אלא משום דבגמ' אמרו דין זה בשבו' היסת ע"ש או אפשר כיון דשבו' זו נזכרה במשנה קרי לה שבו' היסת וכה"ג כתב הש"ך בסימן פ"ז ס"ק ל"א ע"ש וז"ש נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעי' ונוטלים הנתבע שכנגדו נשבע ונפטר וכו' משמ' דאם היה מן הנשבעים ונפטרים אפי' היה חייב שבועה דרבנן בנק"ח דומיא דנשבעין ונוטלין אין שכנגדו נשבע ונוטל כגון בע"ה אומר ב' קצצתי לך והשכיר אומר ג' קצצת לי וכבר נתת לי ב' או שא"ל הילך דנשבע בע"ה בנק"ח ואינו משלם כמבואר בסימן פ"ט ע"ש דאפי' בע"ה חשוד אן שכנגדו נשבע ונוטל וכ"כ ה' חקות הדייני' סי' ס"ט וז"ל ואם היו מן הנשבעי' ולא משלמי' ושבועתו מתקנת חכמים כגון האומר לחנוני תן לי בדינר פירות ובע"ה אומר שכבר נתן לו הדינר והחנוני אומר שעדין לא נתנו לו דאמרינן נשב' בע"ה בנק"ח שכבר נתן לו ונפטר אם חשוד אותו בע"ה אינו נשב' ואינו משלם וה"ה לשבועת היסת ולא אמרינן את שכנגדו נשבע ונוטל ע"ש הרי דמחוייב שבו' חמורה בנק"ח ליפטר אם הוא חשוד לא משלם ואין שכנגדו נשב' ונוטל ובתשו' נודע ביהודה חא"ה סימן ל"ה הכריח דשטר בע"א מחייבו שבו' דאוריית' ולכך נקט הרמב"ם ברישא שבו' התורה ובסיפא שבועת היסת ושבק לשבו' המשנה משום דלא משכחת לה ע"ש וליתא דהא משכחת לה שבו' בנק"ח ליפטר במשכיר אומ' ב' קצצתי לך וכולי כמ"ש הרמב"ם והרשב"א ח"ב סימן ש"ך ע"ש ומ"מ לכ"ע בשבועת המשנה ליפטר דינא כשבו' היסת וה' בני אהרן בתשו' סימן צ"א דחה דברי הב"י שהרי הרא"ש בפ' הכותב כתב בשם הרי"ף דלא אמרי' תקנתא לתקנתא לא עבדי' רק בשבועת היסת ולא בשבו' המשנה ומדלא חלק עליו נר' דהכי ס"ל וכן דעת הרמב"ם ויעיד על זה ר' ירוחם נתיב ג' ח"ג וז"ל כל הנשבעי' בתקנת המשנה כגון פוגם שטרו וכל הנשבעי' ונוטלים בתקנת חכמים והוא חשוד נשבע ונפטר כמ"ש במחוייב שבו' דאורייתא וכולי וכ"כ רב אלפס בתשוב' והרמב"ם עכ"ל ולא דק דהרמב"ם בפ"ב מה' טוען כ' כדברי ר' ירוחם נתחייב החשוד שבו' מדבריהם אם היה מן הנשבעי' ונוטלים וכולי שכנגדו ישב' היסת ויפטר וכן פוגם שטרו וכולי ע"ש וה"ד בנשבעי' ונוטלים אבל בנשבעי' ונפטרים אפילו בשבו' המשנה דינא כשבו' היסת ואין שכנגדו נשב' ונוטל ובפ"א מה' טוען שכ' הרמב"ם אבל מי שנתחייב שבו' מדבריהם אם היה מהנשבעי' ונוטלים אינו יכול להפך וכולי כ' מרן בכ"מ ק"ל וכולי דהא נשבעי' ונוטלים לא שייך אלא בשבו' המשנה ומשמ' מדבריו דטעמא דאין מהפכין שבו' משום דנשבעי' ונוטלים הא הנך דאין נשבעי' ונוטלי' אפילו בשבו' המשנה מהפכין והדר קתני ואין לך שבוע' שתתהפך אלא שבו' היסת בלבד וי"ל דלא מפלגי' בין נשבעי' ונוטלים לנשבעי' ונפטרים אלא לענין אם לא רצה לישב' וכולי

ע"ש הרי דס"ל דאיכא שבו' המשנה ליפטר ונקט הרמב"ם אם היה מהנשבעי' ונוטלים וכולי לאפוקי שבו' המשנה ליפטר לענין אם לא רצה לישב' דמשמתין אותו (א"ה עכ"מ בקונט' זה ואח"ך מצאתי כתוב בקונט' אחר וז"ל מלוה שיש בידו משכון וכו') מלוה שיש בידו משכון והוא חשוד כ' מהרש"ג בס' משפטים ישרים סימן כ"ט נלע"ד כיון שהוא מוחזק במשכונו לכ"ע נוטל בלא שבו' ול"ד לשטר דאין ביד התובע אלא נייר ולא הוי מוחזק בדבר ע"ש ולכאו' מסתבר כן מי שמשכון בידו מקרי מוחזק טפי משטר דבשטר אם מת הלוה תחלה ואח"ך מת מלוה אין יורשי המלוה גובים מיורשי הלוה דאין אדם מש"ל אבל במשכון אפי' מת הלוה תחלה ואח"ך מת מלוה נפרעי' כמבוא' בסימן ע"ב סי"ז ע"ש וכן המפקיד אצל חבירו בשטר קי"ל בסי' רצ"ו דנאמן הנפקד לומר החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרי' שטרך בידי מ"ב וכדאית' בפ' המוכר את הבית וכ' רשב"ם שם משום דלא חייש לשטרא כיון דמצי למיפט' נפשיה בטענת אונס אבל מלוה בשטר לא מצי לוה טעין פרעתי דא"ל שטרך במ"ב דגבי לוה ליכא מגו דאפילו טעין נאנסו צריך לשלם דמלוה להוצאה ניתנה ע"ש אלמא אי איכא מגו נאמן נגד השטר אבל במשכון לא אמרי' מגו להוציא המשכון כמ"ש מהר"ם בתשו' הארוכו' בסימן פ"ו וז"ל וא"ל נהמני' לראובן שכך היה התנאי להלוותו באשראי אם ירצה במגו דא"ב אמר נאנסו בביתו הא ל"ק כיון דאיהי מחזקת במשכונות והיא טוענת שהלוותו על אותו משכון לא אמרי' מגו להוציא וכולי ע"ש הרי דהמלוה מקרי מוחזק והלוה אינו נאמן במגו להוציא המשכון מידו ואילו המפקיד אצל חבירו בשטר קיימא לן דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו ולא אמרי' שטרך במ"ב אלמא משכון עדיף משטר וא"כ הכא נמי חשוד שמוחזק במשכון נאמן בלא שבו' אבל אין נר' כן שהרי כ' הרשב"א בתשו' ח"א סי' תתקע"ז וז"ל באחד שלוה על המשכון או בשטר יו"ד דינרים ועשה לו הרבה פרעונות ואמר לו פרעתיך וכולי והחזיר לי המשכון וזה אומר בפירעון ראשון או ב' זכור בפירעון שלישי איני זכור והשיב דאם זה הלוה תובע לו משכונו הדין עמו מפני שאין למלוה תביעה בגוף המשכון אלא שעבוד בעלמא ונמצא שהלוה תובע משכונו והלה משיבו איני יודע אם יש לו שעבוד עליו שאינו יכול לתבו' על הספק וכן הדין בשטר שצריך להחזיר לו שטרו ועוד כיון שהודה שקבל קצת כבר פגם שטרו וכולי והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע עכ"ל וכן כ' במיוחסו' סימן פ"א עיי"ש אלמא משכון דינו כשטר ואמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולכאורה נראה דה"ד כשהלוה תובע משכון אבל אם המלוה תובע ללוה שיפדה משכונו הרי המלוה מוציא וכי האי גוונא כתב הר"ן והביאו הסמ"ע סימן ע"ב ס"ק מ"ט דאין מחייב ללוה שישבע בנקיטת חפץ אלא כשבא הוא

לתבוע ללוה שיפדה משכונו אבל אם המלוה שותק והלוה בא להוציא מיד המלוה אז אמרינן דהמלוה נאמן בכדי דמיו בשבועת היסת עיין שם ונרא' דהאי טעמא דאם המלוה בא לתבוע ללוה שיפדה משכונו מקרי המלוה מוציא ולכך צריך לישבע בנקיטת חפץ להוצי' ממון אבל אם הלוה בא לתבוע משכונו מהמלוה מקרי הלוה מוציא ואם כן אפשר דהכא נמי אם המלוה שותק והלוה בא לתבוע משכונו מהמלוה אפילו אינו יכול לישב' כיון שהוא מוחזק במשכון אין מוציאין מידו אבל אם המלו' תובע ללוה שיפדה משכונו כיון שבא להוציא שאין יכול לישבע אינו נוטל אבל מדברי הרשב"א משמע דאפי' הלו' בא לתבוע משכונו מוציאין המשכון מיד המלוה וכן מצאתי להרשב"ש בתשובו' סימן ק"ל שכתב בתופס המשכון וז"ל ואם הוא מאלו האנוסים וכולי אנו מחייבין אותו שבועה ואותה שבו' כפי דעת הרמב"ם היא כעין של תורה וכיון שהיא כעין של תורה והוא חשוד שהרי הם חשודים לעבו' על כמה עבירות של תורה וכל החשודים נשבעין ונוטלין עיין שם הרי דסבירא ליה דאפילו החשוד מוחזק במשכון נשבע הלה ונוטל משכונו והר"ף בתשו' סימן פ' הביאו מהר"ם ריקאנטי סימן שע"א כתב דחשוד אינו נאמן לו' דבמשכון בא לידו וכתב עליו ולא ירדתי לסוף דעתו וה' כנה"ג ח"ב סימן ע"ב תמה דהא קיימא לן דחשוד שנתחיי' שבועה דאורייתא שכנגדו נשבע ונוטל ונדחק דמ"ש ולא ירדתי לס"ד בעיקר דדינא למה חייבו שבועה דאורייתא דאינו חייב רק שבו' היסת כדעת הראב"ד עי"ש ונראה דמלוה על המשכון הוא מדנשבעים ונוטלים ולכך נשבע כעין דאורייתא כיון שאינו נשבע על גוף המשכון אלא ליטול הממון כמו שכ' הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות מלוה וכן כ' הראב"ד בספר תמ"ד סימן קצ"ה דהוי חוב' ולא נתבע עש"ב וכבר כתב הטור מי שנתחייב שבו' מדבריה' והוא חשוד אם הוא מהנשבעין ונוטלין אינו יכול לישבע וליטול סובר הרי"ף דאם הוא חשוד אינו יכול לישב' וליטול והכא נמי מלוה על המשכון שהוא חשוד אינו נאמן אבל לדעת הראב"ד והרמ"ה דפוגם שטרו וכו' דמן הדין נוט' בלא שבו' וחכמים החמירו לישבע עליהם אם אפש' אבל חשוד דאינו יכול לישבע העמידו על דין תורה דנוט' בלא שבו' הכא נמי דמלוה על המשכון מדינא נוטל בלא שבו' שהרי כתבו הרמב"ן והר"ן בפרק כל הנשבעין וז"ל ומק' דהא נשבעין ונוטלין טפי נינהו דהא איכא פוגמת כתובת' וכו' המכיר כליו וספריו ביד אחר וכו' י"ל כי קא חשיב הני דמדינא לא הוה ליה למשקל כלל וכולי והנך כולהו וכו' ומכיר כליו וספריו ביד אחר מדינ' נוטל בלא שבו' וכו' ע"ש והכא נמי מלוה על המשכון מדינא נוטל בלא שבו' לא חשיב לה כמכיר כליו וספריו ביד אחר דנשב' כמה הוציא ויטול כמו שכתב הר"ן בפרק כל הנשבעין ראיה לדין זה מדתנן המכיר כליו וכו' וכן כ' התוספות בכתובות

דף פ' בדבור המתחיל ישבע וכו' וכ"כ הרמב"ם בפרק ח' מהלכות טוען דין ח' עיי"ש ובירושלמי רפ"י דשביעי' אמרי' השביעי' משמט וכו' ניחא שלא בשט' בשטר יעשה כמלוה על המשכון ולא יהא משמט אר"י תיפתר בשטר שאין בו אחריות נכסים וכר"מ וכו' אלמא אין חי' בין משכון לשטר שיש בו אחריות נכסים ואע"ג דמסיק ר"י שם דגם שטר שיש בו אחריות נכסים משמט וכן אמרי' בפרק השולח אם כן שטר גרע ממשכון דשטר משמט ומשכון אינו משמט משום דקני ליה מדר"י נראה (א"ה עד כאן מצאתי):
ל"ה כתב מהרש"ך ח"ב סימן ק"ב בנכרי שמכר שט"ח לישראל אחר והנכרי פגם את שטרו דדינו כחשוד ויכול המוחזק לומר קי"ל כהרמב"ם וישבע הלוה היסת ויפטר ע"ש וכן גר תושב שקבל עליו שלא לעבוד ע"ז דינו כחשוד על השבועה והרשב"ץ בתשו' ח"א סימן ס' כתב וז"ל אבל מ"מ אין הדין להגבות כתובתה ומזונות אפי' כשתוציא כתובה לפי שהיא בחזקת גויה מפני השמד וקי"ל בפ' השולח דאין אלמנה נפרע' מנכסי יתומים אלא בשבועה וזו א"א להשביעה וכולי שהרי חשודה היא על כל התורה וכיון שאינה נשבעת אינה נוטלת וכו' וכ"כ הכנה"ג חא"ה סי' צ"ו אות י"ד בשם תשו' הרשב"א כת"י עיין שם הרי דס"ל דחשוד שהוציא שטר על היתומים כיון שאינו יכול לישבע מפסיד וכן פסק הטור ומרן סי' י"ב ע"ש והתוס' בפ' הנזיקין גבי יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים בין לשבועה וכולי כתב וז"ל וא"ת לשבועה היכי משכחת לה בקטנים לר"א דאמר בפ' שום היתומים אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבות אוכלת בהם וכו' ולר"ת דמפ' דדוקא שותפות אמרו חכמים דאסור לעשות ע"י גוי שמא יתחייב לו שבועה אבל אם כבר נתחייב מותר לקבל הימנו כדי להציל מידו וכו' א"ש דא"ל בשטר שיש בו רבית ובנכרי שקבל עליו לדון בדיני ישראל אבל לפי' רבי' שמואל דאסור לקבל הימנו שבועה מק"ו דשותפות ק' וי"ל דמיירי בגר תושב שקיבל עליו שלא לעבוד ע"ז וכו' ע"ש הרי דאפי' נכרי או גר תושב שקיבל עליו לדון בדיני ישראל גובה מיתומים בשבועה והא אפי' גר תושב ודאי דהוי חשוד על השבועה וחשוד שהוציא שטר על היתומים אפי' הם גדולים כיון שאינו יכול לישבע מפסיד ושו"ר להּ דברי אמת בקו' ה' ד' ל"ה ע"ד שהביא דברי התוספות בכתובות ד' צ"ד והרשב"א בחי' לגיטין דאוקמוה להההיא דגובים מיתומים קטנים בשבועה בגוי או בגר תושב ומדבריהם נלמוד דגוי הפוגם שטרו וקבל עליו לדון בדיני ישראל ישביעהו לגוי ויפרע לישראל ע"ש ורב האיי גאון בס' שערי צדק ש"ד מח"ה סי' יו"ד כ' דעבד פסול לשבועה ודינו כחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ע"ש ובירושלמי בפ' כל הנשבעין אמרי' גבי שכיר דעבד דינו כחשוד שתחזור השבועה לבע"ה הביאו הר"ן שם ופסקו רמ"א בסו' צ"ט עיין שם ובתשו' בשמים ראש סי' שכ"ד כתב דסתם עבד חשוד

על הגזל והמגיה שם צידד שאינו חשוד אלא מדרבנן ע"ש, ובתשו' ר' האיי משמע דפסול לעדות ולשבועה מדאורייתא ובא"ה סי' י"ז אשה שהלך בעלה למ"ה אפי' העד עבד וכו' כ' ה' ב"ש סק"י אע"ג דסתם עבד פסול לעדות מדאורייתא מחמת עבירה צ"ל דאיירי כאן בידוע שהוא כשר כמבואר בי"ד סי' א' וכ"כ הב"ח עיין שם ומהר"ם ן' חביב בס' עזרת נשים ד' י"ג ע"ב ע"ש וא"כ כ"ש גוי דפסול לעדות ולשבועה ושכנגדו נשבע ונוטל וכ"כ הרמ"ה בתשו' אחרונה שכ' בשמעון שמשכן משכון ביד לוי והוצרך לו למעות ונטל המשכון למשכנו וללוות עליו ונפל ממנו בדרך ונאבד ושמעון תובע משכונו ולוי רוצה לפורעו אבל אינו יודע כמה היה שוה ואמר ששמעון ישבע כמה היה שוה ושמעון השיב המשכון היה של גוי שמשכנו לי ואיני יודע שוויו אלא הגוי נשבע לי כמה היה שוה וכו' אין ממש בדבריו שאין מוציאין ממון ע"פ שבועה ועדות של גוי ואסור לקבל השבועה מן הגוי וכו' עכ"ל הרי שכתב דגוי, אינו נחמן בשבועה ואסור לקבל השבו' ממנו ואם כן אם הוא פוגם שטרו ישבע שכנגדו ויפטר אבל הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קס"ה כתב וז"ל שמעון לוה מנה מגוי ומכרו הגוי לראו' וכשבא ראובן ליפרע משמעון טען וכו' יבא הגוי וישבע לי שלא פרעתיו ואם הגוי רוצה לישבע לית דין ולית דיין שיתחיי' שמעון לראובן בכך ואין בכך משום שלא ישמע על פיך בגוים הללו וכו' שא"א וכולי פרעתיו למלוה יבא המלוה וישבע לי שלא פרעתיו לא אמר כלום ואין חוששין לו ואין לוקח זה כאומר איני יודע אם הלויתיך כיון ששטרו בידו חזקה וכו' עכ"ל ע"ש הרי דסביר"ל דאם הגוי כאן ורוצה לישבע פשיטא דחייב הלוה לפורעו על פה שבועתו ליכא משום לא ישמע על פיך אלא אפילו הגוי כאן או' שאינו ריצה לישבע אין חוששין לטענת הלוה לעכב הפירעון דחזקה וכולי ואפשר דהרשב"א סבירא ליה בחשוד ופוגם שטרו דנשבע הלוה ונפטר משום דקנסו אותו חכמים כמו שכתבו התוספות בפרק כל הנשבעין דף מ"ז בד"ה מתוך וכו' ודוקא גוי המוכר שטרו אפילו לא רצה לישב' לא הפסי' הלוקח משום דחזקה וכולי ולא קנסו ללוקח שאינו יכול לישב' וא"כ אפי' הגוי פוגם שטרו והוי כחשוד אפ"ה גובה הלוקח ונראה דאע"ג דגבי חשוד אם אמר אקבל שבועתו אין שומעין לו מ"מ מגוי שומעין לו ואי משום לא ישמע ע"פ וכולי אפשר דגם רשב"ם והרמ"ה דס"ל דחסו' לקבל שבו' מגוי מודו הכא כמ"ש בשו"ת בשמים ראש סי' רמ"ח וז"ל והא דלא אמרינן גבי מלוה טעמא דשמא יתחייב לו שבו' לק"מ דהתם ישראל יודע בשקרו ואינו דוחקו לשבו' אלא כדי שימנע וישלם ואם נשב' לשקר אין זה מקיים בשמא אדרבה זילותא הוא וגבי שותפות הוא דהא להתחיי' לו בדבר המסופק לו וישב' באמת ולא ימנע עכ"ל והרשב"א בתשו' ח"ה סימן קס"ז כ' על ראובן נתחייב בשטר לגוי ומת הלוה בחיי

המלוה ומכר הגוי המלוה השטר לישראל אחר ואמרת שאינו גובה בו ישראל הקונה מנכסים משועבדים דכיון דצריך לישב' ושבועת הגוי כמי שאינה אבד שטרו וכל שכן אם אח"ך מת המלוה קודם שזכה בו ישראל אמרינן דאין אמש"ל תשו' וכו' נראה שדעת' לומ' שאפילו דליתא לדרב ושמואל אפ"ה הלוקח מפסיד דאלו לדרב' ושמואל אין חי' בין למשועבדי' לב"ח אלא כיון שחלקת בהם אתה סבור דאפי' ליתא לדרב ושמואל הפסיד הלוקח מפני דאינו יכול לישב' שלא נפרע ושבועת הגוי אינה כלום כמ"ש ותנן מנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה וכולי וזה אינו לפי שאליו היה חייב ראובן לשמעון מנה בשטר ומכרו שמעון ליהודה הרי יהודה גובה בלא שבוע' המלוה דאל"כ כל שטרי חוב שירש יורש מאביו וכו' וזה נר' ברור ועוד באת בטענה אחרת להפסיד שלא ליפרע מן הלקוחות מדרב ושמואל וכו' וגם זה אינו נ"ל גם רב ושמואל לא אמרו אלא ביורשים מן היורשים דמיד שמת הלוה מיד חלה עליו השבו' ואינו ניצול ממנה לעולם ואינו יכול להורישה אבל במוכר שט"ח שיש לו על א' ואותו ליה מכר נכסיו אע"פ שמת המלוה לא חלה עליו השבו' מחמת הלקוחות דשמא יהא לו עוד נכסים שיפרע מהם וכך קבלתי מרבותי וכו' עכ"ל ומ"ש שאלו היה חייב ראובן לשמעון וכולי כ"כ מרן הב"י בסי' ס"ו מחו' י"ב הלוקח שט"ח מחבירו וכו' (עכ"מ):

ל"ו כ' הרמב"ם ומרן בסימן שפ"ח אין משביעין את המוסר לא שב' חמורה ולא שבעת היס' מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה וכו' וכ' מהרשד"ם סי' שנ"ה ונלע"ד שאם הוא היה נתב' שמשבי' את התוב' ונוטל כדין חשוד על השבו' שכנגדו נשב' ונוטל ע"ש ונר' דאם הוא נתבע דחייב שבו' היסת אין שכנגדו נשב' ונוט' אלא המוסר נפטר בלא שבועה כדין חשוד וז"ל ה' המאירי בפ' הכונס נסתפקו חכמים אם נתפשטה תקנה זו אף במסור שכל שמסר ממון חבירו למלכות בעדים וכו' ולא ידעו העדים כמה הפסידו והנמסר אמר כו"ך הפסדתני והוא כופר או בכל או במקצת אם יהא נשבע הנמסר ונוטל אם לאו לפיכך אין מוציאין מן המוסר אלא בראיה וכו' ויש מצריכין שבו' היסת בכמה מסרו ואין נר' שהרי מסור פסול לשבו' ולשכנגדו אין כאן שבו' דתקנת' לתקנת' לא עבדינן כמ"ש בפ"ק דמציעא ואם תפס הנמסר אין מוציאין מידו עכ"ל הרי דכ' דפטור בלא שבועת היסת ואין הנמסר נשב' ונוטל אלא דאם תפס הנמסר אין מוציאין מידו וכן נר' מל' הרמב"ם ומרן כמ"ש הכנה"ג בסי' שפ"ח הגב"י אות י"ט עש"ב וה' פנים מאירות ח"ב סי' צ' כ' דמוסר אינו נפסל אלא מדרבנן וכל שלא הכריזו עליו עדותו כשירה דהא מוסר אינו אלא מדינא דגרמי וכבר הכריע הש"ך בסי' ס"ו וסי' שפ"ו דדינא דגרמי קנסא דרבנן דרוב הפוסקים חולקים על הרמב"ם והלכה כרבי' עש"ב וליתא דרוב הפוסקים

ס"ל דדינא דגרמי מדאוריית' מה"ט אפי' מת מוציאין מיד יורשיו כדקי"ל בסי' ס"ו וסי' שפ"ח וכן העלה מהרח"ש ח"א סי' ס"ח דהוי מדאוריית' ואפי' בשוגג חייב עש"ב ואם לא מסרו רק שאמר אלך ואמסו' כ' מרן בסי' ל"ד ס"כ השונא לחבירו וא"ל בפני רבים אלך ואמסור ממונך פסול לעדות וכ' הסמ"ע דוקא בשונאו חששו שמחמת שנאתו יעשה כן ולא באחרי' ע"ש וכ"כ מרן הב"י על הג"א נ"ל דהיינו במוחזק שעושה מעשה וכו' ואפ' דמ"ה נקט סני לחבריה וגם אמר לו בפני רבים חזקתו שימסור והרי הוא פסול מיהו לענין להרגו עי"כ לא ברירא לי מילתא וכ' בבדק הבית ובפרט בזה"ז דאף המוחזקי' בכשרו' אומרי' כן ולא משמע להו דאיכא איסורא באמירה עכ"ל ונראה דה"ד באמירה שאומ' אלך ואמסור לא משמע להו איסורא כל שלא מסרו אבל אמי' שמוסר לגוי הוי כמעשה כמ"ש הרב פני משה ח"א סי' נ"ג ומהר"ם בן חביב בס' ג"פ סי' קכ"ג ס"ק ז' ע"ש שהרי כ' מרן הב"י א"ח סי' ט"ל דמ"ה השמיטו רבינו דהשתא כ"ע קים להו שהמסור מהעבירות החמורות היא ובכלל הישראל מומר לע"ז הוא ע"ש וא"כ הכא דקאמר דלא משמע להו לאיניש איסורא באמירה ה"ד מה שאומ' אלך ואמסור אבל אם מוסר לגוי כ"ע ידעי שהיא עביר' חמורה ומ"מ משמע דה"ד לענין שלא להרגו אבל לעדו' פסול מיהו כיון דלא משמע להו איסורא באמירה אפשר דלא הוי חשוד לשבו' ואם נתחייב שבו' דאורייתא אין שכנגדו נשב' ונוטל דדוקא לעדות פסול וכה"ג כ' הריב"ש בסי' רס"ו בעבר על השבו' דלהבא דלא נפסל לשבועה לדעת רש"י אפשר דמודה לענין עדות דפסול ונמשכי אחריו קצת אחרונים כמ"ש הכנה"ג בסי' ל"ד ע"ש ונר' דמשום דשבו' חמורה מעדות כמ"ש התוספות בגיטין ד' נ"א בד"ה ובכוליה וכו' דגזלן פסול לעדות מדאורי' ואינו פסול לשבו' מדאורייתא לפי שחמורה להם שבועה שכל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקב"ה לא תשא כדאמרינן בפ' שבו' הדיינים ע"ש ולכאורה נראה כיון דלא משמע לאינשי איסורא באמירה כשר לעדות ולשבו' ובתשו' מור"ם סימן י"ד כ' הר' נפתלי כיון שראשי העיר וכו' אם כן ראה ויתר למסור באומר דבדעתו שאין נקרא מסי' רק המוסר גוף חבירו ולא ממונו כי מורגלים בזה וראיה מפ"ק דב"מ דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו כשר לשבו' ע"ש ואם כן ה"נ שאומר אלך ואמסור דלא משמע לאינשי איסורא כשר לעדות ולשבו' אבל מדברי מרן משמ' דלא מהני טעם זה רק שלא להרגו אבל פסו' לעדו' ומשמ' דה"ה לשבו':

ל"ז דין יו"ד היה החשוד וכולי ואין שכנגדו נשב' ונוטלו כולי ואם התוב' תפוס כתב מהרשד"ם סימן קפ"ה דאפי' אינו טוען בריא אין מוציאין מידו ונאמן בלא שבו' והביאו הכנה"ג אות כ"ו עיין שם אבל הרדב"ז בתשו' ח"ב סימן קכ"ח כ' וז"ל ואם היה ראובן

טוען ודאי אתם לקחתם מה שיחסר אין ספק שהדין עמו ולא מיבעיא ליפטר בנ"ד אלא אפילו ליטול וכו' אבל כיון שאין ראובן טוען אלא שמא אפי' יהיו השותפים על השבו' וכולי כיון שהשותפים טוענים בריא שלא בא ההפסד מצדנו וראובן טוען שמא בריא ושמא בריא עדיף וכולי ומה שטען ראובן שהם היו סיבה להפסד אומדנא היא ולא אזלי' בממון בתר אומדנא וכולי עש"ב משמע בהדיא דס"ל דאפילו תפוס כיון שהם טוענים בריא והוא טוען שמא מוציאי' מידו ואפילו איכא אומדנא דמוכח שלקחו הם לא אזלי' בתר אומדנא ואע"ג דבאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע לא קי"ל כמ"ד בריא עדיף אלא כר"נ ור"י דאמרי פטור דהממע"ה וכ' התוס' בר"פ הפרה בד"ה דאפילו וכולי דאפילו מ"ד בריא עדיף ה"ד התם משום דהבריא טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו הילכך מדטעין שמא מוכחא מילתא דבריא אמת הוא ובריא עדיף אבל הכא מה שטוען בריא לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע מש"ה אין בריא עדיף וכולי עכ"ל א"כ אפי' למ"ד בריא עדיף ה"ד משו' דהבריא טוב שמא גרוע אבל הכא השותפי' שטוענים שהחזרנו הממון שלקחו לפי שהלה אינו יודע ושמא שלו טוב לכ"ע לא אמרינן בריא עדיף והממע"ה מיהו אפשר דגבי חשו לכ"ע אמרי' בריא עדיף אפילו שכנגדו תפוס דא"כ כל א' ישתתף עמו ויתפוס משלו ויטעון עליו שמא ויפסידו וכה"ג כ' התוס' בפ"ק דמציעא ד' ה' בד"ה שכנגדו וכו' וז"ל וא"ת מ"ש דבחשוד על השבו' שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאיל"מ וכו' וי"ל דהכא אי אמרי' משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבו' ויטלו כל אשר לו עכ"ל ולכך בשותפים דא"א לשכנגדו לישבע פטור החשוד בלא שבו' ואפילו תפס מוציאין מידו דאל"כ לא שבקת ליה חיי דשותפו יתפוס ויביאוהו לידי שבו' ויטול כל אשר לו:

ל"ח דין י"א נתחייב החשוד שבוע' היסת וכו' כ' בתשו' בשמים ראש סימן של"ב על א' שחטף בגד מחבירו ואמר בפני עדים שלי הוא ולמחר תבעו לב"ד וא"ל החזרתיו לך בלילה ואמרת אע"פ שכת' הרמב"ן דאין הגזלן צריך עדים להחזירו הרי אמר שלו הוא ואין אדם עשוי להחזיר שלו אגב חורפך טעית דהא עכשיו אומר שלא כדין לקח והחזיר והרי הוא כשאר גזלן ואף שבשעת מעשה אמר שלו הוא אין בכך כלום וכולי עיין שם ועי' בהש"ך סס"י שס"א דהכי קי"ל דהגוזל את חבירו אין צריך להחזיר לו בעדים וכן דעת מרן והסמ"ע והרמב"ן בפ' ח"ה גבי נסכא דר"א וכו' כ' דמיירי שראו עדים שהיא ברשות גזלן כשבאו לב"ד דאם לא ראו נאמן לומר שלי חטפתי במגו דהחזרתי וכ"כ הנ"י שם והר"ן בפ' כל הנשבעי' ע"ש משמע דאפילו אמר בפני עדים שלי הוא יכול לומר החזרתי

דאל"כ אימא דהתם מיירי ביהכי דליכא מגו מיהו כ' בתשו' בשמים ראש שם ועוד כון דהאידנא תקנו רבנן שבועת היסת ואין לוה נאמן אלא בשבוע' ואין הגזלן נאמן עליה חייב לשלם דכך תיקנו רבנן המחייב לחבירו בעדים צריך לפורעו בעדים או בשבועה ונהי דבהלואה איכא לספוקי וכולי אבל בגזל לא וכו' ע"ש ודבריו תמוהים (עכ"מ):

ט"ל נתחייב החשוד שבועת היסת וכו' אם המלוה נתחייב שבו' היסת כגון מלוה בשטר או על המשכון וטוען המלוה שלא קבע לו זמן או שהיום סוף הזמן שקבע לו שכ' מרן סימן ע"ג דנשבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד ע"ש אם היה המלוה חשוד י"ל דהלוה נשבע היסת ונפטר ולמ"ד דגם בנשבעי' בנק"ח כעין דאורייתא ונוטלים כיון ששטר מקויים בידו אפי' הוא חשוד גובה בלא שבו' משום דתקנתא לתקנתא לא עבדי' ודאי דכ"ש בשבו' היסת אבל לדעת הרמב"ם דחשוד אינו נוטל אלא הנתבע שכנגדו נשבע ונפטר אפ' דה"נ דאע"פ שלא היה המלוה צריך לישב' רק היסת בחשוד ישב' הלוה ויפטר דלא עבדי' תקנתא לתקנתא לתועלת התוב' כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ט אבל לתועלת הנתבע דעבדי' תקנתא לתקנתא וכה"ג כתב הסמ"ג עשין צ"ה וז"ל מי שנתחייב שבו' מדבריהם כ' ר"מ שאם היה מן הנשבעי' ונוטלים וכולי (א"ה עכ"מ והשאר מצאתיו קרוע ואח"ך כתוב מיהו וכו') מיהו אפ' דהתם כיון דמודה בעיקר ההלואה נמי הוי לנתבע כמ"ש מרן הכ"מ פי"ג מה' מלוה הטעם דסגי בהיסת דכיון שהודה שחייב לו הוי כאילו תובע הלוה למלוה חייב אתה להמתין לי כו"ך ימים עיין שם וא"כ אם הוא חשוד נוטל מיד בלא שבו' דלא עבדי' תקנתא לתקנתא לתועלת לוה זה שהוא כתובע:

מ' דין י"ב החשוד על השבו' ומוציא שטר על היתומי' וכו' כ' הב"ח דאיצטריך לדעת הראב"ד והרמ"ה דס"ל דבפוגם שטרו והוא חשוד נוטל בלא שבו' כיון ששטר מקויים בידי א"כ ה"נ כיון ששטר מקויים בידו הו"ל ליטול בלא שבו' וכו' דאילו להרמב"ם דבפוגם שטרו אם הוא חשוד נשבע הלה היסת ונפטר פשיטא דבמוצי' שטר על היתומים נמי כיון דחייב שבו' אם הוא חשוד יפסיד וכו' ע"ש וכבר כתבתי בסי פ"ב דין ו' דבתשובו' הריב"ש סו' ק"א מבואר דגם הרמב"ם לא ס"ל דבפוגם שטר דמפסיד אלא משום דהנתבע טוען בריא לכך נשב' ונפטר אבל יורשים שטוענים ספק ואין יכולים לישבע נוטל מהם התוב' בלא שבועה ע"ש ובזה ניחא מה שהק' הריטב"א על הרמב"ם דס"ל דאלמנה אין נותנים לה מזונות אלא בשבו' מדאמרינן בפ' השולח בההיא איתתא דחשידא אשבועה דאתת לקמיה דרב הונא וכו' א"ל מזונו' נמי לית לך דאמר שמואל התובעת כתובתה בב"ד אין לה מזונות וא"א ל"ל מדשמואל ת"ל דבעיא שבו' והיא חשודה אלא ודאי האלמנה נותנים לה מזונות בלא שבועה עכ"ל והביאו מרן הכ"מ בפי"ב מה' אישות

דין י"ח ע"ש ולדברי הריב"ש ניחא דחשוד לגבי יורשים שאין טוענים בריא נוט' מהם התובע בלא שבו' וה"נ גבי אלמנה חשודה אבל הרז"ה בס' המאור בסוף שבועות והביאו ה' חקות הדיינים סי' ס"ט כ' דכל חשוד שהוא מהמושבעים ונוטלים אם הוא מאותם שהיה דינם מן התורה ליטול בלא שבועה וחכמים תיקנו עליהם שבו' כגון הפוגם שטרו או כגון שבא עד אחד ואמר שטר זה פרוע הוא או כגון שבא ליפרע שלא בפני לוה כגון שהוא חשוד ויש בידו שטר מקויים נוטלים בלא שבו' וה"ה החנוני על פנקסו שהרי דינו מן התורה ליטול בלא שבו' חוץ מחשוד הבא ליפר' מנכסי יתומים שיתבטל שטרו לגמרי והרי הוא כמת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה דזו השבו' שהרי חייב המלוה לישבע בפני לוה ששטר זה אינו פרוע אינו יכול להורישה לבניו מפני שבניו אין יכולים לישב' שבו' זו מפני שהם אינם יודעים וכו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א בחי' שם דמורי הרב הוה אומר כן שהבא ליפרע מנכסי' משועבדי' דחשו, אינו גובה כשם שאינו גובה מהיתומים וכו' עכ"ל הרי דס"ל דכל הנשבעין ונוטלין אם הם חשודי' נוטלי' בשט' שבידם בלא שבו' אבל לגבי יתומים השטר בטל אע"ג דהיתומי' טוענים שמא והוא טוען בריא והר"ן שם כ' דאפש' לומר דדוקא ביתומים מן היתומים אמרו רב ושמואל לפי שחלה שבועה על אביהם אבל בחשוד דלא חלה שבועה עליו מעולם גובה מיתומים בלא שבו' כמו בפוגם שטרו וכו' כ' הסמ"ע דביתומים היקלו שלא להוציא מידם אפילו היתומים מהיתומים וכו' וכ"ש המלוה עצמו הבא להוציא מהיתומים והוא חשוד דאינו יכול לישב' דאינו מוציא מידם וכו' ע"ש ואינו כן שהרי הריב"ש ס"ל דמלוה עצמו הבא ליפרע מן היתומים אם הוא חשוד נוטל בלא שבו' משא"כ ביתומים מן היתומים וטעמא דדוקא יתומים מן היתומים דשניהם טוענים ספה אבל המלוה שטוען בריא נגד היתומי' שטוענים שמא נוטל בלא שבו' והראב"ד דס"ל דפוגם שטרו אם הוא חשוד גובה מהלוקח בלא שבו' נר' דכ"ש דגובה מהיורשים בלא שבו' וכה"ג כ' הרשב"א במיוחסות סי' כ"ב גבי כת"י דלמ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי דכ"ש דגובה מהיורשים ע"ש ומהריק"ו סי' ק"מ כ' דלמ"ד נאמן לומר פרעתי אפי' מהיורשים אינו גובה דטוענים ליורש וכ"ש כשהוא טוען בעצמו ע"ש וא"כ הלוה כשטוען בריא עדיף מיורשיו ולדעת הראב"ד דאפי' מהמלוה כשטוען בריא גובה בלא שבו' וכ"ש מיורשיו שטוענים שמא וז"ל הראב"ד בס' תמ"ד סי' רל"ח וכן כל הנשבעים ונוטלים שבמשנה זו אם היו חשודים נוטלים בלא שבועה דכיון דשבו' דרבנן היא וכו' חוץ מהיתומים ליתומים שאם נתחי' מלוה לבני לוה שבו' ומת עד שלא נשבע כיון שהיתומ' שלו יכולים לישב' שבו' אביהם מפסי' ממונם והא מילת' דרב ושמואל היא וכבר אמרו הבו דלא להוסיף עלה וכיון דהכי שאר הנשבעים ונוטלים היורשים

שלהם נשבעי' שבו' היורשים ונוטלים ואע"ג דההיא שבו' אינה כלום הילכך לגבי דידהו נמי אם הם חשודים ואינם יכולים לישבע אינם מפסידים את ממונם דלא גריעי ממתים שלא מתו ובשעת מיתה אמרו בעדים שלא נפרעו הלא היורשי' שלהם נוטלים בלא שבו' וכו' ואפי' יתומים מהיתומי' והנך דחשידי והם חיים ודאי לא גריעי מהנך שהם מתים ושקלי בלא שבו' וכו' עכ"ל הרי בהדיא דכל הנשבעים ונוטלים אפי' הנפרעים מנכסי יתומים השנוי במשנה אם הוא חשוד נוטל בלא שבועה דדוקא יתומים מהיתומים שלא צוה אביהם אמרינן אין אמש"ל אבל אם צוה בעדים שלא נפרע אפי' יתומים מיתומים גובה בלא שבו' והחשוד שהוא חי ואומ' שלא נפרע לא גרע וכן נראה דעת התוספות בשבועות ד' מ"ז בשם ר"ת בד"ה מתוך וכו' ע"ש ועיין בתשובות הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ג ועיין בתשו' הרשב"ץ ח"א סי' ס' שכ' וז"ל אבל מ"מ אין הדין לגבות כתובתה והמזונו' אפי' כשתוציא כתובת' לפי דעתי לפי שהיא בחזקת גויה מפני השמד וקי"ל בפ' השולח דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומי אלא בשבו' וזו א"א להשביעה וכו' שהרי חשודה היא על כל התורה וכיון שאינה נשבעת אינה נוטלת וכולי וכ"כ הרב כנסת הגדולה חא"ה סימן צ"ו אות י"ד בשם תשו' הרשב"א כת"י ע"ש הרי דס"ל דחשוד שמוציא שטר על היתומים שאינו יכול לישב' מפסיד:

סימן צג

א' דין א' השותפין וכו' ראובן נתן לשמעון ממון בתור' עסק ונתן שמעון מקצת מאותו ממון בתור' עיסקא ללוי יכול ראובן להשביע ללוי בטענת שמא ואין לוי יכול לומר לאו בע"ד דידי את תשו' הרי"ף הובאה בתשו' הרשב"א כ"י הרב כנה"ג ע"ש וז"ל בעל העיטור בדיני שתוף דף כ"ו ע"ג והיכא דראובן ושמעון נשתתפו ונטל אחד מהם מן הממון ונשתתף עם לוי הרי חבירו משביע ללוי ולמ"ל ליה לאו בע"ד דידי את וכל שכן אם נתן ראובן לשמעון בתורת עיסקא וכו' דא"ל ממונא דידי הוא ושליחות דידי עבד ואם שמעון השביע ללוי קיימ"ל שבועה לאחד שבועה למאה עכ"ל: ב' אחד מהשותפים שמת ויש עליו חובות שלוו לצורך השותפות וחובות שלוה המת לצורך עצמו כל מה שהוא בחזקת השותפים אפילו נמצא ברשות השותף המת הרי הוא בחזקת השותפין ולא בחזקת היורשי' לבדם אפילו הם קטנים ונוטלים השותפים חלקם מהם אבל חלק השותף המת הוא משועבד לכל בע"ח שלוו לצורך השותפי' ולחוב שלוה המת לצורך עצמו ולכתובת אשתו גם כן ואם יש לו יתומים קטנים וגדולים לא יגבה מהם שום ב"ח מחלק הקטני' אלא כתובת אשתו וחלק הגדולי' יגבו ממנו כל ב"ח בין אותם שלוו לצורך

השותפות בין אותם שלוו לצורך עצמם ויגבו כפי דינם מרן בתשו' בס' אבקת רו' סימן קע"ג ע"ש:

ג' והאפטרו' שמינו אותו ב"ד וכו' הטור והרמ"ה כ' דמיירי נמי באפטרופוס שמינהו אבי יתומים דהא דאמרינן לא ישבע היינו דוקא היכא דליכ' הודאה במקצת אבל היכא דאיכא הודאה במקצת ישבע אבל מינוהו בית דין אפילו ליכא הודאה במקצת ישבע וכ' הפרישה דהרמ"ה לטעמיה דסבירא ליה דכל הני דקתני מתני' נשבעים בטענת שמא היינו דוקא בדאיכא כפירת ב' כסף והודאה בפרוטה והיינו דקתני סתמא השותפים וכו' והאפטרו' דוקא במודה במקצת ע"ש אבל בתשובות הרמ"ה סימן רמ"ו כתב וז"ל אם האפטרופוס זה מינהו אבי יתומים אינו נשבע על טענת שמא אלא על טענ' בריא ואם לא מינהו אבי יתומים נשבע אפילו על טענ' שמא וכו' מדברי המשנה אלו נשבעין שלא בטענה ומכללם האפטרופוס וכו' אבל על טענת בריא אפילו מינהו אבי יתומים ישבע אלא שאינו נשבע שבועת האפטרו' שהיא כעין דאורייתא וכו' וצריך אתה לידע כי השותפים והאפטרו' וכיוצא בהם אינם נשבעים על טענת שמא אלא בחושד אותם התובע ב' כסף וכו' וכופר הנתבע בכל מה שחשדו התובע אבל אם הודה במקצת אינו נשבע שבו' האפטרו' אלא אם היתה התביעה כדי שתהיה ערך הכפירה ממנו ב' כסף עכ"ל הרי דסביר"ל דכל הנשבעין בטענת שמא לא בעינן הודאה במקצת דאם חשדו שתי כסף ומשמע דמתני' מיירי באפטרו' שמינהו בית דין אבל מינהו אבי יתומים אינו נשבע אלא על טענת בריא שבועת היסת ולפי מ"ש הטור נראה דמיירי בכל האפטרו' בין במינהו אבי יתומים או מינהו בית דין אלא דאפטרופו' שמינהו בית דין אפילו כפר בכל צריך לישבע אבל מינהו אבי יתומים אין צריך לישבע בשמא אלא אם כן הודה במקצ' אבל אם כפר בכל אינו נשבע אלא על טענת בריא שבועת היסת:

ד' עד שיחשוד המשבי' וכו' פירש"י ב' כסף ופרוט' והוא כופר בב' כסף ומודה בפרוטה וכן כת' הרמ"ה וכן עיקר הטור וכן כתב הרשב"א בתשוב' ח"ב סימן ס"ב שכן נ"ל כדברי רש"י וכן כתב הסמ"ג עשין פ"ב ובעל העיטור דף כ"ו ע"ג ע"ש אבל הראב"ד בס' תמים דעים סימן רל"ז דף נ"א ע"ג כ' איכא מ"ד למדנו מדברי הרב דבעינן בשבועות שמא כפירה והודאה וכולי ולא מחוור וכו' אלמא לא בעינן הודאה עש"ב וכן כתב מהר"י ן' מיגש בחי' והוא שחושד אותו בעל הבית בסך שתי כסף והם כופרים בו ואומרים לא נטלתי לך כלום ע"ש וכבר כ' הרב ש"ך על הסמ"ע שכ' לדעת הרמ"ה דליתא דבהדיא כתב הטור בסימן ר"ץ ס"ד בשם הרמ"ה דאין צריך הודאה ע"ש וכן כתב הרמ"ה בתשובות סימן רמ"ו וז"ל וצריך אתה לדעת כי השותפים והאפטרו' אינם נשבעים על טענת שמא

אלא בחושד אותם התובע שני כסף וכו' וכופר הנתבע בכל מה שחשדו התובע אבל אם הודה במקצת אינו נשבע שבועת האפטרו' אלא אם הית' התביעה כדי שתהיה הכפירה ממנה ב' כסף עכ"ל הרי בהדיא דלא בעינן הודאה אלא אם הודה במקצת צריך שתהיה התביעה בערך שתהיה הכפירה ב' כסף וכן דעת הרי"ף בתשובו' סימן ע"ח דלא בעינן הודאה ע"ש אבל ראיתי להראב"ד בס' תמים דעים סי' רל"ט דס"א ע"ב שכתב על הרי"ף בענין האפטרו' וכו' נ"ל דצריך שהיא בטענה שתי כסף והודאה שוה פרוטה או שיהא מקצת האפטרו' קיים בידו שהוא וכו' עכ"ל ועיין במהר"א ששון סימן קי"ד:

ה' דין ב' בהגה דאין אומרים מגו לפטור וכו' כן כתב מהר"י ן' מיגש בחי' לשבועות והביאו הראב"ד בספר תמים דעים סימן קצ"ה ע"ש וכן כתב הרמב"ם בפרק ב' מה' שכירות והסמ"ג עשין פ"ט וז"ל אחד המפקיד וכו' או שלא בעדים וכולי נשבע שבועת השומרים שאין אומרים מגו לאפטורי משבו' וכו' עי"ש והרמב"ן בחי' לשבועות דף מ"ב וז"ל פירש"י ולא חשבתו משיב אבידה לפוטרו על שלא כפר בכולו ומיהו משמע משיב אבידה פטור מדאורייתא וכו' ומכאן נלמוד שאפילו לפטור משבועה אמרינן מגו וכו' וי"ל הא דאמר רבא מפני מה אמרה תורה וכו' הק' למה אמרה תורה מ"מ ישבע ולא אמרה כן בכופר הכל וכולי וזה הפירוש לדעת יש מי שאומר שאין אומרים מגו לאפטורי משבו' וכו' ע"ש ועיין להראב"ד בספר תמים דעים סימן רל"ט דף ס"א שכתב דחכמים לא פטרו משיב אבידה אלא מפני תיקון העולם ולא מדאורייתא והרמב"ן בספר הזכות דנ"ד דחה דבריו וז"ל דכיון דסברי רבנן אבל בבנו מעיז ומעיז וכו' הוה ליה הפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה וכו' וכל שכן שלא התיר לעצמו לגמרי אלא עשה חסד והודה במקצת והשיב אבידה וכדרבא דאמר רבא מפני מה אמרה תורה מ"מ הטענה ישבע דאלמא דהיה לו לפוטרו ד"ת דאלמלא מטעם שפי' חזקה וכו' עש"ב ולפמ"ש ניח' דהוא סבירא ליה דמגו לאפטורי משבועה לא אמרי' כמו שכ' בשם מהר"י ן' מיגש אפילו משיב אבידה אינו פטו' מדאורייתא אלא מפני תיקון העולם והא דאמר רבא מ"מ אמרה תורה וכו' הק' למה אמרה תורה מ"מ ישבע ולא כופר בכל אבל קשה על הסמ"ג שכתב דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ובעשין צ"ה כתב וז"ל מ"מ אמרה תורה וכו' פירו' הוה ליה לפוטרו במגו דכופר הכל או נילף מהכא דלא אמרינן מגו וכו' ע"ש והרב ב"ח בסי' רצ"ו תירץ דהיינו דוקא כשהטענות שוות כגון בשומר דבב' הטענות נפטר השומר לגמרי אבל במ"מ דמשיב אבידה הוא דאי בעי היה כופר הכל דלא היה מתחייב כלל ועכשיו הוא מ"מ ודאי דמסתברא לפוטרו משבועה במגו דכופר הכל ע"ש והיינו כדאמרינן גבי מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס דחכמים פוטרים משום דהוי משיב אבידה דבו הוא

דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומעיז ואם כן מודה מקצת למאי דלא ס"ד חזקה דאין אדם מעיז הוי משיב אבידה ופטור משבועה וכן בשטר שכתוב בו סלעין ומלוה אומ' ד' ולוה אומר ג' פוטר ר"ע משום דהוי כמשיב אבידה שהיה יכול לטעון שנים כדאמרינן בפרק קמא דמציעא וס"ד התם דבאומר שנים צריך לישבע ואפילו הכי באומר ג' הוי כמשיב אבידה ע"ש ברש"י וכתבו הראשונים דלא הוי כשאר מודה מקצת דלא אמרינן מגו משום חזקה דאין אדם מעיז דהכא מעיז כיון שהשטר מסייעו עיין שם ואם כן למאי דלא ס"ד חזקה דאין אדם מעיז מ"מ הוי כמשיב אבידה וכן כתב בספר א"ז לכתובות דף ח"י בשם דלא אמרינן מגו לפטור משבועה אבל יש לפטריה משו' דמשיב אבידה הוא חזקה וכולי ואינו משיב אבידה שאינו יכול לכפור אפילו אם ירצה לכפור דאין אדם מעיז וכו' עיין שם מיהו לשון מהר"י ן' מיגש דהא שומרים דא"ל מגו לא מפטרי משבועה ומ"מ ועד אחד הא חזינן דא"ל מגו ואפילו הכי חייבם רחמנא שבועה וכו' הרי שכתב דמ"מ אית ליה מגו אלא דמגו לפטור משבועה לא אמרי' ונר' דסביר"ל דהא דאמרינן חזקה וכו' היינו דלא חשיב משי' אבידה לפוטרו משבועה דאין אדם מעיז פניו וכולי דהא מ"ל בריש בתרא אי אמרינן מגו במקום חזקה או לא וקיימא לן קולא לנתבע ומהימן במגו והרב כנה"ג בדיני מגו אות תי"ו כתב דהיינו דוקא כשהטענה שטוען היא סותרת החזקה אבל טענת המגו אינה סותרת החזקה אבל אם טענת המגו סותרת החזקה לא אמרי' מגו במקו' חזקה ע"ש וכן כתב הרב יבין שמועה כלל תקנ"ט ע"ש וכבר הרב בספר גופי הלכות סימן שפ"ה כ' קצת סתיר' לזה מדברי הכריתות וכתב תירוץ אחר דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמן גרועה היא דהא רבא סבירא ליה דפור' בתוך זמן אבל חזקה דאין אדם מעיז אלימתא וכה"ג כ' התוס' בכתובות דף פ"ט בד"ה לא וכו' ע"ש וכן מצאתי להרשב"א בתשובות ח"ג סימן ש"ע שכתב וז"ל ועוד וכי החזקות אחדות ע"כ יש חזקה חלומתא דאין מגו עומד כנגדה דמגו דמודה מקצת וכו' עיין שם הרי שכתב דלא אמרינן מגו במודה במקצת משום דחזקה דאין אדם מעיז אלימתא היא אבל מהר"י ן' מיגש אפשר דסביר"ל דאין חילוק בין חזקה לחזקה וכו' וכן משמע מדברי התוספו' בריש פרק האשה שלום דחזקה דאין אדם פורע בתו"ז גרועה ואדרבא שאין הוה כלל שהיה פורע בתוך זמן עיין שם ועוד דהא בפרק ח"ה גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי דנהרדעי אמרינן יכול לטעון עד כדי דמיהן במגו שיכול לומר לקוחים הם בידי אלמא אמרינן מגו דהעזה וא"כ מודה מקצת אמאי אינו נאמן במגו אף על גב דחזקה אין אדם מעיז הא אמרינן דאפילו במגו דהעזה והרשב"א בתשובות ח"ב סימן רע"ג כתב משום דכל שבא להחזיק בדבר הידוע לחבירו אם אתה חושבו דשלא כדין בא להחזי' בו כיון דמעיז פניו בכך

יעיז ויעיד בכל טענה עיין שם והרמב"ן והריב"ש והר"ן כתבו דדוקא לפוטרו משבועה לא אמרינן מגו דהעזה הביא דבריהם הש"ך בדיני מגו אות ו' עש"ב ובזה ניחא דאמרינן מגו במקום חזקה היינו דוק' לזכות בממון אבל לפטור משבועה לא אמרינן מגו במקו' חזקה אבל מהר"י ן' מיגש אפשר דסבירא דאין חי' דכיון דאמרינן מגו דהעזה לגבי ממון הוא הדין לגבי שבו' אלא ולא אמרינן מגו לפטור משבו' כלל וכי אמרי' חזק' דאין אדם מעיז היינו לענין דלא חשיב משיב אבידה בכך ואם כן ש"מ דלא אמרינן מגו לפטור משבועה דאם לא כן מאי מהני חזקה דאין אדם מעיז הא קי"ל דמגו דהעזה אמרינן אלא ודאי דלא אמרינן מגו לפטור משבועה כלל ושוב ראיתי בספר א"ז לבתרא דף קכ"ח וז"ל גבי המוצי' שט"ח על חבירו והלוה טען פרעתי מחצה והעדי' מעידי' שפרע כולו וכו' שכ' ר"י בעליו' וז"ל וכן הא דאמרי' בעלמ' חזקה אין אדם מעיז פניו וכו' הק' חזקה לא יעיז כדי יפטר משבו' ונוח לו שישבע ולא יעיז תדע דהנהו עיזי וכולי ומהכא שמעינן מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן מדאמרינן דאינו גובה בשטר אלא מחצה אף על פי שזה פסל את העדים אלמא איכא מגו ואפ"ה נשבע ע"ש:

ו' דאין אומרים מגו ליפטר משבועה וכו' (עיין לה' המחבר בכללי מגו מה שכתב עוד מדינים אלו):

ז' כ' בתשו' בשמים ראש סימן רפ"ד על אחד שנתן מעות לנער וב' עדים ראו מן החלון וזה טוען שנתנם לו להביאם לאחיו לפירעו' חובו והלה אומר שנתנם לו במתנה בפ' שבועת העדות וכולי אי דאמר מתנה נתת לי כי עדים רואים מאי הוי פי' הרי לא שמעו דבר וזה אומר אתה אמרת לי לשם מתנה אתה נותן מיהו ה"מ דאיכא אמתלא וסברא דאפשר שכן אבל אם אין ביניהם שום קורבא ואין דרכו של זה ליתן מתנה לנער שאין לו שייכות עמו ודאי לא מהימן כיון דליכא מגו עכ"ל ונר' דס"ל דדוקא אם טען שנתנו לו מתנה בפי' אבל אם נתנו לו סתם לא אמרינן לשם מתנה אלא לשם הלואה ובמקדש אחותו פליגי רב ושמואל רב ס"ל אדם יודע שאין קידושי' תופסי' באחותו וגמר ונתן לשם פקדון ושמואל ס"ל דגמר ונתן לשם מתנה וקי"ל כשמואל דהמעות מתנה כמ"ש ה' ש"ך בסימן שנ"ז סק"ז שכן דעת הרמב"ם ומרן סימן ן' עיין שם אבל במקדש נכרית קי"ל כרב דהמעות פקדון א"כ כי איכא אמתל' וסברי שהיא מתנה נאמן כשמואל אבל אם אין ביניהם קורב' אינו נאמן לומר מתנה הם כיון דליכא מגו אבל הכא אפי' ליכא אמתל' וסברי נאמן במגו דפרעתיך וכבר כתבתי בסימן נ"ח דמדברי הרמב"ם ומרן באה"ע סימן ן' דמשמע דמקדש אחותו לאו דוקא אחותו אלא בכל העריות המעות מתנה א"כ אין חי' בין נכרית לאחותו כמ"ש הרב נתיבות משפט והמש"ל בפ"ד מה' עבדים עיין שם ונראה

דגם הרמב"ן והרא"ש שכ' בפ' ש"ה בהא דנאמן לומר מתנה משום דלא היה חייב לו תחילה כלום אבל הכא שחייב לו מעות ודאי לשם פירעון השטר נתנם וכ"נ דמתנה לא שכיחא ע"ש ה"ד אם היה חייב לזה שנתנם לו אבל אם היה חייב לאחר וטען שנתנם לזה להוליכם לב"ח וזה טען שנתנם לו במתנה נאמן דאדם עשוי ליתן מתנה אע"פ שהוא חייב לאחרים אבל אין דרך ליתן מתנה למי שהוא חייב לו ובודאי לשם פירעון נתנם לו: ח' דין ג' אם מת הרי היורש משביע את שותף אביו כ"כ הרמב"ם בפ"ט מה' שלוחי' שכן ראוי לדון שהרי היורשי' משביעי' את האשה שנעשית אפטרפו' בחיי בעלה ע"ש וז"ל הרא"ש בפרק הכותב במתני' דהלכה מקבר בעלה וכולי ואם נעשית אפטרופ' היורשי' משביעי' אותה להבא ואין משביעי' אותה לשעבר פירש"י דקאי אהיכא שפטרה מן השבו' והק' חכמי פרובי' למה חזר ושנה אין משביעים אותה לשעבר הא תנא ליה רישא אין היורשי' משביעי' אותה על אפטרופ' שנעשת' בחיי בעלה ותי' הר"ש מרנבו' דקמ"ל דאפילו ע"י גלגול אין משביעי' אותה ואע"ג דתנן השותפי' וכולי שאני הכא דפטרה בפי' ורב האיי כת' דאיירי בשלא פטרה הבעל משבועה ואפ"ה אין היורשי' משביעי' אותה על אפטרו' שנעשית בחיי בעלה דכיון שלא השביעה הבעל בחייו מחל לה השבו' ופירש"י עיקר עכ"ל ואפשר דרבו' שהורו דאין היורש יכול להשביע שותפו של אביו בטענת שמא סובר כר' האי דמתני' איירי כשלא פטרה משבוע' ואפ"ה אין היורשים משביעי' אותה על אפטרו' שנעשי' בחיי בעלה וה"נ אין היורש משביע שותף אביו מה"ט דכיון שלא השביעו אביו בחייו מחל לו השבועה אבל הרמב"ם ס"ל כדעת רש"י והר"ש מרנבור' והרא"ש דמיירי בפטרה מן השבו' ואשמעי' דאין משביעי' אותה אפילו ע"י גלגו' אבל אם לא פטרה משבו' משבעי' אותה אפילו על אפטרו' שנעשי' בחיי בעלה וה"נ היורש משביע את השותף אביו וכ"כ רב סעדיא בס' שערי צדק שער ד' סי' י"ב ע"ש ובירושלמי נחלקו ר' יונה ור' יוסי דר' יוסי מוקי לה אריש באומר שבו' אין לי עליך וכולי דלא פטרה מהיורשי' ואפ"ה אין יכול להשביעה על העבר אבל משביעי' אותה על העתיד ור"י מוקי לה באומ' אין לי ולא ליורשי אבל באין לי לבד יכולי' להשביעה אף על העבר א"כ אם לא פטרו משבוע' כלל ודאי דיכולי' היורשי' להשביעה אף על העבר ואם האמינו עליו לבד הרמב"ן והרשב"א פסקו כר"י והרא"ה והריב"ש פסקו כר' יונה כמ"ש בס' א"ז לכתובות עש"ב וכ"כ הרמ"ה בתשו' סימן רמ"ה בשותפי' שפטר את חבירו מכל שבוע' ומת וז"ל אם היה התובע להשביע את שמעו' שבוע' השותפי' בשביל שנשא ונתן בממון ראובן אינו יכול להשביעו על כך כי כבר פטר אותו מכל מיני שבועות וכו' וא"צ בזה לפוטרו מן היורשי' בפי' כי אין צריך בזה אלא במי שפי' במחילתו נדר ושבוע' אין לי

עליך שיורה בדברו אין לי אבל ליורשי יש להם אבל מי שפטר שותפו מכל מיני שבועות סתם אינם יכולים יורשיו להשביעו וכו' ואם לא רצה להשביעו אלא בשביל שנשתמש בממון אחר שנפטר ראובן יכול להשביעו וכולי וכבר אמרה המשנה וכו' שאם פטר אותה מהיורשי' לא תועיל המחילה אלא במה שנשתמש בו בחייו אבל במה שנשתמש בו ליורשיו לא תועיל בו מחילתו הוא שאמר ואם נעשית אפטרו' יורשי' משביעי' אותה על העתיד לבא ואין משביעי' אותה לשעבר עכ"ל הרי דס"ל דיורש יכול להשביע את שותף אביו על העבר אפילו אביו פטרו ממנו מן השבו' ודוקא כשפטרו אף מיורשיו אין היורש יכול להשביע על העבר וכן קי"ל באה"ע סי' צ"ח וע"ש בהט"ז:

ט' אם מת היורש משביע וכו' כ' הכנה"ג בשם מהר"י גלאנטי ומהרא"ש דיכול המוחזק לומר קי"ל ע"ש וכ"כ מהרח"ש ח"א סימן פ' וה' פמ"א סימן ל"ח וכ"כ מהראד"ב בס' לחם רב בסי' ע"ש ואנו אין לנו אלא פסק הרמב"ם ומרן וכ"נ דעת הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ס"ב עיין שם וה' חוקות הדיינים סי' צ"א ועמ"ש בסי' ע"ה דין כ"א:

יו"ד כ' מהרח"ש ח"א סימן פ' דהא דנשבעי' שבועת השותפי' דוקא אם טוען ברי שהיה שותפו אבל הכא שהיתומי' והאפטרופ' אינם יודעי' רק ע"פ דברי ש"מ ואפילו באומר מנה לי בידך ואינו טוען ברי רק ע"פ עד אחד איכא דס"ל דאין מחייבי' אותו לישב' וגם למ"ד דמחייבי' אותו לישב' דוקא שהעד לפנינו וכו' עיין שם ונראה דאפילו היורשים שטענו מנה לאבא בידך ע"פ ע"א למ"ד דאין ע"א מחייבו שבוע' בטענו שמא ה"ה היורשי' כמ"ש הטור סימן ע"ה אע"ג דגבי נתבע יש חי' בינו ליורשיו וכולי לענין תובע אין חי' דכמו שאין נשבעי' על טענת ספק של תובע כך אין נשבעי' על טענת ספק של יורשיו וכולי ע"ש וא"כ ה"נ כמו שהתוב' אינו יכול להשביע בשמא ע"פ ע"א ה"ה היורשי' אבל למאי דקיי"ל דיכול התובע להשביע בטענת שמא ע"פ ע"א כ"ש היורשי' אך יש להסתפק שהרי כ' מרן הב"י סימן קט"ו דהא דתנן ע"א מעידה שהיא פרועה לא תפר' אלא בשבועה ה"ד שהבעל טוען ברי ולא בשמא עיי"ש וכבר כתבתי בסימן פ"ד דס"ל דע"א מחייבו שבו' בשמא דוקא שבו' דאורייתא אבל בשבועה דרבנן כיון דמן הדין נוטל בלא שבועה לא החמירו עליו חכמים נשבע אלא כשטוענו הלה ברי עיין שם אבל בתשו' הרשב"א מבוא' דע"א דמעיד שהוא פרוע מחייבו שבועה אפילו בטענת שמא וכ' המש"ל פ"ו מה' שאלה משום דשבועת המשנה באה על הספק כמו שבועת השותפי' עש"ב:

י"א דין ד' הגה ויש חולקים בזה וכו' היינו במקבל עיסקא וה"ה כל שנותן לו שכר ידוע ודוקא כשנוטל שכר טרחו משלם אבל חם התנה ליקח שכר דינר על טרחו עדיין מורה התירה לעצמו וצריך לישבע הרדב"ז סימן ר"ב והביאו הכנה"ג הגב"י אות ג' עיין שם

ובתשו' מהר"ם הארוכות סימן של"ה כתב וז"ל אבל עיסקא פקדון גמור וצריך שכר ידוע והו"ל כשכיר יום וכו' ואע"ג דהקילו בשכרן כגון טובל בציר מה בכך וכולי אבל שכיר ידוע ושם ש"ש עליה והו"ל לשנות במשנה אלו נשבעין שלא בטענה השותפי' וש"ש וכ"כ בתשו' ר"ת במרדכי עיי"ש מבואר דכל שהוא שכיר ידוע כמו טובל בציר לא מורי התירה וצריך לישבע:

י"ב דין ה' אבל אם הא' נו"ן וכו' והשני לא נתעסק וכו' ואם טען שגם הוא נתעסק והלה כופר אינו יכול להשביעו ויכול לומר השבע לי שאני נתעסקתי ואני השבע שלא נשאר עלי כלום וכל זמן ששמעון אינו נשבע שבו' זו אינו יכול להשביע את ראובן שבועת השותפין מהר"ם בתשו' הארוכות סימן תקל"ט עיין שם:

י"ג דין ו' חלוק השותפין וכולי דכיון שחלקו ושתקו מחלו השבו' אבל היתומים לאו בני מחילה נינהו והאפטרו' שמחל לא מהני מחילתו נגד היתומים מהרח"ש בתשו' סימן פ':

י"ד חלקו השותפין וכו' ראובן קבל פקדון משמעון ומכרו לו ונתן לו דמיו ותבעו שמעון שישבע לו אם כשנתן לו ראובן דמי הפקדון קבל אותם שמעון ולא זכר לו ענין השבו' אינו יכול להשביעו אח"ך לפי שהוא כמו השותפים שחלקו ואם בעת שקבל אותם ממנו זכר לו ענין השבו' ותבעו שישבע לו יכול הוא להשביעו על מה שהוא חושד אותו שגזלו מהר"י בן מיגש בתשובות סימן קע"א עיי"ש:

ט"ו ונתגרש' וכו' כ"כ הטור כ' רב אלפס ה"ה לאינך אם נסתלקו כבר וכו' וכ"כ הרמב"ם חלקו השותפין והאריסין ונתגרשה האשה וכו' והרמ"ה כ' מדנקט חלקו השותפים והאריסי' וכו' משמע דוקא באלו אבל באחרים אפילו חלקו נמי וטעמא וכו' ע"ש משמע דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דכל הנך אם נסתלקו כבר א"צ לישב' ולאו דוקא נתגרשה האשה וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' ס"ב וז"ל ואפי' היה הבעל קיים וטען עליה ברי שעשאה אפוטרו' והיא אומרת לא אין הבעל נאמן להטעינה בכך שבו' בשמא וכ"ש היורשים שהם באים בתורת ספק ועוד שאפי' היא מודה או שיש עדים שנעשי' אפוטרו' אם היא טוענת החזרתי או נסתלקתי מן האפטרו' אינו יכול להשבי' שלא אמרו באותן ה' שמחייבים אותם שבו' על טענת שמא אלא כשלא חלקו אבל בחלקו לא וכו' ע"ש הרי טענה החזרתי או נסתלקתי מן האפטרו' אינו יכול להשבי' בשמא וכ"כ הריטב"א בחי' לשבועות דה"ה להנך ויש שפי' שאפילו על טענת ברי אינו יכול דא"כ כשנתגלגלת לו שבו' ממ"א למה משביעו והא מחל לו והנכון כמ"ש דדוק' בטענ' שמא אינו יכול להשביעו וכ"כ ה' חוקות הדיינים סי' צ"א ע"א והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' קי"ו כ' על ראובן שהפקיד אצל שמעון פקדון ואבד ולא רצה שמעון לישב' והביא דמי הפקדון וראובן אמר

ליה איני רוצה שתפסיד על ידי והחזיר לו מה שנתן לו וכו' כבר השיב הרמב"ם דממון לא היה חייב אלא שבועת השומרים ועתה כיון שהביא הפקדון והחזירו לו ונפרדו חזרו דינם כדין חלקו השותפין ואין עליו אלא חרם סתם שאבד הפקדון ולא פשע בו וק"ל דבשלמא שבו' השותפי' עיקרה דרבנן ובאה על הספק אבל שבו' השומרים מן התורה היא והיא על הודאה ואפילו נפרדו היה ראוי להשביעו ואי מתורת מחילה אתי עלה א"כ אפי' חרם לא צריך וי"ל דכי היכי דשותפין שחלקו ולא השביעו זה את זה סתמא דמילתא דמחל זה לזה השבו' ה"נ כיון שנתן לו דמי הפקדון והחזירו סתמא דמילתא מחל לו השבו' שהיה חייב לו בין שתהיה דאוריית' ומן הודאי ולהפיס דעתו של בעל הפקדון אמר שיטילו חרם סתם דאם נמצא הפקדון או פשע בו הוי מחילה בטעות עיי"ש וזה כי"מ שכתב הריטב"א דאפילו על טענת ברי אינו יכול להשבי' דכיון שחלקו ולא תבעו כלום מחלו וא"כ ה"ה בשבו' דאורייתא ועיין בהש"ך סי' ע"ב וסי' צ"ב שכ' דשבו' השומרים אינה אלא בטוען בעל החפץ שמא אבל טען בריא אינו חייב שבועה דחזקה אין אדם מעיז וכולי ואם כן הרמב"ם לא אמר אלא בטוען (א"ה עכ"מ):

ט"ז או מעות שמכר לו בהם וכולי עיין בתשובות מהר"י ן' מיגש סימן קע"א:

י"ז דין ז' יש מי שאומר כו' הטור בשם בעל העיטור וכן כתב הרא"ש בפרק הכותב גבי הלכ' מקבר בעלה וכו' בשם הר"ש מרנבונא לפי' רש"י והסכי' כן דאפילו על ידי גלגול אין משביעין אותה ואף על גב דתנן השותפים וכו' נתחייב לו שבועה ממ"א מגלגלין עליו את הכל שאני הכא דפטרה בפי' עיין שם אבל הרמב"ן בשם הגאונים והנ"י בפרק הכותב סבירא להו דנאמנות סתם אינו פוטרו מגלגול שבועה וכן כתב הרשב"ץ בתשו' סימן קנ"ה דהפוטר חבירו משבועה ונתחייב לו שבו' על טענה אחרת יכול להשביעו על טענה שפטרו ע"י גלגול כדמוכח בתוספות דפרק הכותב ע"ש מיהו כיון דאיכא פלוגתא בחיוב שבועה והנתבע מוחזק ודאי דאין משביעין אותו מספק דהמוציא מחבירו עליו הראיה כמ"ש התוס' בשבועות דף מ"א בד"ה מאן וכו' והרא"ש בפר' הכותב והטור באה"ע סימן צ"ו דלא עבדינן עובדא לחייב שבו' עיי"ש וכ"ש הכא דרש"י והר"ש מרנבונא והרא"ש ובעל העיטור והטור סבירא להו הכי וכן פסק מרן באה"ע סי' צ"ח ע"ש וכן הסכים הרב פנים מאירות ח"ב סי' קל"ז וכתב שם דגם הרמב"ן והנ"י לא פליגי אלא בנאמנות שפטרו בתחילה אבל אם פטרו אחר התביעה לכ"ע אין מגלגלין והביא ראיה מדאמרינן בשבועות דף מ"ח לוה הימנו ערב שביעית ולמוצאי שביעית נעשה שותף אין מגלגלין אלמא כיון דשביעית משמטת החוב והשבועה שוב אין מגלגלין עיין שם:

ח"י דין ח' חלקו השותפים ונשאר להם חובות אצל אחרים וכולי והוא הדין אם לא נשאר בשותפות רק מה שהם חייבי' לאחרים הרב כנה"ג בסי' קע"ו אות קס"ח עיין שם:
י"ט וכן אם נשאר לא' מהם וכו' עיין בתשובות רבי' האיי בספר שערי צדק שער ה' סימן ז':
כ' דין ט' לפי שאין משביעין היסת וכולי מסתברא דכ"ש שבועת התורה כגון עד אחד וכו' מהרח"ש ח"א סימן פ':
כ"א דין יו"ד נשבע היסת וכולי עיין בתשובות מהריט"ץ סימן רכ"ב: כ"ב או שכבר חלקו וכו' ונראה לי דאם הנתבע לא ידע לטעון כן וטען חלקנו וסבר שצריך לישב' על דבריו או ישלם מכל מקום הב"ד פוסקים לו שאין צריך לישבע כלל על אותה תביעה מהרש"ל בפי' להסמ"ג עיין שם: כ"ג דין י"ב שותף שטען על חבירו שכך היה התנאי וכו' ר"ל שהוא טוען לא אתן לך דבר לפי שכך היה התנאי וכפי התנאי אני פטור והלה אומ' לא היה התנאי ותובעו שיתן לו מה שחייב לו וכן עד"ז כל החלוקות מהריט"ץ סימן קמ"ט ע"ש'
כ"ד דין י"ג א"א שישבע ראובן וכו' וישלם שמעון מביתו וכו' דוקא בזה שלא נשתתפו רק באלו המעות שלא היה בדעת שמעון שישבע ראובן ויטול מה שבביתו אבל אם נשתתפו בשל בני אדם וכל מה שיפסידו הרי הוא לשותפות ישבע שכך הפסיד וישלם שמעון חלקו הרדב"ז בתשו' סימן ק"ב וכן הסכים הרב שב יעקב סימן ז' עיין שם באורך ב"ה
כ"ה דין י"ד ואמר שמעון נפרעתי והחזרתי וכולי ואם הוא מלוה על פה נראה פשוט דנאמן בשבועת היסת וכת' הרדב"ז ח"ב סימן רפ"ב על ראובן ושמעון שהם שותפין ויש להם ביד לוי מנה וכשבאו לחשבון הסכימו שאותו מנה שיש ביד לוי יהיה מחלק ראו' ושוב הלך שמעון וגבה אותו מנה מלוי וטען שהחזירו לראו' פסק דאם אין שם עדים שלקח שמעון המנה מלוי נאמן לומר החזרתי לך במגו דלא לקחתי אבל אם יש עדים שלקחו דליכא מגו אינו נאמן לומר החזרתי ואף על גב דקיימא לן המלוה את חבירו בעדים אין צריך להחזירו בעדים הכא לא בהלואה בא המנה בידו אלא בתורת גזילה או שאלה שלא מדעת הבעלים דהוי כגזילה והגוזל בעדי' אם צריך להחזיר בעדי' הוי פלוגת' דרבוות' ודעת הרמב"ם נראה דצריך להחזיר לו בעדים והכי מסתברא וכו' ע"ש ונראה דאם אין שם עדים שלקח המנה מלוי ודאי נאמן לומר פרעתי במגו דלא לקחתי מלוי ואף על גב דהוי מגו מממון של זה לממון של זה וכי האי גוונא כתבו הטור ומרן בסימן קכ"ו סי"ג דנאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי' וכתב הש"ך שם דכה"ג הוי מגו גמור כדאיתא בפ' הא"מ ע"ש אבל בתשו' נודע ביהודה סימן י"ט דחה דברי ה' ש"ך והסכים

עם מהרימ"ט וכן הרב פמ"א סימן ע"ד הסכים עם מהרימ"ט דלא דמי דשאני גבי עדים אינו אלא לסלק הנגיעה אבל בטענה דלא מהניא מצד עצמה אלא במגו לא אמרינן מגו מממון של זה לממון של זה עיין שם באורך וכן כתב הרב החי' בשי' קידושין ע"ש ואם כן הכא נמי אפילו ליכא עדים שלקח המנה מלוי אינו נאמן לומר פרעתי למלוה במגו דלא לקחתי מלוי דהוי מגו מממון של זה לממון של זה ומתשוב' מהר"ם סימן י"ג והובאה בתשובו' דשייכי לס' נזיקין סימן י"ב שכתב וז"ל אם אין עדים היודעים שהחוב לא היה פרוע דאז נאמן הוא לומר אתה א"ל לפוטרם במגו דאי בעי אמ' לא פטרתי אותם וכו' ע"ש נראה לכאורה דאמרינן מגו מממון זה לממון אחר מיהו אנן קיימא לן כדעת רוב הפוסקים דהגוזל את חבירו בעדים אין צריך להחזירו בעדי' כמו שפסק מרן והסמ"ע והש"ך בסוף סימן שס"ז עש ואם כן אפילו ליכא שלקחו מלוי דליכא מגו נאמן לומר החזרתי למלוה:

סימן צד

א' דין א' אפילו היסת וכו' אפילו טען התובע איני יודע אם נתחייבתי לך שצריך לישבע שאינו יודע מגלגלין עליו הרא"ש בתשובות בספר בשמים ראש סימן ר"ט עיין שם:

ב' אפילו היה מודה בו וכולי כגון שא"ל נשתתפת עמי ונתחייבת לי שבועה וזה אומר לא נשתתפתי עמך וכו' דאפילו אם מודה שנשתף עמו אינו חייב לו ממון אלא שבועה הסמ"ע עיי"ש וכן כתב בעל העיטור דף ס"ז ע"ג וז"ל כתב רבינו האיי אין מגלגלין אלא דבר שאם יודה בו יתחייב ממון אבל אם אין בו חייוב ממון אלא שבו' כגון שאמר נשתתפת עמי ונתחייבתי לי שבועה וא"ל הנתבע לא נשתתפתי ונתחייב לו היסת על ממון אחר עכ"ל והוא הדין אם נתחייב לו שבועה דאורייתא על ממון אחר אין מגלגלין עליו דבר שאין בו חיוב ממון וכן לשון הרמב"ם בפרק א' מהל' טוען דין י"ב כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריה' מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהם יתחייב ממון וכו' וכן כתב הסמ"ג עשין צ"ה ע"ש משמע דאפילו נתחייב לו שבועה דאורייתא אין מגלגלין עליו דבר שאם יודה בו לא יתחייב בו ממון וכן אם נתחיי' שבועה לבדו ואחר זמן תבעו חבירו שישבע לו ואמ' נשבעתי נאמן ואפילו נתחייב לו שבועה על ממון אינו יכול לגלגל על זה כמו שכתב הסמ"ע סוף סימן פ"ז ס"ק פ"ה ועיין בתשו' הרשב"ש סימן רל"ג ועיין בספר שרש יוסף שרש ז' ענף ג': ג'

ב"ד מעצמם מגלגלין וכולי עיין בתשובות בשמים ראש סימן ר"י: ד' אם על ידי גלגול שבועה יכול להשביעו על העתי' כתב מהרימ"ט ח"מ סימן ק"ה לא למעשה אני אומר

לפי שלא ראיתי לפוסקים שדברו בזה הביאו הרב כנה"ג סימן פ"ז אות י"ט וכתב ונראה לי ראיה לדברי מורי הרב מדתנן בסוטה אמן שלא נטמאתי אמן שלא אטמא וכו' ע"ש וכבר הרב מהרימ"ט עצמו בתשו' הביא ראיה זו ואפ"ה לא מלאו לבו למעשה:

ה' דין ב' אין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ודאי וכולי כ' הסמ"ע ר"ל אטענה שרוצה לגלגל עליו טוען הנתבע ודאי שלא נתחייב בה דומיא דסוטה. וכולי והב"ח חלק עליו ופי' דקאי על עיקר השבו' דאם טען הנתב' ודאי על עיקר השבו' מגלגלין עליו אפי' טוען התוב' שמא על הגלגול אבל טען הנתב' על עיקר השבו' ספק אין מגלגלין עליה כלל וכבר תמה עליו הש"ך דבתוס' והרא"ש מבואר להדיא כהסמ"ע עיין שם וז"ל ר' ירוחם נתיב ג' ח"ד אין מגלגלין שבו' אלא על טענת בריא שאם מת שמגלגל עליו הוא שמא לנתב' אינו יכול לגלגלו על שבו' אחרת כגון סוטה שמגלגל בעלה עליה שלא זינתה מאיש אחר והיא אומרת ודאי שלא זינתה מאיש אחר אבל אם היתה טוענת ספק בזינתה מאיש אחר אין יכול לגלגל עליה השבוע' כדי שנאמר בנתבע כי מאחר שאינו יכול שאני שאומר בספק מה שהוא מגלגל עליו שישלם אין אומרים כי מאחר שהנתבע טוען שמא בזה הגלגול אין מגלגלין עליו וכולי אבל אם הנתב' טוען ברי בזה שהן רוצה לגלגל על שבו' אחרת מגלגלי' אפילו שתוב' טוען שמא שבסוטה טוען הבעל שמא זינתה מאיש אחר וכולי עכ"ל הרי שכ' בהדיא על טענת הגלגול דאם הנתבע ספק אין מגלגלין ואם טוען אותה ודאי יש לה גלגול וכ"כ בעל העיטור בדיני חוב דס"ז ע"ג עיין שם וכ"כ בתשו' בשמים ראש סימן י"ז וז"ל דבשבו' הגלגול שטען בה איני יודע אינו חייב דשבו' גוררת שבו' ולא ממון ואף שהרמ"ה היה אומר דאף בשבועת הגלגול שטען בה איני יודע חייב כבר דחו דבריו רוב חכמי ישראל וכן פסק ר"מ עיי"ש ועיין בכ"מ בספ"ג שכ"כ דעת הרמב"ם מיהו נר' דה"ה אם על עיקר השבו' טען הנתב' שמא ועל הגלגול טען ברי דאין מגלגלין שהרי כ' התו' והרא"ש משום דדומיא דסוטה בעינן שטוען ודאי ואם הנתבע טוען שמא לא הוי דומיא דסוטה וא"כ ה"נ בעי' שטען הנתבע על עיקר השבו' ברי דומיא דסוטה שטוענת ברי שלא זינתה לא עם איש זה ולא עם אחר שאם היתה מסופקת לא היתה שותה וכ"כ הדרישה עיין שם באורך ועיין בתשו' מהר"ם הארוכות סימן תקמ"ח:

ו' אבל על טענת ספק של התוב' מגלגלי' וכולי כ' הב"ח היינו לומר כשהתוב' טוען ספק על הגלגול מגלגלין בדאיכא רגלים לדבר דילפי' מסוטה דאיכא רגלים לדבר בטענת הגלגול שמא זינתה ארוסה אבל בעיקר כיון דקינא לה ונסתרה וכולי עיין שם וא"נ שהרי התוס' והרא"ש הקשו אח"ך ממציעתא שהשוכר טוען ודאי דאף ע"פ שהמשכיר טוען ספק יכול הוא להשביע שוכר ע"י גלגול מן התורה דגמרי מסוטה וכולי ע"ש וא"א מאי

קושיא אימא דה"נ דומיא דסוטה בעי דעיקר השבו' חשבי לה כטענת ברי כיון שקינא לה ונסתרה אבל התם דהמשאיל טוען שמא בעיקר השבו' שאינו יודע אם מתה כדרכה או לא אין מגלגלין ובר"פ כשם חשבי' לה ספק כספק מגע שרץ וכ' התוס' בד"ה או"ד וכולי אע"ג דאיכא רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה הוי כספק מגע שרץ שהרי בלא קנוי לא היה שום ספק בסתירה גרידא דלא נחשדו ישראל על העריות ע"ש מיהו ק' איך מגלגלין על טענת ברי דנתבע וטענת שמא דתובע יהא הנתבע נאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע והתוס' בפ' השואל כ' דאין זה מגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק כי אז נר' שהתובע אומר אמת שטוענו ברי והוא טוען איני יודע ע"ש וא"כ הכא דהתובע טוען שמא יהא נאמן הנתבע בטענת ברי במגו דאי בעי אמר איני יודע וא"ל דלדידן דבעינן רגלים לדבר א"כ אע"ג דטענת התובע שמא אין התובע עושה עצמו מסופק כי אז נראה דטענת התובע אמת כיון דאיכא רגלים לדבר מסייעו לכך טוען ברי ובזה ניחא מה שתמה הש"ך דהתוס' והרא"ש הוכיחו כן מדתנן המשאיל אומר איני יודע והשואל אומר שכורה מתה פטור אפי' משבו' וכן בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו ואמאי ישבע ע"י גלגול ותי' דאין מגלגלי' על טענת ספק של תובע אם לא שיש רגלים לדבר ולקמן ס"ס שמ"ד פסק מרן דגם בזה מגלגלין ע"ש די"ל דס"ל דע"כ אין מגלגלי' על טענת ספק של תובע אלא בדאיכא רגלים לדבר דאל"כ קשה אפילו בטענת ברי של נתבע אמאי מגלגלי' יהא נאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע אלא עכ"ל משום דאיני טוען ברצון איני יודע דנר' דשמא של התוב' עדיף משמא של הנתב' כיון דאיכא רגלים לדבר אבל כי ליכי רגלים לדבר אין מגלגלין דנאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע אבל בש"מ שם תי' בשם הרא"ש שהוא סובר אם היה טוען איני יודע אם יתפוס התובע משלו לא יהא יכול להוציא מידו בטענת ספק ע"ש ולפ"ז (עכ"מ): ז' ובלבד שיש רגלים לדבר וכו' שהאומר לחבירו איני יודע אם הלויתיך או הפקדתי אצלך אם לאו אינה תביעה כלל ואינו נשבע אפילו ע"י גלגול שלא אמרו גלגול שמא אלא כגון שהפקיד אצלו ואיני יוד' אם החזיר אם לאו וכגון שבועת השותפין וכו' כ"כ הרמב"ן בפ' השואל ע"ש ונראה דאפי' בטוען מנה שהלויתי לך כמדומה לי שלא פרעתני דפטור אף משבו' היסת ואפילו לצאת ידי שמים אינו חייב כמבואר בסי' ע"ה ע"ש מ"מ יכול לגלגל להשביעו עליה על ידי גלגול: ח' דין ו' או השבע על הכל וכו' כ' הט"ז כיון שטוען התובע בברי ל"ל גלגול בהיסת הא בתבי' בפני עצמו יתחייב היסת וכו' דאמרי' בפ"ק דקידושין עד היכן גלגול שבועה כגון דא"ל השבע שלא נמכרת לי בע"ע סד"א א"א דזבין הו"ל קלא קמ"ל וכו' וכ' הראב"ד דאם תבעו בפני עצמו א"ק לישב' היסת מה"ט א"א דזבין הו"ל קלא וק"ו הוא אם מועיל ה"ט

דא"א הו"ל קלא להוציא ממון כמבואר בסי' קפ"ו כ"ש הכא לפוטרו משב' ולאוקמיה אד"ת ועוד ראיה דהא תקנו שבועת היסת משו' חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו ובר"פ האשה שנתארמלה אמרינן כיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוי אמר רבינא משו' דרוב הנשאות בתולות יש להם קול וזה הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא וא"כ כ"ש דמרעא לחזקה דרוב עדיף מחזקה וא"ל א"כ למה צריך לישבע היסת התם כמבואר בא"ה סי' צ"ו הא ל"ק דשם יש ג"כ רוב דמסייע לאשה דרוב נשים בתול' נשאות ואוקי רוב להדי רוב ונשאר חזקה דר"נ לענין היסת עכ"ל דהתוספות בר"פ המוכר פירות בד"ה וזו וכו' כ' וז"ל וא"ת דתנן בפ"ב דכתובות אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן זכורני בפ' שיצאת בהינומא וראשה פרו' ואמרינן בגמרא מ"ט כיון דרוב נשים בתולו' נשאו' גילוי מילתא בעלמא הוא וכו' ואמאי הוי גילוי מילת' בעלמא הא איתרע ליה רובא וכו' וי"ל דאע"ג דאיתר' ליה רובא מ"מ רובא דרוב נשים בתולות נשאות עדיף מרוב הנשאו' בתולה יש לה קול וסגי בגילוי מילתא בעלמא עכ"ל וכ"כ הרמ"ה שם סי' ט"ו ע"ש הרי דרוב בתולות נשאו' עדי' דאי מוקמי' רובא להדי רובא לא סגי בגילוי מילת' בעלמ' וא"כ א"ש דצריך לישב' היסת מיהו אין ראיה מהתם דדוקא שלא להוציא ממון מהני סברא זו אבל לגבי שבו' בקל רמי שבו' כמ"ש מהר"ם בתשו' לס' משפטים סימן ן' וז"ל והכי צ"ל בהא דאמרי' בפ' הנזקין ודילמא ה"מ לענין שבועה וכו' וטעמא בקל רמי' שבועה כדאשכחן טובא דנשבעי' ונוטלין וכו' וכה"ג כ' הרא"ש בפ"ק דב"ב וז"ל ולהכי נמי אמרי' טעמא משו' צררי ולא משו' פירעו' דחשש פירעון אינו מספיק אלא לגבי שבועה ולא לדחות הפירעון עד שיגדלו משום דא"א דפרע אבוהון הוה מהדר ליה שטרא וכו' ע"ש הרי אע"ג דמוציאין ממון מה"ט דא"א דפרע לא היה מניח השטר בידו מ"מ לגבי השבו' חיישי' לפירעון וה"נ אע"ג דאמרי' סברא זו דא"א הו"ל קלא להוציא ממון לא מהניא לגבי שבו' דבקל רמי' שבו' וכן גבי רוב בתולות אמרי' דאיתרע רובא שלא להוציא ממון ולא לגבי השבועה ובעל המאור בר"פ האש' שנתא' כ' דאף לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב הכא איכא תרתי רובא וחזקת הגוף ע"ש:

סימן צה

א' דין א' קרקעות אפי' של ח"ל וכו' הרשב"ש סי' שכ"ב כתב אע"פ שהראב"ד ס"ל דאין חילוק אבל לע"ד מצאתי ראיה מפורשת בדברי הגאונים דבערכין אמרינן מקרקעי דא"ל כמטלטלי דא"י דמו ודברי הגאונים אמת ע"ש וכבר כ' הראב"ד עצמו הביאו

בעל התרומות שער ח' שהגאונים סמכו אההיא דערכין אבל אינה ראיה ולענין שבועה ואונאה מקרקעי נינהו והובא בבית יוסף עיין שם:

ב' ושטרות וכו' שתבעו הפקדתי בידך ב' שטרות והודה לו בא' וכפר בא' וה"נ אפילו תבעו שטרות דכ"י פטור אבל אם תבעו דמיהם הוה ליה כתבעו מנה לי בידך והודה לו במקצת וכפר במקצת אם הם כ"י חייב שבועה דאוריית' אבל שטרות בעדים אם הודה בא' בדמי א' מהם פטור הסמ"ע גם הרשב"א ח"ב סי' קמ"ח על אשה שכתבה לא' שטר מתנה כדי לגבות לה ממון וז"ל אשה זו אינה תובעת מנתבע זה אלא שטרות דהיינו שטר המתנה שעשתה לו וכו' וכן שטר הפשרה שנתחייב בו בע"ד הדין מחמתה לפי שעדיין לא קבל נתבע זה שום ממון מבע"ד אפי' לטענתה ונמצא שאינה חובטת ממון אלא שטרות ולפיכך אם זה כופר בהם ואין לאשה עדים או ראיה הנתבע פטור וכו' עכ"ל מבואר דאפי' בשטר מתנה כל זמן שלא באו נכסי' לידו והוא כופר בהם אינו נשבע אבל אם באו נכסים לידו הו"ל תביעת ממון וה' כנה"ג העתיק לשון הסמ"ע בשטר או בכ"י אין צריך לישבע וט"ס הוא דכ"י אפי' יש בו נאמנות כיון דליכא שעבוד קרקעות צריך לישבע כמבו' בס' פ"ח סכ"ט ע"ש:

ג' ל"ש כופר בכל וע"א מכחישו וכו' וכן כ' מהר"י וויל סי' כ"ח שכן מוכח בהדיא בפ' הכות' גבי עד א' מעידה שהיא פרועה דאין נשבעין על הקרקעות על פי ע"א ומסתמא וה"ה אשטרות דמ"ש ע"ש וכן משמע בתשו' מהר"ם הארוכות סי' תקצ"ח ע"ש:

ד' ואפי' אם פשעו וכו' דעת הרמב"ם דפשיעה חייב אפי' ש"ח וכ"כ הטור בשם הרמ"ה וכ"כ הרמ"ה בתשו' סי' ש"ו ע"ש וכן דעת רש"י ובעל העיטור ע"ש ומה שהוכיחו התו' והרא"ש והר"ן מדאמרינן בס"פ החובל דההוא ארנקי דהפקידו רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע ביה וחייביה רב יוסף וא"ל אביי לשמור ולא לחלק לעניים וכו' אלמא אפי' מפשיעה פטור ע"ש כבר כתב הרמ"ה הובא בס' א"ז בפ' החובל דלא קרי ביה לשמור כו' ע"ש הטעם וכ"כ הש"ך ומהר"ם בן חביב בס' גו"ר חח"מ כלל ה' סי' י"א דחה דברי הש"ך דא"כ אפי' הזיק מעות עניים לא יהא חייב עיין שם ונראה דאה"נ דאפי' הזיק בידים פטור דכיון דפטור מפשיעה דלא מיקרי שומר מדין מזיק נמי פטור דהא ממון שאין לו תובעין הוא כדאמרי' בפ' הזרוע המזיק מתנות כהונה או אכלן פטור ע"ש וז"ל הרא"ה הובא בס' א"ז בפ' שור שנגח ארבעה או חמשה אבל שאר דברים כגון מעשר ותרומה ומתנות כהונה היכא דאיתנהו בעין מוציאין אותם מידו וכו' אבל במזיק וכו' זה כלל גדול בדין כל מקום שהוא ממון שאין לו תובעין פטור מתשלומי נזקו ל"ש צדקה ול"ש מידי אחרינא וכן מוכח במ' חולין וכן בדין והא דאמרי' בפר' החובל לשמור ולא

לחלק לעניים וכו' שאני התם דאתא לידי מעיקרא בתורת שמירה וקיבל עליה לאחיובי בנטירה כ"ש בהזיקה ולהכי איצטריך מיעוט דלשמור והיכא דלעניים מיקץ להו חשבי' לשמור וכו' עכ"ל הרי דס"ל דכל ממון שאין לו תובעין פטור ואם הזיק בידים מעות עניים פטו' אלא דס"ד אם באה לידו בתורת שמירה חייב קא משמע לן לשמור ולא לחלק לעניים דלא חשיב לשמור וממילא אפי' מזיק בידים פטור וכ"כ הרשב"ץ בתשו' ח"ג סי' ש"ג ע"ש וכ"מ בשו"ת בשמי' ראש סי' קפ"ה על גזבר שהפקי' אצל חבירו מעות צדקה ונתן לו ע"ז שכר הרבה ונודע שפשע שכ' השואל דחייב כמו שפסק הרמב"ם דאפי' ש"ח בהקדש חייב בפשיעה וגם הראב"ד וחכמי צרפת לא פטרו מפשיעה אלא שומר חנם ולא ש"ש כנראה מל' הסמ"ג בס"פ החובל דאמר אביי לשמור ולא לחלק לעניים ה"ד בש"ח שפשע ולא בש"ש והרמב"ם שסובר דאפי' ש"ח חייב בפשיעה צ"ל דמפרש הך דס"פ החובל בשלא פשע פשיעה גמורה אלא דנגנבו וחייבו רב יוסף משום דשמירת צדקה לא גרע משמירת אבידה ואמר אביי וכו' והרשב"א השיב וז"ל דמאי דק"ל למר א"כ מ"ש במעות צדקה וכו' אינה קושיא דסברא הוא דכבר נסתלקה ידו ממנו לגמרי ועניים אין כאן לתובעו כדכ' הרב דהו"ל ממון שאין לו תובעי' ולא בעי לשמור אלא דסד"א דהאי גברא נקרא תובעו שהרי נתנה לו קמ"ל לשמור ולא לחלק וכו' עכ"ל ונראה דעת השואל דש"ש בהקדש חייב בפשיעה לכ"ע ודס"פ החובל בשלא פשע פשיעה גמורה אלא נגנבו ורב יוסף חייבו משו' דלא גרע משמירת אבידה דסבר רב יוסף גופיה דהוי כש"ש משו' דהעוסק במצוה פטו' מן המצוה וה"נ שומר מעות עניים דעוסק במצוה הוא דינו כש"ש וחייבי' בגניבה ואבידה דמעות עניים דינם כשאר נכסי הדיוט ולא ממעטי' מדין הקדש דרעהו מיקרי ואביי אמר לשמור ולא לחלק לעניים ופטור מגניבה ואבידה אבל חייב בפשיעה כיון שהוא ש"ש ואם הזיק בידים אפי' ש"ח חייב לכ"ע אבל הרשב"א ס"ל דכיון דנסתלק הנותן ממנו והוי ממון שאין לו תובעי' אפי' הזיק בידים פטור לכ"ע ובפ' הגוזל בתרא בההוא דאפקידו גביה ארנקי דפדיון שבוים וכו' כ' הרשב"א וז"ל ק"ל דהכא כשהפקידו אצלו לפדיון שבוים סתם וכו' וכיון שכן מאי מק' אביי הא מציל עצמו בממון חבירו הא תניא לשמור ולא לחלק לעניים וכו' ואפי' אם הזיק וקרע בידים והרא"ש והנ"י שם נדחקו דמיירי שלא נתן לו לחלק לעניי' אלא לשמור ולהחזיר לו והוא יחלקו וכו' ע"ש הרי דהרשב"א והרא"ש והנ"י ס"ל דאם נתן לו לחלק לעניים אפי' הזיק בידים פטור אבל לדברי השואל ניחא דמזיק בידים חייב לכ"ע ולא פטרו אביי בס"פ החובל אלא בשלא פשע פשיעה גמורה אך ק"ק על הרשב"א דגבי מזיק מתנות כהונה בפ' הזרוע דעת רש"י והתוס' דוקא אכלן הוא דפטור דלא מישתרשי ליה זוזי שהיה מתענה אבל

מכרן חייב וכן דעת הרשב"א בחי' שם וא"כ ה"נ מציל עצמו במעות של צדקה חייב מה"ט ומ"מ דעת הרשב"א והרא"ה והרא"ש והנ"י דאפי' מזיק בידים במעות של צדקה פטור וכ"כ המאירי בס"פ החובל וז"ל הפקיד אצלו ע"מ לחלק לעניים ופשע בו או אבדו בידים פטור שכיון שא"ל לחלק לעניים נסתלק מהם ועניים אין להם עליו תביעה וכו' ע"ש והמש"ל פ"ד מה' מלוה הכריע כן ממ"ש הרמב"ם בפ"ה מה' שאלה ופקדון דאפי' פשע בהם פטור והוא ס"ל דפושע מזיק הוא אלא ודאי דשאני הכא דהוי ממון שאין לו תובעין ואפי' מזיק בידים פטור ע"ש ואין זה הכרח דכבר כ' הש"ך דפשיטא דאין כוונת הרמב"ם דפושע מזיק ממש הוא אלא כמו מזיק לענין דמן הסברא חייב פושע אפי' בלא קרא ובזה תי' השגת הראב"ד דא"כ פשיעה בבעלים אמאי פטור ע"ש וא"כ א"ל דדוקא פושע במעות עניי' פטור אבל מזיק בידי' חיי' דכמו פשיע' בבעלי' דפטו' ומזיק חייב דפושע לאו מזיק ממש הוא ומ"מ הרי ה' המאירי והרשב"א כתבו בהדיא דאפילו אבד בידים פטור וכן נראה מדברי הרא"ש והנ"י והרא"ש בתשו' כלל י"ג סי' ח' וי"ז כ' וז"ל דע כי לא הותר רבית קצוצה אלא להקדש בדק הבית משו' דכתי' אחיך ולא הקדש כדדרשי' שור רעהו ולא של הקדש אבל הקדש בזה"ז שהוא לעניים או לת"ת בכלל אחיך הם ורעהו הם והביא ראיה ר"מ מההוא ארנקי דס"פ החובל דאפקדי רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע ביה חייבי' רב יוסף וא"ל אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים וכו' וא"א דעניים לאו בכלל רעהו ל"ל לשמור תפ"ל מדכתיב כי יתן איש לרעהו וכו' אלא ודאי עניים נכלל רעהו הם וכו' ע"ש וכ' ה' מש"ל דס"ל דמברייתי' גופה דקתני לשמור ולא לחלק לעניים אין ראיה דא"ל דקרא איצטריך למזיק בידים:

וכתב מהריט"ץ סי' קל"ה וסי' קמ"ב מדכ' הרא"ש ועוד כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אוקי ממונא בחזקת מריה א"כ אם הוא להפך אין מוציאין מידו אע"ג דמהרי"ק כ' דלא אמרי' קי"ל כפלוני שהוא יחיד ורבים חולקים עליו אפשר שיש שסובר כהרמב"ם ע"ש ולא ראה דגם הרמ"ה ובעל העיטור ס"ל כהרמב"ם וכ"נ דעת רש"י כמ"ש המ"מ ופשיטא דיכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' תע"ה דאם תפס הלה אין מוציאין מידו ע"ש אבל הרי"ף והרמב"ן והרשב"א ס"ל דפטור אפי' מפשיעה וכ"כ הר"ן ע"ש ומהריט"ץ סי' קל"ה הק' על הרמב"ם שכ' וכן הורו רבותי דהרי הרי"ף ס"ל דפטור אם לא נדחוק דרבותי על מהר"י ן' מיגש ע"ש וליתא דגם מהר"י ן מיגש ס"ל דפטור כמ"ש הר"ן בשמו ומ"ש ול' הרמב"ם וכן הורו רבותי שהמוסר פרעו לשומר וכו' והתנה עמו שיחפור וכו' ופשע ולא עשה חייב וכו' ע"ש והם דברי מהר"י ן' מיגש כמ"ש הטור בשמו ומשמע דאפי' למ"ד דפושע פטור בזה מודה דחייב כמ"ש הפרישה ע"ש הטעם

וז"ל מהר"י ן' מיגש בחי' בפ' שבועת הדיינים ילפי' השתא מהא מתני' דמאן דאמסר ליה קרקע או עבד או הקדש למנטר ופשע ולא מנטר דאיתביד או אתניס מחמת ההיא פשיעותא בין שומר חנם בין שומר שכר לא מחייבי' מידי לא תשלומי' ולא שבועה אבל ודאי אי אפסיד ליה בידים מחייב כדין כל מזיק שבעולם והיכא דמשכן ליה איניש גבי חבריה כרמיה או בוסתניה ואתני עליה למיקם בכל מיני פולחניה ופשע ולא פלח וכו' ומסתברא לן דכי הא ודאי חיובי מחייב דע"כ לא אמרי דפטור אלא היכא דמטי ליה פסידא בעלמא או ממילא מחמת דלא נטרי ליה דהיינו תורת שומר אבל היכא דמטי ליה פסידא מחמת דלא פלחיה הא ודאי כיון דהתנה הוי עליה למפלחיה ולא פלחה כי היזק' דבידי' דמי ומחייב חיובי עכ"ל ע"ש הרי בהדיא דס"ל דבפשיעה פטור אבל בזה דהוי כמזיק בידים חייב:

וראיתי להרדב"ז בח"ב סי' תע"ה בראובן שהפקידו אצלו ס"ת ופשע בו שכת' דזה מחלוקת בין הראשוני' בהא דתנן אלו דברים אין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות וכו' ש"ח אינו נשבע שדעת רש"י דמשבועה הוא דפטור אבל אם פשע בודאי חייב לשלם א פסק הרמב"ם דחייב לשלם משום דפושע מזיק הוא אבל דעת רוב הפוסקי' דפטור אפי' מפשיעה ודין ההקדשות שוה לקרקעות וא"כ אע"ג דהרמב"ם מחייב ואתריה דמר הוא מ"מ כיון שהוא תפוס אין מוציאין ממנו נגד כל הני רבוותא ע"ש וזה סותר מ"ש בתשו' ח"א סי' קי"ז דע"כ לא קאמר מהריק"ו דמ"ל קי"ל כפ' להחזיק הממון בידו אלא היכא דקבלו עליהם לדון כפ' פוסק אבל היכא דנהגו לפסוק כהרמב"ם כי אתרי לא וכ"כ בח"ב סי' תקמ"ז ע"ש וכ' ה' כנה"ג בסי' כ"ה הגב"י אות למ"ד דהסברא נוטה דאפי' כשהוא יחיד בסברתו ל"מ לומר קי"ל כנגדו כיון דמטעם קבלה נגעו בה ע"ש וכ"ש בנ"ד דגם רש"י והרמ"ה ס"ל כהרמב"ם דחייב בפשיעה דודאי באתריה דמר מוציאין מיד המוחזק ועוד שהרי כ' הרמב"ם בפ"ב מה' שאלה וז"ל שאל מן השותפין ונשאל לו א' מהם וכו' ה"ז ספק אם היא שאלה בבעלים אם אינה וכו' פשע בה הרי זה משלם וכ' המ"מ אע"פ שפשיעה בבעלים פטור ובדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלים או לא דעתו שהפושע הוא כמזיק וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה לפוטרו חייב לשלם ע"ש אלמא גבי פושע שהוא כמזיק מוציאין ממנו מספק וא"כ ה"נ מספ"ל אם חייב בפשיעה או לא דמוציאין מידו מספק ואפשר לחלק בין ספק דתיקו לספק פלוגתא דרבוותא וכה"ג חי' ה' פמ"א ח"א סי' כ"ו וח"ב סו' י"ב עש"ב אבל ראיתי לה' בתשו' אחרת סי' תקפ"ח שכ' גבי הניח להם אביהם פרה שאולה דאם פשעו בה חייבים דיש לסמוך על הרמב"ם והתו' אפי' להוציא ממון ע"ש ועין בשאלת יעבץ סי' פ"ה מיהו

מרן הב"י בסי' צ"ה וסי' ש"א פסק דלא כהרמב"ם משום שהרי"ף והרא"ש מסכימים לדעת א' כמ"ש בהקדמתו דג' עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש במקום שב' מהם מסכימים לדעת א' לכה כמותם וכ"ש בנ"ד שנלוו אליהם הר"י הלוי והראב"ד והרמב"ן והרשב"א והר"ן ע"ש ועוד תמהני על הרדב"ז שהרי כ' הטור בסס"י צ"ה בשם ה"ר ישעיה דמה שמקדישים בזה"ז לבהכ"נ מעות או ס"ת וכו' דינו כשאר נכסי הדיוט לענין שבועה ע"ש וה"ה לענין פשיעה דחייב ודוקא הופקדו אתו מעות של עניים הוי כשל הקדש ופטור מטעם דלשמור ולא לחלק לעניים כמבואר בטור בסי' ש"א ע"ש בב"י וכן הוכיח הרשב"ץ ח"ב סי' קנ"א ע"ש ועיין בס' אדמת קדש ח"מ סי' ס':

וכתב מור"א ן' טווא בתשו' סי' ל"ד דה"ה מעות צדקה דאין להם אונאה ויש להביא ראיה מדאמרי' בפ' החובל כי יתן איש אל רעהו וכו' לשמור ולא לחלק לעניים אלמא שומר מעות עניים פטור כמו שומר ההקדש וה"נ גבי רבית ואונאה שוה מעות צדקה כמו מעות הקדש ע"ש וכ"כ בתשו' בשמים ראש סי' כ"ז דהקדש עניים אין בו רבית משום דאין לו בעלים ע"ש וליתא דהרא"ש בתשו' כלל י"ג סי' ח' וי"ז כ' וז"ל דע כי לא הותר רבי קצוצה אלא להקדש בדק הבית משו' דכתיב לאחיך ולא להקדש כדדרשי' שור רעהו ולא שור של הקדש אבל הקדש בזה"ז שהוא לעניים או לת"ת בכלל אחיך הם ורעהו הם והביא ראיה ר"מ מההוא ארנקי דס"פ החובל דאפקדי' רב יוסף גבי ההוא גברא ופשע ביה וחייבי' רב יוסף א"ל אביי והתניא לשמו' ולא לחל' לענייי' וא"א דענייי' לאו בכל ל"ל לשמו' תפ"ל מדכתוב כי יתן איש אל רעהו כדדרשינן שור של ישראל שנגח שור של הקדש פטור רעהו אמר רחמנא ולא הקדש וה"נ וכו' אלא ודאי עניים בכלל רעהו הם וכו' ע"ש וכ"כ המרדכי בפ' המפקיד ואף מהר"ם מרוטנבורק התיר להלוות מעות עניים ברבית ע"ש וה"ה דליכא אונאה ודברי מהר"ם הם בתשו' הארוכות סי' ע"ג ובתשו' הקצרות סי' ק"א וק"ט ע"ש מ"מ הרי דמהר"ם והרשב"א אדרבה הוכיחו מהתם דעניים בכלל רעהו הם לענין רבית וכ"כ הרשב"ץ ח"ב סי' קנ"א ע"ש וכ' המש"ל בהלכ' מלוה דמברייתא גופא דקתני לשמור ולא לחלק לעניים אין ראיה דא"ל דקרא איצטריך למזיק בידים אבל גבי מעשה דרב יוסף דלא היה מזיק אלא פושע היה לו לאביי להק' ממתניתין דממעט הקדש מרעהו ולא מברייתא וכן מהר"ם בתשו' סי' ע"ג הביא ראיה זו מקושי' דאביי ע"ש וכ"כ מהרש"ל ביש"ש ס"פ החובל ע"ש

והרשב"ץ ח"א סי' קנ"ו נראה דעתו דאפי' פשע בהם פטור כדעת הרי"ף ומהר"י בן מיגש וכן הסכימו האחרונים מיהו ה"ד בטענת גניבה ואבידה אבל, אם מסרם לאנס חייב מדין מוסר עיין שם:

ה' אבל שבועת היסת נשבעי' וכו' עיון בתשובות הרשב"ש סי' ע"ט וסי' ק"ה בסוף התשוב' שכ' דא"ץ אלא להחרי' סתם דאין נשבעין על הקרקעות עיין שם ונראה שנמשך אחר המרדכי והג"א בפרק קמא דמציעא דאין נשבעין על הקרקעו' אפי' היסת וכן משמע מדברי רב האיי במשפטי שבועות שער ה' דאין נשבעין על הקרעות אפי' היסת אלא ע"י גלגול עש"ב אבל הרמב"ם ושאר פוסקי' ס"ל דנשבעין היסת וכ"כ הרשב"ש עצמו בסי' שכ"ב ע"ש וז"ל הרמב"ם בפ"ה מה' טוען ב' עבדים או ב' שטרות יש לי בידך אין לך בידי אלא שטר א' או עבד א' ה"ז נשבע היסת וכן וכו' עבד זה או שטר זה שיש לי בידך שלי הוא ואתה מכרתו לי והנטען אומר להד"מ בין שהביא הטוען א' ע"א ובין לא הביא הרי זה נשבע היסת ונפטר עכ"ל מבואר דס"ל אם אמר לו שטר זה שבידך אתה מכרתו והנטען אומר להד"מ נשבע היסת ונפטר ועיין בסי' ס"ו בסמ"ע ס"ק ל"ג שכ' לדעת מרן דאם טען לא מכרתיו לך אפי' שבועה א"ץ כיון דליכא שטר מכר והאריך בדרישה שם ולא זכר שכ' הרמב"ם כאן דאפי' השטר ביד הנתבע והלה אומר אתה מכרתו לי צריך הנתבע לישבע היסת וכ"ש כשהשטר ביד התוב' וע"ש בהש"ך ומ"מ מבואר דנשבעין על השטרות היסת בין כפר בכל וליכא ע"א בין יש ע"א מ"מ נשבע היסת וכן מוכח בהדיא בתשו' הרשב"א סי' קט"ו דמבואר שם אם תבעו ממון שגבה השטרות אם הודה במקצת חייב ש"ד ואם כפר בכל נשבע היסת ונראה פשוט וה"ד בטענת ברי אבל בטענת שמא ליכא שבועת היסת כמ"ש הרמב"ם פ"ה מהל' טוען דין ו' דאם טען על השטרות שאבד פטור אף משבועת היסת וכ' המ"מ הטעם מפני שאין התובע יכול לטעון טענת ברי ומה שהק' המש"ל דא"כ למה כ' הרמב"ם שאפי' פשע וכו' כבר האריך הדרישה בביאורו ע"ש וכן כתב בשו"ת בשמים ראש סי' קפ"ה דבשומרים ליכא שבועת היסת מה"ט:

ו' וכן ע"י גלגול וכו' משמע דגם על הקדשות נשבעים עליהם ע"י גלגול ור' האי בס' משפטי שבועו' שער ב' כתב הקרקעות והעבדים והשטרות ע"י גלגול שבועה אבל הקדשות אין להם לא שבועת היסת ולא גלגול שבועה ע"ש: ז' אבל הקדיש לעניים או לבה"כ או לס"ת וכו' בתשו' מהר"ם הארוכות סי' תקע"ט כ' בא' שהקדיש זהב לס"ת דאין נשבעין על ההקדשות והיא בתשו' ראב"ן בספרו סי':

ח' דין ב' והוא שא"ץ לקרקע וכו' הש"ך כ' כמה פוסקי' דס"ל הלכה כחכמי' דהוו קרקע והסכים דדוקא בב"ח מיירי רבנן כמו שחי' התו' והראב"ד ונראה הטעם דב"ח שאני דלא סמכ' דעתו כיון שביד היתומים לגבות אותם וה"ט שאין ב"ח גובה מהעבדים של יתומים ודקדק כן מל' הראב"ד ע"ש ועיין בס' בשמים ראש שהסכים עם הראב"ד סי' שע"ג וכן מצאתי להרמ"ה בפ' י"נ בסי' קכ"ב שכ' וז"ל ולאו למימרא דעבדא כמטלטלי דמי לכל

מילי דהא גבי גזל ואונאה ושבועה חשבי' להו כקרקע וכו' וגבי ב"ח ה"ט דלא גבי מנייהו משום דלא סמכא דעתיה דב"ח עלוויהו דהא מצי לוה להברחינהו מניה כי היכי דמברח לשאר מטלטלי' דידיה דשאני דינא דב"ח משאר מילי דהא גבי ענבים העומדות ליבצר וס"ל לרבנן דלאו כבצורות דמיין אלא הרי הם כקרקע לענין שבועה ואלו לגבי ב"ח קי"ל דכמטלטלי' דמי כמו דאמרי' בכתובות פ' נערה שנתפתתה ס"ס כל העומד לגדור כגדור דמי מ"ט ע"כ משום דלא ס"ד הב"ח דהא מצי לוה למשקליה לנפשיה הילכך אע"ג דלא שקלי' כמאן דשקלי' דמי וה"ה נמי לגבי עבדים דלא חשבי' להו כמטלטלי' אלא לגבי ב"ח וכן הלכה עכ"ל ועיין מ"ש בסי' ט"ל אבל הראב"ד בס' תמים דעים סי' רל"א דף כ"ג ע"ג כ' כמו דאמרי' גבי מזונות דאי ל"ץ לדקלא הו"ל כתלושים דכל העומד לגדור כגדור דמי ה"נ לענין שעבוד דאמרי' פירות שהן המחוברין לקרקע כקרקע דוקא כשצריכין לקרקע אבל לענין נכסי מלוג אפי' א"ץ לקרקע הוי כמחוברים עד שיתלשו וה"ט דהנך גוף הקרקע דיורשי' הוא ומשו"ה כל העומד לגדור כגדור דמי וזכיה להו ארעא דידהו אבל לענין נכסי מלוג דאימא דידיה הא לא זכי בהו בעל עד דתליש להו ע"ש:

ט' כתב הטור בשם בעל העיטור דדוקא גידולי קרקע אבל תלוש ולבסוף חברו כגון כותל בנין וצינור שקבעו וכוורת דבורים קי"ל כחכמים דכל המחובר לקרקע לאו כקרקע דמי וכתב הפרישה אע"ג דבפ' המוכר את הבית אמרי' דטעמא דר"א לאו משום דכקרקע דמי אלא אפי' אם הכוורת אינה מחוברת בטיט לקרקע ס"ל דהיא כקרקע משו' הדבש דכתיב יערות הדבש מ"מ רבנן פליגי עליה אפי' במחוברת לקרקע וס"ל דלאו כקרקע דמי ע"ש אבל הרמ"ה בפ' המוכר את הבית סי' מ"ג כ' וז"ל מיהו מסתברא לפי ה"ט דר"א דע"כ לא פליגי רבנן עליה אלא בכוורת תלושה דר"א סבר כיון דאיתקוש ליער כקרקע דמי לכל מילי ורבנן סברי כיון דתלושה היא כמטלטלי' דמיא וכו' אבל במחוברת אפי' רבנן מודו דכקרקע דמיא וכו' נקיטי' השתא מהאי שמעת' לענין דבש בכוורת ל"ש כוורת תלישה ול"ש כוורת המחוברת דבש גופי' כתלוש דמי ולא מקני אלא כשאר מטלטלי' דמי' וכו' ולענין כוורת גופה אם היתה מחוברת לקרקע הרי היא כקרק' ונקנית בכסף ובשטר ובחזקה וקוני' ע"ג מטלטלי ואין נשבעי' עליה ואין לה אונאה וכותבי' עליה פרוזבול וכו' ואם היתה תלוש' אפילו במקומה הרי היא כמטלטלין לכל דבר ואינה נקני' אלא כשאר מטלטלי' ונשבעי' עליה ויש לה אונאה ואין כותבי' עליה פרוזבול וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאם מחובר' לקרקע דינה כקרקע לכל דבר ודלא כבעל העיטו' והתימה עליו שלא זכר דברי הרמ"ה והדרישה הק' ממ"ש הטור י"ד סי' ו' בשם הרא"ש דתלוש ולבסוף חברו אם

בטלו הו"ל כקרקע ואף ששם בי"ד סי' קמ"ה כ' דכותל בנין לאו כקרקע דמי מ"מ לפי מ"ש שם לחד שינוייא דאזלינן הכא והכא לחומרא ה"נ הו"ל להחמיר שלא להשביעו ע"ז ואפשר לומר דכל כה"ג דהנתבע נפטר עכ"פ בשבו' לא אמרו ביה חומרא לתובע קולא לנתבע ע"ש וליתא דכל ספק בשבו' אזלינ' לקולא שלא להשביעו כמ"ש התוספות בשבועות דמ"א בד"ה מאן וכו' בשם ר"ת דהשתא דלא אתמר הילכתא כחד מהנך לישני לא משבעי' ליה מספק דהממע"ה וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב סי' כ"ח דפלוגתא רבוותא לא עבדי' עובדא לחייב שבועה וכ"כ הטור בא"ה סי' נ"ו ע"ש ודוקא המלוה שבא ליטול בשבועה מספק אין מוציאין מהמוחזק אלא בשבו' אבל הנתב' שהוא מוחזק א"צ לישב' מספק וא"כ ה"נ הו"ל שלא לישב' מספק ונר' דהרא"ש והטור דוקא גבי שחיטה ס"ל דאם בטלו הוי כמחובר שהרי כ' הרא"ש בפ"ד דמכשירין וז"ל והא וכו' לענין הכשר לא חשיב אדם כמחובר ולענין שחיטה חשבי' נמי אדם כמחובר דפסלי' צפורן המחובר אין לדמותה זה לזה דהא תלוש ולבסוף חברו בעי רבא התם ולענין הכשר תנאי היא עכ"ל וא"כ א"ל אע"ג דבעלמא תלוש ולבסוף חברו הרי הוא כתלוש לכל מילי לענין שחיטה הוי כמחו' אבל הרמ"ה ס"ל דהוי כמחובר לכל מילי:

סימן צו

א' דין א' הג"ה ויש אומרים דאין נשבעים לו שבועת השומרים וכן הסכים הרדב"ז ח"א סימן ר"ל עיין שם.

ב' דין ב' אבל שבועת היסת נשבעין וכו' יתומה קטנה שאמרה פ' אנסני והוא כופר חייב שבו' על טענת הקטנה הרדב"ז ח"ב סי' ס"ג:

ג' הג"ה וי"א דאין נשבעין על טענתו אא"כ הגיע לעונת הפעוטות וכולי כן דעת הרמב"ן והרא"ש והר"ן וכן כתב הריטב"א בחידושיו לשבועות וה' חוקות הדיינים סימן ק"ח ע"ש:

ד' שם אא"כ הגיע לעונת הפעוטות וכו' וקרוב אצלי דאפי' חרם סתם אין מחרימין הרדב"ז בתשו' ח"א סי' ר"ל ע"ש:

ה' דין ה' החרש והשוטה וכו' בתוספתא פ"ה דשבו' תניא דנשבעי' לחרש ושוטה וכו' וכ' ה' חסדי דוד דמיירי בבא ליפרע מנכסי' כגון שהלוה מכר או נתן נכסיו לחרש ושוטה וגוי והמלוה לא מצא לגבות מב"ח ובא לטרוף מאלו דהבא ליפרע מנכסים משועבדי' צריך לישב' אבל ל"ל כגון שהוציא עליהם שט"ח שהלוה להם דהוי כבא ליפרע שלא בפניו כיון דלאו בני דעה נינהו בחרש שוטה וקטן נמי אין נזקקין להם לא לטענתם על אחרים ולא טענת וכולי אין נזקקין לנכסי קטן כלל עד שיגדל וכו' עש"ב ועיין בתשו' הרדב"ז

ח"ג סי' תמ"ט שכ' דלא אמרי' אין נזקקי' וכו' אלא בדבר שבא מכח מורישם אבל בדבר שעשו הם בעצמם לא אמרי' אלא מעמידי' אפטרפו' ומוציאי' מידם ע"י עדים דאל"כ לא שבקת חיי וכו' ואיברא דבקמא דט"ל גבי שור של קטן דאר"י במועד משלם מעליית יתומי' פרכי' והאר"י אין נזקקי' לנכסי יתומי' אלא לשטר שיש בו רבית או לכתובת אשה וכ' התוס' וז"ל וא"ת והא טעמא דאין נזקקין משום דחיישי' לצררי וכו' והכא לא שייך טעמא דצררי ורבא דהכא נמי מפ' טעמא בפ' שום היתומים משום שובר והכא לא שייך כלל וא"כ אמאי הוי דריב"ח טועה וי"ל דר"י קאמר בכל ענין אין נזקקין בין במלוה הבאה מחמת עצמם ומשו' דאין מקבלי' עדות שלא בפני בע"ד וכו' ובין במלוה הבאה מחמת אביהם ואפי' בשטר מקויים אין נזקקי' משו' שובר וצררי עכ"ל הרי דאפי' מלוה הבאה מחמת עצמם אין נזקקין משו' דאין מקבלי' עדות שלא בפני בע"ד ומזיק שאני שלא ירבו להזיק נזקקין לנכסיהם וכ"כ הרא"ש שם מיהו ה"ד במלוה ע"י עדים אבל בשטר דוקא בחוב אביהם אין נזקקין משו' שובר וצררי אבל מלוה בשטר מחמת עצמם דלא שייך ה"ט נזקקין להם ועיין בתשו' בשמים ראש סי' צ"ו וחרש ושוטה נמי נראה דאם הוציא אחר עליהם שט"ח כיון ששטר מקויים בידו ומן הדין גובה בלא שבוע' אלא שחכמי' החמירו על המלוה לישבע כשטען הלוה השבע לי שלא פרעתי' בחרש ושוטה דאין בהם דעת הוי כבא ליפרע שלא בפניו דנשבע וגובה ומ"ש הרמב"ם דאין נזקקי' לטענת אחרי' עליהם ה"ד במלוה עפ"י לשבועה אבל בשטר לא חשיב להוציא והם שהוציאו שט"ח על אחרי' נמי דא"כ הלוה חי תלוי במחלוקת בחשוד שהוציא שט"ח אבל ליפרע מנכסי יתומי' כיון דצריך לישבע בלא טענה אינו גובה וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' ס"ו ויורשים תובעי' מיורשי הבעל כתובתה וכו' אין אלמנה גובה כתובתה מהיתומי' אלא בשבועה וזו לא נשבעה ועוד דנכסי הבעל בחזקתם דניזונת ע"י כתובתה וכו' ע"ש: ו' דין ג' על השטרות אין נשבעין וכו' אם טענו לו ב' שטרות והוא מודה במקצת וה"ט כיון דאין נשבעין על השטרות אפילו בגדול אלא מתקנת חכמים ומה שנשבעין לקטן ג"כ תקנת חכמים ותקנתא לתקנתא לא עבדינן הסמ"ע והש"ך חלק עליו ובתשו' הרשב"א ח"ב סי' קמ"ח מבואר כדברי הסמ"ע ע"ש: ז' דין ו' הגה אבל אין בעלה חייב בשבילה וכו' וכ"כ מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' ק"ס דהבעל פטו' מלשלם מה ששאלה אשתו שלא מדעתו ונאבד והאשה אם אין לה נכ"מ פטורה מלשלם בעודה תחת בעלה ומ"ש בהגה בשם בעל העיטור דבפקדונות חייבת פשוט הוא שלא בא לחייב הבעל לא בתשלומי ולא לאשר אם אין לה וכו' עש"ב וז"ל הרי"ף בתשו' סי' רמ"ח אם תבעוה פקדונות או בדברי' שאפש' שהם ברשות' חייבת להחזירם אם היא מודה בהם וכ"ש אם הבעל מודה שאין

לו בהם כלום ואם כפרה תשבע כמו שמשביעי' שאר בני אדם אבל אם תבעיה חובות וחבלות כגון שחבלה בא' בגופו ובכליו וכיוצא אינה חייבת כלום כ"ז שהיא תחת בעלה וכו' ע"ש משמע דבפקדונו' נמי דוק' כשהם ברשות' חייב' להחזירם אבל אם נאבדו הרי הם חובות וא"כ גם בעל העיטו' בפקדונו' שהם בעין קאמר דחייבת ומשמע דאם היא מודה אפי' אין הבעל מודה:

ח' שם אע"פ שנו"נ בתוך הבית וכו' ובתשו' בשמי' ראש סי' רי"ד כ' וז"ל דע לך שמורי ר"מ היה דן סתם נשים שלנו כנו"נ בתוך הבית ולדבר מועט שהוא מנהג בכל העולם שאין מקפידי' ודאי הבעל צריך לשלם דכל הנו"נ על דעת המנהג הזה נו"נ וכיון דהיא לעולם חייבת הוא משועבד לה ולב"ח וכאלו הלוה לו דמי אבל בהלואה מרובה וכו' ע"ש עיין בהש"ך שהסכים (עכ"מ):

ט' שם ודלא כיש חולקי' בזה וכו' הוא ראב"ן בתשו' סי' קט"ו ושם כ' דכל הגאוני' שהיו לפניו לא חי' בין נו"נ בנכסי' עם בעלה לשאינה נו"נ אבל ר' קולנימוס מחלק כן וכן מצאתי סמך בתשו' רב שר שלום גאון עש"ב והש"ך דחה דברי מהריק"ו עש"ב אבל ה' מנחת יעקב בתשו' סי' ט' דחה דברי הש"ך עש"ב:

סימן צז

א' דין ו' לא ימשכננו הוא בעצמו וכו' נראה פשוט דאפי' קבל עליו הנתבע בקנין לא משתעבד וכן מצאתי להרמ"ה בפ' ג"פ סי' פ"ט ע"ש: ב' אל ימשכננו וכו' ונראה דאם משכנו מדעתו אפי' שלא בשעת הלואתו מותר דלא נאסר אלא למשכן בע"כ אפי' חוץ לב"ד ואפי' שליח ב"ד מרן בב"ה ע"ש וק' דהא לר"ש דאמר אלמנה עניה אין ממשכנין אותה לפי שחייב להחזיר לה ואתה משיאה ש"ר בשכנותיה משמע מדעתה אסור דהא שלא בשעת הלואה אפילו מדעת הלוה חייב להחזיר כמו שפסק מרן בסי' ט"ז וא"כ משיאה ש"ר ואם לת"ק בע"כ אסור א"כ מחמיר ר"ש יותר מת"ק ול' הברייתי' משמע שבא להקל ולהתיר בעשירה מה שאסר ת"ק וכה"ג הק' התוס' בד"ה אלמנה וכו' ע"ש ול"ל לר"ש נמי מותר דאע"ג דחייב להחזיר כיון שהוא מדעתה ורצונה ולא חששה לש"ר מותר דמדברי הרא"ש והמ"מ שהוכיחו דבשעת הלואה מותר מדר"ש דהא בשעת הלואתו אינו חייב להחזי' ע"ש משמע דשלא בשעת הלואה דחייב להחזיר אפי' במשכנו מדעתה אסור מה"ט דמשיאה ש"ר גם הר"א ממיץ בס' יראים סי' רע"ז כ' וז"ל מנ"ל דמשכנו שליח ב"ד ושלא בשעת הלואה הכתוב מדבר דילמוד לא יחבול שהוא סתום מאם חבל תחבל שהוא מפורש והתם מנ"ל דתניא בהמקבל וכו' ולמדנו כבר שאינו חייב להשיב

כי אם שמשכנו שכא בשעת הלואה עכ"ל הרי שכ' לא יחבל מיירי במשכנו שליח ב"ד שלא בשעת הלואתו כמו חבל תחבול וכיון דאם חבל תחבול אפי' מדעתו קאמר דחייב להחזיר ה"נ לא יחבל מיירי בהכי והר"א ממיץ נראה דס"ל כדעת הראב"ד בהשגות על הרז"ה פרק המקבל בש"מ על דקי"ג וז"ל אמת שהוא רשאי לקבל ממנו אבל מנ"ל שהוא חייב להחזיר הואיל מדעתו נתן שהכי משכנו בשעת הלואתי כיון שמדעתו נתן לו אינו חייב להחזיר לו ושמא כמו כן שלא בשעת הלואה דמ"ש וכו' עכ"ל הרי דס"ל דשלא בשעת הלואתו נמי אם נתן לו מדעתו אינו חייב להחזיר וכ"נ דעת הר"א ממיץ דבמשכנו שליח ב"ד דוקא הכתוב מדבר וע"ש בסי' רע"ד ורע"ה וכן הטור בשם הרמ"ה שכ' בכלי אוכל נפש דאי מסרם מדעתו למלוה או לשליח ב"ד מותר ליקח אפשר דס"ל דבעלמא אפי' שלא בשעת הלואתו אי מדעתו אינו חייב להחזיר אבל מרן שפסק בסי' ט"ז דשלא בשעת הלואה אפי' מדעתו חייב להחזיר ק' איך פסק באלמנה ובכלי אוכל נפש דזה מדעתו אפי' שלא בשעת הלואה מותר דהא מדר"ש שמעי' דאוסר אפי' שלא מדעתו מה"ט כיון דחייב להחזיר ומשיאה ש"ר וה"ה לת"ק דלא פליגי בהא דאם חבל תחבל מיירי אפי' מדעתו דחייב להחזיר וילמוד סתום מן המפורש כמ"ש הר"א ממיץ:

ב' דין י"ד אבל לערב מותר וכו' דכיון דלא רצה להלוות לו אלא ע"י ערב כאילו משכנו בשעת הלואתו דמי הר' יהונתן הובא בש"מ שם ולפ"ז נראה דגבי כלי או"נ ואלמנה למאי דקיימ"ל דבשעת הלואה מותר ה"נ לערב למשכנו כאילו משכנו בשעת הלואתו דמותר והרמ"ה שכ' הטור דלענין שלא לחבול או"נ והשבת העבוט דין הערב כדין הלוה אפשר דסבי"ל כהרמב"ם דאסור לחבול כלי או"נ אפי' בשעת הלואתו אבל הטור שהביא בלי חולק משמע דס"ל דגם לדעתו דמותר לחבול כלי או"נ בשעת הלואה דין הערב כלוה:

ג' דין ך' ואפי' היה עשיר בקרקעות וכו' מדתניא בספרי תניא ואם איש עני אין לי אלא עני עשיר מנין ת"ל ואם איש א"כ מת"ל עני ממהר אני ליפרע ע"י העני וכו' וכבר בש"מ למציעא דקי"ד ע"ב בשם תלמידי הר"ף כ' דהספרי מיירי בעשיר מקרקעות ולא ממטלטלי' והא דאמרי התם הא עשיר שכב בעשיר מטלט' שא"צ לאותו כסות ע"ש:

ד' דין כ"ג מסדרין וכו' וכ' הרשב"ץ ח"ג סי' ש"א דף ס' ע"ד וז"ל ודע כי הרי"ף פסק דמסדרין לב"ח וכו' ור"ת חלק עליו ואמר דמספר כתובה נלמוד שכותבין ואפי' מגלימא דעל כתפיה והרמב"ן כ' דהא לאו ראיה היא שאני התם דאתני ואפשר דמהני ליה תנאה ואפשר דלא מהני ליה דמגלימא דעל כתפיה שאינה ראויה לו קאמר כגון שהיה לבוש אצטלה של מאה מנה שמפשיטי' אותה ממנו ואע"פ שלא היה צריך להתנאות שמן הסתם כך הוא הדין שופרא דשטרא הוא כ"כ רבי' וכו' והכי מוכח בנדרים בפ' ר"א וכ"כ

הרא"ש שם עכ"ל הרי שהרמב"ן והרא"ש והרשב"ץ ס"ל כהרי"ף דקי"ל מסדרין וכ"כ הטור בשם הרא"ש והוא מדבריו בנדרים כמ"ש הרשב"ץ.

ה' מסדרי' וכו' דגמר' ג"ש מיכה מיכה מערכין הא דלא גמר השיג יד נמי בב"ח מערכי' בג"ש א"ל כמ"ש התוס' בערכין דף ך' בד"ה ואין וכולי גבי הקדש דאיכא מיעוטא דכתיב יערכנו הכהן גבי ערכין דמשמע לו ולא לאחר ע"ש וה"נ ממעטי' ב"ח דיערכנו לזה ולא לאחר ממעט תרווייהו ואע"ג דגבי ב"ח מצי למילף בק"ו ומה ערכין שאין מחזירי' נדוני' בהשג יד ב"ח שמחזירי' א"ד שנידון בהשג יד וכה"ג בעי למילף בהך ק"ו בפ' המקבל דמסדרי' לב"ח אפ"ה לא מוקמי' מיעוטא דיערכנו הכהן למעט הקדש דוקא דיערכנו דמשמע לו ולא לאחר ממעט תרווייהו אבל התוס' בנדרים דס"ה כ' וז"ל דלענין השג יד לא גמרי' מערכין אלא לענין סדור דכתיב בהדיא בקרא ואם מך הוא מערכך החייהו מערכך וכו' ע"ש ונראה דר"ל דלא נאמרה ג"ש אלא לענין סדור דכתיב בהדיא גבי החייהו מערכך וכה"ג כ' התוס' בשבת דס"ט בד"ה הקדש וכו' ע"ש ולפ"ז ק"ק דאכתי נילף בק"ו ומה ערכין שאין מחזירי' נידונים בהשג יד ב"ח שמחזירי' וכו' וי"ל דאיכא למיפרך מה לערכין שכן קלים דאין נהוגי' אלא באדם ובן ברית ולא בטומטום ואנדרוגינוס כמ"ש התו' בד"ה הקדש וכו' והא דבעי למילף דמסדרי' לב"ח בק"ו מערכי' ולא פריך הכי משום דא"ל הקדש יוכיח דחמור ואפ"ה מסדרין כן ב"ח דהתם לר"י קאי דיליף סדור בהיקש מערכין כמ"ש מהרש"א שם אבל לענין השג יד דליתי' נמי בהקדש לא ילפי' ב"ח בק"ו משום דאיכ' למיפרך מה לערכים שכן קלים וכו' ע"ש:

ו' דין כ"ד אלא אפי' תפסה מנכסי בעלה וכו' ה"ד מזונות דלהבא אבל מזונות שעברו ודאי דמהניא לה תפיסה דלא יהיו מזונו' האשה אלא מלוה ע"פ אפי' מלוה ע"פ מאוחרת שתפס מטלטלי מה שתפס תפס ה' כנה"ג בס' בעי חיי ח"ב סי' ט"ל ע"ש:

ז' דין כ"ה אין ב"ח גובה וכו' עיין בב"י א"ה ססי' ע"ג שכ' תשו' הרשב"א שנראה לכאורה דס"ל דהבעל יכול למכור כסות אשתו ובניו והאחרונים תמהו מתשו' הרשב"א והביאה מרן בסי' ץ' שכ' דהאשה יכולה למחות בבעלה שלא למכור וכו' וכן האשה יכולה למחות שלא למשכן וכו' ע"ש והרואה תשו' הרשב"א בח"ב סי' רפ"ו ומסקנתו שם דהבגדים שעשה לה הבעל קנויים לחלוטין ואין הבעל יכול למשכנם אלא מסתמא אמרינן דברשות משכנם ע"ש וכ' מהר"א ששון סי' ק"י על ש"מ שצוה שתטול אשתו כתובתה מכל נכסי שנמצאו בבית בין וכו' והיתר מסכי כתובתה הכל יהא נתון לה בתורת מתנה ויש לו בנים וכו' וז"ל אבל אם טענת האשה שהיא באה לזכות בהם מכח שטר כתובתה כדין ב"ח וכו' יש לדון שאם כתובת האשה קדמה לעשיית המלבושים

הרי כ' הטור וכו' ה"ד שקנאם להם קודם שלוה אבל אם קנאם אחר שלוה אפי' לבשם כבר ב"ח גובה מהם וכו' וכיון שכן אין שום זכות לבנים באלבושי' הנז' וכו' ע"ש והכנה"ג הביאו בקיצור אות ל"ח ע"ש ונר' דה"ד בלא מצאה האשה לגבות כתובת' מנכסי' אחרי' אבל בנדון הרב שיש לה נכסים אחרים לכתובתה והיתר למתנה פשיטא דאפילו קדמה הכתובה מכסות בניו ואפי' ליכא נכסי' אחרים הרי כת' הפרישה וז"ל וצ"ע לפי מ"ש בסימן ס' שהגאונים תקנו שאין מגבין לב"ח מטלטלי שמכר או נתן אפי' כתב לו דאקני ושעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי אי התקנה קאי נמי אמה שקנה לאשתו ובניו או לא ונראה לפשוט מהא דאשמיט בש"ע דין דהרמב"ן בדכתב לו דאקני והוא פלא וכו' אם לא שתאמר דס"ל לש"ע דלפי מה שתקנו מפני ת"ה דאין גובין ממה שמכר או נתן וה"ה דאין גובין נמי מהאשה ע"ש וא"כ אפי' קדמה הכתובה ואין לו נכסים אחרים אינו גובה מכסות בניו וראיתי למרן בס' אבקת רוכל בסי' קנ"ו וז"ל דה"ד נותן מתנה לחבירו דהוי כמכר אבל הנותן מתנ' לאשתו לא שייך בה ת"ה או משו' מלת' דל"ש אי משו' דלא יצאו נכסים מרשותו וב' הטענות כ' הטור וכו ע"ש משמע דבחד מנייהו סגי וא"כ אע"ג דכסות אשתו ובניו שכיחי כיון דלא יצאו מרשותו לא עשו ת"ה ואפשר שזה דעת ששון:

ח' אין בעל חוב גובה וכו' ואפי' גבה אין תפיסתו תפיסה מהראד"ב בס' לחם רב סי' נ"ו עש"ב ועיין בתשו' מהר"ם הארוכות סי' תקפ"ה שכ' במה הפרש בין תכשיטין שהכניסה לו לאותם שהוא נתן לה שאותם שהכניסה לו אם מכרם הבעל הוא מוציאם מיד הלקוח' משום שבח בית אביה אבל אלו אם מכרם הבעל שלא מדעתה אין לה על הלקוחות כלום אבל אין לכוף הבעל שיטול תכשיטי אשתו ויגבם הב"ח וכו' ע"ש:

ט' אין הב"ח גובה וכו' עיין בס' בעי חיי ח"ב סי' ט"ל פרטי דינים ע"ש:

יו"ד כ' הרשב"א בתשובות' ח"ד סי' רי"ד על ראובן שתבע את שמעון שמשכן לו בגדי אשתו וכפר ונשבע בבית דין ואח"ך באה אשתו ואמרה שהם שלה ואין לבעלה רשות בהם ודינו בטל דאין בדבריה כלום דשלו הם אלא שיחדם לה ועוד דלא גרעי מנכסי מלוג שלה שהבעל דן עליהם ולא גרע בעל משותף שדינו קיים אם חבירו בעיר וה"ה לבעל בנכסי מלוג של אשתו וכ"ש בבגדים שקנה הבעל משלו לאשתו ע"ש:

י"א כתב מהרש"ך ח"ד סי' ב' בעל חוב בשטר אפילו קדום לכתובת אשתו אינו גובה ממלבושיה ותכשיט' שעשה לה הבעל ל"ש בגדי חול ול"ש בגדי שבת וה"ה גם בחיי הבעל אין ב"ח גובה מנכסי' אלו וכ"כ בסי' כ"ה ע"ש ובתשו' ח"ב:

י"ב אין ב"ח גובה וכו' כ' מהר"י ן' מיגש סי' קס"ט על ראובן שנתן לשמעון עיסקא לזמן קצוב וכשנשלם הזמן תבע ראובן ממונו וטען שמעון שאין לו וטען ראובן איך אתה

מממוני עשית נדוניא לבתך וכולי אם נתברר בשני עדים שהנדוניא שעשה שמעון לבתו היא ממעות ראובן שהיו בידו יש לראובן ליקח הנדוניא הנז' ולגבות ממנה עסקתו ולא יועיל כלום מה שנתנה שמעון לחתנו ולבתו וזה כמ"ש ואם מת לא יעשה מטלטל אצל בניו מ"ט להכי קרו לה עיסקא דאם מת לא יעש' מטל' אצל בניו וזה דוקא אם העידו העדים בזה עדות ברורה שראו בעיניהם אבל אם לא העידו בזה כי אם באומד הדעת אין לראובן לגבות דבר מהנדוניא זו ממי שבאה לידו שיש לאומר לומר אולי מצא מציאה וממנה עשה נדוניא זו וכבר אמרו בכיוצא בזה זאת אומרת טוענים ללוקח עכ"ל משמע דוקא עיסקא דלא נעשו (עכ"מ): י"ג דין כ"ו אבל בגדי שבת ומועד וכו' כ' הריב"ש ס' קכ"ח הביאו הב"י דאף החולקי' על הרמב"ם בבגדי שבת לא חלקו בבגדי כסף וזהב שהרי מתני' דא' המקדש וכו' לא הזכירו אלא מיני מלבוש וכ"כ הרי"ף בתשו' עכ"ל וז"ל הרי"ף בתשובותיו סימן ר"ט ומה שיש לו אצל אשתו מבגדים דוקא אין לבעל חוב לגבות מהם ע"פ מ"ש א' המעריך וכו' אבל כלי זהב ובדלא לא הזכירה אותם ההלכה לפיכך אין לנו לדמותה לבגדים בלא ראיה וכ"ש שכלי זהב ובדולח אדם קונה על דעת שתתקשט אשתו בהם ואם יוצרך יתפרנס מהם מה שא"כ בבגדי' שהם כלים ונפסדים ואין דעתו עליהם וכו' ע"ש נראה דס"ל דוקא כלי זהב ובדולח שלא הוזכרו במשנה אבל הבגדים אפי' של שבת ומועד בכלל גובה מהם ב"ח אבל בתשו' אחרת סי' רנ"ח כ' וז"ל אלא שבירושלמי אמרו בבגדים של חול אבל לא של רגל ושל שבת הילכך כל מה שהיה מן הבגדים המעולים וכ"ש כלי זהב ובדולח יש לו למכור אותם אבל אם היתה מבני טובים וממשפחה מיוחסת יש לה לעכב עליו כמ"ש עולה עמו ואינה יורדת וכו' ע"ש וחי' זה דאם היא מיוחסת יש לה לעכב כ' הנ"י בשם הרי"ף וכ' הרדב"ז ח"ב סי' רפ"א נראה שאינו מתשו' הרי"ף כיון שלא הזכירו' כל האחרוני' והטור כ' זה בשם יש אומרים וא"א שהרי"ף אמרה היה כותבה בשמו ע"ש ונראה דהטור לא ראה תשו' הרי"ף ונמשך אחר בעל התרומו' שער א' יש מן המורים שפסקו שאם היתה האשה מבני טובי' וממשפח' מיוחסת אין ב"ח גובה אפי' מכסף וזהב וכן מצאו סברי' זו בתשובות הרי"ף עיין שם ומכל מקום נראה דעת הרמב"ם ושאר פוסקים דאין חילוק דלעולם גובה בעל חוב תכשיטי זהב וכסף וכמו שהסכים הרדב"ז שם: וכתב עוד הרדב"ז אע"פ שלדעת הרמב"ם בגדי שבת ויו"ט גובה אותם ב"ח אע"פ שהם ברשותה מ"מ כבר נהגו שלא להגבות לב"ח דאיכא גדולים שפסקו כן וגם דאין סמיכות הב"ח על הבגדים לפי שעשויי' וכו' ומפני שאין מנהג זה קבוע לגמרי יש לדיין לומר לב"ח שיגבה תכשיטי כסף וזהב ולא בגדי שבת ויו"ט בדרך פשרה ואם הב"ח יעמיד עצמו על הדין יפסוק כדעת הרמב"ם ע"ש

ובמקום זה נהגו שלא לסדר לב"ח כדעת ר"ת מפני הגוים וכל המלוה אדעתא דמנהגים והוי כהתנ' עמו שלא יסדרו לו דתנאו קיים: י"ד כתב הטור בשם הרמב"ן הא דאין לב"ח מכסו' אשתו ובניו דוקא שקנאם להם קודם שלוה אבל אם קנאם להם אחר שלוה אפי' לבשום כבר בעל חוב גובה מהם והוא שכתב לו דאקני ושעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי וכו' וכ"כ הר"ן והנ"י ע"ש והרדב"ז ח"ב סי' י"א כ' דק' דהא עשו תקנת השוק במטלטלין דאל"כ לא ימצא אדם למכור מטלטלין וכולי אבל אני מבטל דעתי מפני רוחב דעת הראשונים עש"ב:

ט"ו אבל מה שהכניסה לו וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ב סי' קע"ה דאם הכניסה מעות ואפי' הם בעין כיון שקבל הוא ע"ע בחוב ואינם עשוי' לעמוד בעין ואין בהם בעצמם משו' שבח בית אביה הוו כשאר מעות הבעל שלוה מאחר וב"ח גובה מהם אבל אם הכניסה לו שום של בגדים ותכשיטין שהאשה רוצה לכלותם ויש בהם משום שבח בית אביה מסתברא שאין בעל חוב גובה מהם וכולי עיין שם:

ט"ז דין כ"ז אין חילוק וכו' ז"ל בעל התרומות ומסתברא דה"ה וכו' שאין לחלק בענין הסדור בין קרקע למטלטלין שהרי ערכין ננבי' מן הקרקע ומן המטלטלין ובכולן נאמר החייהו מערכך ע"ש ולכאורה ק' דבנדר' דס"ה ע"ב מוכח בהדיא דאפי' אין לו מטלט' אלא קרקע מסדרי' ע"ש וה' מנחת יהודה כ' דסלקא דעתך דקרקע הו"ל כמשכון ומשכנו בשעת הלואה אינו בחזרה וה"ט משום דהוי כמוכרו לו וא"כ ודאי דליתיה בסדור כיון דהוי כמוכרו לו וה"נ אם בשעת הלואה יש לו קרקע הרי הוא כמשכון והוי כמוכרה לו ובירושלמי דשביעית מק' אמתני' שביעי' משמטת את המלוה בשט' יעשה כמלוה על המשכון דאין שביעי' משמטת אר"י בשע' שאין בו אחריות נכסים ור' ירמיה אמר כשאין לו קרקע הא אם יש לו קרקע אינו משמט והיינו משום דחשיב כמלוה על המשכון וא"כ לענין סידור נמי אם יש לו קרקע בשעת הלואה הו"ל כמשכנו בשעת הלואה דליכא סדור וההיא דנדרים בקרקע שירש אחר הלואה ע"ש וליתא דאינן קי"ל דוקא משכון מטלטלין אינו משמט משום דב"ח קונה משכון אבל משכנו קרקע לא קני ליה כדאית בפ' השולח ומשכון דמטלטלין נמי לא קני ליה מדר"י אלא שלא בשע' הלוא' אבל בשעת הלואה לא וכבר כ' התוספות דמאחר דקני ליה מדר"י שלא בשעת הלואה אלים נמי שעבודי' בשעת הלואה דלא משמט דקרי' ולא של אחיך בידיך ע"ש א"כ ודאי לא חשיב כמוכרו לו ואם במשכנו שלא בשעת הלוא' דקני מסדרין כ"ש בשעת הלו' דלא קני ליה:

סימן צח

א' דין ב' צריך הדיין לעשות דו"ח וכו' נראה דאם השטר ישן הרבה אפי' ליכא אומדנא דמוכח שהדין מרומה יש לעשות חקירה אבל על זמן מועט אפי' ג' וד' שנים אין לעשות שום חקירה ה' תורת חסד סי' ק"ע ע"ש ועיין בתשו' הרשב"ש סי' זר"ת:

סימן צט

א' דין א' א"ץ לישבע שבועה זו לכל א' וכו' ששבועה זו תקנת הגאונים היא ואין מדקדקי' להחמיר בה הטור וכ' הב"ח תימה דאפי' השבועה מן הדין קי"ל שבועה לא' שבועה למאה וכו' ואפשר דדוקא בשבועה דלעבר דמוציא שקר מפיו א"ץ שבועה לכל א' וא' אבל שבועה דלהבא דאינו מוציא שקר מפיו בשעת שבועה ס"ד להחמיר בה שישבע לכל א' וא' שלח תהא קלה בעיניו לכך כ' דכיון דשבועה זו תקנת הגאונים לא מחמרי' בה ע"ש: ב' ואם נ"ל ממון וכו' הרמב"ם בפ"ד מה' זכיה דין י"ג כ' מקבל מתנה שטען ואמר זו שתחת ידי אינה מתנה בידי וכו' ודבריו קיימים ונשבע שבועת היסת ותחזור לבעליה ופסקו מרן בסי' רמ"ה סי"ז ע"ש והלח"מ הק' מהכא דאין שומעין בלא ראיה וכ"ת דהכי הממון הוא מוחזק בידו דהתם מיירי בקרקע דעדיין לא החזיק בה ג' שנים לא היא דדומיא דטעין הנותן וכולי דמיירי שהחזיק שני חזקה ה"נ דכוותה וכו' ע"ש וה' קרית מלך רב ח"ב דס"ב כ' דאפי' החזיק ג' שנים כל שלא ידענו שלקחו וגם הוא אינו טוען שלקחו אין הקרקע בחזקתו כיון דאין תפיסתו בקרקע משא"כ במטלט' ונר' שזה תלוי במחלוקת שכ' הטור בסי' קמ"ו והמ"מ בפי"ד מה' טוען דין י"ג גבי הבא מחמת ירושה וכו' דהרמ"ה ס"ל דבעי' ראייה שהם יורשי' או לוקחי' מזה שהחזיק בה יום א' הא לא"ה אע"פ שהחזיקו בה ג' שנים כיון שאין חזקתו מחמת עצמם אינה חזקה והרמב"ן אומר דהחזיק במטלטלי' אע"פ שטוען מפ' לקחם טועני' לו שאותו פ' לקחם מזה המערער שהביא עדים שהיו לו ומאמינים זה המחזיק בהם שהוא לקחם ממנו אף בקרקע כיון שהחזיק בו שני חזקה א"ץ להביא ראייה שלקח או שירש מזה שהוא טוען וכן עיקר עכ"ל הרי דמדמה קרקע שהחזיק בו ג' שנים למטלטלין דכמו במטלטלין טועני' כן שהמוכר לו לקחם מזה המערער אף בקרקע שהחזיק בו ג' שנים הרי הוא בחזקתו וטועני' לו וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י שם דאם החזיק ג' שנים א"ץ ראייה והיא בח"ב סי' רע"ג וז"ל דחזקתו מוכיח' עליו דחזקת שלש שנים בקרקע כתפיסת מטלטלי' היא וכו' ע"ש וא"כ ה"נ שאינו נאמן על הקרקע שהחזיק בו ג' שנים בחזקתו הוא בתפיסת מטלטלין בו ג' שנים ועיין במהרימ"ט ח"א סי' ט' והלח"מ תי' דשאני התם דודאי קבל

במתנה מאחרים אלא שטוען שהיא בטילה אבל הכא לא ידענו שזה הממון היה של אחרים כי אם עפ"י המלוה וכן הסכים המש"ל שם וא"כ ה"נ בקרקע אם לא נודע שהיא של אחרים אינו נאמן לומר שאינו שלו וכן מצאתי בחי' הרשב"א בר"פ השולח וז"ל וא"ת מ"ש מהא דאמרי' האומר שטר אמנה וכו' י"ל דהתם הוא בשטר וכו' בחזקתיה דידיה וכו' הא למה הדבר דומה לאומר בשדה המוחזקת בידו לאו שלי במקום שחב לאחרים דלאו כל הימנו לאבד זכותו של אחרים אבל במקבל מתנה דלאו דידיה הוא ומכת זכייתו הוא דבעי מלוה לטורפו נאמן הוא לומר לא קבלתי בתורת זכייה ואינהו דאמרי בתורת מתנה ושנתכוון לזכות בו כשקבלו צריכין להביא ראייה וכו' ע"ש:

ג' אין שומעין לו וכולי כ' הש"ך דבמעו' אפי' ראיה לא מהני לענין שיהא של אותו פ' לבדו אלא הוו כשא' ב"ח ואפי' יביא ראייה שהפקיד אצלו לא מהני דכיון שיש לו רשות להשתמש במעות הו"ל לוה עלייהו ע"ש אבל דעת הסמ"ע בסי' מ"ז דאפי במעות פקדון נאמן ובעל המעות קודם לאחרים וכ"כ ה' צמח צדיק סי' ס"ד ע"ש ומה שהביא ראייה הש"ך מ"ש התוס' במציעא ד' כ"ט דהמפקיד מעות אצל חבירו אפי' אותם עצמם הם בעין א"ץ להחזיר לו הם בעצמם דכיון דיש לו רשות להשתמש בהם הו"ל לוה עלייהו ויכול ליתן לו אחרים תחתיהם ע"ש ודבריו תמוהים דדברי התו' הם דוקא בדמי אבידה דחייב באונסי' דהוו כהלואה וכן במעות פקדון למ"ד דיכול להשתמש בהם חייב אף באונסי' והוכיחו כן מדפריך ר"נ לרב הונא אי נאנסו חייב מאי איריא הוציא כי לא הוציא נמי וכו' ואם חייב להחזיר הם עצמם כשתבע א"כ לא קנאם משולחני כשלא הוציאם לא מעל כדאמרי' בפ' השואל לא בקע בו לא מעל כיון שהמשאיל יכול לחזור בו ע"ש אבל למאי דקי"ל פקדון דאינו חייב באונסי' אלא בגניבה ואבידה משמע דצריך להחזיר לו הם עצמם ולכך דוקא הוציא מעל אבל אם לא הוציא לא מעל הגזבר דלא הוו כהלואה ולא קנאם השולחני וכן מוכח בהדיא מדברי הרמב"ן הובא בס' א"ז למציעא ס"פ המפקיד ובפ' הזהב על דמ"ט סע"א דוקא לדעת רבה הוא דמלוה גמורה לאונסיה ואינם ברשות בעלים לחזרה ואם קידש בהם אשה אינה מקודשת אבל לרב נחמן לא וכ"כ בהדיא הר"ן הובא בא"ז בפ' אלו מציאות ע"ש וכה"ג כ' מהר"ם סי' ע"ד לוה שאמר למלוה טול מעותיך והמלוה לא רצה לקבל ונגנבו או נאנסו הלוה חייב לשלם אבל בפקדון כה"ג פטור ע"ש בהש"ך ס"ק ט"ו אלמא פקדון מעות לא הוו כהלואה וא"א כיון דיכול להשתמש בהם אפי' המעו' בעצמם בעין א"ץ להחזיר לו אם בעצמם הו"ל כמלוה ואמאי פטור מאחריות עד שיעשה השבה גמורה וכ"כ הנ"י בפ' הזהב גבי ההוא דיהיב זוזי אשומשמי וכו' דה"ט דאם א"ל טול את שלך פטור משום דפקדון כל היכא דאיתיה ברשות דמריה איתיה

ע"ש וה"ד לרב נחמן אבל לרבה דפקדון דמעות הם ברשות הנפקד לחזרה ולאונסים הוו כהלואה ולא כלתה שמירתו עד שיקבל עליו ולא סגי בא"ל טול את שלך כמ"ש הרמב"ן הובא בא"ז פ' הזהב שם והא דתניא בפ' הא"מ האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד אם נשתייר ממנו שו"פ מקודשת דבמלוה אפי' נשתייר ממנו שו"פ אינה מקדשת וה"ט משום דמלוה ברשות בעלים לחזרה קיימא ע"ש נראה דלמאי דקי"ל דמעות פקדון אפי' יכול להשתמש בהם לא הוו כמלוה וברשות בעלים לחזרה דאם היא בעין צריך להחזירם ניחא דאם קידש בהם אשה אינה מקודשת אבל למ"ד דמעות פקדון כיון שיכול להשתמש בהם הוו כמלוה וחייב באונסי' אפילו היה בעין אין צריך להחזיר לו הם עצמם אמאי מקודשת וכן כתב הרמב"ן דאינה מקודשת ואי מיירי במעות צרורים דאין לו רשות להשתמש בהם א"ה הא דתני סיפא ובמלוה אע"פ שנשתייר ממנה שו"פ אינה מקודשת ליפלוג וליתני בדידה בד"א בפקדון שאינו יכול להשתמש בהם אבל כשיכול להשתמש בו אפי' נשתייר שו"פ אינה מקודשת וכה"ג פרכי' התם ה"ד אי דקבל עליה אחריות היינו מלוה ואי דלא קבל עליה אחריות א"ה הא דתני סיפא ובמלוה וכולי ושוב ראיתי בתשו' הרא"ש כלל ל"ה שכ' ה' אביגדור וז"ל וההיא תוספת' דתניא המקדש בפקדון מקודשת מיירי בפקדון שהרשוה בעלים וקדשה בהנאתו או במעות מותרים המופקדים אצלו דמשעה שהפקידם כמי שהלוהו דמי וכו' ע"ש הרי שכ' דמעות מותרים שיכול להשתמש הוו כמלוה דקי"ל כר"ג דהוו ברשות בעלים לחזרה אם קדש בהם מקודשת דהשתא שקדש בהם אשה והוציאם הוו כמלוה גבי אבל כל שלא הוציאם הוו ברשות בעלים הנפקד:

ד'

אין שומעי' לו עד שיביא ראייה וכו' משמע דאפי' בשבועה אינו נאמן והרי"ף בתשובה סימן ר"ט והביאו מהר"ם ריקנטי סימן ש"ו כתב זה שטוען מה שבידי דאחר הוא ישבע אותו אחר שהם שלו ונותני' אותו לו וכולי וכ' הב"ח ואפשר דהרמב"ם שכ' עד שיביא ראייה היינו דהלוה אינו נאמן בשבועה אבל כשאחר נשבע דשלו הוא הוי ראייה גמורה ע"ש והש"ך כ' שנעלם ממנו דברי בעה"ת שדחה תשו' הרי"ף מהלכה וכבר הב"ח עצמו בתשו' סי' ל"ח החזיק סברתו ואפי' שראה דברי בעה"ת עדיין במקומו עומד ע"ש וכ' ה' פני משה סי' ס"ג אע"פ שהתובע טוען שמא דבכל מקום דאיכא רגלים לדבר לטענת ודאי חשבי' לה כמ"ש הרדב"ז בתשו' מכ"י וייחס הדברי' להרי"ף והרמב"ם וה"נ רגלים לדבר שהנכסים שתחת ידו של אדם שהם שלו ואף דלא נהוי כחזקה גמורה לכל כי הא שלא להאמינו אפי' במגו מ"מ טענת ברי חשבי' לה לענין שבועה עי"ש וז"ל הרשב"א

בתשו' ח"ב סי' ס"ח דע שיש טענת שמא גמור כגון ההיא דראה סלע שנפל משלשה דאינו בריא ואינו קרוב לבריא וכו' אבל כשאינם אלא שנים אע"פ שאינו יכול לומר בברי ממש לחבירו שהוא לקחה מ"מ קרוב הוא לודאי וכולי ושמא כזה אין קרוי שמא אלא להשביעו עליו היסת וכו' ע"ש הרי דדוקא בשמא גמור ליכא היסת אבל בשמא קרוב לבריא יכול להשביעו וכן דעת רש"י והתוס' והרא"ש בפ' אלו מציאות גבי ראה סלע שנפל וכו' ע"ש וכן פסק מור"ם בסי' ע"ה סי"ז ע"ש מיהו הרדב"ז ח"ב סי' תל"ז דקדק מדברי הרמב"ם בפ"א מהל' טוען שכ' דינר פ' נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו הרי זה פטו' אף משבועת היסת נראה דוקא אמר קרוב בעיני אבל אם טען ברי לי שאתה גנבתו משביעי' אותו אע"ג דאינו טוען שראה אותו שגנבו מ"מ כיון שטוען בריא משביעין אותו ע"ש הרי דאם לא טען ברי אפי' יש רגלים לדבר וקרוב לברי הוא אין משביעי' אותו ומ"מ נראה דהכא דחזקה כל מה שתחת ידי אדם שלו לכ"ע חשבי' לה כברי לענין שבועה אע"ג דלא הוי חזקה גמורה שלא להאמינו במגו דהא חזקה דאין אדם פורע בתו"ז דמוציאין ממון כי איכא מנו מרע לה וה"נ דחזקה כל מה שתחת ידי אדם שלו מגו מרע לה אבל לגבי שבועה חשבי' לה כבריא והרא"ש בתשו' שכ' הטור ראובן שנתן חפץ לשמעון למכור ובא לוי ב"ח של שמעון ולקחו וכולי ואם שמ' הוא סרסור יראה שהחפצים הנמצאים בביתו שהוא רגיל למוכרן אינם בחזקת שלו למשכנם בחובי והסרסור או בעל החפץ נאמני' בשבועה וכו' וכתב מרן בב"ה דה"ד כשטוען הב"ח ברי וכ"כ הב"ח ע"ש והש"ך סקי"ג כ' דאפי' טוען שמא דטוענ' לב"ח כיורש ולוקח ע"ש ונראה דגם מרן והרב בית חדש לא אמרו אלא בסרסור דהנכסי' אינם בחזקת שלו אבל באחר דחזקה שהם שלו חשבינן לה לטענת בריא והרב טורי זהב שם תירץ כן דהחזקה הוי כטוען ברי ע"ש ולא דק דבסרסור ליכא חזקה כלל אם לא דס"ל דלא הוי חזקה גמורה היא להוציא מב"ח אבל לגבי שבועה הוי קרוב לברי ודוקא בשמא גמור אין משביעין היסת וכבר הש"ך כ' דה"נ אפי' חשבי' לה טענת שמא סובר הרי"ף דטוענים לב"ח להשביעו היסת כמו ליורש כדעת הגאונים בכלים העשויי' להשאיל ולהשכיר מיהו כבר הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב דה"ד התם משום דהמערער בא להוציא מיד היורשים דחשיב כמו להחזיק ביד היורשים לכך טוענים ליורש אבל גבי סרסור מיירי דכבר הב"ח לקחו והרמ"ך בתשו' בית יהודה ח"ב סימן מ"ח כתב ואפשר דס"ל להרי"ף דהא דחיישינן לקנוניא ואינו נאמן בהודאתו לחוב אחרים ה"ד בשלא נשבע אבל אם נשבע נאמן מדכתב הרי"ף בפר' הכותב גבי מנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבועה וז"ל ואע"ג דכתב לה בעלה נאמנות לא תפרע אלא בשב' דלא מהניא נאמנות

אלא היכא דהמניה לוה למלוה עליה דידיה ועל ירתי בתריה אבל היכא דאיכא עליו חוב לא"א או כתובת אשה וכו' ומסתיע' הדין סברא וגרסי' בפר' האשה שנתארמלה אר"י א"ר האומר שטר אמנה וכולי וכגון שחב לאחרים וכו' אלמא כל היכא דחב לאחרים וליכא גביה מהיכא דפרע אין הודאתו הודאה והא נמי דכוותה עכ"ל וא"א דאפי' בשבו' אינו נאמן במקום שחב לאחרים מאי ראיה וכו' ע"ש וליתא דהאומר שטר אמנה אינו נאמן בודאי אפי' בשבו' אינו נאמן דאל"כ הוה ליה למימר דנאמן בשבו' אלא גבי נכסים משועבדים ליכא חשש קנוניא אלא על הנאמנות דגובה היא בשט' כתובת' שבידה אלא דבלא נאמנות היא צריכה לישבע ובנאמנות א"צ לישבע וע"ז כ' הרי"ף דחיישי' לקנוני כי היכי דחיישי' לקנו' גבי ממון דהאו' שט' אמנ' ה"נ גבי שבו' חיישי' לקנוניא ומ"ש ראיה מתשו' הגאונים בשותפים שא' מהם טורח בעיסקא ואמר של פלוני יש בעיסקא זאת כו"ך נשבע וגובה אותו פלוני בלא שבועה והביאה הכנה"ג בסי' קע"ו אות ב' בלי חולק ע"ש הרי אף שהוא דחב לשותפו נאמן בשבו' ע"ש ולא זכר מה שכתב הטור בסי' ק"ח ואם עמד א' מיורשיו לי צוה שהשטר זה פרוע וכולי אם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע וכו' הפסידו כולם שהוא נאמן במגו וכו' וא"א הרא"ש היה אומר אפי' היה השטר בידו אינו נאמן להפסיד להם חלקם דכל שותפים של עסק אין כח ביד א' להפסיד לחבירו כלום בהודאתו וכו' עיין שם הרי דהרא"ש סובר דאינו נאמן השותף לחוב לחבירו אפילו באומר הפרוע אין הודאתו כלום ומוציא וכל שכן שאינו נאמן בהודא' לחוב לשותפו אפי' במגו להוציא ממון אבל בעה"ת ס"ל דנאמן היורש והשותף לחוב לחבירו במגו אבל בלא מגו אפי' בשבועה אינו נאמן ונראה דתשובות הגאונים מיירי בשותף שטרח בעיסקא ובידו ליתן לפלוני שאמר שיש לו בה דנאמן במגו כמ"ש הרמב"ם והטור ומרן בסימן צ"ג סי"ג טען שמעון שיש ללוי עליו חוב מזה השותפות מנה אם היה בידו כדי החוב והיה יכול ליתנו ללוי נאמן ואם אין בידו אינו נאמן להוציא מיד ראובן או מהסחורה הידועה לשותפים שמא קנוניא הם עושים שמעון ולוי על נכסי ראובן אפילו היתה המלוה בשטר וכולי עיין שם הרי דאם בידו ליתנו נאמן השותף במגו לחוב לשותפו אפילו להוציא מן הסחורה הידועה לשותפין אבל בלא מגו אינו נאמן אפילו בשבועה והלה נאמן ליפטר בשבועה (עכ"מ): ה' דין ג' אם ידוע בעדים וכו' י"ל אמאי והא איכא למיחש שמא שמעון לקחו ממנו והרי הוא שלו וי"ל כיון ששמעון אינו טוען כן אנן לא טעני' ליה בדק הבית עיין שם וכ"ד רש"ל והב"ח ומהריב"ל ח"א סימן צ"ח ע"ש אבל הסמ"ע והש"ך והט"ז כ' כיון דחזק' מה שתחת יד אדם הוא שלו אמרינן מכרו לו ועיין במהרי"מט ח"א סימן צ"ז שכתב גבי חזקה שאין עמה טענה אפי'

הלוקח הרי זה לפנינו טוען חזקה שאין עמה טענה אין שומעין לו וטוענים ללוקח ב' וכן כתב הרב בני אהרן סימן א' והביא דכ' בעל התרומות והטור ומרן בסימן ס"ז המוכר שטר חוב לחבירו אם כבר עבר עליו שמטה כשמכרו טוענים ללוקח שהמוכר היה לו פרוזבול ואבד ואם הודה המוכר שלא היה לו פרוזבול אם אין לו נכסי אינו נאמן אלמא אפילו המוכר מודה טוענין ללוקח עיין שם באורך ובסימן ב' ובסימן ג' ואם כן ה"נ כיון דחזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו אפילו הודה שמעון שהם של ראובן אינו נאמן לחוב לב"ח דהא קי"ל טוענים לב"ח כמו ללוקח ויורש כמ"ש הרא"ש בתשו' סוף כלל צ"ח ופסקו מור"ם בסי' קמ"ו ומ"ש בתשובו' כלל צ"ט דאין טוענים לב"ח משום מכאן ולהבא הוא גובה כבר תירץ הרב משאת בנימין דבכלל צ"ח איירי דירד המלוה בנכסי הלוה והחזיק ואח"ך ערער המערער כך טוענין לו ואין מוציאין ממנו אבל בכלל צ"ט מיירי שהב"ח והמערע' באו ב' כא' והביאו ה' כנה"ג בסי' קמ"ו הגב"י אות ט"ו ע"ש וכן הסכים ה' מטה אהרן בסי' ס"ט דב"ח מוחזק טוענים לו ע"ש וא"כ ה"נ שהב"ח החזיק במטלטלין שהיא בחזק' שמעון אפילו שמעון מודה אין שומעין לו וטוענין לב"ח שלקחם שמעון מראובן כיון דאיכא חזקה ומהריב"ל ח"ב סימן ע"ה כתב על ראובן ושמעון שהיו שכנים ודרים בבתים של תוגר א' וכל אחד מהם היה פורע השכירות שלו להתוגר ואחר ימים כתב ראובן לשמעון שטר דמעולם לא הי"ל חזקה באותם הבתים רק ששמע' לקח כל הבתים מהתוגר והחזקה היא שלו ואח"ך מת ראובן ובאה אשתו לגבות כתובתה מהחזקה דהדין עמה דכיון דהחזקה זאת שהיא של ראובן אין הודאתו כלום דחיישי' לקנוניא כמו האומר שטר אמנה וכו' אבל במאי דאמר' דטפי מג' שנים לא מזדהר איניש בשטרי והחזיק ראובן בקרקע א' ג' שנים וכתב שטר שאותו קרק' אינו אלא של בעליה הראשון ודאי דנאמן להפקיע שעבוד הכתובה משום דצריך לטעון אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה וזה אינו טוען שמכרו לו ואדרב' מודה שאינה שלו וכו' עש"ב הרי דס"ל דיכול להפקיע הכתובה משום דצריך לטעון אתה מכרתו לי וזה אינו טוען גם ה' פרח מטה אהרן ח"א סי' ע"ה כ' (א"ה והשאר מצאתי אותו קרוע ואחר כך מצאתי כתוב וכ' ה' דההיא שטר אמנה שאני שהשטר ראוי לגבות בו אבל הכא וכו' עש"ב עכ"מ) גם הר' פ"מ הביא ראיה למהריב"ל ממ"ש הרמב"ם והטור ומרן סי' רמ"ה ס"ז מקבל מתנה שבא ב"ח לגבות ממנו ואמר אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה או שאמר בטילה היא מתחילתה נשב' היסת ותחזו' לבעליה עכ"ל וא"כ ה"נ אם לא טען שמעון מוקמי' לה בחזקת ראובן מיהו נראה דלא כ' מהריב"ל אלא כשלא החזיק עדיין דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אבל כשמחזיק הב"ח כיון שהוא מוחזק טוענ' לו ואפי' שמעון אין שומעין לו

כמ"ש ה' משאת בנימין ובלא"ה מדברי הרמב"ם והטור ומרן אין ראי' דהתם כיון שלא החזיק האי ועי' בה' בנ"א סי' מ"ח:

ו' ואם שמעון הוא סרסור וכו' ה"ד כשאחר בא למשכן הסרסו' בעד חובו והסרסו' אומ' שאינ' שלו לכך נאמן הסרסו' או בעל החפץ בשבו' אבל סרסו' שמשכן מדעתו ורצו' חפץ ספק שאינו שלו לא ועי' בה' כנה"ג: ז' ויש לו ב' עדים וכו' הטור סיים ואם אין לו אלא ע"א שהוא שלו אינו מועיל להוציא מחזקת ב"ח שמשכנו כ' הפרישה ק"ק למה לא אמרי' גם בזה כיון שאם היו ב' מחייבי' אותו ע"פ ממון בעד א' הוה ליה מחוייב שבו' ואיל"מ ואי משו' דלא הו"ל למידע עכ"פ הו"ל ללוי לישבע ש"ד נגד העד שאינו יודע שאינו של ראובן וי"ל כיון דאין העד ולא ראובן טוענ' בריא שלוי יודע שהוא של ראובן לא משבעי' ללוי ע"ז עכ"ל נראה דהיכא דלא הו"ל למידע אם צריך לישב' ש"ד תלוי במחלו' שהרי כ' התוס' בר"פ הפרה וז"ל להאי טעמא דמשאיל"מ מפ' בפ' כל הנשבעי' משו' דכתי' שבו' ה' תהיה בין ב' ולא בין היורשי' ומפרש התם כגון שאזל היורש חמשים ידענא ונ' לא ידענא דבאבוה כה"ג מחייב וע"כ צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשי' פטור דבלא טעמ' אין לומר הכי כדאמרי' התם אי דאמר חמשי' אית ליה ונ' לית ליה מ"ל הוא ומ"ל אבוה אלא ה"ט דבאב חייב לא ידענא דהו"ל למידע אם חייב לו מנה אם לאו אבל יורש' לא הו"ל לידע במילי דאבוהון מה"ט אית לן נמי למיפט' בשמעתין שאין דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם וכו' עכ"ל וכ"כ בתשו' המיי' לס' נזיקין סי' י"א ע"ש הרי דכל דלא הו"ל לידע פטור בלא שבו' דומי' דיורשי' והטור בסו' ע"ה סי"ט כ' וז"ל וכ"כ הר"י אלברצליני שאם טען היורש שאינו יודע אם ליה מורישו אם לאו אע"פ שע"א מעיד עליו שלוה אין עליו שבועה אלא שלא פקדנו אבא אע"פ שמלוה עצמו בכה"ג הו"ל מחוייב שבועה וכו' דדוקא בבעל דבר שהיה לו לידע וכיון שאינו יודע משל' אבל ביורש לא הו"ל לידע ולפי מש"ל בסי' ס"ט בשם א"א הרא"ש שאין חיוב שבועה על היתומי' אלא כדי לגבות אבל ליפטר א"צ לישבע וכו' ה"נ א"צ לישבע וכ"כ בעל העיטור שא"צ לישב' לא שבו' היסת ולא פקדנו אבא וכו' עכ"ל וא"כ לדעת הר"י אלברצלוני דצריכין היורשי' לישב' שלא פקדנו אבא ה"נ כל דלא היה לו לידע צריך לישב' שי"ד שאינו יודע אבל למאי דקי"ל דהיורשים א"צ לישבע כלל אפילו כנגד עד אחד הוא הדין כל דבר שלא היה לו לידע פטור מהשבועה:

כתב הסמ"ע דלא אמרינן בזה כל ששנים מחייבים אותו ממון א' מחייבו שבו' ואם אינו וכו' לישׁ' משלם דא"א כן אלא כששנים היו מחייבים אותו ממון בלא שבועה אבל בזה היה בעל החפץ צריך לישבע כדי שיטול הש"ך תמה דגם בנסכא דר"א ודאי אפי' היו

כאן ב' עדים שחטף והוא טען שלי חטפתי אף ע"פ שצריך להחזירו מ"מ צריך אחר כך לישב' היסת ששלו הוא וכן בכל מחויי' שבו' ואיל"מ ודאי צרי' אח"ך לישב' היס וכו' ע"ש ול"ק בנסכא דר"א נראה דאם יש ב' עדים שהיה מוחזק בידו וזה חטפו דא"ץ לישבע כלל אפי' לאחר שהחזירו אא אין אדם פורע בתו"ז כ' ה' בית שמואל בא"ה סי' צ"ו סק"ח דמדברי הרי"ף ובעה"ת והרשב' משמע דו אפי' אחר הפירעו' שכ' לאו טענה אא ע"ש וגם הב"ח בסי' מ"ח אא לישב' היסת וכן הסכים הש"ך אא חזקה אלימת' דהא מ"ל באומ' פרעתיך בתוך זמנו אי אמרי' מגו במקו' חזקה או לא וקי"ל קולא לנתבע ואל כל מה שביד אדם שלו הוא אלימתא ולא מגו במקום חזקה כזו כמ"ש הרי מה' מלוה ע"ש במ"מ וכ"כ הרשב"א ח"א סי' אלף מ ובתשו' ח"ב סי' רע"ה דלא אמרי' מגו במקום חזקה כזו משו' דהוי כמגו במקום עדים ע"ש אלמא חזקה אלימ' היא כעדי' וכ"כ בתשו' ח"ג סי' קל"ד וז"ל וטוען שהוא של אחרי' וכו' אינו נאמן נו לאחרים אפי' במקום מגו לפי שביד אדם הוא שלו וכו' ואע"ג דקי"ל בפ"ק אי אמרי' מגו במקום חזקה או לא ולא אפשיטא אפ"ה לא כל החזקות שוות אלא איכא חזקה תא דאמרי' לה אפי' במקום מגו וזו אחת מהם וכו' הרי בהדיא כמ"ש וא"כ אפי' לאחר הפירעון א"ץ לישבע היסת דחזקה זו אלימא כעדים:

ח' דין ז' הכותב כל נכסיו לאחר וכו' כ' התוס' והרא"ש בפ' האשה שנפלו בשם ר' שמשון שמעשה בא לפני ר"ת בא' שרצה ללות וכתב כל נכסיו לאחרים להבריחם שלא ישתעבדו לב"ח וגם בא' שהבריח כל נכסיו לאחר שלא ישתעבדו לכתובת אשתו ואור"ת שהמתנה בטילה וכו' והכא הוא דלא קנה הבעל וכו' הילכך גם מקבל מתנה לא קנה אבל הכא דל"ל ה"ט דאי לא הוה קני ליה המקבל הוה קני הבעל חוב והאשה אם כן לא מיקרי האי שטרא מבריח כיון דבהכי אינו מבריח וכולי אלא למתנה גמורה מכוון וזכה מקבל מתנה ע"ש וכ' מהרי"ל בתשו' סי' ע"ט אע"ג דהרא"ש פליג מ"מ כולהו רבוותא עבדי כר"ת וכן רצב"א בתשו' המיי' וכן בתשוב' מהר"ח א"ז וכו' ע"ש ותשו' ריב"א היא בתשו' דשייכי לס' קנין סי' כ"ה ע"ש הטעם אבל הרמ"ה בפ' מי שמת סי' קל"ז כ' וז"ל ואלו שטר פסים וכו' כדגרסי' בפ' האשה שנפלו וכו' אלמא אע"ג דלא מקני לוקח קנין גמור אלא אדעתא דאי נתאלמנה או נתגרשה הדרי לדילה שטר שנותן ליכתב הוא וכו' וה"ה נמי מאן דמבריח להו לנכסי' מאתתיה או מב"ח דלא ליחול עלייהו שעבודא דכתובה או דב"ח וכתב שטר כה"ג לאחרים מעיקרא בפרהסיא וכו' שטר פסים מיקרי וכו' דמעיקרא כי נחית אנס וב"ח ואשתו אדעתא דהכי נחתי ואיהו דאפסיד אנפשייהו וכו' ע"ש הרי

דס"ל דמבריח נכסיו מב"ח או מכתובת אשה דינו כאשה המברחת מבעלה דלא זכה המקבל מתנה ולא הב"ח:

סימן ק

א' דין ב' וי"א שגם לזה נותני' זמן ל' יום וכו' עיין בתשו' הרשב"ש סי' ס"ד דס"ל כן ומשמע קצת שם דאפי' יש לו מטלטלי' נותני' זמן ל' יום ועיין בב"ח שכ' דדוקא שאין לו אלא קרקע אבל אם יש לו מטלטלי' לכ"ע אין נותני' לו זמן אחר וכ"כ מהרש"ל והביאו הרב שפתי כהן:

סימן קא

א' דין א' אם יש לו מעות צריך ליתנם וכו' כתב מהר"ם בתשו' הקצרות סי' ס' וז"ל גם מ"ש מראובן שמכר שדה לשמעון אי פקח שמעון מגבי ליה ארעא והדר גבי לה מינייהו ואם מצו היתומים למי' אשתבע לי דלית לך זוזי למאי אהני פקיחותיה גם מזה אין ראיה דהתם שאני שלא הלוה לו אביהם אלא קרק' וזקפם עליו במלוה להכי אי בעי מצי לפרוע אותו קרק' אפי' אית ליה זוזי וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דדוקא בהלוא' אינו יכול לסלקו בקרקע אם יש לו מעות אבל אם מכר לו קרקע וזקפה עליו מעות במלוה יכול לסלקו בקרקע וכן נראה לכאורה מדברי התוס' בקמא דף ט' בד"ה משהחזיק שכ' וז"ל ובלא נתן מעות איירי וכולי וא"ת ולימא ליה שקול ארעא בזוזך וי"ל כגון שהוזלה וכו' ע"ש משמע דאפי' יש לו מעות יכול לסלקו בקרקע אבל ראותי להתוספות במציעא די"ד וז"ל וא"ת כשהחזיק בה אמאי אינו יכול לחזור כיון שלא נתן מעות לימא ליה שקול ארע' בזוזך לפי' המפרשים דאפי' אית ליה זוזי מצי לסלק ליה לב"ח בשאר דברים וגרסי' בהמוכר פירות אי ליתנהו להני זוזי וכו' ע"ש וכן יש לפרש דברי התוס' בקמא דה"ד למ"ד דאפי' יש לו מעות יכול לסלקו בכל דבר אבל למ"ד דאינו יכול לסלקו א"ל דהתם מיירי דיש לו מעות דאין הלוקח יכול לסלק המוכר בקרקע ועיין שם בתו' בד"ה רב הונא וכו' וכ"כ בס' א"ז בשם הרא"ש ע"ש וכן כ' התוס' והרא"ש בר"פ הפרה וז"ל ואית ספרים דגר' ואי דליתנהו להנהו זוזי ומשמע לפי גי' זו דאי ליתנהו להנהו זוזי אפי' אית ליה זוזי אחריני מצי למי' ליה שקול תור' בזוזך ונר' לרב אלפס גי' א' עיקר וכ"נ לר"ת דכיון שנתן לו המעות כדי שיתקים המקח ונתבטל המקח הוו הנך זוזי כהלואה וגבי הלואה אמרינן בפרק הכותב דאי אית ליה זוזי בעי למיהב לי זוזי עיין שם אלמא המקח דינו כהלואה וצריך ליתן לו מעות ונרא' דמהר"ם גורס ואי ליתנהו להנהו זוזי דמשמע דאפי' אית ליה

זוזי אחר' מצי למי' ליה שקול תורך בזוזך אבל התו' והרא"ש ס"ל דאפילו במקח אינו יכול לסלקו והטור כתב מיהו היכא דאיכא פסידא ללוה אם יפרע לו מעות יכול לדחותו ליתן לו קרקע כיצד ראובן שמכר לשמעון וכו' ע"ש בב"י וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן ס"ד ע"ש משמע דאינו יכול לדחותו בקרקע אלא גבי יתומים משום דאיכא פסידא ללוה אם יפרע לו מעות דלא משתעבד לב"ח וכן מצאתי למהר"ם בתש' הקצרות (עכ"מ):

ב' אין משביעין אותו וכו' וכ"כ מהר"ם בתשו' הארו' סי' תתקנ"ט וסי' תתקס"ט וז"ל אין נשבעין על טענת שמא ואפי' חזינן שיש מעות בידו והוא אומר אינם שלי אלא של פלוני לא משבעי' ליה ע"ש אבל הרמ"ה בפ' ג"פ סי' פ"ט כ' וז"ל ואי לא משתכחי ליה זוזי או מטלטלין ומלוה טוען דאית ללוה זוזי או מטלטלי ולוה טוען דלית ליה אלא מקרקעי אם טענת מלוה טענת ברי היא דינא הוא דלישתבע עליו שבו' היס' ואי לא מחרים סתם וכו' דכיון דאי משתכחי ליה זוזי או מטלטלין ל"מ דחי ליה אקרקע הו"ל כמאן דטעין ליה דינר מעות יש לי בידך ואידך קטעין אין לך בידי אלא קרקע בדינר דמחייב לאשתבועי וכו' ע"ש ועיין בהש"ך ס"ק ה' וכ' מהר"ש הלוי סי' כ"ג באם בא לפורעו במטל' שטען שאין לו מעות בעין נאמן וא"ק אפילו חרם סתם אלא כשבא לפורעו בקרקע ונמשך אחריו ה' פרח מטה אהרן סי' ל"ח ע"ש:

ג' דין ב' אם אין לו מעות וכולי כ' ה' פני משה בתשו' בס' עדות ביהוסף סי' ב' לכאורה נראה דה"ד בקרקע אבל במטלטלי' כופין ללוה שימכור ויפרע דמיהם למלוה מדכ' הטור בסי' רע"ז וז"ל כתב מהר"י הלוי דוקא בחלק הבכורה וכו' אבל בחלק פשיטות אינו יכול לסלק עצמו ולומר לב"ח הנה הנכסי' לפניכם וכו' אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותם ולהגבות וכו' הרי נראה שכופין ליורש למכור הנכסים כדי להגבות למלוה והוא הפך מ"ש בסימן ק"א ובמ"ש אפשר לתרץ דהכא מיירי כגון קרקע ובסי' רע"ח מיירי במטלטלי' אבל אין זה הכרח מספיק ולא מצינו מי שחי' כן בין קרקע למטלטלי' וכ"כ בהדיא מהר"ם אלשיך סימן צ"ג דין זה בפשיטות אפילו במטלטלי' ע"ש ואיברא דבס' א"ז בפ' הכותב כ' בשם רבינו ישעיה וז"ל אבל בב"ח אינו כן אם יש לו זוזים אינו יכול לסלקו אלא בזוזי' ואם אין לו זוזי' ויש לו מטלטלי' אינו יכו' להגבותו מטלטלין אלא א"ל זיל טרח וזבין מטל' דידך והב ליה זוזי ודוק' במטלטלי' הוא דאמרי' הכי דאי לא מזדבן הכא מזדבן בדוכתא אחרינא דשכיחי לוקחים אבל בקרקע לא דאי לית ליה זוזי ואית ליה ארעא לא אמרי' זיל זבין קרקע והב ליה וכו' ע"ש הרי מצינו לגדולים שחי' כן וא"כ אפשר שזה דעת מהר"י ן' מיגש ומהר"י באסן בתשובות' סימן ק"ג הוכיח מדברי הפוסקים דלא סבירא לו כמהר"י הלוי ומבואר שם דסבירא לי דאין חי' בין קרקע

למטלטלי' ע"ש וכבר כתבתי דעת רבינו ישעיה שחי' כן כמהר"י הלוי אבל ר' האי בס' המקח שער ז' כ' וז"ל מי שיש עליו לשלם פירעון ובא בעל הפירעון לתובעו וא"ל מכור מנכסיך ופרע מה שיש לי עליך וא"ל הריני נותן לך מקרקעי כשיעור מה שיש לך עלי וטרח אתה במכירתו הדין עם הלוה ויש על המלוה ליטול מן הקרקע וכו' וכיון שאנו דנין דין זה בקרקעות דשקיל המלוה מן הקרקע כשיעור חובו כ"ש כשיש לו מטלטלי' ורוצה ליתנם לו בחובו דמצי עביד לפי שהם יותר קרובים לדמים מן הקרקע עכ"ל ושוב ראיתי לה' שער המלך בה' מלוה דף מ"א שהביא דברי רבי' ישעיה והק' שם דא"כ מאי פריך בר"פ המוכר גבי המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן וכו' ואי ליכא לאשתלומי מיניה לישקול לתור' בזוזי וכו' והא במטלטלי' אפי' לית ליה זוזי אמרי' זיל טרח וזבין ונדחק בגי' אחרת דגריס התם ואי דליתיה להנהו זוזי וכו' וס"ל כתי' ר"י שכ' התוס' שם דבמקח מעות דינו כמזיק דאפי' יש לו מעות יכול לסלקו בקרקע או במטל' ע"ש ואפשר לומר עוד דס"ל כדעת מהר"ם בתשובות שכתבתי למעלה דכל שלא הלוה אלא מכר לו קרקע וזקפם עליו במלוה יכול לפרוע לו אותו קרקע אפי' יש לו מעות ע"ש: ד' צריך ליתן לו מטלטלי' וכולי וכ"כ הר"ן הובא בס' א"ז בר"פ המוכר פירות וז"ל דעת הגאונים דכי היכי דבדאית ליה זוזי זוזי יהיב ליה ולא מטל' ה"נ כי לית ליה זוזי ואית ליה ארעא ומטל' מטל' יהיב ליה ולא ארעא דדמי טפי לזוזי וכך נוטי' דברי הרמב"ם בפי"א מה' מלוה ע"ש וכ"כ הרי"ף בתשו' סי' ר"י ע"ש וכ"כ הרמ"ה בפ' ג"פ סי' פ"ט ע"ש ומהר"ש הלוי סי' כ"ג דקדק מדברי הרמב"ם והמ"מ דמטלטלי' ומעות שוים ואפי' יש לו מעות יכול ליתן מטלטלי' ע"ש וכבר נתבאר דעת הגאונים והרמ"ה והר"ן דאם יש לו מעות צריך ליתן לו מעות ולא מטלטלי' וכן נראה מדברי הרשב"א בתשובות חלק שני סימן ע"ה ע"ש וכן דעת מהר"ם אלשיך סי' כ"ב ע"ש:

ה' דין ג' אין המלוה וכו' הטור כ' י"א שיכו' המלו' לומר במטלטלי או מקרקעי אני רוצה ולא נהירא וכו' וכבר תמהו האחרונים דאפי' שומא הדרא כמבואר בסי' ק"ג וכ"ש שאין לכופו לכתחי' ליתן לו קרק' וה' שבות יעקב ח"ג סי' קנ"ו תי' דאם הלוה רוצה ליתן לו כל חובו במעות לכ"ע צריך לקבל אלא שהלוה יש לו מעות וקרקע ורוצה ליתן חצי מעות וחצי בקרקע והמלוה אומר או שלם לי כלו במעות או כלו בקרקע וכו' ע"ש וליתא דבעה"ת ש"ד ח"ב סי' ג' כתב וזה טעות וכולי כדאיתא בפ' הכותב לב"ח יהבי' זוזי וכן בפרק כל שעה אמר רבא מכאן ולהבי' הוא גובה כיון דאי הו"ל זוזי ללו' מצי לסלוקי מיניה בזוזי וא"א אימא דהתם אם היה לו מעו' יכול לסלקו שיתן לו כל חובו במעות.

ו' דין ד' הדין עם המלוה וכו' יש להסתפק במשכונה דהוי כמכר שהרי דעת הרשב"א ורבותיו בתשו' ח"ג סי' מ"ג דאפי' לא תבעו המלוה יכול הלוה לסלקו בקרקע והביאו הכנה"ג ח"ב בקיצור עש"ב וא"כ אפשר דבמשכונה כ"ע מודו דיכול לסלקו בע"כ בקרקע הממושכן דהוי כמכר והר"ן בפ' שבו' הדיינים גבי מאן דאוזפיה אלפא זוזי וכו' כ' שיש ללמוד ממנה למשכונת קרקע המלוה יכול לכוף ללוה שיפרע לו חובו אף על פי שא"ל דהתם כיון דאכל פירי וכו' הרי היא כמכר ע"ש וכ"כ הרמב"ן הביאו ה' בעה"ת שער מ"ט ח"ה סימן ג' עש"ב מיהו אפשר דה"ד אם יש לו מעות אבל אם אין לו מעות רק קרקע א"ל דאפי' לא תבעו המלוה יכו' הלוה לסלקו בקרקע הממושכן דהוי כמכר ושוב ראיתי בתשוב' הרא"ש בס' חזה התנופה סי' מ"ט נדפס בס' חיים שאל ח"ב כ' וז"ל ראובן שמשכן ביתו לשמעון בנכייתא או הלוה לו על המשכון ובא ראובן מעצמו לשמעון ואמר לו קח מן הבית יותר מדמי המשכונה וכו' אלא אפילו אם אין הבית שוה יותר מכדי דמי החוב אינו יכול לכופו שיקח הבית ממנו בחובו ויחזיר לו שטרו כי יכול לומר איני נוגש אותך לפרוע וגם איני רוצה לקנות קרקע אבל אתה מכור בידך ופרעני בזה יפו חכמי' ז"ל כחו של מלוה וכו' ואם יכריחנו הלוה לקחת קרקע במעותיו שלא כרצונו אין נעילת דלת גדול מזה וכולי עיין שם ומוכח בהדיא שם דאפי' אין לו מעו' אינו יכול לכופו עש"ב:

ז' דין ה' אם יש ללוה שט"ח על אחרים יכו' להגבותם לו וכו' וא"ץ כתיבה ומסירה כמו שהסכים הרשב"א לדעת גדולי המורים ע"ש וכ"כ בתשובות בשמים ראש סי' ט"ז וז"ל מי שנתן לחבירו שט"ח בפירעון חובו אי לא הוה ליה מידי אחרינא לשלם נמצא דממיל' נשתעב' האחר מדר"נ אינו צריך בזה כתי' ומסי' וכן מי שתבע חבירו לב"ד לשלם לו וירדו ב"ד לנכסיו והגבו לנושא שט"ח בפירעון חובו מעשה ב"ד זה במקום כתובה עומד וקנאו עד כאן לשונו עיין שם משמע דדוקא אם אין לו נכסי' דנשתעב' מדר"נ אין צרי' כתי' ומסי' אבל אם יש לו נכסי' אחרי' דלא נשתעבד מדר"נ צריך כתיבה ומסירה וכן הסכים הש"ך דאם יש לו לשלם מטלטלי' או מקרקעי אינו יכול להכריח את המלוה שיקח השטרות בשומא עש"ב וכ"כ הריטב"א בס"ב אלמנה ניזונת ואלו דברים שאין מכריזין עליהם העבדי' והמטלט' והשטרות וכו' פי' כגון ששעבד הלוה כל נכסיו מקרקעי ומטלט' והשטרות א"נ כשתפס מחיים דאי לא אין ב"ח וכתובת אשה גובה מן היתומים לא מן המטלטלי' ולא מן השטרות ומה שב"ד מגבי' מן השטרות אע"ג דאין גופן ממון מיירי שאין ללוה או ליורשי' נכסי אחריני הא לא"ה אין שטרות בני גובייא כדמוכח בפ' בתרא וכולי עכ"ל אבל ר' האיי בס' המקח שער ו' כתב וז"ל ושט"ח שהיו

לאביהם של יתומי' אחרים יכולים ליפרע מבעלי חובות לשלם ורואין ב"ד שמוכרים לאחרים בפחיתות מעט כדי שיחיו עכשיו היתומים בדמים שנוטלי' בהם וכו' ע"ש הרי דלמכור לצורך היתומי' איירי ולא לפרוע ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב וסי' קפ"ד: ח' אם יש ללוה שט"ח הש"ך האריך ואין לנו אלא פסק מרן ה' שבות יעקב ח"ב סי' פ"א ע"ש:

סימן קב

א' דין ב' אלא ברשות הלוה וכו' לוה שיש לו בית וכרם וב"ד עשו שומא בבית והכריזו ל' יום וכשבאו להוריד המלוה בבית אמר הלוה שהבית היא עידית שבנכסיו והלך ומשכן הבית ביד אחר נ"ל כיון ששתק כל ימי ההכרזה גילה דעתו שהוא מחשיב את הכרם מן הבית והדין נותן שיש תועלת לאדם בכל שנה מן הכרם טפי מן הבית ואחר שעשו הב"ד שומא והכרזה אינו יכול הלוה להפקיע זכותו ולמשכנו לאחר מהר"י ן' הרא"ש סי' ז':
ב' אם חפץ המלוה בזיבורית וכו' שומעו' לו וכו' וכן דעת הרמ"ה ובעה"ת ע"ש וכ"כ הנ"י בפ' ח"ה בשם הריטב"א גבי קבלן אינו מעיד וכו' הביאו מרן הב"י סי' ל"ז ע"ש וכן דעת ה"ר יונה בס' א"ז שם:
ג' הגה וי"א דאין כופין וכו' כ' ה' כנה"ג ק"ל כיון דד"ת בעל חיב דינו בזיבורית ומשום שלא תנעול דלת בפני לוים תקני חכמים בבינונית אמאי לא מצי מלוה למי' א"א בתקנת חכמים וכו' ויראה לי דלא אמרי' דמ"ל א"א בתקנת חכמי' אלא להחזיק מה שבידו כגון וכולי והביאו ה' קהלת יעקב דקכ"ד אות ק"ב ע"ש וכבר כת' המרדכי בפ' בתרא דכתובות וז"ל דלא שייך האי מילתא אלא היכא דליכא פסידא לאחרים והוא מוחזק כמו שהק' ריב"א בב"ק גבי הא דאמ' רבא אי שקלת בדינך שקול וכו' אמאי לא שקיל זיבורית כדהשתא ולימא א"א בתקנת חכמי' שתקנו לו בבינונית ותי' דלא שייך האי מילתא אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק וההיא דאיני נזונת ואיני עושה שאני שהיא מוחזקת במעשה ידיה עכ"ל:

סימן קג

א' דין א' הג' שמאים וכו' נ"ל שאון צריך ליזהר שלא יהיו השמאים קרובי' זה לזה וכן מוכח בפ"ק דסנהדרין גבי נטע רבעי בג' דאמרי דאפילו איש א' יב' נשים יספיק מהר"י ן' הרא"ש בתשו'

ב' הגה ואם אין הקרקע מגיע לו כולה וכו' אם החוב מנה והקרקע שוה ק"נ אין המלוה רשאי לומר תן לי כל הקרקע ואני אחזיר לך המותר אלא חולקין הקרקע ונוטל המלוה שני חלקים כשיעור מנה ושליש ללוה ואפי' לקחו במנה אלא שהשביח ועמד על ק"ן מיהו אם היה הקרקע שוה מנה כשיעור חובו ומכרו לאחר והשביחו הלוקח ועמד על ק"ן הרי ב"ח בא וטורף כולו ומחזיר המותר ללוקח ויש מי שפירש שאם המוכר עמו בכאן ולהכניס עצמו במקום הלוקח עושה לחלוק עמו בקרקע ולהעמיד השליש ביד הלוקח לא נאמר שהלוקח אינו רשאי לחלקו אלא כשהמוכר אינו בכאן או שאינו רוצה בכך ה' המאירי בס' א"ז לקמא סוף דף ח' ע"ש ועיין בטור והב"י סי' רכ"ו:

ג' דין ב' נדון בק"י וכו' כ' הסמ"ע שדעת הרי"ף והרא"ש והטור כרשב"ם דלעולם אינו נדון בק"י כיון שיש ב' שאומרי' שלא שוה יותר מק' וכו' וכ"כ הרמ"ה בפ' בית כור סי' כ"ו וז"ל ועוד דהאי דאמר שמנים זוז ואידך דקאמר מנה תרויהו מודו דלא שוה טפי ממאה ואידך דקאמר ק"ך זוז הו"ל חד ואין דבריו של א' במקו' ב' וכו' וכ"כ מהר"י ן' מיגש בחי' שם טעם זה ע"ש וא"כ אינו נדון אלא במנה כיון שיש שנים שלא שוה יותר:

ד' דין ג' אין שומעי' לו וכו' משמע דאם האמת כן שהם בקיאי' יותר שומעין לו ה' בית דוד סי' ך' ע"ש ועיין בתשו' הרשב"א ח"ב סי' שס"ה דמוכח בהדיא כן:

ה' דין ו' קרקע שעשו ב"ד שומא והכרזה וכו' ב"ח מוקדם ששמו והחליטו לו ב"ד קרקע של הלוה בחובו ובא אח"ך ב"ח מאוחר ואמר שרוצה לעלות על דמי השומא יותר ממה ששמוה ע"פ ב"ד ויוציא הקרקע מיד ב"ח המוקדם ויפרע לו חובו אין שומעי' לו דמאחר שבא קרקע זה ליד ב"ח המוקדם עי' שומא והכרזה והחלטת ב"ד הרי זה כמכר גמור אבל אם בא בע"ח המאוחר לב"ד קודם שהחליטו הקרקע למוקדם וא"ל אם שוה לך הקרקע כנגד חובך וחובי טול הקרקע ותן לי מעותי או אני אטול אותה ואתן לך מעותיך שומעין לו הרא"ש בס' חזה התנופה סי' ס"בף

ו' אפילו היתה משכונה בידו וכו' ולכאורה נראה דה"ד בקרקע אבל במטלטלי' אם מכר והקדיש ש"ד כיון דב"ח ישראל מישראל קונה משכון שלא בשעת הלואה תדע דהא המקדש במשכון שיש לו על אחרים מקודשת ואם אינו יכול להקדישו אינה מקודשת כדמוכח בפ' הא"מ ולא ראיתי זה מפורש בדברי הפוסקי' ה' מחנה יאודה ע"ש וכ"ד הרשב"ש בתשו' סי' ס"ה ע"ש ולא ראה שכ"כ בעל המאור בפ' כ"ש וז"ל וש"מ דישראל המלוה לישראל על המשכון בעלמ' אע"ג דלא א"ל מעכשיו קני לי כדר"י דאמר מנין לב"ח שקונה משכון דאע"ג דבמשכנו בשעת הלואה לא קנה שאני הכא כיון שסופו לקנותו קנאו למפרע וכו' ואי הקדיש או זבין שפיר עבד והא דינא במטלטלי' לחוד הוא ולא גמיר

מיניה למקרקעי שהקרק' בחזקת בעליה עומד' עד שעת גביית' ולא שייך בה וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאפי' במשכנו בשע' הלואה אם הקדישו מלוה או מכרו ש"ד וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם דלמסקנא ר"י אפי' במשכנו בשע' הלואה קנה משכון ואם הקדישו או מכרו ש"ד ע"ש וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דף ח' המלוה דאם מכרם או הקדישו דבריו קיימים למפרע ע"ש גם הר' אביגדור בתשו' כלל ל"ה כ' וז"ל וא"ת משכון שמשכנו בשע' הלוא' דקני ליה רק לענין גניבה ואבידה ולא לענין אונסין ואם קדש בו את האשה מקודשת מה בין זה לטבעת שאולה דשואל חייב באונסין ול"מ מקדש בה וי"ל דל"ד דשואל וכו' לזכות בו להיות שלא להקדישו וליתנו במתנה לחבירו לא קני כלל דבמאי ליקני אבל משכון אע"ג דלענין אונסים לא קאי ברשותי' מיהו כיון שהלוהו עליו ומסרו לו על מלוה זו זכו לו מעותיו להיות שלו דד"ת מעות קונות אלא שעומד לחזרה דכי יהיב ליה זוזי הדר שקיל ליה מיניה א"נ מ"ל קדשה במשכון וכו' דהרהינו אצלו וא"ל מעכשיו דאפי' לרבא דאמר ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה בהא מודה כיון דהוי כמשכון שלא בשעת הלואה וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דמשכנו שלא בשעת הלואה חייב באונסין והוי שלו קנין הגוף דיכול להקדישו וליתנו במתנה ולקדש בו אשה ואפי' משכנו בשעת הלואה דאינו חייב באונסי' נראה שדעתו נוטה כתי' קמא דהוי שלו דקנו לו מעותי' לענין שיכול להקדישו וליתנו במתנה וה"נ דיכול לקדש בו אשה משא"כ בשואל והכי קי"ל דהמקדש במשכון אפי' בשע' הלואה מקודשת כמבואר בא"ה סי' כ"ח ע"ש:

ז' דין ט' ב"ד ששמו קרקע לב"ח וכו' הלוה מעות לצורך קבורה והגבו ב"ד קרקע לא אמרי' שומא הדרא דהא דשומא הדרא הוי משום ועשית הישר והטוב דהא דינא דבר מצרא נמי משום ועשית היש' והטוב ואמרי' בפ' המקבל לקבורה ליכא דינא דבר מצ' הרשב"א סי' קצ"ז ע"ש ויש לפקפק בזה דהא גבי אשה ליכא דינא דב"מ ואם שמו לאשה ולא נשאת שומא הדרא א"כ יש חי' בין דינא דשומא לדינא דב"מ כמ"ש רש"ל בתשובות סי' ן' וכן הוכי' הרדב"ז ח"ב סי' תקנ"ח דאין דינם שוה ע"יש ואם כן אימא דהכא נמי אף על גב דלקבורה ליכא דינ' דבר מצרא שומא הדרא:

ח' בין במשועבדים שביד הלוקח וכו' ונר' שזה תלוי במחלוקת שכ' הטור בסי' ק"ד דר' האיי ס"ל דמלוה ע"פ קודמת לגבות למלוה בשטר מאוחרת דשעבו' שטר לא הוי כמכר אבל הרי"ף ס"ל ששעבו' שטר דינו כמכר וכשם שמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחו' מאוחרי' כך אינו גובה מבני חרי שנשתעבדו אח"ך ע"ש והרמב"ם ס"ל כר' האיי כמ"ש המ"מ פ"ב מה' מלוה שנר' מדב' הרמב"ם דאין חי' בין מלוה בשטר למלוה ע"פ דכל הקודם זכה כדעת ר' האיי וכן פסק מרן שם וה"נ ב"ד ששמו קרקע לב"ח משועבדים

ביד הלוקח ואח"ז השינה יד הלוקח והבי' לב"ח מעות מסלק אותו ששעבוד הב"ח אינו כמכר אבל הרא"ש אפשר דס"ל כדע' הרי"ף שם ששעבו' השט' דינו כמכר וכ"נ דעת הטור שם ג"כ כדעת הרי"ף וה"נ ס"ל דאין הלוק' מסל' הב"ח ששעבו' הוי כמכ' אבל מור"ם שהגי' כאן וי"א וכו' ואלו בסימן ק"ד משמע דלא ס"ל הכי:

ט' ולאחר זמן השיג' ידו וכו' ה"ד כשתשא' נחלתו בידו אבל אם בא א' ואמ' ללו' החזי' השומ' אליך ואני אקחנה בכפלים ממה ששמוה ונתרצה הלוה בכך אין הב"ח חייב להחזיר לו דלא תקנו הישר והטוב כדי להרויח ללוה הדמים יקרים הרא"ש בס' חזה התנופה סו' ס"ג ע"ש:

יו"ד או של יורשיהם וכו' נר' דאפי' שומא הנעשית בימי אביהם חוזרת להם וכ"ש הנעשית אחר שנפלו הנכסים לידם הרשב"ץ ח"א סי' יו"ד ע"ש וכתב מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' ו' דא"ל דדוקא אם שמו ב"ד הקרקע של הלוה עצמו שומא הדרא משום דאין שמין הקרקע לב"ח אלא בשלא מצאו מעות או מטלט' ללוה דאם יש לו כופין אותו לפרוע מעות או מטלטלים וכיון דלא היו לו מעות כששמו הקרקע כשתשיג ידו ויהיו לו מעות שומא הדרא משום ועשית הישר והטוב אבל ביורשי' דאפי' אם יש להם מעו' שלהם אין כופין אותן ב"ד לתת מעות ולא רצו הם לתת מעות אלא קרקע לא שייך לומ' ועשית הישר והטוב וכו' ע"ש וא"כ דוקא אם אין להם נכסי' אלא קרקע שנפל להם ושמו אותו ב"ד שומא הדרא אבל אם יש להם נכסי' שלהם ולא רצו ליתן אלא קרקע לא שייך ועשית הישר והטוב וכו' ועיין בתוס' בבתרא דק"ז בד"ה רב אמר וכו':

י"א והביאו לב"ח מעותיו וכו' נ"ל דדוקא במעות חוזרת ולא כקרקע או במטלט' ה' מש"ל בפכ"ב מה' מלוה ובזה דחה ראיית רש"ל בתשו' דבכתובה שומא לא הדרא ע"ש ולא זכר שכ"כ הש"ך ס"ק ח"י ע"ש וכ' הב"ח דאם שמו לה בנדוניית' מודה רש"ל דהוי כחוב וחוזר וכ' ה' כנה"ג דזה מוכרח דלא תקש' לרש"ל תשו' הרשב"א ח"ב סי' שפ"ה שכ' בפשוט דשומא הדרא בכתובה ע"ש וליתא דהרשב"א שם מיירי במשכונה שהגבו לה ב"ד בכתו' א"כ אין השומא על הכתובה דכבר גבתה כתובת' אלא ששמו לב"ח הבתים על המשכונה אבל אם שמו לה לגבות כתובת' מהיורשי' אימא דאפי' הנדונייא הוי ככתובה וכבר ה' נתיבות משפט דף קפ"ד וה' שבות יעקב ח"ב סי' קס"א הביאו ראיה דשומא הדרא בכתובה גם הרשב"ש סי' שע"ח כ' באלמנה ששמו לה ב"ד חצי קרקע במותר כתו' ונשאת והכניסתו לבעלה והיורש מוחזק וז"ל וגם אין לו על האשה דין שומא הדרא שהרי נשאת והכניסה אותה לבעלה ושמו לה לאשה ואינסיבה לא הדרא וכו' ע"ש משמע דס"ל דשומא הדרא בכתו' וכ"כ הרשב"ץ ח"א סי' יו"ד דאין חי' בין ב"ח לכתו'

ע"ש אך תימא על הרשב"ש דמירי שם אחר שמת בעלה השני וא"כ שומא הדרא כמ"ש המ"מ בפ' כ"ב מה' מלוה וז"ל מיהו אם מת הבעל בחייה ואח"ך רצתה להחזיר דמים מחזירין לה וכן אם החזירו לה דמים מחזרת הקרקע וכ"נ דברי ר"ח והביאו הב"י ע"ש וכ"כ הרשב"א הובא בש"מ שם מיהו בשיטה שם ס"ל דאפי' מת הבעל כיון דאינו אלא משו' ועשית הישר והטוב בכל דהו מסתלק ע"ש ועיין בס' בית יאודה סי' ע"ג:

י"ב מסלקי' אותו וכו' משמע דא"ץ קנייה אחרת אלא סלוק בעלמא וכן דעת הנ"י והר"ן וכ"כ מרן ומבואר שם שאם לא החזיר לו שטר החלטה או שאבד ומביא המלוה עדים שב"ד הגבו לו שדה זה הרי הוא בחזקתו עד שיביא זה ראיה שחזרה שומתו ע"ש וכ' הש"ך ס"ק י"א וכ' הריטב"א היכא דשמו ארעא לקטן לא הדרא עד שיגדל וידע לאקנוי וצ"ל דס"ל דכשהדרא צריך קנייה אחרת ומפ' הא דאמרי בפ"ק דמצי' אבעי ליה למכתב שטרא א"נ למכת' שטרא דהיינו לעשות קנין סודר מחדש המלוה והלוה א"נ למכתב שטרא אחרינא לגמרי ע"ש ובחי' הריטב"א הובא בש"מ שם מבואר שכן דעתו דצריך קנייה אחרת מיהו נראה דמפ' הכי דאפי' כתב שטר מכירה אחר צריך ג"כ להחזיר שטר החלטה ולקרעו משו' חשש דשמא יאבד שטר מכירה ויטרפנה מידו או לפחות יכתוב שטר המכירה ע"ש וכן דעת הרמב"ן והרשב"א שם ועיין מ"ש בסי' ס"ו בתשו' ועיין בס' בית דוד סי' כ"ט וכ' ה' נאמן שמואל סימן קי"ב דגם הריטב"א אינו חולק אלא התם דאין החזרה אלא משו' ועשית הישר והטוב אבל כשהחזירה מדינא לכ"ע אין צריך קנין ע"ש:

י"ג הכניסתו לבעל אינה חוזרת לפי שבעל בנכסי אשתו לוקח הוי הרשב"א ח"ב סימן שפ"ה ה' כנה"ג ח"ב ע"ש וזה מבוא' בפ' המפקיד שמו לה לאשה ונשאת וכו' ופסקו הרמב"ם ומרן לקמן כמ"ש הרשב"א בתשו' שם ומשמע דאפי' לא מתה האשה אינה חוזרת כדעת הרמב"ם ע"ש:

י"ד אינו נוטל הוצאתו וכו' הסמ"ע חלק בזה דהמלוה מיקרי מוחזק וה' כנה"ג הגב"י אות ח"י הוכיח כן מתשו' הרשב"א המוכר שמכר כרם בשטר וטען הלוה שעל תנאי היה ולא קיים המלוה התנאי שהלוקח מיקרי מוחזק מאחר שירד בדין כ"ש הכא דמכירה גמורה היא ומתקנת חכמים היא דשומא הדרא ע"ש ועיין מש"ל פ"ז מה' טוען בתשו' שכ' דבספקא דדינא אפשר דמודה הרשב"א דמוקמי' לה בחזקת מרא קמא וא"כ ה"נ כיון דס' דדינא הוא מוקמי' בחזקת הלוה שהוא מרא קמא מיהו הרב שם הוכיח מדברי מהראנ"ח סי' ע"ז וה' פמ"א ח"א סי' ע' דלא ס"ל חי' זה ע"ש וכן מצאתי ג"כ בתשו' ה' פמ"א שם סי' ל"ב ומהרשד"ם סי' רס"ב דלא ס"ל חי' זה ועוד שהרי גבי אגביה בחוביה דפליגי ר"א ורבינא כ' הרא"ש דקי"ל כמ"ד לא הדרא לקולא דהמלוה מוחזק הוא ע"ש

ונ"ל דלק"מ דהתם דהספק הוא אם חייב להחזיר או לא ודאי דהמלוה מוחזק כיון שכבר זכה וירד בו כדין וכן בנדון הרשב"א ודאי ירד בו כדין והספק הוא בתנאי אם היה אבל הכא דודאי חייב להחזיר הקרקע ואין ספק אלא בפירעון אם חייב הלוה לשלם ההוצאה מוקמי' ממונא בחזק' מריה ואין מוציאין מהלוה מספק וכה"ג כ' מהרש"ך ח"ב סי' פ"א ע"ש וכן חי' ה' בית דוד סי' כ"ט ע"ש ועיין בס' כרם שלמה חא"ה סי' מ"ג:

ט"ו הגה מרצונו בלא ב"ד וכו' הב"י הוכיח מל' רש"י דכל שהטריחו לבא לב"ד אע"ג דמיד נתרצה ליתן הקרקע בחובו שומא מיקרי והדרא והביאו הסמ"ע ע"ש וכ"כ מהרש"ך ח"ב בנוספות סי' כ"ד ע"ש אבל הש"ך כ' דכל שלא שמוהו בע"כ של לוה אפי' הטריחו לבא לב"ד לא הדרא ע"ש ולשון רבי' ירוחם נ"ו ח"א דכ"ג ודוקא כששמוהו ב"ד למלוה אז חוזרת אבל אם הלוה בעצמו בלא ב"ד הגבה אותה בשומא למלוה אינה חוזרת עיין שם משמע דוקא אם שמוה ב"ד חוזרת אבל אם הלוה עצמו שמה לא דהוי כמכר ולשון בעל העיטור דף ל"ב עמוד שלישי דאי אגבה הלוה למלוה מדעתא דנפשיה שלא בב"ד לא הדרא ע"ש נר' דעל השומא קאמר דאם לא עשו ב"ד השומא אלא הלוה עצמו הוי כמכר ט"ז דין ו' ומכרה הב"ח וכו' אם מכרה בהטבה לזמן מסתב' כשהגיע הזמן ותחזור למלוה הלוה יכול להחזירה ואע"ג דמי שמכר וחזר וקנה שומא לא הדר' שאני הכא דהוי כאלו לא נמכרה כלל הרב בית יאודה ורבו סימן מ"ב ע"ש:

י"ז או ששמוה לב"ח מדעתו כצ"ל ור"ל שהמלוה שמה מדעתו למלוה שלו וכו' הסמ"ע וז"ל הסמ"ג עשין צ"ד כבר ביארנו ששומא חוזרת וכו' אא"כ מכרה או נתנה או הורישה או שמאה לב"ח מדעתו אבל שמוה ב"ד לב"ח של זה המלוה הרי זה חוזרת כך המסקנא שם עכ"ל וכ' הש"ך דגם רש"י והנ"י והטור מודים בזה ע"ש וכבר כתב בש"מ דהכא כיון ששמו ב"ד למלוה אף על גב דהוא שמא' מרצונו למלו' שלו אפ"ה איכא טעמ' דלא עדיפא מגברא וכו' וכן נרא' דעת רש"י ע"ש אבל לדעת הרמב"ם והסמ"ג נר' ודאי דכ"ש שמא' הלו' למלו' ואפש' דלא פליגי ר"א ורבינא בזה דלכ"ע אינה חוזרת: י"ח בעל בנכסי אשתו וכו' כ' הסמ"ע מיירי דוקא בשלא מתה וכו' ר"ל דלא צריך לטעמא דלוקח הוי אלא כשלא מתה האשה דאם מתה אפי' דהוי יור' אינו מחזיר' הש"ך ול' הסמ"ע שכ' דס"ל דהאי דינ' דנאמ' בגמ' דוקא וכו' משמע דלענין דינא קאמר דיש חילוק בין בחייה בין לאחר מיתה וכן סיים דמור"ם ס"ל דאדרבה דוקא כשמתה וכו' ואם מודה הרמב"ם במתה א"כ לא פליגי אלא בחיי' ומאי אדרב' וכו' נרא' דס"ל דדוק' בחיי' הוא דאם שמו ממנה אין מחזרין לה דלוקח הוי ולא יורש אבל אם מתה האשה מחזירין לבעל דכיון דיורש הוא מדאורי' לא אמרו במקום פסידא להיות לוקח ולא יורש לעקור דבר תורה

כמ"ש הש"ך אח"ך וכ"כ מהרש"א בס"פ י"ן בתוספות בד"ה גבי יובל ע"ש ודוקא בחייה אינו יורש בחיי אשתו אמרו דהוי כלוקח ואין מחזירין לו משום פסידא דאחרים אבל רמ"א ס"ל דאדרבא דוקא כשמתה וכולי וע"ז הביא דברי התוספות דלא עשו אותו כיורש להחזיר לו במקו' פסידא דאחרים עיין שם ועיין בתשו' הרשב"א חלק שני סימן שפ"ז דנר' דסבירא ליה כהרמב"ם דאפי' בחייה אין הבעל מחזיר משום דהוי כלוקח: י"ט דין י"א ואח"ך נמצא שהפקדון היה ברשותו או שנאבד וכו' כ"כ הנ"י בשם הרמ"ה והר"ן וכן הסכים הריטב"א בפ' המפקיד שאפי' לא נמצאו ברשותו אלא שנגנבו ממנו או נאבדו ונמצאו ברשו' הרבי' וכן דעת הרמב"ם והרמב"ן וז"ל ונ"ל שאע"פ שאבדו ועכשיו נמצאו הוי שומא בטעות וכו' ול"ד לשומא דעלמא דאלו התם ודאי חייב הוא לפורעו ממונו וכבר פרעו אבל הכא אלו היה מחזיר לו הפקדון אינו חייב לו כלו' ועכשיו הרי הוא מחזירו לו ואיגלאי מלתא דלא הו"ל גביה דפקדון כל היכא דאיתיה ממון דבעלים הוא וכו' ע"ש משמע לכאורה דוקא בפקדון אבל ב"ח ששמו לו ואחר כך נודע שיש לו מעות כיון דחייב הוא וכבר פרעו הוי כשומא דעלמא (עד כ"מ):

סימן קד

א' דין א' כל מי שקדם זמן קנין וכו' יש להסתפק בשטר שאינו גובה מלקוחות כגון שט"ח המוקדמין דקנסו חכמים שלא יגבה אלא מבני חרי אם קודם לשטר המאוחר שכ' הטור לדעת הרי"ף מלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ אע"פ שהיא מאוחרת ששעבוד השטר דינו כמכר וכשם שמלוה ע"פ אינה גובה מלקוחות מאוחרים מפני שאין לה קול וחששו לפסידא דלקוחות כך אינו גובה מב"ח שנשתעבדו לאחר מכאן דחששו לפסידא דידהו ודאי דשט"ח מוקדם דאינו גובה מלקוחות לא גבי נמי מב"ח שנשתעבדו לאחר אבל לדעת ר' האיי דמלוה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת דשעבוד לא הוי כמכר ולא חששו חכמי' לפסידא דלקוחות ולא חששו לפסידא דמלוה בשטר א"ל דלא קנסו חכמים בשט"ח המוקדמי' אלא שלא לגבות מלקוחות אבל קודם הוא למלוה בשטר מאוחרת ושטר שפי' בו בהדיא שאינו חייב באחריות לכאורה נראה דאינו קודם לשטר שיש בו אחריות שהרי כ' הרמב"ם והטור ומרן בסי' ס"ה ס"ו המוציא שט"ח אפי' אין בו אחריות ולוה מודה לא יחזיר דחיישי' לפירעון ולקנוניא וכו' דאע"פ שאין בו אחריו' קי"ל אחריות ט"ס הוא אבל אם פי' בו בהדיא שאינו חייב באחריות וחייב מודה יחזיר או שיש ללוה בני חרי שמספיקין לשעבוד החוב יחזיר ע"ש וא"א ניחוש שמא יש שט"ח מאוחר וזה גובה בשטר שלא כדין שקדם לשטר האחר וכ"כ ה'

תפארת שמואל בהגהותיו בסי' ס"ה וז"ל אע"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר וכו' י"ל דזה גרוע ממלוה ע"פ כיון שמפורש בו דאין בו אחריות וצ"ע לדינא עי"ש אבל הסמ"ע שם סקי"ט כ' כיון שיש שטר כשר לפנינו ומסייע להודאתו לא חששו להכי אלא בדאיכא ודאי פסידא דלקוחות ע"ש וכה"ג כ' הב"ח שם ע"ש תי' אחרים משמע דס"ל דאפי' יש שטר אחר שיש בו אחריות זה השטר שאין בו אחריות המוקדם לו קודם:

ב'

כל מי שקדם זמן קנין של שטרו וכו' כ' מהר"י עייאש בס' בית יאודה ח"א בדיני המשכונות דקי"ח ס"ג דהפירות הוו כמלוה ע"פ לענין דאין מוציאין מן הלקוחות או מן היתומי' וכן לענין דנאמ' לומר פרעתי אבל אם היו הרבה משכונות על קרקע והא' מוקדם ואין הקרקע מוציא כדי כל הפירות של כולם אם קדם המאוחר וגבה מוציאין מידו כיון דהקרקע משועבדת לפירות המוקדם הו"ל הפירות כמו גוף הקרקע ע"ש אבל בתשו' ח"ב סי"ז כ' דלוקח קרקע שהוא ממושכן דאינו חייב לתת הפירות למלוה לפי שהפירות הם מלוה ע"פ ואינו עורף מהלקוחות דלא נשתעבד הקרקע אלא לקרן שנתנו בשעת כתיבת השטר ובשעה שקנה זה אין לו למלוה על אותו קרקע שום שעבוד מהפירות דהא עדיין לא נתחייב בפירות ומה שיהיה אח"ך לא חייל על הלוקח דהוא שלו ואין לו לשלם כי אם הקרן ותדע דהא קי"ל קרקע שיש עליו ב' משכונות א' מוקדמת וא' מאוחרת דהדין הוא דהמוקדם קודם ליטול הפירות ואע"פ כן אם קדם המאוחר והכל הפירות אין מוציאין מידו אף על פי שהשעבוד הראשון הוא קודם מיהו בתוך שנת המשכונה דלא מצי לסלוקי נר' דהממשכן אוכל פירות אותה שנה ואין לו זכות ללוקח עד שתכנס שנה שנייה ע"ש הרי דס"ל הכא דאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו ומ"ש דהפירות הוי כמלוה ע"פ ואינו טורף מהלקוחות כיון שבשעת כתובת השטר עדיין לא נתחייב בפירות כן נראה לכאורה דהא בפ' הנזקין אמרו אין מוציאין לאכילת פירות מ"ט אמר ר"ל לפי שאין כתובים ופירש"י לפי שאין כתובי' הפירות הללו כשנכתב שטר מכירת הקרקע הגזולה עדיין לא היו וכולי הילכך דמי הקרקע הוי כמלוה בשטר להחזיר אחריותו עליו אבל דמי הפירות הוו כמלוה ע"פ ולא טרפי ממשעבדי ואע"ג דכת' וכו' אבל על הפירות שאינן עדיין בעולם אין קול יוציא ע"ש והריטב"א בחי' שם כ' דא"ץ לזה אלא טעמא משום דקלא לא נפיק אלא אגופה דקרקע אבל בשבח ופירות לא וכו' ע"ש הרי דהפירות הוו כמלוה ע"פ ואינו טורף ממשועבדים והרמב"ן בתשו' הביאה מרן הב"י סי' ס"ו נסתפק על רבית הכתו' בשטר אם אפשר לזכותו במכר או במתנה לפי שהוא כמלוה ע"פ מפני שלא נתחייב בכולו בשעת כתיבת השטר ודקדק כן מפ' י"נ ע"ש

מיהו התם מ"ל לר"ח קצובי' וכתובי' בעי או"ד קצובי' אע"פ שאינן כתובי' וכ' התוס' בשם ר"ת דמיירי בקצובי' כגון פסק לזון את בתה חמש שנים דדוקא במלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי משום דמאן דיזיף בצינעא יזיף אבל שאר מילי הוו כמכר וכו' וכ"כ הרשב"א שם ומק' מדתנן מתו וכו' היא ניזונת מנכסי' משועבדי' הב"ע בקנו מידו וכו' ופירש"י ניזונת מנכסי' משועבדי' אלמא כיון דקייצי חמש שנים אע"ג דלא כתיבי גובה ממשעבדי כר"ח ע"ש ומוקי לה בשקנו מידו א"כ אפי' לא היה הפירות בעולם כיון דקייצי וקנו מידו טורף ממשעבדי והרשב"א דחה שם פירש"י דמזונות אינם קצובי' ואינם כתובי' ואכולהו פריך ומשני בשקנו מידו וכו' וכן דעת הרמב"ם בפ' כ"א מה' מלוה שכ' ולא מזון האשה והבנות מנכסי' משועבדי' שאלו דברים שאין להם קצבה וכו' ובפכ"ג מה' אישות כ' מתו אלו שפסקו לזון אותם אם קנו מידם או שחייב עצמו בשט' ה"ז כב"ח בשטר וטורפת מזונו' מהמשועבדי' וכו' ע"ש ועיין בבית שמואל בא"ה סימן קי"ד סק"ח אם כן אפי' אינם קצובי' אם קנו מידו טורף ממשעבדי וא"כ פירות משכונה דקצוב וקנו מידו לכולי עלמא טורף ממשעבדי והרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י בסימן זה מחו' ח' וז"ל שאלת ב' שהלוו לגוי בזא"ז ואין בנכסי הגוי כדי לזה וכדי לזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית טען שמ' קרן והרבית שהרווחת קודם אתה נוטל ומן המותר אגבה קרן חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה והוא יכול לפורעו בכל עת ולסלק שעבודו תשובה אין בדברי שמעון כלום לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו ובהדיא שנינו גבי הפוסק לזון את בת אשתו שניזונת מנכסי' משועבדי' אף על פי שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבע עליו המזונות והטענה גם כן שאמרת דכיון דאי בעי למפרעי' ולסלוקי מצי לסלוקי נמצא שלא חל אלא בו ביום מההוא נמי שמעינן דלית' כלל דהתם נמי הא מצי לסלוקי שעבודיה אי כתב כל זמן שאת עמי שהרי אם גירש את אשתו כמחל אותו שעבוד עכ"ל הרי דאפילו יכול לסלקו ועדיין לא נתחייב בו חל השעבוד והוי מלוה בשטר וטורף מלקוחות כמו בבת אשתו וכן כתב הרשב"ץ בח"ג סימן ש"ג וזה לשונו והיא קודמת בכל בעלי חובות בין במטלטלין בין במקרקעי שהרי כתוב בכתובה מינאי ודקניתי ודאקני ויש לה חיוב מזונות וכו' והיא קודמת באלו מזונו' לשאר ב"ח כקדימת' בנדוניית' לפי שמשעת כתיבת הכתובה נשתעבדו הנכסים למזונות וכן יראה מפרק הנושא ופסק לזון את בתה שהיא טורפת משעת הכתיבה אף על פי שחיוב המזונות מאוחר וכולי עיין שם ומ"ש דהדין הוא דהמוקדם אוכל פירות ואף על פי כן אם קדם המאוחר ואכל הפירות אין מוציאין מידו וכולי לא דק דאם חשיבי

כמטלטלין אם כן אפילו לא גבה המאוחר הא קיימא לן דמטלטלין אין בהם דין קדימה והרשב"א בתשובות שכתב דאם הם ביד הלוה יש בהם דין קדימה ולא אמרו דאין בהם דין קדימה אלא אם גבה וכולי לא קיימא לן כוותיה וגם הרשב"א לא להלכה אמרו וכמו שכתב הסמ"ע בריש סימן זה וכן הסכימו האחרונים וכמו שכתב הרב כנה"ג הגב"י אות כ"ה וכולי וכן כתב בתשובות ח"מ חלק שני סימן קי"ז ואם כן אם פירות המשכונה חשיבי כמטלטלין אפילו באו כאחד אין בהם דין קדימה ואי הוו כקרקע אפילו קדם וגבה מוצאין מיד המאוחר ונראה דבתוך זמנו דאין הלוה יכול לסלקו הפירות הוו כקרקע שהרי כתב הטור סימן רע"ח וזה לשונו ואם המלוה על המשכונה על הקרקע באתרא דלא מסלקינן שקול בה פי שנים ובאתרא דמסלקינן לא שקיל וכו' ולכאו' נראה דאפילו בגוף השדה וכולי נראה דפשיטא באתרא דלא מסלקינן נוטל פי שנים דאפילו מהפירות מדכ' אפי' מגוף הקרקע משמע דעיקר דבריו מיירי בפירות וכעין זה דקדק הרבי"ש בסימן שצ"ב מלשון בעל העיטור ע"ש:

ג' כתב ה' ב"ח דחס הסחורה שלקח בהקפה היא בעין או מאי דאתי מחמתה קיים יטול אותה בעל הסחורה ואין לאחרים חלק בה וכן כתב ה' כנה"ג בסימן זה עיין שם וכן כתב הרב בית שמואל בא"ה סי' ץ' עיין שם והרב בית יהודה דף קי"ט כתב דרבו מגמגם שלא נתבאר זה בדברי הראשונים אבל למעשה הסכים עם האחרונים עיין שם וכבר הרב צמח צדיק סימן קי"ז דחה דברי הרב ב"ח והסכים דאפילו הסחורה בעין כיון שזקפם עליו במלוה לא עדיף בעל הסחורה משאר ב"ח על פי הדין עיין שם כן הסכים הרב מוצל מאש סימן מ"א וכן דעת מהרא"ש סימן ק' ומהר"י ן' עזרא ומהרש"ך חלק ראשון סימן ע"ג וכבר תמה הרב כרם שלמה סי' ט"ז על הרב כנסת הגדולה בזה ומה שצדד בשם מהר"א גאטינו דלא אמרו הרב ב"ח והרב כנסת הגדולה אלא בשלא זקפם עליו במלוה עיין שם ליתא דהב"ח הורה כן הלכה למעשה בזקפן עליו במלוה כמבואר בתשובות הרב צמח צדיק שם ועיין בתשובות חיים שאל סימן מ"ד סי"ו שכן הסכימו האחרונים:

ד' כתב המבי"ט חלק שני סי' ח' שאם באו ב' ב"ח בשטר והמוקדם אינו מקויים אלא שלוה מודה שכתבו ועומד ליפרע אין ב"ח המאוח' ששטרו מקויי' יכול לטעון מזוייף ויש קנוניא בין הלוה ובעל חוב דכל שמודה שכתבו הוי כמקויים כדאמרינן בפרק ג"פ אמר תנו קיימי' לשטרא וכו' אפילו לדעת המפרשים שחולקים על ר"י שאפי' מיורשים לא גבי בשטר עד דמקיים ליה וכו' אבל הכא דאיתיה והוא מודה שכתבו שאינו מזוייף ולא פרע לו פשי' דיורשים ולקוחות ל"מ טעני ולקנוניא לא חיישינן וכו' עיין שם ותמהני שהרי כתב בעל המאור בסוף פ' ג"פ דאפי' אמר תנו אינו גובה מן המשועבדי' וההקדש

בשטר שאינו מקויים והרמב"ן במלחמות ובחידושיו שם סביר"ל דגובה מהקדש משום דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש אבל לגבי לקוחות חיישינן לקנוניא ואפילו לגבי הקדש היינו דוק' בשכיב מרע משום דאין אדם חוטא ולא לו אבל בבריא חיישינן לקנוניא וכמו שהוכיח הרשב"א בתשובות חלק שני סימן רנ"ג דאין אדם עושה קנוניא על ההקדש ודוקא בשעת מיתה אבל בשלא בשעת מיתה חוטא ועושה קנוניא לצורך עצמו אפילו לגבי הקדש או אפילו בשעת מיתה לגבי הדיוט עיין שם באורך וכן הראב"ד שהביא בעה"ת שער ב' ח"ד שרצה להעמיד דברי הרי"ף משום דזיוף לא שכיח וקיום שטרות דרבנן כשאמר תנו גובה אפילו מן הלקוחו' בשבועה היינו דוקא בשכיב מרע אבל בבריא לא וכ"ש למסקנא דליורשים דוקא קאמר אבל לגבי הקדש ולקוחות אינו נאמן עיין שם והכא נמי לגבי ב"ח מאוחר חיישינן לקנוניא וכן כתב הרב שפתי כהן בסימן רנ"א סק"ח והסכים דנאמן לגבי הקדש ולא לגבי לקוחות ובעל חוב אחריני עיון שם באורך:

ה' כל מי שקדם וכו' נראה דאם הניח מטלטלי או קרקע ויש לו קרקע שמכרו לאחרים נותנים המטלטלין לבעל חוב המאוחר דב"ח המוקדם טורף מלקוחו' דהא תנן בפרק הכותב מי שמת והניח בעלי חוב ואשה ויורשים והניח מלוה או פקדון ביד אחרים רט"א ינתנו לכושל שבהם ואמרינן בגמרא מאי כושל שבהם אמר ריב"ח כושל שבראיה ופירש"י למי ששטרו מאוחר שלא יוכל לטרוף מלקוחות הקודמי' לו וכן אמרו בירושלמי מלוה בשטר ומלוה בעדים ינתנו למלוה בעדים ע"ש וכתב בס' א"ז בשם ריב"ש דה"ד דאיכא משועבדי דאפשר למלוה בשטר או למלוה מוקדם לגבות מהם דאי לא וכולי אלא ודאי חולקין בשוה שאין קדימ' במטלטלי' וא"ת אמאי לא חשו לפסיד' דלקוחו' שהמוקדם יטרוף מהם ואפשר שכיון שהמעו האלו בפני ב"ד ויש להם לחלקן אין להם להשגיח אלא על אלו שלפניהם דהיינו ב"ח ויש להם ליתנם שאם לא יתנו יפסיד ואם יתנו לאחר היו ב"ד מפסידין לזה בידים אבל ללקוחות אין ב"ד מפסידין אלא גרמא בעלמא הוא וכו' ע"ש וא"כ ב' ב"ח א' מוקדם וא' מאוחר נותנים למאוחר המטלטלי והמוקדם טורף מהלקוחו' ואע"ג דקי"ל כר"ע לא פליג ר"ע אלא לגבי יורשי' אבל מהלוה עצמו מודה ינתנו לכושל דהיינו לב"ח המאוחר וכן לגבי יורשי' השתא דתקנו הגאונים דמטלטלי' דיתמי משתעבדי לב"ח ינתנו לב"ח המאוחר וגם הרי"ף דפי' ינתנו לכושל דהיינו לב"ח משום דאינו גובה אלא בראיה לאפוקי כתובת אשה דגובה מטעם תנאי ב"ד עיין שם היינו משו' דדייק לשון המשנה דקתני הכושל שבהם משמע דהכושל שבהני ג' ולא נחית התנא לב"ח הרבה אבל הדין אמת דאם היו ב' ב"ח נותני למאוחר

דהיינו הכושל וכן ראיתי למהר"ב בס' א"ז כ"כ בשם רבו ועיין בספר שדה יהושע בפי' על הירושלמי:

ו'

כל מי שקדם וכו' כתובת אשה וב"ח בקרקע מי שקדם זמנו יגבה אבל במטלטלין שאין בהם דין קדימה לעולם נותני' לב"ח אפילו הוא מאוחר כמבואר בא"ה סימן ק"ב אם הקדיש כל נכסיו ונכסי אשתו לא תגבה כתובתה עד שידירנה בעלה הנאה וכן הערב לאשה בכתובתה וגרשה בעלה לא תפרע מהערב אלא עד שידירינה בעלה הנאה אבל מן הלקוחות גובה אפילו בלא הדירה וה"ט משום דלקוחות הפסידו אנפשייהו שקנו קרקע שיש עליו שעבו' כתובה כמבואר בערכין ע"ש ונראה דה"ה אם יש עליו שט"ח והאשה קודמת בזמן דגובה בלא הדירה מה"ט דב"ח הפסיד אנפשיה שהלוה למי שיש עליו שעבוד כתובה וק"ו הוא דכיון דגובה מהלקוחו' אע"פ שהקרקע כבר בחזקת' כ"ש שקודמ' לב"ח שהקרק' בחזק' הבעל הוא ואע"ג דאמרי' בר"פ מי שהיה נשוי דב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה וכ' התוס' תימה מה סברא היא זו דלא יהא ב"ח אלא כלוקח מלוקח טורף ב"ח ראשון ותי' רשב"ם דב"ח עדיף מלוקח שלא תנעול דלת בפני לוים וכו' ע"ש הרי דב"ח מאוחר עדיף מלוקח וא"כ א"ל אע"ג דלא חשו ללקוחות דאינהו הפסידו אנפשייהו חשו להפסיד לב"ח מה"ט שלא תנעול דלת בפני לווים ואין האשה גובה עד שידירנה בעלה הנאה מ"מ למ"ד ב"ח מאוחר שגבה לא גבה וקי"ל כוותיה נראה דחשו ללקוחות טפי מב"ח דהא קי"ל דמלוה ע"פ אע"ג דאינו טורף מלקוחות קודמת למלוה בשטר וכתב הרשב"א במיוחסות סי' כ"ב וז"ל אנו קי"ל כמ"ד שעבוד דאוריית' ומלוה ע"פ גובה מהלקוחו' אלא שהתקינו שלא לטרוף משום תקנ' לקוחות משו' דלית לה קלא אבל מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת נ"ל דמלוה ע"פ מוקדמת טורפת ממשעבדי דב"ח בשטר הכא ליכא נעילת דלת בהא מילתא דהכא והכא מלוים נינהו וכולי עיין שם וכן מצאתי למהר"י ן' הרא"ש בתשו' סי' ס"ט שכ' וז"ל ראובן היה חייב ממון והיה נשוי אשה ומת ראובן ובאו ב"ח לגבות והאשה הביאה גט וכתובה ואומרת שיש לגבות כל כתובתה כיון שנתגרשה קודם מיתתו והב"ח אומרים שלא תגבה אלא מחצי הנכסי' עד כדי כתובתה כיון שהיתה בחזקת נשואה כשמת וכולי נלע"ד שהדין עם ב"ח כיון דדבר זה לא עשתה אלא להבריח הנכסי' מב"ח וכו' ול"ד להיא דערכין וכו' דהתם הגירושי' הוו ידועי' דלאחר שנתגרשה גבתה כתיבתה כדין כל גרושה ואין לחוש שהגירושין היו הערמה שיחזירנה אחר שתגבה כל כתובתה להפסיד הלקוחות דאינהו הפסידו אנפשייהו שלקחו מאיש בעוד האשה תחת בעלה אבל כאן שלא יצא עליה קול

גירושין ודאי להברחה נעשית ועוד וכו' עכ"ל הרי דב"ח דינו כלוקח ואם ידוע שנתגרשה גובה כתובתה ולא חיישי' לפסידו דב"ח ובירושלמי פ"ה דנזיר בעי מה אמר ר"י במתנה מכיון שהוא נותן במתנה בעין יפה אין צריך להדיר הנאה וכולי ופשטה מההיא דאם היה עליו חוב שצריך להדיר הנאה ע"ש מבואר דה"נ חוב או מתנה צריך להדיר הנאה וכן משמע מדאמרי' בספ"ו דערכין טעמא דבלוקח א"צ להדיר הנאה משום דהוא דאפסיד אנפשיה עיין שם א"כ דמתנה דלא שייך ה"ט חיישי' דהא לגבי אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח משום פסידא דלקוחות קי"ל דה"ה במתנה מטעם דאי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה דחיישי' לפסידא דידיה כדאמרי' בפ' הנזיקין וכן פסקו כל הפוסקי' עיין שם וה"נ חיישי' לפסידא דמקבל מתנה מה"ט והא דאמרי' גבי הקדש טעמא משום ריוח הקדש היינו משו' דבהקדש לא שייך ה"ט דאי לאו דעבד וכולי וכה"ג כ' בעה"ת שער מ"ג ח"ג וז"ל דכיון דזה דאין נפרעי' מנכסי' משועבדי' במקום שיש ב"ח לא איתמר אלא מפני תיקון העולם וכו' בהקדש דליכא פסידא להקדש דהא לא קנאם בזוזי וכולי ואע"ג דאסקי' בפ' הנזיקין דל"ש מכר ול"ש מתנה עבוד רבנן תקנתא והקדש דכוות' דמתנה הוא לאו מילתא היא דהא אסיק התם מתנה פסידא אית ליה דאי לאו דעבד נייח לנפשיה לא הוה יהיב ליה מידי אבל הקדש דל"ל ה"ט סד"א דטריף מניה דהקדש קמ"ל וכולי ע"ש הרי מבואר דס"ד דהקדש גרע ממתנה וה"נ דכוותא במתנה ודאי חיישי' לפסידא דמקבל אבל בהקדש דליכא פסידא סד"א דלא חיישי' לקנוניא קמ"ל דחששו לריוח דהקדש ועוד נראה דאדם מקדיש בעין יפה יותר ממתנה דהא בפ' מ"ש מ"ל שכ"מ דהקדיש כל נכסיו ועמד מהו שחוזר מי אמרי' כל לגבי הקדש גמר ומקני וכולי אלמא אף על גב דבמתנה אם עמד חוזר משום דלגביה נפשיה לא גמר ומקני בהקדש מספק"ל אם גמר ומקני אפילו לגבי נפשיה וא"כ ה"נ אע"ג דמתנה חיישינן לקנוניא מ"מ בהקדש כיון דגמר והקדיש בעין יפה טפי ממתנה ס"ד לא חישינן לקנוניא קמ"ל מיהו בס"פ המוכר את הבית מוכח דר"ש ס"ל דהקדש גרע ולא בעין יפה הקדיש כמו מתנה ורבנן ס"ל דהקדש בעין יפה הקדיש כמו מתנה עיין שם ונר' דלכך לא כ' הפוסקים דין זה דבמתנה וב"ח צריך להדיר הנאה דכיון דקיי"ל דאפילו בהקדש חיישינן לקנוניא כ"ש במתנה ובעל חוב דחיישינן לפסידא דידהו והירושלמי דמ"ל במתנה היינו לר"י דלא חייש לקנוניא בהקדש אלא בערב אבל למאי דקיי"ל דבהקדש נמי חיישינן לקנוניא כ"ש במתנה וב"ח כנ"ל: ז' אפי' אם הגיע זמן הפירעון וכו' כ' הרשב"א בתשו' ח"ד סי' רל"ג וז"ל מי שכתב לאשתו מתנה וכו' אם בא בע"ח מאוחר של בעל לגבות

תחילה וכו' אם אינה יכולה לגבות בחיי בעלה אע"פ שהיא קודמת בשעבוד מי שזמן הגבייה קודם הוא וגובה אא"כ הוא דבר ששעבד לה באפותיקי מפורש וכו' ע"ש:
ח' הג"ה אבל מלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה וכו' כתב בתשו' בשמים ראש סי' קמ"ט על א' שמכר קרקע לחבירו ונתן לו הדמים והחזיק בה ואח"ך באו ב"ח ואומרים כיון שעדיין לא קנה זה בלא שטר ולא בק"ס ותקנת הקהל שלא יקנה באופן אחר א"כ אינו אלא כמלוה ע"פ ורוצים לחלוק בקרקע אומר אני ל"מ היכא דאיהו מוחזק בקרקע דאין להם עליו כלום דלא יהיה אלא מלוה ע"פ מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אלא אפי' לא החזיק בקרקע כיון שקנאו אע"פ שהקהל הפקיעו קניינו לא גרע ממשכונה והו"ל אפותיקי וכו' ע"ש ונראה דס"ל דמלוה ע"פ חולקים ואם גבה המאוחר מה שגבה גבה וזה הוי כאפותיקי וזכה בו:
הג"ה ט' אבל מלוה ע"פ וכו' באו שניהם לגבות נרא' המאוחר צריך לישבע דבפ' מי שהיה נשוי אמרינן כגון שנמצאת א' מהם שדה שאינה שלו ת"ק סבר ב"ח מאוחר שקדם וגבה לא גבה ובן ננס סבר מה שגב' גבה והתוס' דחו פירש"י והסכימו לפיר"ח דבן ננס ס"ל דלעולם נשבעת משום חשש שמא תמצא א' מהם שדה שאינה שלו ולא יוכלו אח"ך לחזור עליה דמה שגבתה גבתה וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' קי"ט ע"ש ות"ק לא סבר דאין משביעין אותה אלא משום ב"ח מאוחר שקדם וגבה לא גבה אבל במלוה ע"פ כיון דאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין ממנו אם באו שניהם לגבות צריך המאוחר לישבע מה"ט שמא תמצא שדה שאינה שלו וטורפין אותה ולא יוכל המוקדם לחזור על המאוחר וכן אם גבה ב"ח מאוחר בינונית והניח זיבורית צריך לישבע וכ"כ הרמב"ם בפי' המשנה שם וז"ל מתוך דברינו יתבא' לך כי אלו הד' נשים כשתפסו מטלטלין אם תפסה הד' מטלטלין בכתובתה שהיא נשבעת לדברי הכל לפי שאין מחלוקת במטלטלין שאין מוציאין מתחת ידה וכבר ביארנו שהעיקר אצלנו און קדימה במטלטלין וכו' ע"ש משמע אפי' תפסה מטלטלין והיא מוחזקת בהם צריכה לישבע ואם לא נשבעה מוציאין מידה:
יו"ד ואם מכרם לגוי וכולי כתב מהרח"ש ח"א סי' ו' על ראובן שמת והניח אלמנה ובעל חוב ואין השטר הכתו' ביד האלמנה וקדם היורש והתפיסה הנכסים נראה לכאורה דאין היורש חויב לשלם מדינא דגרמי וב"ח מאוחר שמכר לגוי שאני דהנכסי' הם ודאי של ב"ח מוקדם והא דאינו יכול להוציא מן הגוי אינו אלא משו' אלמותו ולא מדינא אבל הכא דאינו יכול להוציא מן האלמנה מן הדין דשמא לא נפרעה והיא מוחזקת אין היורש חייב אבל מדברי הרשב"א בתשו' שהביא מרן הב"י סס"י זה נראה דאפי' בכה"ג גבי ב"ח שאמר שאבד שטרו וגבה קרקע מהלוה ומכרו לגברא אלימא כיון דגבה שלא כדין

דשמא נפרע חייב לשלם לב"ח אחר שיש לו שטר מדינא דגרמי וה"נ דכוות' עיין שם ול"ד כלל דהתם שגבה קרקע שלא כדין כיון דלא זכה בו הב"ח האחר שיש לו שטר יכול להוציאו מידו אם מכרו לגוי חייב מדינא דגרמי כמו בעל חוב מאוח' שמכר לגוי אבל הכא כיון דב"ח שתפס הוא עצמו אין מוציאין מידו מי שהתפיס לו הוי כשלוחו ואינו חייב מדינא דגרמי וכן כתב מהרח"ש עצמו בחא"ה סימן נ"ד גבי לוה ולוה ואח"כ קנה דאם קדם השני וגבה זכה מי שהתפיסו אינו חייב מדינא דגרמי דדוקא ב"ח מאוח' שמכר לגוי חייב לשלם מדינא דגרמי משום דלא זכה ומוציאין מידו אבל כי ליכא דין קדימה וכל א' מי שקדם וגבה זכה מי שהתפיסו הוי כשלוחו ופטור ע"ש וה"נ בחוב בע"פ דחיישינן לפירעון כיון דאם קדם הוא עצמו ותפס אין מוציאין מידו מי שהתפיסו הוי כשלוחו ופטור וכ"כ ה' כנה"ג בסימן שפ"ו אות י"ב וז"ל ראובן שהיה חייב לאחרים ובשעת מותו צוה לאביו חובותיו ואחר מיתה פרע אביו לב"ח ולא נשאר לאלמנתו חצי כתובה וטוענת שחמיה גרם לה היזק דמאחר שהדין נותן דמי שקדם וגבה גבה אפ"ה אינו חייב לשלם מדינא דגרמי מהר"ש הלוי ח"מ סי' י"ח ע"ש והסמ"ע בסימן ק"ח סכ"ו שכ' גבי יורשים שקדמו ופרעו מטלטלי' לבעל חוב מאוחר דפטור ולא מיקרי מזיק שעבודו של חבירו מטעם דשלהם נתנו ע"ש נראה דס"ל דאם אחר התפיסו חייב אבל בנדון מהרח"ש שהיורש התפיס הנכסי' לאשה פטור:

י"א ואם מכרם לגוי וכולי אם הלוה מכר הקרקע לגוי והמעות בעין נראה דתלוי במחלוקת שכ' הטור בסימן ק"ז גבי יורש שמכר קרקע לגוי לדברי ר' האי גובה מהדמים והרא"ש תמה על רבינו האי וז"ל כיון דהני זוזי לא אשתעבדו לבנות אלא שעבודייהו אנכסי אבוהון וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו מזונותיהם למה"ד למלוה ע"פ שיצאה על היתומים ומכרו הנכסים שאין ב"ח גובה מן המעות שבידם דלאו הנו זוזי דשבק אבוהון וכולי עכ"ל ונ"ל שאם מכרו קרקע שחייבי' לשלם ולא מטעם חוב אבוהון אלא מטעם מזיק שעבודו של חבירו וכולי וכ' הפרישה דמ"ש הרא"ש שאין ב"ח גובה מן המעות שבידם ר"ל שאין גובה אותם מכח חוב אביהם כמו שסבר רבי' האי אלא מכח מזיק שעבודו של חבירו ונ"מ בזה דאם גם היורש חייב לב"ח שלו שלוה הוא מאחר שגם הוא יכול לגבות מהני המעות לאפוקי אם הם חייבים מכח חוב אביהם ב"ח של אביהם נוטל כל המעות ואין הב"ח שלו יכול לגבות מהמעו' וכו' עכ"ל א"כ דעת ר' האיי כיון שהקרקע נשתעבד מעות אלו במקום הקרקע עומדים וחייבים לפרוע חוב אביהם ה"נ כיון שהקרקע היה משועבד לב"ח מוקדם ומכרו הלוה לגוי המעות הם במקום הקרקע וגובה אותם ב"ח המוקדם אבל לדעת הרא"ש המעות הוו כמטלטלי' ומטלט' אין בהם

דין קדימה ויחלוקו ואם גבה המאוחר זכה ומהרח"ש ח"א סימן צ"ט כ' דר' האי יחיד בדבר ע"ש ובס' מהר"ם אלשיך סימן י"ד כ' אבל הרמ"ה בפ' מ"ש סימן ז' הסכים עם רבי' האי עיין שם באורך גם ה' צרור הכסף הביאו המבי"ט ח"א סי' רס"ה כ' וז"ל אם קונה הקרקע המשועבד ומכרו לאחר אין למלוה על המוכר כלום ולא על המעות אלא ילך ויגבה השדה מן הקונה אותו והיינו משום דמוכר זה לא היה עליו אלא מה שקנה קרקע משועבדים והרי יצא מרשותו והוא בעין ביד מי שקנאו אבל היורש שמכר הקרק' שהיה משועבד לחוב אביו ואין לו שום זכות עד שיפרע החוב אם מכרו והמעות הם בידו חייב לפרוע לב"ח ודמי שעבודו הם וכשמכר הב' למי שאין אדם יכול להוציא ממנו נר' דמחייב משו' מזיק וכולי עיין שם הרי דס"ל דקונה קרק' או מטלטלי' המשועבדים באגב אם מכרם לישראל אחר אין למלוה על המוכר כלום אלא ילך ויגבה אותם מן הקונה ואם מכרו לגוי חייב מדינא דגרמי אבל יורש שמכר אפי' לישראל דבר המשועבד לחוב אביו אם המעות בידו חייב לפרוע לב"ח ומ"ש הטור בסי' ק"ז ואם אין הב"ח יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכרם לגוי וכולי א"כ דה"ה אם מכרן מישראל לדעת ר' האי דגובה ב"ח מהיורש המעות ולהרא"ש טורף מן הלוקח אלא נקט גוי משום דלענין אי הוי מזיק שעבוד חבירו או לא וא"כ ה"נ הלוה שמכר הקרק' המשועבד לב"ח מוקדם אפילו מכרו לישראל אחר אין ב"ח טורף מהלוקח אלא גובה כל המעות שביד הלוה דדמי שעבודו הם אבל לדעת הרא"ש המעות יחלוקו:

י"ב דין ג' במטלטלי' וכן עבדים וכולי נסתפק ה' פני משה ח"א סימן צ"ה וז"ל דאפשר דתפיסת עבדים והגודרות לא מיקרי תפיסה כמו שאין להם חזקה כמ"ש הרא"ש דעבדים דין מטלטלי יש להם ואם קדם ב"ח מאוח' וגבה מה שגבה גבה ה"ד כשהגבהו הלוה עצמו אותו העבד בחובו דהו"ל כמכר וכן נמי כשהגבו ב"ד מהני דהוי כמכר אבל בקדם המאוחר ותפס העבד שלא מדעת הלוה אפשר דמדין תפיסה לא מהני כיון שאינו משתמר לדעתו ע"ש ואיברא דהרא"ש בתשו' כלל ע"ט סימן ב' מיירי בלקח המלוה מהלוה בחובו מיהו מרן שכ' דמטלט' וכן עבדים וכולי משמע אפילו תפיס' מהני לב"ח המאוח' דומי' דמטלטלי' אבל יש להסתפק בהא דקי"ל דספקא דדינא או דפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מיד המוחז' אם בעבדים והגודרות דאין להם חזקה אם התופס יכול לומ' קי"ל או לא וה' בני יעקב בתשו' סי' ד' נסתפק בזה ע"ש (עכ"מ):

י"ג אין בהם דין קדימה וכולי אין ללוה להתפיס לא' ולחוב לאחרים מיהו אם מסר לא' מהם אינו משלם מדין מזיק שעבודו של חבי' מהרח"ש סימן נ"ד והביאו ה' כנה"ג וכ' הרב בית דוד סימן יו"ד דה"ד קודם שבאו לדין עם הלוה אבל אם כבר הזמינו' לדין אם

מסר לא' חייב מדין מזיק שעבודו של חבירו עי"ש ועיין בתשו' ה' כנה"ג ח"ב סי' ג' והר' פני משה ח"ב סימן נ"ו כ' דהלוה לצאת ידי שמים יתן למוקדם עי"ש וא"נ כן (עכ"מ): י"ד לעני' שאם קדם המאוח' וכולי ואם באו שניהם כא' לגבות חולקי' במטלטלי' בשוה והרמב"ן בתשו' סימן ס"א כ' דאם באו כאחד לגבות אין למאוחר כלום במקום המוקדם ע"ש אבל הריטב"א בר"פ מי שהיה נשוי כ' וז"ל והא דאמרי' ותפס' לאו דוק' דהא מתנית' במקרקעי דאלו במטלטלי אין בהם דין קדימה כלל אפי' לכתחי' וכולי וכ' עוד שם וז"ל והא דאמרי' דגבי מטלט' אין דין קדימה לכתחי' וחולקי' בשוה ואי קדם המאוחר וגבה גבה אומר רבי' בשם רבו רבי' הגדול שאם שעבד לראשון מטלטלי' אגב מקרקעי חזר דינם כקרקע וכשם שטורפי' מלקוחו' כך טורפי' מב"ח המאוחר למ"ד מה שגבה לא גבה דפסקי' כוותיה ולעולם לא אמרי' מה שגבה לא גבה אלא בדליכא בנ"ח כלל אבל כי איכא בנ"ח לראשון אפי' זיבורית לא מפקי' מניה ב"ח מאוחר אא"כ ה"ל לו אפותיקי מפורש וכולי עכ"ל וכבר הוכיח כן הסמ"ע דלא קי"ל כהרמב"ן עש"ב וכן כתב הרדב"ז בתשו' ח"ג סימן תקכ"ד ע"ש:

ט"ו אם קדם המאוחר וגבה וכו' אם אין במה שתפס תשלום כל חובו ה' פרח מטה אהרן ח"ב סימן קכ"ו כ' ינכה מה שתפס ולא יחלוק עם שאר ב"ח בשוה עש"ב אבל הר' שבות יעקב ח"ג סימן קמ"ח כ' דחולק עמהם בשוה וכן הסכימו ב"ד למעשה שלא כדברי ה' פני משה ע"ש:

ט"ז קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו וכו' אם הגבו לו ב"ד בטעות לכאורה נר' דלא הוי כתפוס ומוציאין מידו וכבר הוכיח כן מהרח"ש ח"ג סי' צ"ה מדכ' הטור בסימן קמ"ו בדין כל דאלים גבר וכולי דב"ד שהגבו שלא כדין חייבי' להחזיר הדבר למה שהיה בתחילה ע"ש וברי"פ מי שהיה נשוי דבעי' לדייק ש"מ ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה לפי' רשב"ם בתוס' שם מיירי בקרקע וכ' הר' פני יהושע שם דהא אם קדמה ותפסה היינו שהגבוהו הב"ד קודם שידעו כתובה הראשונה וכולי ע"ש א"כ נראה דאפילו הגבוה הבית דין בטעות הוי תפיסה גם מהר"ם בתשו' הארוכות סי' תקכ"ה כ' וז"ל ששאלתם אם יש לכתוב זמן בפסק דין זמן וכו' דאי לא כתבי זמן נ"מ חורבא אם ראובן ושמעון נושים בלוי וכל א' יש לו שטר והלך אחד מהם לדיין עם לוי והחליטו קרקע של לוי וכתבו פס"ד כמו כן לגבות זה הקרקע וכיון דלא כתבי' זמן כל א' אומר אני קדמתי אי משום הא לא חיישי' דניחזי שטרא דמאן קדים דקי"ל ב"ח מאוחר שקדם וגבה בקרקע מה שגבה לא גבה ואי במטלטלי' כל הקודם לתפוס זכה דקי"ל במטלטלי' מה שגבה גבה כמו שהוכיח ר"ת מפ"ב דערכין מיהו היכא דלית שטרא איכא חששא וכולי ע"ש

משמע דאם הגבו בית דין למאוחר מטלטלי' בטעות מה שגבה גבה וה"נ במקרקעי למ"ד ב"ח מאוחר שקדם וגבה אין מוציאין מידו והרא"ש בפ' הכותב כ' בשם הר' יונה דוקא כשגבה בב"ד שהגבוהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם ב"ח אחר אבל אם גבה מעצמו לא ע"ש הרי דאם הגבוהו ב"ד בטעות שלא ידעו שיש ב"ח אחר מה שגבה גבה ואנן קיי"ל דאפילו גבה מעצמו זכה ומהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סימן מ"א כתב וז"ל על מי שיש לו ב"ח ואין לו כדי לפרוע לכל נ"ל דאין הדיין יכול לכופו לפרוע לא' מהם מטלטלי' אלא יפרע לכל ב"ח בשוה אע"פ שחייב לזה יותר מלזה חולקים כל הנמצא בידו בשוה ממש כמ"ש רבי' אלפסי בפ' מי שהיה נשוי וכולי הילכך כיון דידעי' ביה דאית ליה בעלי חובות אחריני האי דיינא דמיזדקק לחד מנייהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד דהא תנן סתמ' חולקי' בין דאתו כולהו קמן בין דלא אתו אלא חד מנייהו ודאי אי תפיס איהו גופיה לא מפקי' מניה במטלט' וכו' אבל אנן לא מזדקקי' ליה לאתפוסי לחוב לאחרים כמו תופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כדאיתא בפ' הכות' וה"נ ב"ד אין להם להשתדל בדבר להתפיס בחוב לאחרי' כיון דאלו מיתפסי ליה לא מצי לאפוקי מניה וכולי עיין שם (עכ"מ):

י"ז כ' מהרשד"ם סימן קמ"ה דוקא אם תפס מיד בעל המטלטלי' בעצמו דהוי כתפיסה שהרי אין שום חד מב"ח מוחזק דבעל המטלטלי היה יכול לעשות בהם כרצונו אבל אם הם ביד שליש מוזהר מכל הב"ח דלא היה כח בידו להוציאם מידו אם תפס אחד מהם אין תפיסתו כלום ונמשך אחריו הר' פני משה חלק א' סי' צ"ה עיין שם:

י"ח הג"ה מהו אם תפס שטרות וכולי כ"כ רבי' ירוחם בשם רבו הר"א בן ישמעאל ע"ש ומצאתי תשו' הר"א ן' ישמעאל בתשו' מהר"י ן' הרא"ש סימן פ"ט וז"ל ושטרות שתפסה האלמנה ומשכנת' לצורך מזונותיה וכולי אם הם שט"ח אפשר דמהניא תפיסת' ואין הבנות מוציאות ממנה בתורת החוב כיון דלא כתיב בה מטלט' אג"מ ויש להביא ראיה לזה מדאמרי' בפ' הכותב ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי וכו' וש"מ דתפיסת השטרו' מחיי' מהני שלא יעשה החוב מטלטלין אצל בניו ודכוות' הכא מהניא תפיסת האלמנה בשטרות כאלו גבתה החוב ואין הבנות מוציאו' ממנה בכח החוב ויש לבע"ד לחלוק דנהי דמהני' תפיסת שטרות שלא יעשה החוב מטלט' אצל בניו הכא לא מהניא תפיסת האלמנה בשטרות כאלו גבתה החוב דלא מהניא תפיסה זו טפי ממי שנמסר לו שט"ח במכירה או במתנה במסירה לבד שלא קנה גוף החוב וטעמא דמהניא תפיסת השטר לענין שלא יעשו החוב מטלט' אצל בניו משום דההוא חוב כבר היה משועבד להההיא איתתא דתפסה מלוגא דשטרי מחיים דאב מדר' נתן אלא דאמור רבנן כי מיית

האב נעשה החוב מטלטלי' ומטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי בדינא דגמ' וכיון שכבר היה אותו החוב משועבד בחיי האב ותפסה השטר בחייו אהני שלא יעשה מטלטלי אצל היתומי' אבל בנ"ש אין תפיסת השטר כתפיסת החוב ויחלוקו החוב האלמנה והבנות מכח חובן לפי שאין בחוב דין קדימה ושטרי משכונה בתפסה האלמנה המשכונ' ובאות הבנות ומוציאות המשכונ' מיד המחזיק בה מכח האלמנה בין שהיה זמן המשכונה קודם המתנה בין שהיה זמן המשכונה אחר המתנה משום דהמשכינה מוחזקת היא אצל המלוה כדאמרי' בפ' אז"נ וכולי באתרא דלא מסלקי ב"ח גובה ממנה ובכור נוטל בה פי שנים ואין שביעי' משמטת וש"מ דמשכונ' מוחזקת היא הילכך אפילו זמנה אחר המתנה הבנות מוציאות אותה בכח החוב כאלו היא קרקע של אביהם וכל הני משכנתא דידן אתרא דלא מסלקי נינהו שהרי יש בה זמן שאינו יכול לסלקו והיה אומר הרשב"א דאפילו עבר זמן המשכונ' לעולם היא בחזקת המלוה כאלו היא מכורה אצלו עד שתפדה וכולי עכ"ל הרי דמסקנתו דלא מהניא תפיסת שט"ח בגבה דלא עדיף ממסירה ועיין בתו' בבתרא דף ע"ז בד"ה אמר וכו' שכ' וז"ל ובהכותב גבי ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי משמע דאי תפסה מחיים קניא וכולי אור"י התם דהיא לא היתה רוצה לקנות המלוה אלא התם רוצה לדחוק היתומים שיפרעו לה וכולי ע"ש וכן מבואר בדברי הטור סימן ס"ד עיין שם א"כ תפיסת השטרות לא הוי כגבוי לענין ב"ח דלא עדיף ממסירה כמסקנת הר"א ן' ישמעאל וכ' המבי"ט ח"ג סי' קפ"ה ואפשר שזה כשניהם שוים אבל כשהוא מוקדם למי שתפס השטר אם פרע לו פטור אבל הר' כנה"ג בסס"י ס"ד חלק עליו דאם פרע לאותו שאינו תפוס בשטר אפילו שזמן שניהם שוה פטור מהחוב עיין שם ואם הקנה לו בכתו"מ הוי תפיסה כדמוכח מדברי הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד הביאו מקן הב"י שם וכה"ג קיי"ל בסימן ס"ד גבי מוכר דבר שלא בא לעולם דאפילו לא תפס אלא כתב לו שטר ומסרו לו כמאן דתפס דמי עיין שם וה"נ דכוות' וכן מצאתי להמבי"ט ח"ב סי' קס"ד שכ' דאם מסר בידו השטר והקנה בכו"מ נראה לי שיכול לגבות מהם ולא ב"ח אחר קדום אע"ג דמכירה זו מדרבנן ויכול בעל השטר למחול וכולי וכ"ש אם הכו"מ היה ע"י ב"ד דהדבר פשוט שאין ב"ח מוקדם יכול לגבות מהם שהרי כ' ה' צרור הכסף תלמידו של הרשב"א שאם גבה שט"ח על ידי ב"ד אין בעל השטר יכול למחול וא"כ הרי הוא כגבוי וכולי ע"ש ונר' דגם הרשב"א והש"ך דס' דאי נתנו לו לב"ח שלו בפירעון חובו יכול למחול ועיין בס' גינת ורדים ח' א"ה כלל ד' סי' כ"ו וכ"ז וכ"ח:

י"ט נראה דאם תפס משכונות שיש ללוה של אחרים הוי כגבוי כמו שפסק הטור ומרן בסי' ס"ו דשט"ח על המשכון מטלטלי' כיון שמכר החוב ומסר לו מטלטלי קנה החוב

שעליו במסירת המשכון אע"פ שלא מסר לו השטר ולא כתב לו שום דבר והם דברי בעה"ת שער נ"א ח"ד סי' ו' וז"ל ומסתברא דחוב על משכון מטלטלי' וכו' א"נ אם הלוה עליהם בלא שטר מכי מסר המטלט' וכולי קנה החוב מ"ד אשה שאם קדש' במשכו' דאחרי' שהיא מקודשת מפני שב"ח יש לו קצת קנין בגופו של משכון ואע"פ שאינו קונה גופו של משכון מ"מ קני ליה כנגד חובו וזה הבא אחריו זוכה במשיכתו מכח הראשון עכ"ל א"כ דינו כמטלטלי' שלו בין משכנו שלא בשעת הלואתו בין משכנו בשעת הלואתו כדקי"ל בא"ה סי' כ"ח דהמקדש במשכון בכל ענין מקודשת ע"ש בב"י וה"נ מי שקדם ותפס זכה מיהו ה"ד משכון של ישראל אבל במשכון של עכו"ם כ' המרדכי הובא בב"י שם דאינה מקודשת דישראל מגוי לא קני משכון כדאית' בפ' כ"ש דהלכה כרבנן ולא כר"מ ופסקו מור"ם שם וה"נ אין תפיסתו כלום ושוב מצאתי להרשב"א בתשו' ח"ד סימן קנ"ב שכ' באלמנה שתפסה למזונות וז"ל וכ"ש אלו היה שם עסק של משכונות דאלו במשכון דישראל קני ליה מדר"י ואפילו משכנו בשעת הלואתו וכולי ואפילו משכונות של נכרי אע"ג דלא קני מ"מ לא גרע ממלוגא דשטרי וכו' עש"ב:

כ' לוי שהיה חייב לראו' ושמ' ומכר לראובן מטלטלי בא' מדרכי הקנייה עיין בשו"ת פני' מאורו' ח"ב סי' כ' שכ' דאם יש ראיה שקנאם תלוי במחלוקת מהר"ם אלשיך והש"ך בסס"י קכ"ו אם שייך תקנת השוק בדבר שלא הגיע ליד המקבל אבל אם אינו מברר שקנאם תפיסת ב"ח האחר הוי תפיסה עש"ב וכבר הוכיחו ה' גו"ר כלל ה' סי' ה' ורבני שם סי' ט' דשייך תקנת השוק אפי' לא באו ליד המקבל כיון שזכה בא' מדרכי הקנייה וכן נראה מדברי המבי"ט ח"ב סי' ה' עש"ב ואם ליכ' שעבו' מטלטלין אג"מ ודאי דלכ"ע אם קנה בא' מדרכי הקנייה אפי' לא הגיע לידו אין תפיסת השני כלום כיון שלא נשתעבדו לו מן הדין (עכ"מ):

כ"א דין ד' לא מיקרי גבייה וכו' וה"ה תפס מעצמו בלא ב"ד וכו' ולכאור' נראה דאף בלא שומא מיקרי גבייה וכו' הש"ך וה' פני משה ח"ב סי' קכ"ו כ' על אלמנת ראובן שהגבו לה ב"ד בכלל כתובתה נכסי חוב שביד תוגר א' ויצא על ראובן שט"ח קדום לכתובה דלא חשיב גביה כ"ז שלא שמו ב"ד המטלטלין ונתנו ביד ב"ח המאוח' ומלבד שהדבר פשוט בעצמו כן נראה בפי' מתשו' הרא"ש עי"ש וכ"כ ה' בית דוד חא"ה סי' ס"ג ע"ש אבל בתשו' מהר"ם הקצרות סי' רי"ט והובא בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' מ"א מבואר דאפילו תפס מעצמו בלא שומא אין מוציאין מידו עיי"ש וכ"כ הרמ"ה בפרק מ"ש סי' קס"ז דאפי' גבה ממנו בע"כ כיון דבדין גבה דקי"ל מיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה

ע"כ הו"ל כלוקח ואין ב"ח ראשון יכול להוציא מידו ע"ש משמע אפי' בלא שומא וכן הסכים הר' פרח מטה אהרן ח"ב סימן כ"ו ועיין בס' בית דוד ח"מ סימן יו"ד:

כ"ב דין ה' שעבד לו מטלטלי אג"מ וכולי נראה דאע"פ שנהגו לכתוב בכל הכתוב שעבוד כל נכסיו מקרקעי ומטלטלי אע"ג דקנה ודעתיד לקנות וא"כ דין המטלטלין כמקרקעי דגובה מי שזמנו קודם ה"ד שנתברר בעדים שמטלטלין אלו קנה קודם שנשא הב' אבל אם לא נתברר מחזקי' להו כנשא ונשא ואח"ך קנה דיחלוקו כדקיי"ל בב' מלוים וכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' רי"ב ע"ש וכבר כ' מהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לס' משפטים סי' מ"א דאע"ג דאם תפס הוא בעצמו אין מוציאין מידו אבל ב"ד אין להם להתפיס לזה לחוב לאחרים ומה שתמה מרן הב"י שאם אחד מבעלי חובות במ"ה יפסידו אחרים ולא יכופו ב"ד שיפרע עד שיבא אותו האחר ודחה תשוב' זה מהלכה ע"ש וכבר תמהו עליו האחרונים מהרח"ש חא"ה סי' נ"ד ומהראד"ב בספ' לחם רב סי' קס"ז והרב בני אהרן סימן מ"ו דכוונת מהר"ם ברורה דאין ב"ד יכולים לכופו לפרוע לאחד מהם כל מה שחייב עד פרוטה אחרו' ויפסיד לאחרים אלא יפרעו לכל ב"ח בשוה ומי שאינו כאן ב"ד יקחו חלקו ויהא מונח בידם עד שיבא ממ"ה וכן הסכי' מהרשד"ם בתשו' בס' לחם רב ובתשו' סי' שצ"ב עיי"ש וכן לשון מהר"ם בתשו' הקצרות סי' רי"ט נראה לי דאין יכול לכופו להגבות לו כל חובו מטלטלי אלא יפרע לכל ב"ח בשו' וכו' ע"ש וכן מוכח מדברי רבי' יונה הביאו הטור בסי' זה ס"ט וז"ל ומיהו דוקא שגבו בב"ד כגון שהגבהו ב"ד קודם שידעו שהיה שם חוב אחר וכו' אבל אם מעצמו וכו' ע"ש משמע דאם היו יודעים שיש שם חוב אחר לא היו ב"ד מגבים לזה לבדו כמ"ש מהרח"ש בתשו' וכן הסכי' ה' צ"צ סי' קי"ח ע"ש ודברי ה"ר יונה הביאו הרא"ש ב"פ הכותב וכ"כ הטור ומרן בא"ה סי' ק"ב ע"ש וכ"כ מהר"ם ריקאנטי סי' תקכ"ד ע"ש וא"כ מה שהגבו ב"ד לאלמנה א' המטלטלין והניחו אלמנה הב' שלא כדין עשו דתפיסה במה שבבית אינה כלום כמ"ש הריב"ש סי' שס"ד מטענה דכל התופס צריך תפיס' גמור' שיקנה הדבר בא' מדרכי הקניי' וכן הסכמת האחרונים ודאי מי שנתן לא' מהם לא מחייב משום מזיק שעבודו של חבירו דדוקא בב"ח מאוחר שקדם וגבה ומכר לגוי חייב לשלם מדינא דגרמי כיון דהוא לא זכה ומוציאין מידו אבל היכא דליכא דין קדי' וכל א' מהם שקדם וגבה זכה ה"נ מה שהתפיס לו הוי כשלוחו ולא מחייב מדינא דגרמי וכך כתב מהרח"ש בתשוב' תא"ה סימן נ"ד: כ"ג וקי"ל דיחלוקו וכו' וכן פסק הרדב"ז בתשובו' ח"ב סימן רי"ב וסימן רע"ה עיין שם ונראה לכאורה דחולקים בשוה אבל הרמ"ה בפרק מ"ש סוף סימן קס"ו כתב וז"ל ומסתברא דהיכא דלוה וחזר ולוה ואתו תרוויהו למיגבה בהדי הדדי ואשתכח קרקע גבי לוה ולא

ידיע אי בתר דלוה מתרוויהו קנייה ואי מקמי דלוה מתרוויהו קנייה והוא הדין היכא דכתב ליה לתרוויהו דאקני ולא ידיע אי מקמי דלוה הוא דקנייה ואי לבתר דלוה קנייה וקאתו תרוויהו בטענת ברי או תרוויהו בטענ' שמא ולית בה בההיא ארעא אלא כשיעור מאי דחזי ליה לפחות שבהם ההוא דקדים זמניה שקיל ג' חלקים והך דמאחר זמניה שקיל רביע מ"ט כיון דלפום טענתיה דקמ' הוה דינא למשקל כוליה ולפום טענתיה דבתרא הוה דינא למיפלג בשוה פלגא שקיל קמא ממ"נ ואידך פלגא הו"ל ממון המוטל בספק וחולקים מיהו ודאי אי אתי חד מנייהו בטענת בריא ואידך קאתי בטענת שמא כיון דלא קאי ממונא בחזקת דחד מנייהו בריא ושמא ברי עדיף עכ"ל ומהריב"ל ח"א סימן ס"ח כתב דכבר כ' הפוסקים דבחצי שמודה המאוחר חל הקודם יקח המוקדם ובשאר החצי חולקים ע"ש אבל בסימן קי"ב כתב ב' מלוים וכו' וטוען המוקדם כי כשלוה ממנו כבר קנה הנכסים והמאוחר טוען שלאחר שלוה משניהם קנא' ואין עדים בדבר וי"א שחולקי' החצי שחלוקים עליו וי"א שאם אין עדים וכו' וכה"ג תנן בריש מציעא ב' אוחזין בטלית וכולי זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי וכולי זה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע וכתבו התוספות וא"ת ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי וכולי כדאמרינן בפרק החולץ ספק ויבם וכולי וי"ל דהתם וכולי אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציה שיועיל לו לחציו השני ע"ש וכן בפרק החולץ אמרינן ספ' ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא וכו' אידי ואידי ס' וכ' רש"י ונראה בעיני דההיא מנתא דקא מודו ליה שקי' ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין וכו' וכה"ג אמרי' שם בספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ע"ש וכן פסק הרמב"ם והטור בא"ה סימן קס"ג ע"ש אלמא אף על גב דהספק מוחזק יותר דממ"נ יש לו זכייה במקצת נכסים ולפי טענתו כל הנכסים הם שלו לא חשיב כודאי וספק אלא החלק שמודים לו נוטלו והנשאר חולקי' בשוה והכא נמי אמרינן דבעל חוב המוקדם יש לו שעבוד בחצי הנכסים ממ"נ ולא הוי כודאי וספק אלא החצי שמודה לו נוטלו וחצי האחר הוי ממון המוטל בספק וחולקים אותו וכן בפרק מ"ש דקמ"א אמר זכר תחלה מאתים נקבה אחריו ולא כלום נקבה תחלה מנה זכר אחריו מנה וילדה זכר ונקבה ולא ידעינן אי מנייהו נפק ברישא זכר שקיל מנה ממ"נ אידך מנה הוא מנה המוטל בספק וחולקים עיי"ש ושוב ראיתי למהריט"ץ סימן ח' שתמה כן מהך דפ' החולץ ע"ש ונראה דלאו דוקא יחלוקו בשוה קאמר אלא מי שזמנו קודם נוטל שלשה חלקים ומאוחר נוטל רביע והיינו דוקא בבריא ובריא או שמא ושמא אבל בבריא ושמא מי שזמנו קדום גובה הכל דבריא עדיף וכי האי גוונא הוכחתי בסי' ס' עיין שם באורך:

כ"ד דין ו' אבל אם קנאם אחר שלוה וכו' אחד שהכניס' לו אשתו קרקע צ"ב ואחר הנישואין עלה על צוארו כמה חובו' בשטרו' וכל ימי חיי' לא היו יכולי' לגבות מהקרקעות ואחר כך מתה בחייו ועמדו הב"ח לגבות ממקרקעי יש דסבירא ליה דהוי כלוה ולו' ואחר כך קנה דיחלוקו ולע"ד נראה דהיינו דוקא בדבר שלא היה ברשותו כלל בשעת הלואה ולא נכנס לידו עד אח"ך אבל בנ"ד שהיה ברשותו בחיי אשתו לתשמיש ולדירה ולאכול מפירותי' פשיטא דחשיב שלו וכשפקע זכות אשתו טורפי' אות' ב"ח וכל הקודם זכה מאר"י עייאש בספר פני יהודה סימן ב' עיין שם ולכאורה נראה לי דהוי כלוה וקנה מדאמרינן בירוש' סוף פרק מי שהיה נשוי וז"ל הדין דיזוף מן תרי בני נשא וכו' פשר אר"י ולא כתב דאקני לא אתיא אלא ביורש אר"ח אפי' בב"ח אתיא בההיא דלא כתב דאקני וכו' הרי דמי שיש עליו ב' ב"ח מוקדם ומאוחר ונתפשר עם הראשון וסלקו מהקרק' שיש לו הוי פשר' ואין השני יכול לטרוף מהלוה הקרק' שהשאיר לו המלוה הא' דמה שנתפשר עמו חשיב כאלו קנה ממנו ואין המאוחר טורף אותו אם לא כתב לו דאקני והרא"ש בפרק מי שהיה נשוי למד מהירושלמי דאם היתומי' סלקו לבעל חוב מוקדם מהקרקע במעות אין בעל חוב מאוחר טורף דהוה ליה קרקע שקנו היתומים וכן כתב הר' מ"מ בשם הרשב"א והרמב"ן ופסקו מרן סימן ק"ז ס"ו עי"ש אלמא אף על גב דהיה שלו כיון שהיה משועבד לבעל חוב המוקדם מה שנתפשר עמו הוי כאלו קנה ממנו ואין המאוח' טורף אותו ממנו (עכ"מ): כ"ה וכל הקודם וגבה זכה וכולי איכא למאן דאמר טעמא משום דחל שעבודייהו כא' והרמב"ם סבירא ליה דטעמא משום ספק ונ"מ דאי משום ספיקא חולקים בשוה ואי משום דחל שעבודייהו כא' חולקים לפי ממון א"נ משום ספיקא אם קדם אחד וגבה מה שגבה גבה ואי משום דחל שעבודייהו כא' מה שגבה לא גבה ולכ"ע אם מכר לאחרים שניהם אין מוציאין מיד הלקוחו' הרשב"ש סימן תכ"ט ע"ש וטעות סופר יש וצ"ל אם מכר לאחרים שניהם מוציאין מיד הלקוחות כיון שכת' לכל א' דאקני וכן כתב בהדיא ה' נ"י בפרק מ"ש והרדב"ז ח"ב סימן שע"ה עיי"ש וכן מבואר מדברי הרשב"ש דאם לא כתב לא' מהם דאקני ומכר לאחרים שניהם אין מוציאין מיד הלקוחות משום דלא נשתעבדו ע"ש משמע דאם לא מכר לאחרים אפילו לא כתב להם דאקני שניהם חולקי' בשוה ואם קדם א' מהם וגבה זכה וכן כתב הרדב"ז סי' שנ"ה עיין שם וז"ל הרמ"ה בפרק מ"ש סימן קס"ו מיהו האי שעבודא דתרוייהו איכא לעיוני מ"ט פלגי אי משום דאשתעבד כוליה להאי וכוליה להאי וכו' ונ"מ דאי קדים חד מנייהו ואגבי כוליה לא מפקינן מניה א"ד כיון דשעבוד' דתרוייהו בהדי הדדי קאתי כמאן דזבינהו תרוויהו להאי ממונא השתא כהדדי דמי דקנה כל חד מנייהו פלגא הילכך

אף ע"ג דקדים חד מנייהו וגבי טפי מפלגא אתי חבריה ומפיק מניה ההוא טופיינא וכו' ומסתברא וכו' לוה ולוה ואחר כך קנה אף על גב דכתב לתרוייהו דאקני אי דקדי' חד מנייהו וגבה מה שגבה גבה וכו' דאנן סהדי דכי כ' ליה לכל חד מנייהו דאקני כל מה דעתיד למקנא הוא דאכוון לשעבורי ליה עד דמיפרע כלהו זוזי הילכך לא קנה בתר הכי אלא שיעור זוזי דחד מנייהו נמי ממילא אשתעב' כוליה להאי וכוליה להאי אלא אפילו קנה וחזר ולוה משנים וכו' משתעבד כוליה להאי וכוליה להאי וכולי ברם צריך את למיד' דכי גבי לוה ולוה אח"ך קנה דמשתעבד לתרוייהו למיטרף לקוחות דנ"מ היכא דכתב לתרוייהו דאקני אבל דלא כ' ליה לחד מנייהו דאקני לא מצי חד מנייהו למיגבה מנכסים דקנה לוה בתר הכי אלא מניה דלוה גופיה אבל מכר או שמת ל"מ למיגבה לא מן הלקוחות ולא מן היורשי' וכו' הילכך היכא דלוה ולוה ולא כתב לחד מנייהו דאקני וחזר וקנה כי הדדי נינהו ויחלוקו וה"מ היכא דאתו למגב' בהדי הדדי אבל אי קדים חד מנייהו אפילו בתרא נמי דקדים וגבי ל"מ האיך לאפוקי מניה דהא אפילו היכא דכ' להו לתרוויהו דאקני דמשתעבד לתרוייהו למיטרף לקוחו' אי קדם חד מנייהו וגבי כוליה לא מפקינן מניה כדבירינ' לעיל וכ"ש היכא דלא כתב ליה חד מנייהו דלא משתעבד לחד מנייהו למיטרף לקוחות דאי קדים חד מנייהו וגבי לא מפקינן מלוה וכו' עכ"ל הרי שכתב דאם כ' לשניהם דאקני לוה ולוה ואחר כך קנה דחל שעבודייהו כא' אם קדם א' מהם וגבה הכל זכה ואם מכר לאחרים מוציאין מיד הלקוחות אבל אם לא כתב להם דאקני אין מוציאין מיד הלקוחות ולא מן היורשים אבל מלוה עצמו שניהם חולקים בשוה ואם קדם א' הכל זכה ומשמע דחולקי' בשוה משום דשעבוד שניהם חל כאחד וכן כתב הרדב"ז ח"ב סימן רי"ב דאם המטלטלין קנה אותם אחר שנשא ב' שעבוד ב' בהם שוה וחולקים כפי החלוקה שכ' הרמב"ם ע"ש והרשב"ש נמשך אחר אביו הרשב"ץ בתשו' ח"ב סי' ק"מ ע"ש ועיין בתשובות הרדב"ז ח"ג סי' תרכ"ח:

ומ"ש הרמ"ה דאם לא כ' דאקני אינו מוציא מהיורש עיין בבעל התרו' שער מ"ג ח"ד סי' ג' דאיכא מ"ד הכי בשם הראב"ד ע"ש וכ' ה' גידולי תרומה דהיינו למ"ד דלא אמרי' בדאקני ט"ס אבל לדעת הרשב"א דאפי' בדאקני אמרי' ט"ס הוא פשיטא דיורש משתעבד מק"ו דלקוחות ע"ש ונר' דגם הרשב"א וסייעתו לא אמר אלא אם לא כתב אחריות כלל אבל כשכתב אחריות נכסים שקנה ולא כתב דאקני אין לנו אלא מה שפי' כמ"ש הנ"י בפ' מ"ש שזהו דעת הריטב"א ורבותיו ע"ש וא"כ נ"מ אם כתב אחריות נכסים שקנה ולא כתב דאקני דלמ"ד יורש כלוקח אינו גובה מהיורש ולדעת הגאון והראב"ד גובה מהיורש כלוה עצמו וז"ל רבינו יונה בעליות הובא בשיטה מקו' לבתרא דמ"ד ע"ב

והיכא דלא כתב ליה דאקני אינו גובה מן הלקוחות נכסים שקנה אחר ההלואה אבל מן היורשי' אע"פ שלא כ' לו דאקני וכולי מיהו נראה דלא גבי אלא מהיתומים גדולים ומשום מצוה על היתומים וכולי אתו תורת שעבוד אין שם כיון דלא כתב מלוה דאקני לא בשטר ולא בע"פ ולכך אין גובה מיתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו וכולי ע"ש וכ' עוד הרמ"ה שם וז"ל אבל לדידן דס"ל דמלוה ע"פ נמי איכא שעבודא דאורייתא הכא גבי לוה ואח"ך קנה היכא דלא כתב ליה דאקני אע"ג דכ' ליה שטרא דמלוה ע"פ נמי לא הוי וטעמא דמילתא דמלוה ע"פ כיון דהוו הני נכסי ברשותי' דלוה בשעת הלואה משתעבדי ליה מדאורייתא ובדין הוא דליטרוף לקוחו' ורבנן הוא דתיקנו דלא ליטרוף לקוחו' משום דלית ליה קלא וכו' וכיון דש"ד גבי מן היורשים אבל הכח כיון דהני נכסי לא הוו ברשותיה דלוה בשעת הלוה אשתכח דליכא שעבודא כלל לא במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ אלא הו"ל הני נכסי לגבי האי מלוה ע"פ כמטלטלי' בעלמא דלא משתעבדי ליה לב"ח מסתמא אלא כל כמה דקיימי ברשותיה דלוה ואי מיית לא גבי להו מן היורשי' וכולי עכ"ל מבואר דס"ל דאם לא כ' להו דאקני הו"ל כמטלטלי' ואינו גובה מהיורשי' ובפ' חזקת הבתים סי' קנ"ד כ' וז"ל השתא דתקנו רבנן בתראי לב"ח למגבי מטלטלי' דיתמי וכו' דוקא דקנה ולוה אבל בלוה ואח"ך קנה כיון דבמקרקעי לא עבוד תקנתא לאשתעבודי בסתמ' כ"ש במטלטלי דא"כ נמצא כחו יפה במטלטלי' יותר במקרקעי ואדרב' איפכא מסתברא אלא ל"ש קרקע ול"ש מטלטלי' היכא דלוה ואח"ך קנה לא גבי אלא בדינא דגמ' וכן הדעת נוטה עכ"ל (עכ"מ):

כ"ו וכל הקודם וגבה זכה וכולי התוס' בר"פ מי שהיה נשוי כ' דר"ת רגיל לפ' ש"מ מה שגבה במטלטלי' וכולי ומוקי למתני' כר"מ דאמר מטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה וכולי והק' ה' פני יהושע למה לא אוקי ככ"ע לענין דאקני אי משום דקתני הראשונה קודמת לשניה ואי בדאקני אפילו לכתחילה קיי"ל דיחלוקו א"כ למאי דבעי ר"ת לאוקומ' במטלט' נמי תיקשי ליה בכה"ג אמאי קתני הא' קודמת הא קי"ל דבמטלטלי' אין בהם דין קדימה ויחלוקו אע"כ כמ"ש בחי' מהרימ"ט דעיקר דמתני' דקודמת היינו במקרקעי אלא דמדיוקא דלא קתני והשניה אין לה מפ' ר"ת דמשום דפעמי' דיש לה כגון במטלטלי' ותפסה וא"כ ה"נ הו"מ למי' דמתני' בקרקעו' שהיו לו קודם נישואין ודיוקא דמתני' ושקלא וטריא דשמעתי' היינו לענין דאקני מה שקנה אח"ך ומזה נ"ל דר"ת ס"ל דה"נ במטלטלי' לכתחי' נותני' למוקדם והא דקיי"ל אין קדימה במטלטלי' ה"ר לענין אם קדם ותפס כדעת הרמב"ן שהביא הב"י וכדמשמע ל' הש"ע ע"ש בהסמ"ע עיין שם ואפשר דר"ת ס"ל דמה שקנה אח"ך יחלוקו משו' דחל שעבוד שניהם כאחד ואי קדם

אחד מהם מוציאין ממנו והרמ"ה בפ' מ"ש סי' קס"ו כ' וז"ל איכא לעיוני מ"ט פלגי אי משו' דאשתעב' כוליה להאי וכוליה להאי וכו' ונ"מ דאי קדם חד מנייהו וגבי כוליה לא מפקי' מניה א"ד כיון דשעבוד דתרווייהו בהדי הדדי קא חייל כמאן דזבני תרווייהו להאי ממונא כהדדי דמי דקנה כל חד מנייהו פלגא הילכך אע"ג דקדים חד מנייהו וגבי טפי מפלגא אתי חבריה ומפיק מניה ההוא טופיינא ומסתברא וכולי לוה ולוה ואח"ך קנה אע"ג דכתב לתרווייהו דאקני אי קדים חד מנייהו וגבה מה שגבה גבה וכולי עש"ב וא"כ אפשר דר"ת ס"ל דהא דיחלוקו בדאקני משום דשעבוד שניהם חל כא' וכאלו קנה כל א' מהם החצי וא"כ אפי' קדם א' מהם וגבה מוציאין ממנו והיינו דקרקע שהיה לו קודם נישואין דמאוחר שקדם וגבה אינו כלום ה"נ מה שתפס האחד לענין החצי מיהו התוס' דפ"ו בד"ה לאשה וכו' נראה דס"ל דהוי כאלו שניהם זמנם שוה ודינם כמטלטלי' דיחלוקו ואם גבה א' מהם אין מוציאין ממנו:

כ"ז

דין

ז' לוה וכתב וכו' אם לוה וכתב לו דאקני וחזר ולוה ולא כתב לו דאקני ואחר כך קנה נכסים דעת בעה"ת והרא"ש דנשתעבדו הנכסים לא' ולא לשני וכן הסכים מרן בב"ה ע"ש ונסתפק ה' מש"ל בפ"כ מה' מלוה אם ה"ד כשכ' לא' דאקני דאיכ' תרתי לטיבות' קדימ' הזמן ושעבו' או"ד עיקר טעמ' משום דלזה יש שעבו' ולזה אין שעבו' ונ"מ אם לא כ' לא' דאקני ולב' כ' אקני ואח"ך קנ' או אם לוה ול"כ דאקני וקנ' וחז' ולוה דא"א טעמ' משו' דאיכא תרתי לטיבות' כה"ג יחלוקו וא"א טעמ' דלזה יש שעבו' ולזה אין שעבי' ה"נ השני זכה ע"ש ובתשו' הרשב"ש סימן תר"ט מבואר דה"ה אם כתב לשני דאקני ולא לא' נשתעבדו לשני וכן כתב הרב בית יאודה סימן י"א עיין שם ומשמע דאפילו גבה הראשון מוציאין מידו ונותנים לב' שנשתעבד לו וכן כתב בהדיא הרדב"ז ח"ב סימן שנ"ח ע"ש וזה לשון הרמ"ה בפרק מ"ש סימן קס"ו ואי כתב ליה לחד מנייהו דאקני ולא כתב לאידך אפילו כ' לבתר' ולא כתב ליה לקמא בתרא קני קמא לא קני ואפי' קדי' קמא וגבי אתי בתרא ומפיק מניה מ"ט וכולי עכ"ל וכן כתב בפרק חזקת סימן קנ"ד עש"ב ועיין בתשו' הרדב"ז סימן של"ז עיין שם.

כ"ה לוה וכתב וכולי שאלת מה שפסק מרן בא"ה סימן ק"ב דאם נשא ולוה ואחר כך קנה ינתנו הנכסים לב"ח ותדחה האשה דהדין כך אפי' כתוב בכתובה דקנאי ודעתיד למיקני דאם לא כן הוה ליה לפרש וכל שכן דכבר כ' בסימן ק' דעכשיו נוהגים לכתוב בכל הכתובות דקנאי ודעתיד אנא למקני וכן ראיתי להכנה"ג שכן כתב בהדיא בשם מהריב"ל

ומפני שיש מפקפקי' בדבר שלחתי למעכ"ת יודיענו וכולי והנה מהריב"ל ח"ב סימן נ"ה כתב המנהג לכתוב בכתובה שעבוד שקנה ושיקנה ובשטר חוב לא נהגו לכתוב אלא אחריות סתם ולכאור' נראה דשעבוד הכתובה אם קדמה חל אפילו קנה אחר שנשא ולוה דשעבוד שטר חוב לא חל כיון דהוי מאוחר ולא כתב בו דאקני ואפילו אם תפס מפקינן מניה וכולי מיהו נראה לי דאפילו הכי ינתנו לב"ח דהרי אם היו שניהם לווים חולקים ואף על גב דבכתובה כתוב דאקני ובשטר חוב לא כתוב דאקני דהרי הרשב"א והרא"ש ס"ל דאמרינן אחריות טעות סופר אפילו בדאקני ואפי' לדעת הרמב"ם והפוסקים שכ' דלא אמרינן אחריות טעות סופ' בדאקני עתה שרגילים לכתוב בשטרות ואחריות וכו' אפ' דהוי כמאן דכתב בפירוש דקנאי ודאקני וכו' וכ"ש שנר' מדברי רבינו ירוחם שכתב דאפילו כתב לראשון דאקני ולשני לא כתב שעבוד שניהם חל כאחד וחולקים וז"ל ואם לראשון כתב דאקני ולשני לא כתב דאקני וקנה ומכר אין השני גובה מלקוחות אבל אם נמצא ביד הלוה גובה כמו הראשון עכ"ל וכבר כתב מרן הכ"מ בפרק כ' מהלכות מלוה וז"ל לכאורה משמע מפשט דברי רבינו שאם לוה וכתב לו דאקני וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקני ואחר כך קנה נכסים שיחלוקו וכן כ' בספר צרור הכסף שהי' דעת רבינו אבל מדברי הרא"ש בפ' קמא דמ' גבי ב"ח גובה את השבח משמע דבהא נמי לקמא משתעבד ולא לבתרא שכ' ופעמים נוטל כולו כגון שכתב למלוה דאקני ולא כתב ללוקח דאקני וכן כתב בספר התרומות שער מ' ואין לומר שרבינו חלוק בדבר דא"כ לא הוה שתק בעל התרומות מלהזכיר סבר' רבינו כמנהגו בכל מקום לכך צ"ל דסבר בעה"ת דרבינו חדא מנייהו נקט וה"ה לאידך עכ"ל וכן כתב בספר בדק הבית בח"מ סימן ק"ד דהכי נקיטינן עיין שם הרי דלוה ולוה וכתב לראשון דאקני ולא לשני נשתעבדו לראשון ולא לשני ואם כן הכא נמי שנשא ולוה וכתב לאשה דאקני ולא לבעל חוב ינתנו לאשה וכבר פסק מרן בח"מ סימן קי"ב ולא אמרו אחריות טעות סופ' בדאקני ואף על פי שהר' ש"ך שם כתב דעת הרמב"ן והסמ"ג דהיינו דוקא אם ידוע שלא התנה אבל שטר הבא לפנינו מסתמא אמרינן שהתנה דאקני לכך כתב שט"ח המאוחרים כשרים סתם עיין שם הרי מרן בח"מ סימן מ"ג סי"ג כ' שט"ח המאוחרי' כשרי' וכו' במה דברי' אמורי' שכתב בו דאקני אבל אם לא כתב בו דאקני פסולי' וכו' והיא דעת מהר"י בן מיגש והרמב"ן ובעה"ת שער נ"ו וכבר כתב מרן בספר בדק הבית שם ובכ"מ פרק כ"ג מהלכות מלוה דגם רבינו סובר כן ולא הוצרך לבאר דמאחר שתלה כשרות המאוחרים לפי שהורע כחו של בעל השט' משמע דאם הוא בענין שיפה כחו שלא כדין פסולי' ע"ש אם. כן שטר הבא לפנינו לא אמרינן מסתמא התנה על אחריות דאקני אלא אם כן פירש

וגם מהריב"ל בתשוב' כתב דוקא בשטרות שכתובים באחריות וכו' אפשר דהוי כמאן דכתב בפי' דאקני אבל שטר שאין כתוב בו אחריו' וכו' לא אמרינן מסתמא התנה כן ועוד אפשר דגם הרשב"א דסבירא ליה דאחריות טעות סופר בדאקני מודה בלוה ולוה וקנה וכתב לראשון דאקני ולא כ' לשני דאקני דהא בשכתב לשניהם דאקני דיחלוקו כ' הרשב"א הטעם משו' דאמרינן דחזר בו במקצת משעבוד ראשון ואם כן ה"ד כשכתב לשני דאקני שחזר בי בפירוש אבל מסתמא אמרי' ולא חזר דמלוה א' ששעבד לו נכסיו מיקרי מוחזק וס' אם חזר מעמידים הדבר בחזקתו ונראה דאין הלוה נאמן לומר שחזר כמו שכתב הריטב"א בחידו' לקידושין בפרק האומר וז"ל לא בא אחר וקדשה וחזרה בו בפני שנים אבל בינה לבין עצמה לאו חזרה היא ואפי' שמענוה מאחורי הפרגוד שחוזרת בה מחשבה גרידא חשיבה וכן בכל דבר שצריך חזרה וכו' עיין שם הרי שכתב דבכל דבר שצריך חזרה צריך בפני ב' עדים ואם כן נראה ודאי דאינו נאמן לומר שחזר אלא בעדים וכיון שכתב לראשון דאקני ולא כתב לשני דאקני לא אמרינן מסתמא התנה כן דהוי חזר' וצריך עדים ומכל מקום בלוה ולוה וכתב לאחד דאקני ולא כתב לשני דאקני ואחר כך קנה נשתעבדו לא' ולא לשני והכא נמי באשה ולוה וכתב לאשה דאקני ולא כת' לב"ח ינתנו לאשה:

ומדברי מהריב"ל בתשו' שכ' ולכאורה נר' דשעבוד כתובה אם קדמה חל וכו' משמע דאם לוה ואח"ך נשא או אם זמן שניהם ביום א' אפי' כתב לאשה דאקני ולא כתב לב"ח תדחה האשה דכה"ג בשני מלוים יחלוקו וה' מש"ל בפ"ך מה' מלוה נסתפק בזה אם ה"ד כשכתב לראשון דאקני דאיכא תרתי לטיבותא קדימת הזמן ושעבוד או"ד עיקר טעמא משום דלזה יש שעבוד ולזה אין שעבוד ונ"מ אם לא כתב לאחד דאקני וכתב לשני דאקני דאי משו' דאיכא תרתי לטיבותא כה"ג יחלוקו ואי משו' דלזה יש שעבוד ולזה אין שעבוד ה"נ השני זכה וכתב שם דה"ד לר' האי אבל להרי"ף הדין פשוט שאם לוה ולא כתב דאקני וכתב לשני דאקני ואח"ך קנה או שלא כתב לשני דאקני וקנה בין שני ההלואות שהשני זכה משו' דחשבי' כאלו מכר לשני וכשם שלא היה יכול הראשון להוציא מן הלקוחות כך אינו גובה מב"ח שנשתעב' ע"ש נראה דס"ל דלר' האי דמלוה עפ"י קודמת למלו' בשטר מאוחר אפילו שעבד נכסיו בפי' בשטר מלוה עפ"י קודמת השעבוד לא הוי כמכר וא"כ אפשר לומר דאפי' כ' לשני דאקני ולא כתב לא' דאקני נשתעבדו לראשון המוקדם והש"ך בסי' ק"ד סק"ך כ' דגם רב האי לא מיירי אלא בסתם מלוה בשטר אבל בשעבד לו נכסיו אפילו בשטר מודה דהא אמרינן בכל דוכתא דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסי' משועבדים ומשמע דאפילו אינן מכורי' רק משועבדי' וכולי אך

בתשו' הרשב"א סימן תתקי"ד משמע דאפילו משועבדי' בפי' מלו' ע"פ מוקדמת קודמת ויחיד הוא עכ"ל וכן הסכים הר' פנים מאירות ח"ב סימן ק"ה כהש"ך הלכה למעשה ע"ש גם הטור בי"ד סימן ש"ה כ' שעבד לו כל נכסיו עד שלא נשאר לו חמשה סלעים בני חורין אין הכהן גובה הפדיון מן המשועבדי' אע"פ שקדם חוב הפדיון לחוב ב"ח וכולי וכ', הפרישה שם וא"ת תיק' מינה לר' האי וכולי דה"נ אם אינה כמלוה הכתובה בשטר מ"מ תקדום כיון ששעבוד' וחיוב' בא קודם וי"ל דהכא מיירי ששעבד נכסיו בפי' בתוך השטר מ"ה חשיב כמכורה או נתונה ובח"מ מיירי בסתם שט"ח עיין שם הרי דגם הפרישה ס"ל דכששעבד נכסיו בפי' בשטר מודה ר' האי דחשיב כמכור וכן דעת הטור וא"כ ה"נ אם כתב לב' דאקני ולא כתב לראשון דאקני נשתעבדו לשני דהוי כאלו מכרם לו אבל, מהריב"ל והמש"ל נראה דס"ל דדוקא כשכתב לא' דאקני ולא כתב לשני דאקני דאיכא תרתי לטיבותא קדימת הזמן ושעבוד ידחה השני אבל אם לא כתב לא' דאקני אפילו כתב לשני דאקני חשבי' להו כמכרם לרבי' האי דקיי"ל כוותיה כדעת הרשב"א והרדב"ז (עכ"מ):

כ"ט דין ח' היו עליו ב"ח הרבה וכו' מה שהקשה הש"ך לק"מ דהר"ן לא הוצ' לומ' דמלו' ע"פ אין בה דין קדימה אלא למ"ש דאפי' לוה מזה תחי' וכתב ומסר וכו' וכל שלא נודע למי נמסר תחילה אפי' למ"ד דבמלוה ע"פ יש דין קדימה חולקים ומרן מיירי כשאין ידוע למי נמסר תחילה הרב כנסת הגדולה בתשו' ח"ב סימן מ"ו ע"ש:

ל' דין ט' אם ב"ד מכרו קרקע וכו' כ"כ הרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף כ"ה וח"ב סי' רכ"ה וז"ל ואע"ג שלא הגיע גוף הקרקע לשמעון כל שמכרו מחמת גביית חוב שמעון הרי הוא כאלו זכות שעבו' של שמעון קיים על הקרקע דהא גרסי' בירושלמי בפ' אלמנ' ניזונת גבי מוכרת וכתובת' בסתם וכך כחה יפה בא מלו' ע"פ אומרת למזונות מכרתי בא מלוה בשטר אומ' לכתו' מכרתי אלמא כל שלוקח מב"ד או מאלמנה כדי ליפרע ממנו כתובה או מלוה שזמנ' קודם הרי הוא כאלו שעבוד של מלוה ראשונה עדיין קיים על אותו קרקע מזמנ' של מלוה א' שאין הפרש בין שהגבו לו לשמעון גוף הקרקע בשומא בין ששמו ומכרו לאחרים וכו' אבל אם ימכו' ראו' בעצמו כדי להגבות לשמעון בכי הא ודאי אם באו לוי ויהודה לגבות ולא יספיקו וכו' חוזרות וגובים מלוקח זה עכ"ל והמבי"ט ח"א סי' קי"א כ' על ראובן שמשכן ביתו לשמעון בניסן ואח"ך בתשרי מכרה לו בסך דמי המשכ' וכ' לו שטר מכירה ובין ניסן לתשרי לוה ראובן מלוי וכשהגיע זמנו ולא מצא נכסים לגבות מראובן ובא לטרו' הבית משמעון וטען שמעון שהבית היתה ממושכ' לו קודם הדין עם שמעון דכיון דאם תבע שמעון לראובן המשכנ' היו ב"ד שמים לי וה"ה

כשהלוה עצמו הגבה קרקע למלוה בחובו לא נפקע שעבודו הקדום משום דלא בא לבית דין כיון שמרצון הגבה לו עדיף מהגבו בית דין בעל כרחו עש"ב וזה הפך דין זה:
ל"א אבל אם הלוה מכרו וכו' ב"ח מאוחר טורף מלוקח אבל ב"ח מוקדם אפשר אינו חוזר וטוען אם עדיין חיי' לו ה' שבו"י סי' קנ"ג ע"ש:
ל"ב דין יוד ובאו כולם ביחד לגבות וכו' ל' הטו' ס היו ב"ח זמנם שוה וכו' וכ' הכנה"ג ל"ד אלא אפי' לא היה זמנם שוה מהראד"ב בתשו' אבל מהרשד"ם כ' דדוקא כשזמנם שוה אבל כשאין זמנ' שוה הקודם בזמן גובה ע"ש ובתשו' מהראד"ב סי' קס"ז מבוא' דהיינו אפי' הגיע זמן א' לגבות ולא הגיע זמן האחרים לגבות אבל מהרשד"ם ס"ל דגובה מי שהגיע זמנו לגבו' ולא האחרים עיין שם וכך כתב הרשב"א במיוחסו' סי' נ"ז ובתשוב' חלק רביעי סימן קי"ג דבעל חוב מאוחר כשהגיע זמנו לגבות גובה ואין ב"ח מוקדם יכול לעכב כל שלא הגי' זמנו לגבות עיין שם וכך כתב בסי' רל"ג עיין שם גם מהראנ"ח ח"ב סימן י"ד כ' דמ"ש הטור דבעל חוב מוקדם קודם לגבות אפי' אם בע"ח מאוחר הגי' זמנו קודם לאו שלא הגיע עדיין זמן הב"ח המוק' בשעת גוביינא דכל שלא הגיע זמנו לגבות היכי יהבי לי' אלא כגון שכבר הגיע זמן הב""ח המוקדם גם כן בשעת גובייני' אלא דזמן הבעל חוב המאוחר הגיע קודם דס"ד כיון דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה א"כ כל אחד כשהגיע זמן גבייתו חל שעבודו ונמצא שעבוד המאוחר קודם לשעבוד המוקדם ויגבה קודם לזה כתב דלא היא אלא בעל חוב המוקדם קודם לגבות עיין שם הרי דאם לא הגיע זמן גביית הב"ח המוקדם והגיע זמן גביית וכו' וכ"כ מהרי"ך בס' בתי כהונה ח"א בית וועד סי' י"ו עש"ב והרדב"ז בתשו' ח"ב סי' תרס"ד כ' בא' שנתן מתנה לבנו מעכשיו נ' פרחים ונתנם לו מכאן ועד שנה ומת האב בתוך השנה ואין בנכסים כדי כתובת אשתו וכו' אם היו שם נכסים בני חורין ודאי זכה הבן במתנ' כשהגי' הזמן למפרע כיון שכתב לו מעכשיו עיין שם ועיין בב"י סימן צ"ז שכתב על דברי הרי"ף דבעל חוב קודם למזונות האשה ואפשר דטעמא משום דחיוב מזונות דמכאן ולהבא ודאי דמלוה בשטר קודמת משום דלא הגיע זמנם לגבות וכו' והרב בית דוד סימן כ"ח הקשה דמה בכך שלא הגיע זמנה דהא קיימא לן דכל מי שקדם שטר חוב קודם לגבות אפילו הגיע זמן פירעון של המאוחר קודם ע"ש ולדברי מהרשד"ם ומהראנ"ח ניחא דהיינו דוקא תם כבר הגיע זמן המוקד' גם כן בשעת גבייה אבל התם שלא הגיע עדיין זמן גביית המזונו' ב"ח מאוח' שבח לגבות קודם:
ל"ג כיצד חולקין וכו' דעת ר"ח לחלוק כפי הממון וכן הסכים גם רבינו ישעיה הראשון בס' המכריע סימן מ"ט עיין שם וכתב מהרשד"ם סימן ק"ח שכן מנהג יפה הוא עיי"ש

וכתב הרב בית יהודה סימן י"א שכן נהגו מימי קדם לחלוק כפי הממון כדעת ר"ח עיין שם:

ל"ד במקום שאין מנהג אין לזוז מדברי הרי"ף כפסק מרן וכן דעת רוב הפוסקים כמו שכתב הרב פני משה ח"ב סימן נ"ו וה' פרח מטה אהרן סימן כ"ו עיין שם וכן הסכים הרשב"ץ חלק שני סימן ק"מ וחלק שלישי סימן ש"ג והרשב"ש סימן ש"ט והרדב"ז חלק ב' סימן תרע"א עיין שם וכן כתב בשו"ת ח"ג סימן תרכ"ח דלעולם חולקים בשוה אפילו לא בא לתבוע אחד מהם כיון שהדין שיחלוקו זכין לאדם שלא בפניו עי"ש וכן כתב מהר"ם בתשו' המיי' דשייכי לסדר משפטים סימן מ"א וז"ל ועל מי שיש לו ב"ח ואין לו כדי לפרוע לכולם נראה לי דאין הדיין יכול לכופו לפרוע לאח' מהם מב"ח מטלט' אלא יפרע לכל ב"ח בשוה אף על פי שחייב לזה יותר מזה חולקים כל הנמצא בידו בשוה ממש כמ"ש רבינו אלפאסי בפרק מי שהיה נשוי וכו' הילכך כיון דידעינן בהאי דאית ליה בעל חוב אחריני האי דיינא דמיזדקק לחד מנייהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד דהא תנן סתמא חולקים בין דאתו כולהו קמן בין דלא אתא אלא חד מנייהו עי"ש וכתב הרב ב"ח בתשו' סימן ל"ה דאפילו יש לא' הרבה שטרות ולשני שטר א' חולקי' בשו' וראיה מדאמרינן בפרק ג"פ האי מאן דנקט שטרא בר מחה זוזי וחמר שוייה ניהלי תרי בני חמשים חמשים לא משוינן להו מ"ט עבוד רבנן מלתא דניחא לי' למלוה וניח' ליה ללוה ניחא ליה למלוה כדי שיכוף לפורעו וניחא ללוה כי היכי דנפגם שטריה וכו' הא אם שניהם המלוה והלו' רוצים לעשותו שנים בני חמשים חמשים עושין כמו שכ' הב"י סימן נ"ג בשם רבינו ירוחם וא"א דמי שיש לו ב' שני שע=טרות נוטל שני חלקים אפילו שניהם רוצים אסור לעשותו שנים דעשו קנוניא שיטול המלוה זה שני חלקים ויפסיד ב"ח אחר אלא ודאי אפילו יש לו כמה שטרות אינו נוטל אלא חלק תחד ע"ש והרב צ"ץ סימן ט"ו דחה דמיירי אפילו באין חפץ המלוה שיעשו לו ב' שטרו' בזמן א' אלא מאותו יום דבכה"ג ליכא פסידא לב"ח דאם יש עליו ב"ח אחרים קודמים לו יפסיד הוא ואה"נ דאין עושין שני שטרות מזמן ח' אפילו רצו שניהם מטעם דחיישינן לפסידא דשאר ב"ח ע"ש ונראה דהדין אמת דאין עושין ב' שטרות מזמן א' אפילו מדעת שניהם מטעם אחר שמא פרע לו אותו של מאה ויוציא אלו של הן' ויגבה בהם אלא מיירי במודה הלוה שלא פרע כמו שכת' התו' ואם מזמן א' אפילו מודה הלוה שלא פרעו חיישינן לקנוניא וכן כתב הרמ"ה בפ' ג"פ סימן ק"י וז"ל ובדין הוא דהוה יכיל למימ' טעמ' משו' תברא כדרב אשי אלא הא עדיפ' לי' דאי מטעמא דתברא היכא דמשלי' ליה ללוה ואודי דלא פרע ש"ד דהא ליכא למיחש למידי ומשום קנוניא ליכא דמהשתא הוא

דקבעי למיכתב ליה שטרא דהוה ליה מאוח' וכו' עכ"ל משמע דמזמן א' אפילו מודה דלא פרעו חיישי' לקנוניא מיהו לפ"ז אם חין ללוה קרקעות אלא מטלטלין אפילו רצו שניהם אין עושים שני שטרות אפילו מאותו יום דאיכא פסידא לב"ח אחריני דאפילו הם קודמים אין קדימה במטלטלין אלא דאפילו יש לו קרקעות קאמר רבא דאפילו הכי חין עושין ב' שטרות מה"ט דניחא ליה וכו' ואם רצו שניהם עושין אבל אם אין לו קרקעות אלא מטלטלין אפילו רצו שניהם אין עושין בלאו הכי משום פסידא דב"ח אחריני ונראה לי דלא חיישינן לקנוני' שהרי כתב הרשב"א בתשו' ח"ב סימן רנ"ג גבי מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו וז"ל ועוד אמרינן בפ' האש' שנתארמלה באומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ואוקי דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים אלמא כשחב לאחרים אינו נאמן לפסול אפי' השטר שבידו כל שכן הוא שאינו נאמן להחזיר לזה את השטר שאינו בידו במקום שחב לאחרים ואפילו במקום דלא ידעינן בהדיא אי חב לאחרים או לא חיישינן נמי דלקנוניא שאינה ידועה נמי חיישינן והתם הוא דבעי חב לאחרים ממש משום דאי לא"ה אי אמר אמנה הוא או פרוע ובעי לאהדורי לעכב אבל היכא דלאו בידו לאהדורי ניהליה כל שאין בידו חיישינן לקנוניא וכו' עכ"ל אלמא כל שבידו לא חיישינן לקנוניא שאינה ידועה אבל אם אין בידו חיישינן לקנוניא שאינה ידועה ואם כן הכא נמי כל שאינו ידוע לנו שיש ללוה ב"ח אחרי' ואין לו לפרוע יכולים לעשות ולא חיישינן לקנוניא שאינ' ידוע' דבלאו הכי אם רצה קורעים השטר של מאה וכותבי' ב' שטרות של ן' ן' או לכתוב לו שטר אחר דכותבי' שטר ללוה אף על פי שאין מלוה עמו לכך אשמעינן רבא דאפי' היכא דלא חיישינן לקנוניא אין כותבים מהאי טעמ' דניח' ליה וכו' ואם רצו שניהם כותבין אבל אם ידוע לנו שיש ב"ח אחרים ואין לו לפרוע אפילו רצו שניהם אין עושין ב' שטרות ושוב ראיתי להדרישה בסימן נ"ג שכת' דכשיש למלוה א' ב' שטרות אפילו הם חוב א' נוטל ב' חלקים והתם מסתמא לא חיישינן שיש לו בעלי חוב יותר ואין לו לפרוע כמ"ש בסימן ל"ז ע"ש וכן כתב בתשובות ה' פני יהושע סימן יו"ד וכי האי גוונא כתבו התוספות בספ"ק דמציעא בד"ה ש"מ וכו' ואף ע"ג דגבי ערב לאשה וכו ל"ד דהתם מפסיד הערב מיד וכו' ע"ש ועיין בהרב בני יעקב דמ"ה ע"ב שכתב דהמלוה אינו יכול לקרוע השטר ולעשות מלוה ע"פ משום דחב (עד כ"מ):

ל"ה כ' הרב פני משה ח"ב סימן נ"ו שם דאם א' עני ואחד עשיר יש לצדד לצאת ידי שמים שיקדים לפרוע לעני כדאמרינן במציעא דקי"א גבי שכר שכיר דלכולי עלמא צריך להקדים עני לעשיר ולא ידעתי למה השמיטו הפוסקים ואף על גב דדרשו בספרי עני ואביון וכו' לומר שממהר הקב"ה ליפרע ע"י עני ואביון יותר מכל אדם ואם כן מנ"ל

דצריך להקדים עני ואביון מכל מקום לא שבקי' הש"ס מפני הספרי אבל אם באו עני ועשיר לגבות בב"ד נזקקי' לשניהם ומגבי' להם בשוה והוא הדין בשכר שכיר עיין שם ולא דק דלהקדים עני לעשיר ילפינן במציעא מסיפא דקרא כי עני הוא ואם כן גם לספרי נהי דלא ילפינן להקדים עני לאביון אבל להקדי' עני לעשיר ילפינן מכי עני הוא ובגמרא הוה מ"ל, דת"ק סבירא ליה כספרי ולכך איצטריך כי עני הוא להקדים ני לעשיר מיהו בספרי דריש נמי כי עני הוא לדרשא אחרינא עיין שם ומכל מקום ק' על הפוסקים דלא שבקי' הש"ס מפני הספרי:

ל"ו דין י"ב הרי זה גובה שניהם וכו' ז"ל הרא"ה הובא בספר א"ז ר"פ נערה כ' הרי"ף וכולי והביא ראיה לדבריו מהא דאמרינן התם האי מאן דנקיט תרי שטרי בר חמשים והא התם דשוו אהדדי ואמרי' דגבי תרוייהו ואיכא דדחו לה דילמא ההיא כגון שיוצאין ביום א' בעדי שטר א' וליתא ודאי א"ל טעמא דאודי אודי ליה דסהדי ההיא שעתא הוו פסולי' או גזלנים ובההוא יומא אהדרו להו בתשובה אי נמי שטרא זייפא הוא ואיהו גופיה זייפיה מיהו י"ל התם כמ"ש כגון שכ' בכל א' מהם שהעדים עצמם ראו המלוה כשמנה לו המעות ושהיו ההלואו' חלוקות כגון שכתוב בזו בא' בניסן ובזו בב' בניסן וכת' בזמני' כתבנוהו א"נ כגון שכתב בשטר שני חוץ מן השט' הא' וכו' עש"ב מבואר דסביר"ל דאם העדים עצמם חתומי' על שניה' דחזק' אין העדי' חותמין על חוב א' בפי' אלא אפי' היו עדים אחרים הדין כן והרא"ה והריטב"א הביאו ראי' מהירושלמי ועיין בהסמ"ע והש"ך והרב בית דוד סימן ל' האריך בזה עש"ב:

ל"ז דין י"ג מלוה בשטר וכו' זה דעת רבי' האיי וכ' רבי' ירוחם שכ"נ עיקר עיין שם אבל הרי"ף ס"ל דמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ וכ"כ הגאונים בתשו' סימן ה' אע"ג דאמרי' סתם קנין לכתובה עומד דהא כיון שלא כתב כמלוה ע"פ דמי ולא טרפ' ממשעבדי ואי איכא גביה מלוה בשטר אחר המלוה ההיא אע"פ שהעדים מעידים כי המלוה קדמה זאת המאוחרת שהיא בשטר קודמת וכו' ע"ש הרי דמלוה ע"פ אפילו היא בקנין דאינו יכול לומר פרעתי מלוה בשטר מאוחרת קודמת לה משום דהקנין כל זמן שלא נכתב כמלוה ע"פ דמי דאינו טורף ממשעבדי כמ"ש מרן הב"י בסי' ע"ש מיהו בתשו' הגאוני' סי' מ"ז כ' דקנין הוי כשטר ש בהגה ומ"מ ס"ל כדעת הרי"ף דמלו' בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ ע"ש וכן דעת הרא"ה הובא בס' א"ז לכתובות דצ"ו וז"ל והא דאר"י מוכרת וכותב' סתם וכך כחה יפה פי' בירושלמי בא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי בא מלוה בעדים אומרת למזונות מכרתי כלומר אם בא מלוה בשטר לטרוף מן המשועבדים וכו' ומהכא משמע דכל שאינו גובה מהמשועבדי' אעפ"י שהוא

קודם הגובה מהמשועבדי' קודם לו לגבות כמ"ש בירושלמי שאם בא מלוה בשטר והיא אומרת שמכרה למזונות מוציאין הדמים מידה ואע"פ שהיא מוקדמת במזונות שהרי שעבו' מזונותיה משעת כתובה ואמרי' התם שאלו מכרה לכתובה אין מוציאין מידה אלמא דבמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ ואפילו תפס מוציאין המעות מידו והריטב"א שם כ' וז"ל לפום פשטא א"ש למאן דסבר שאין למלוה ע"פ דין קדימה במקום מלו' בשטר ומיירי הכא במלוה מאוחרת שלאחר הנישואין וכולי אבל למ"ד דמלוה ע"פ יש לה דין קדימה במקום מלו' בשטר אף כשבא מלי' בשטר מאוחר יכולה לומר למזונות מכרתי כיון שחיוב מזונות קדמו וא"ת דמיירי במלוה מוקדמת לשעבודה א"כ כשבא מלו' בשטר ואומר לכתובה מכרתי מאי אהני ליה דהא קי"ל בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה ושמא הירושלמי הזה סובר דמה שגבה גבה או משום דסבר שעבודא לאו דאורייתא ולפיכך אין למלוה ע"פ דין קדימה במקום מלוה בשטר אבל אנן דק"ל דשעבוד' דאורייתא ודאי יש לה דין קדימה עכ"ל ונר' לכאור' דעתו נוטה כמ"ד שאין למלוה ע"פ דין קדימה כפשט הירושלמי ומה שכ' דהירוש' סובר דמה שגבה גבה ומיירי במלו' מוקדמ' לשעבוד' קשה דא"כ אף כשבא מלוה בשטר יכולה לומר למזונות מכרתי דמה שגבה מלוה ע"פ גבה אבל כבר כ' הר"ן בר"פ מי שהיה נשוי דהרשב"א דחה דבמזונות הקילו ועשאום כאלו לא חל שעבוד מעיקרא אלא כאלו א יום חל שעבוד מזונות אותו יום ולפיכך מלו' בשטר שקדמה קודם הגעת הזמן המזונות היא קודמת בגביה משא"כ במלוה בעלמא ע"ש וכ"כ בעל התרומות שער א' והובא בב"י סימן צ"ז וז"ל ויש מן הראשונים שטעו ואמרו שאם קדמה האשה למלוה שתשבע ותטול והשיב להם הרי"ף שנשתבשו וכו' מפני ששעבודו של מלוה הוא מן התורה וכדעולא דאמר שעבוד' דאורייתא ומזונו' האשה והבנות דרבנן הילכך אתי שעבוד דאורייתא ומבטל שעבוד דרבנן והוצרכנו לכך באשה היושבת תחת בעלה שאם נתאלמנה המלוה קודם לה מפני תיקון העולם כדתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים וכולי ע"ש הרי אפי' מזונות האשה בחיי בעלה מלוה בשטר מאוח' קודמת למזונות לפי ששעבוד המלוה מן התורה ומזון האשה והבנות מדרבנן וגם לדידן דקי"ל דמזונות האשה מן התורה מ"מ מזונות האלמנה דרבנן ושעבוד המלוה דאורייתא ומבטל דרבנן והרמב"ם פי"ב מה' אישות הלכה ח"י כ' האשה שהלך בעלה למ"ה פוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה או מחלה הואיל יש לה מזונות מן התורה משא"כ האלמנ' וכולי ונראה דס"ל דשעבוד דאורייתא הוי כמוחזק אבל שעבוד דרבנן לא משוי מוחזק כמ"ש הרמב"ן בס' הזכות סי' ל"ה והביאו בעה"ת שער מ"ג ח"ד סימן ט"ו ע"ש לכן אשה בחיי בעלה שיש לה

שעבוד מזונות מדאוריית' פוסקי' לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה אבל אלמנה דאין לה רק שעבוד דרבנן לא הוי כמוחזק' וחיישי' שמא מחלה וה"נ מלוה דשעבודו מדאורייתא והוי כמוחזק מבטל מזונות האלמנה דשעבוד' דרבנן וכה"ג כ' המרדכי בפ' הכותב בשם ראבי"ה במשפט הכתובה שלו וז"ל היכא שהמחוייב חי ובאים כתובה וב"ח לגבות מן המטלט' ואין בהם אלא כדי א' מהם הדין הוא שיגבה ב"ח את חובו ואין לכתובה חלק באותם מטלטלי בין שתהיה מאוחרת בין שלא תהיה מאוחרת לפי שדין ב"ח לגבות ממטלטלי מחיים מדין התלמוד כדאמרי' מניה אפי' מגלימא דעל כתפיה וזו תקנת רבנן וכו' ע"ש וכ' מרן הב"י שם וז"ל ומ"מ ק"ל כיון שכותבי' בכתוב' ומזוניכי הרי נשתעבד לה בשטר ושעבוד' דאורייתא כמו שעבוד דמלוה ולמה יקדים לה מלוה בשטר ואפשר דטעמא משום דחיוב דמזונות דמכאן ולהבא ודאי מלוה בשטר קודמת משום דלא הגיע זמנם לגבות וכו' ע"ש וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' נ"ז וז"ל שא"א כן כל מי שיש לו אשה וכו' ויש עליו מלוה לא יגבה חובו מנכסיו כלום שכבר הוא משועב' למזונו' ופרנסה ומזונות של אשה כתובי' עכשיו אפי' אצל משעבדי שהכל נהגו לקנות מידו וכו' תדע לך דבעל יכול למכור נכסיו ואין האשה יכולה לעכב וכו' וכן ב"ח מוקדם אינו יכול לעכב ביד ב"ח המאוחר לגבות חובו עכשיו כל זמן שגבייתו קודמת לזמן גביית הב"ח המוקדם וכו' ע"ש הרי דאפי' קנו מידו על המזונות ב"ח המאוחר קודם משום דמזונות לא הגיע זמנם לגבות ועיין בתשו' הרשב"א ח"ד סי' קי"ג וכן כ' הריטב"א בחי' לקידושין די"ג וז"ל וכ"ת כיון דפסק רב פפא הילכתא כמ"ד שעבודא דאורייתא למ"ד לאו דאורייתא מלוה ע"פ גובה מן היורשי' ואינו גובה מן הלקוחות מאי נפ"ל השתא אי שעבוד' דאוריי' ואי לאו דאוריתא וכ"ת דנ"מ לענין מלו' ע"פ א לו' בשט' וזמן מלוה ע"פ קודם דלמ"ד לאו דאורייתא מלו' בשטר דאית ליה קלא קודם בתקנתא דרבנן ולמ"ד שעבודא דאורייתא מלוה ע' א קודמת הא ליתא דודאי מלו' בשט' בכל דוכתא לגבי מלוה ע"פ כנכסים משועבדים דלקוחו' חשיבא וכל מאי דלא טריף מלקוחות לא טריף ממלוה בשטר וכדאמרי' בר"פ מי שהיה נשוי ש"מ כתובת בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי דאס"ד טרפא ממשעבדי ליתו בני ראשונה וליטרוף מבני שניה וכיון שכן כי היכי דמלו' ע"פ אינה גובה מלקוח' אפילו למ"ד שעבוד' דאורייתא משו' דלית לה קלא ומתקנתא דרבנן ה"נ אינו גובה במקו' מלוה בשטר מנכסים בנ"ח וכ"כ הגאון האלפאסי בתשו' שאלה עכ"ל הרי שתפ' כהרי"ף דמלוה בשטר קודמת מיהו בס' א"ז בר"פ מי שהיה נשוי כתב הריטב"א דנראים דברי רב האיי וכן דעת הרשב"א ע"ש וכ"כ בתשו' הגאוני' בסי' קנ"ו וז"ל אפי' אם היה מלוה בשטר ומלוה ע"פ ואיגלאי מילתא דמלק ע"פ

קודמת והנכסים בני חורין הוא גובה תחילה ממלוה בשטר שהיא מאוחרת דלא ייפי כח של מ לוה בשטר אלא במשועבדים לטרוף מה דלא טרפי מלוה ע"פ ע"ש והמ"מ בפ"ך מה' מלוה כ' שכ"נ מדברי הרמב"ם וכ' המבי"ט ח"ב סימן ע' ז"ל ומ"ש כת"ר דלא מיירי אלא במלו' בשטר מדכ' בין מן הלקוחות דאינו טורף מן הלקוחות אלא בשטר זה הוא הדרוש כי המ"מ סובר שטורף ג"כ בחוב ע"פ כמו שסוב' הרשב"א בפי' וכן ר' האיי וכו' וכבר תמה הש"ך דמשנה פשוטה היא דאינו ע"ש וה' כנה"ג בתשו' ח"ב סימן ל"ח כתב ורח"ל מהאי דעתא דמשוי למהרימ"ט טועה בדבר משנה ונדחק דר"ל דחוב ע"פ קודם ומה שקודם לשעבוד השטר מיקרי טורף או דר"ל דמדאורייתא טורף מלקוחו' דקי"ל דשלגבו דאורייתא כמ"ש הרשב"א סימן תתקי"ד אש וליתא שהרי המבי"ט עמ"ש הר"א דהר"מ מיירי במלוה בשטר מדכ' בין מן הלקוחות קאמר זה הוא הדרוש כי המ"מ סובר דטורף מבואר דטורף ממש מהלקוחו' והר"א מכריח הדבר מעצמו ואפשר דס"ל דנהי דבעלמא דמלו' ע"פ אינו גובה מהלקוחות הכא כיון דבלא"ה דמלו' בשט' טורף מהלקוחו' מלוה ע"פ הקודם טורף אותה דהא קי"ל שעבודא דאורייתא אלא דחשו חכמים לתקנת הלקוחות משום דלית להו קלא אבל הכא דבלא"ה איכא פסידא ללקוחות במלוה בשטר טורף אותה מלוה ע"פ הקודם לו טורף וכעין זה כ' הכנה"ג בסי' ק"י בראובן שמת והניח בנים קטנים וב"ח מהם הגיע זמנם ומהם לא הגיע זמנ' ואין בנכסי' שיעור כדי לפרוע כל החוב אם נזקקין לב"ח שעבר זמנו לגבות ג"כ חובו כיון דבלא"ה אין תועלת ליתומים דאם לא יגבה זה שעבר זמנו יגבוהו הב"ח אחרי' שהם תוך זמנם ובין הכי ובין הכי לא נשאר ליתומים כלום וכו' ע"ש אלמא אע"ג דחוב שעבר זמנו אינו גובה מהיתומים קטנים אם יש ג"כ חוב שלא הגיע זמנו כיון דבלא"ה גובה אותו ב"ח שלא הגיע זמנו ואין תועלת ליתומים מגבי' נמי לב"ח שהגיע זמנו וה"נ כיון דבלא"ה ב"ח שבשטר טורף מהלקוחות ואין תועלת ללקוחות מגבינן למלוה ע"פ דמוקמי' לה אדינא דאורייתא אבל מדברי הגאונים בתשו' הנז' ומדברי המבי"ט ח"א סי' קי"א דאינו גובה מלקוחות אלא מנכסים בני חורין ע"ש:

ומ"מ אנן קי"ל דמלוה ע"פ קודמת בזמן קודמ' למלו' בשטר ומשמע מדברי הרא"ה והריטב"א שכת' אפי' שעב' לו נכסים בפי' בשטר דאם לא כן אימא דיפה כחה לומ' לכתוב' מכרתי דאפי' בא מלוה בשטר ששעבד לו נכסי' בפי' דאם מכרה למזונות אע"ג דחיוב מזונותיה קדמו דשטר שיש בו שעבוד נכסים קודם אלא משמע דלעולם מלוה ע"פ קודמת והש"ך כ' דנר' דה"ד מלוה סתם בשטר אבל בשעבד לו נכסי' בפי' בשט' מודה ר' האיי דאמרי' בכל דוכתא דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים ומשמע

דאפי' אינן מכורים רק משעבדים וכולי אבל מדברי הרשב"א בתשו' סי' תתקי"ד משמע דאפי' משועבדים בפי' מלוה ע"פ מיקדמת קודם ויחיד הוא עכ"ל מבואר דס"ל דנכסים משועבדים משמע אפי' אינם מכורים אלא ששעב' לאחר אף שעדיין הם ביד הלוה אין המלוה ע"פ גובה מהם וכן מצאתי בתשו' החכמים למהר"י בן הרא"ש סי' פ"ד שכ' וז"ל ועוד כיון דאפי' מנכסים משועבדים אין מוציאין אפי' שמחוסרי גובייא דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי כ"ש מקבל מתנה דלא מחוסר גובייא שטר העומד ליגבות בכל מקים שהם הנכסים ברשותו הם שאין מוציאין ואין לומר דהא דתנן אין מוציאין מנכסי' משועבדי' ה"ד שהם כבר ביד הלוקח או מקבל מתנה חדא דלשון משועבדים משמע שלא נגבו עדיין שאם נגבו כבר יצאו מידי שעבוד וא"ת שקורא אותם משועבדי' בשביל שמשועבדי' לכתו' ולמזונות גם הבני חרי משועבדים בשביל כתובה ומזונות ועוד תנן מי שהיו לו ד' נשים ומת הראשונה תשבע לשניה וכו' משום דאין נפרעי' מנכסי' משועבדים אלא בשבועה עכ"ל הרי דלא מיקרו משועבדי' או מכורי' אלא ששעבדם לאחר וא"כ הא דאמרי' בפר"ק דקידושין גבי הוא לפדות ובנו לפדות היכא דאיכא ה' בני חורין וה' משועבדי' דר"י סבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וכו' ורבנן סברי דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא וכו' לדעת הש"ך נראה דאיירי דאיכ' ה' סלעים ששעבדן לאחר ואפ"ה לרבנן דסברי דמלוה הכתובה בתורה כמלוה ע"פ אף שהיא מוקדמת לא טרי' ממשעבדי אף שעדיין הם ביד הלוה אבל לדעת הרשב"א דאפי' שעבדן מלוה ע"פ קודמת צ"ל דמיירי כשמכ' וכ"כ הריטב"א וכבר כ' מרן הב"י בסי' ט"ל נכסי' המשועב' היינו אם הלוה מכר קרקעותיו לאחרי' אחר שלוה ונקראו משועבדים לפי שאע"פ שהם ברשות לוקח הם משועבדי' לב"ח וכו' וכ' הפרישה ור"ל קרקעות שמכר הלוה דלא בא ב"ח לטרוף כי אם מצד שנשתעבדו לו תחילה אבל בעוד שנח נמכרו לא בא עליהם מכח שם שעבוד אלא חובו על הלוה ע"ש וא"כ ה"נ כשמכרן ומאי דקרי ליה משעבדי לפי שנשתעבדו לכהן ובכתובות דס"ט שלח רב האחין ששעבדו מהו ובעי ר"ח מכרו או משכנו וכו' א"כ שעבדו חפ' דה"ד מכרו ולא משכנו וה' פני יהושע שם דקדק אמאי לא מספק"ל במתני' דקתני גובה מנכסים משועבדי' וכו' מכרו או משכנו ותי' דודאי הא דתנן מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים משמע ל' משועבדי' היינו שמשועבדי' למלוה ומשו' הכי גובה מהם דהרי הם כמכורי' לו וח"כ ודחי ל"ש מכרו ול"ש משכנו גובה מהם וכו' וסיפא דקתני במלוה ע"פ אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משמע שהם בני חרי לגמרי ואינן משועבדים לשו' אדם ואם כן אף במשכנו לא מקרו בני חרי דהרי הם משועבדים לזה שמשכנו והשתא א"ש דקתני לישנ' יתיר'

אין גובה חלא מב"ח ולא הילי"ל אלא אין גובה ממשועבד' אע"כ כדפי' דבעינן דוקא שיהיו ב"ח לגמרי עי"ש שוב ראיתי להרי"ף בשערי שבועות שער ך' דין י"ג שכ' וז"ל ופי' נכסים משועבדים הנזכרים בכל מקום כגון מי שהלוה את חבירו וכתב לו שטר לאלתר נשתעבדו לו כל נכסי הלוה ואם מכר אח"ך כל נכסיו והמלוה בא לגבות חובו ולא מצת נכסי בני חרי ללוה גובה מן הלוקח וזהו מנכסי' משועבדים שיאמר לו המלוה ללוקח כבר היו משועבדים לו אותה קרקע שמכר לך וכו' ואע"פ שפי' בנכסי' מכורי' לאו דוקא אלא אף על הממושכנים וכו' עכ"ל וכן בפר' השולח דל"ז ע"א דאר"י ור"ל שטר שיש בו אחריו' נכסים אינו משמט וכו' כ' התוס' הא דאמרי' דאונס קנס ופתוי שזקפי במלוה משמט ומפ' דהיינו משעת העמדה בדין אע"ג דמשעמד בדין גבי ממשעבדי וכן כתובה וכו' מ"מ אלים טפי כשמפורש שעבוד בשטר עכ"ל הרי דסת' שטר אע"ג דגובה ממשעבדי משמט אבל שטר שמפו' בו שעבו' נכסים אלים טפי ואינו משמט דהוי כגבוי ועיין בירושלמי רפ"י דשביעית דאמר בשטר שאן בו אחריות נכסי' וכר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס והביאו הר"ש שם משמע דלמאי דקי"ל דאחריו' ט"ס אפי' סתם שטר כיון דגובה ממשע' אינו משמט ונראה דהתוס' בפ' השולח סברי הכי דכל שטר למאי דקי"ל דאחריות ט"ס כיון דגובה ממשעבדי אינו משמט ודוקא שטר שאין בו אחריות בפי' סתם שט' לר"מ אחריות לאו ט"ס משמט ובריייתא דקתני ולא עוד אלא אפי' כתב כל נכסי אחראי' אינו נישמט אתיא כר"מ לזה הק' מדאמרי' אונס קנס וכו' דמשמט ותי' דשעבוד מפורש אלים טפי וה"נ א"ל דמלוה ע"פ דקודמת למלוה בשטר ה"ד סתם בשטר דאע"ג דגובה ממשעבדי לא חשי' כגבוי אבל בשעבד נכסיו בפי' אלים והוי כגבוי ועיין לה' פנים מאירות ח"ב סי' ק"א שהסכים הלכה למעשה כהש"ך וה' פני יהושע בחי' לכתובות דף ס"ט גבי מכרו או משכנו וכו' הביא ראיה דאם משעבדם בפי' לכ"ע מלוה על פה אינו גובה מהם דאף למזון האש' והבנות אין גובה ממשעב' כ"ש מלוה ע"פ ואין סברא לומ' דה"ד באפותיקי מפורש ע"ש וכ"נ מדברי הטור בי"ד סי' ש"ה שכת' שעבד כל נכסיו עד שנשאר לו ה' סלעים בנ"ח אין הכהן גוב' הפדיון מן המשועבדים אע"פ שקדם חוב הפדיון לחוב של בעל חוב וכתב הפרישה שם וא"ת תיק' מינה לר' האי וכולי דה"נ אף אם אינה כמלוה הכתובה בשטר מ"מ תקדום כיון ששעבוד' וחיוב' בא קודם וי"ל דהכא מיירי ששעבד נכסיו בפי' בתוך השטר מ"ה חשוב כמכור או נתונים ובח"מ מיירי בסתם שט"ח ע"ש מיהו כבר הוכחתי מדב' הרא"ה והריטב"א דאפי' ששעבדם בפי' מלוה ע"פ קודמת כהרשב"א וכ"כ מהראד"ב בס' לחם רב סי' נ"ו בכתוב' שיש בה שעבוד מטלטלי אג"מ ותפס בע"ח בעל פה אם המלוה ע"פ מוקדמת יכול המוחזק

לומר קי"ל כרבי' האי עש"ב הרי דלרבי' האי אפי' שטר שיש בו שעבוד בפי' מלוה ע"פ קודמת וכן משמע מתשו' הראב"ד בבעה"ת הובא בב"י ע"ש וה' הלכות יו"ט דף קצ"ג הק' מדאמרי' בירושלמי ר"פ הנזקין אלא נזיקין ומלוה בעדים הניזקין קודמין וכו' עש"ב י"ל דאתי כמ"ד שעבוד' לאו דאוריית' ונזקין דכתובי' בתורה כמלוה בשטר קודמי' למלוה ע"פ אבל למאי דקים לן דשעבוד' דאוריי' מלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר עיין בס' מראה הפנים שם

ומ"מ דעת רוב הפוסקים דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר וכפסק מרן וכ' הרשב"א אבל אם בא לגבות מטלטלי' היתומים לוי קודם שמן הדין מטלטלי' דיתמי לא משתעבדי לב"ח והילכך לא נשתעבדו למלוה ע"פ של שמעון ונשתעבדו למנה שבשטר של לוי לפי שכ' לו ראובן בפי' אג"מ ואעפ"י שמתקנת הגאונים מטלטלי' דיתמי משתעבדי לב"ח לא אתיא תקנת הגאונים ומפקי' מידי דמלוה בשטר דנשתעבדו מדינא וכולי והביאו מרן הב"י ע"ש וכ' ה' כנה"ג משמע דה"ד משו' דהוו מטלטלי' דיתמי דלא משתעבדי לב"ח אלא מן התקנה אבל אם בעודו חי באו להתפרע מלוה ע"פ קודמת וכ"כ בתשו' ח"ב סי' ל"ח ע"ש וכן פסק הרדב"ז ח"ב בסי' תשס"ב וז"ל ואם לא מת הלוה ודאי מלוה ע"פ קודמת וכו' ואם מת הלוה הדבר ידוע דמדינא מטלטלי' דיתמי לא משתעבדי לב"ח וכולי ע"ש ונר' דלמאי דקי"ל אין קדימה במטלטלי אם לא מת הלוה אפילו לא כ' בשטר המאוחר שעבוד מטלטלי' אג"מ אין מלוה ע"פ קודמת אלא חולקי' בשוה וכ"כ הרדב"ז עצמו ח"ג סי' תקכ"ד דרוב הפוסקים ס"ל הכי דלא כהרשב"א עיין שם אבל אם מת הלוה קיי"ל כהרשב"א דמלוה בשטר ששעבד לו מטלטלי' אג"מ קודם וכמו שפסק הרדב"ז ומשמע מדברי הרשב"א דאפי' קדם ותפס מלוה ע"פ מוציאין מידו שהרי כ' וז"ל וה"מ דוקא במטלטלי ידועים של ראובן אבל אלו שפרעו מעות מה שגבה גבה וכולי משמע אם המטלטלי' ידועים ללוה מוציאין מידו וכבר האריך בזה ה' שמחת יו"ט סי' ט"ז והביא דברי האחרונים המבי"ט ומהרש"ך ומהראנ"ח ומהרי"א ומהרח"ש דס"ל כדעת הרשב"א דאפילו כבר תפס מלוה ע"פ מטלטלי' דיתמי הידועים ללוה מוציאין מידו ונותני' למלוה בשטר ששעבד לו מטלטלי' אג"מ ודלא כהרשד"ם בזה עיין שם באורך:

וראיתי למהריב"ל ח"א סימן בבן שחייב לו אביו מלוה ע"פ ותפס הבן והיו ב"ח שהיה חייב להם אביו בשטר וזמן חוב הבן קודם להם כיון דפלוגת' דרבוות' היא אם מלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר מאוחרת או מלוה בשטר קודמת והבן מוחזק יכול לומר קי"ל ע"ש וה' פני משה ח"א סי' צ"ג תמה עליו דה"ד בקרקעות דשייך בהם דין קדימה אבל במטלטלי' דאין בהם קדימה אפילו היה חוב הבן מאוחר מה שגבה גבה לכ"ע ואפי'

נאמר דבנ"ד היה לב"ח שעבוד מטלטלי' אג"מ דאם היה הבן מאוחר מוציאין ממנו אכתי ק' כנראה דתפיסת הבן מעות ובמעות אפילו תפס המאוחר אין מוציאין ממנו וכיון דמעות אין בהם סי' מחזיקי' כלוה ולוה ואח"ך קנה ע"ש ולא דק דאם היה לב"ח בשטר שעבוד מטלטלי' אג"מ ותפס הבן מטלטלין אפילו חובו מוקדם מוציאין ממנו משו' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא מתקנת הגאוני' ולא אתי תקנת הגאונים ומפק' ממלוה בשטר שנשתעבדו לו מדינא אבל אם תפס מעות אפי' למ"ד דמלו' בשטר קודמת למלוה ע"פ מודה דאין מוציאין ממנו אא"כ יש עדים שאותן המעות בעצמם הם של לוה וכמ"ש כל זה הרשב"א ואף לדעת מהרשד"ם סי' ר"י דגם הרשב"א לכתחילה קאמר דמלוה בשטר ובאגב קודמת אבל אם תפס מטלטלי מה שגבה גבה:

ל"ח משכונה על קרקע מאוחרת או קרקע מושכר לזמן והקדים לו שכרו משלם פשיטא דחוב בשטר מוקדם טורף מהם כמו שהוכיח מהרש"ג בס' משפטים ישרים סי' י"ט עש"ב ועיין במהר"י עייאש במנהגים דקי"ז סי' י"ד אבל יש להסתפק בשטר משכונה על הקרקע אם קודמת למלוה ע"פ דהא הבכור נוטל בה פי שנים ושביעית אינה משמטת א"כ הוי כמכר אצל בעל המשכונה והו"ל כלקוחות דלכ"ע מלוה ע"פ אינה טורפת מן הלקוחות ואע"ג דלא הוי כלוקח ממש דהא יכול לכופו לפורעו כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדייני' גבי מאן דאוזפיה אלפא זוזי וכולי שיש ללמוד ממנה למשכונ' קרקע המלוה יכול לכופו ללוה שיפרע לו חובו אע"פ שא"ל דהתם כיון דאכל פירי וכולי הרי היא כמכר ע"ש ובטור י"ד בסי' קע"ב וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סימן מ"ג דאם יש מעות לממשכן חייב לפרוע מעות אלא דאם אין לו מעות וא"ל טול קרקע שוה כנגד מעותיך שומעין לו ולא שיהא עליו לשום לו מאותו קרקע ממש שמשכן לו אלא שם לו מאיזה קרקע וכו' עש"ב א"כ נר' הקרק' שמשכן לו לא הוי כקנוי לו וכ"כ בעה"ת שער מ"ג ח"ב סימן ג' בשם הר' יהודא וז"ל והיכא נמי שמשכנה ראובן לשמעון ואח"ך משכנה ללוי כיון שזכה הוא בקרקע בתורת משכונה ולוי כמו כן במשכונה זכה הא' וגובה ממנה ולוי גובה מעותיו שיש לו בה במשכונה משאר נכסיו הנותרים ולא חשבי' ללוי כמשועבד זה השדה במשכונה כדי שנאמר אין נפרעי' וכולי אלא שמעון גובה חובו מאותה המשכונה שהוא מוקדם בה ולוי חוזר וגובה משאר נכסים עיין שם מ"מ לענין הוי מוחזק וזכה בו וכ"כ בס' בשמים ראש סימן קמ"ט על א' שמכר קרקע לחבירו בעדים ונתן לו הדמי' וגם החזיק בו ואח"ך באו ב"ח ואמרו כיון שעדיין לא קנה זה בלא שטר ובלא ק"ס ותקנת הקהל שלא יהיה מכירה באופן אחר וא"כ אינו אלא כמלוה ורוצה לחלוק בקרקע אומר אני ל"מ אם הוא מוחזק בקרקע דאין להם עליו כלום דלא יהיה אלא מלוה ע"פ מאוחר

שקדם וגבה מה שגבה גבה אלא אפילו לא החזיק בה כיון שקנאו אע"פ שהקהל הפקיעו קניינו לא גרע ממשכונה והו"ל אפותיקי וכו' ע"ש הרי דמשכונה ואפותיקי הוי כגבוי וכן בס"פ נערה תניא מכרה כתובת' ומשכנה כתובת' עשתה כתובתה אפותיקי לאח' אין לה מזונות בין בב"ד בין שלא בב"ד אין לה מזונות ופירש"י לפי שהם גבוי כתובתה וכן קי"ל בא"ה סימן צ"ג ע"ש נראה דמשכונה או אפותיקי הוי כגבוי:

וכן מצאתי בתשו' מהר"י ן' הרא"ש סי' פ"ד שכ' כתב הר"א בן ישמעאל וז"ל ושטר משכונה שתפסה האלמנה ומשכנה הבנות מוציאות המשכונ' מיד המחזיק בה וכולי משום דמשכונה מוחזקת היא אצל מלוה וכדאמרי' בפ' אז"נ וכולי באתרא דלא מסלקי ב"ח גובה ממנה ובכור נוטל בה פי שנים ואי שביעית משמטת ש"מ דמשכנתא מוחזקת היא והילכך אפילו זמנה אחר המזונות הבנות באות ומוציאות אותה בכח החוב כאלו היא קרקע של אביהם וכל הני משכנתא דידן אתרא דלא מסלקי נינהו שהרי יש בהם זמן שאין יכול לסלקו והיה אומר מורי הרשב"א דאפילו עבר זמן המשכונה לעולם היא בחזקת המלוה כאילו היא מכורה אצלו עד שתפדה וכולי עכ"ל הרי דמשכונה חשיב' כמכר ואפילו היא מאוחרת וב"ח מוציא מיד התופס וה"נ משכונה מאוחרת הוי כלוקח ומלוה ע"פ אינה גובה מלקוחות ואע"ג דאנן קי"ל דלא חשיב מוחזק גבי בכור אלא אם לא הגיע זמנה בחיי אביהם כמבואר בסי' רע"ח עיין שם וגבי המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כתב בעל התרומות שער נ"א ח"ו סימן ג' וז"ל איכא מ"ד דוקא מוכר שט"ח אבל שטר משכונת קרקע וכתב ומסר וירד לוקח למשכונה והחזיק בה הואיל והמשכונה מוחזק' ביד המלוה אינו יכול למחול וכולי וגוף המשכונה מכר והרי החזיק וכמאן דאתי ממונא לידיה דמי ול"מ מחיל וכ"כ הראב"ד בתשו' בשם הריב"ם הלוי וכולי וכתב הטור בסימן ס"ו שכ"כ הרא"ש בתשו' וכ' מרן הב"י שכן מצא בתשו' בס' חזה התנופה ע"ש והיא נדפסה בס' חיים שאל ח"ב וכ' שם בסי' כ"א דאף באתר' דמסלקי אינו מחול ע"ש הרי דמשכונ' הוי כלוקח ולכאורה נראה לי ראיה דמשכונה לא הוי כלקוחות דהא גבי נכסי לך ואחריך לפ' כ' הרמב"ם והטור ומרן סי' רמ"ח מת הא' ובא ב"ח ואשתו לגבות מנכסי' אלו אין ב"ד מגבין מהם כלום אפי' עשאן אפותיקי או שיחדן לאשתו בכתובה אין גובין מנכסי' אלו כלום אלא הם של שני וכ' המ"מ דכל שלא מכר ונתן דיכול לסלק מי שנשתעב' לו במעות זכה השני וכן הסכים בעה"ת וכ"כ הנ"י דאפי' באפותיקי ומשכונה וכו' עש"ב אלמא אע"ג דאם מכר או נתן אין לשני כלום אם שעבד אפי' משכונה טורף הב' וה"נ מלוה על פה קודמת טורף מבעל המשכונה מאוחר דשעבוד לא הוי כלוקח ול"ל דה"ד במשכונת קרקע באתר' דמסלקי כדאמרי' בפ' המקבל דאין הבכור

נוטל בה פי שנים ושביעית משמטת אבל באתרא דלא מסלקי דהבכו' נוטל פי שנים ואין שביעית משמטת אימא דהוי כמוחזק אימא דהוי כלקוחות שהרי כ' הרמב"ם אפי' עשאן אפותיקי או שייחדן לאשתו וכו' והרמב"ם בפ"ט דשמטה ומרן סי' ס"ז כ' דאם סיים לו שדה בהלואתו אינו משמט וכתב הר"ן בפ' השולח דס"ל דמשכנתא שאני דלא ייחדו לפירעון אבל באפותיקי אע"ג דיכול לסלקו כיון דבאחריות סתם ס"ל לר"י ור"ל דאינו משמט אע"ג דיכול לסלקו ותני כוותייהו הבו דלא לוסיף עלה דסיים לו שדה וכו' ע"ש אלמא אע"ג דאפותיקי אינו משמט אפ"ה גבי נכסי לך ואחריך לפ' אם משכן הא' או עשאה אפותיקי לא חשיב כמכר והב' מוציא ממנו וה"נ מלוה ע"פ הקודמת טורף בבעל המשכון' המאוחר דשעבוד אינו כלקוח מיהו אפשר לומר דנכסי לך ואחריך לפ' שאני דלא נתן לראשון אלא כדי שיזכה הב' ולכך אסור ליתן לכתחילה אלא דאם עבר ומכר אין הב' מוציא מיד הלקוחות אבל אם שעבד לא פקע זכות השני אבל הכא המלוה אין לו זכות בגוף הנכסי' אלא שעבוד בעלמא ויכול הלוה לכתחילה למכור וליתן להפקיע שעבוד המלוה אימא דה"נ שעבוד מפקיע מידי שעבוד משא"כ גבי נכסי לך ואחריך לפ' הב' זכה בגוף הנכסים וכ' רבינו בצלאל בתשו' סי' ל"ג דאם אמר אם ימותו בניו ירשם פ' אין זכות אותו פ' אלא לאחר מיתת בניו וכל שהם חיים אין לו זכות בנכסים וכל מה שיעשו בנכסיהם עשוי ויכול למשכן ולשעבד ואין האחר מוציא מידם ע"ש וה"נ יכול הלוה למשכן ואין המלוה מוציא מידו וקצת ראיה דהא גבי ב"ח ששעבד מטלטלין אג"מ קי"ל דאינו טור) מטלטלין שמכר או נתן או משכן משום תקנת השוק כמו שפסק מרן סי' ס' והם דברי הרא"ש בתשו' והביאו הטור שם ע"ש בב"י ועיין בה' כנה"ג אות ט' שכ"כ בשם מהראנ"ח ח"ב סי' צ"ד ולא זכר דברי מרן מיהו נראה דה"ד משכו' אבל שעבוד בעלמא לא כמ"ש מהראנ"ח שם דשעבוד בעלמא לא וגם אפשר דה"ד במטלט' משו' דב"ח קונה משכון וכ"כ הרשב"ץ ח"ב סי' ע"ב ע"ש אבל קרקע דאין ב"ח קונה אותה במשכון כדאיתא בפ' השולח וכו' ע"ש לא הוי כלוק' ועיין בהמבי"ט ח"א סימן שי"ט אבל מצאתי להרשב"א במיוחסות סי' כ"ב שכ' ומלוה ע"פ מוקדמת קודמ' למלוה בשטר מאוחרת ואע"ג דמשכן לו הבית ומשמע אפי' היא משכנת' באתר' דלא מסלקי עש"ב וכן נר' מדברי מהרשד"ם סי' רע"ה דנ"ד ששעבד הבית אפותיקי מפורש למלוה בשט' ואפ"ה לדעת ר' האי מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת עיין שם וה' כנה"ג ח"ב סימן ק"מ אות כ"ה כ' דפלוגת' דרבוותא לא אמרי' קרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת אלא המחזיק בה ידו על העליונה אבל כשהמחלוקת היא בשכירות אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומד' ונסתפק במשכנת' למאי מדמי' לה למכר או לשכירות וכ' דלכ"ע

מדמינן לשכירות דהא טעמא דבשכירות אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת לפי שאף שהשכירו עדיין גוף הקרקע בחזקת המשכיר עומדת דהא דאמרי' שכירות ממכר ליומיה ה"מ לאונאה אבל לא לענין שיקרא השוכר מוחזק כמ"ש מהר"מ מפדואה סימן ט"ל וכיון שלא יצא הקרקע מרשות המשכיר לעולם כל ספק שנסתפק בו בחזקת מרא קמא קאי משא"כ במכר דיצא גוף הקרקע מרשותו ונכנס ברשות הלוקח אף משכנת' שלא יצא הקרקע מחזקת הממשכן דין שכירות יש לה וכל ספק שיפול בה אמרי' קרקע בחזקת בעליה עומדת עכ"ל וא"כ נראה דה"נ דוקא במכר שיצא מרשות המוכר לרשות הלוקח אין ב"ח מוקדם בע"פ טורף ממנו אבל משכנת' דלא. יצא הקרקע מחזקת הממשכן ומ"ש דהא דאמרי' שכירות ליומיה ממכר ה"מ לאונאה וכולי הרמב"ם רפ"ז מהל' שכירות כ' כשם וכולי כך מתנה בשכירות שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא וכולי ע"ש נראה דס"ל דשכירות הוי כמכר לכל דבר מיהו כבר כתב הלח"מ שם דס"ל כמ"ש הנ"י דקנה לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו אבל גוף הבית אינו קנוי דבחזקה המשכיר הוא וביתו מיקרי לכך אסור להשכיר ביתו לגוי דמכניס בו ע"ז דלא תביא תועבה לביתך מיקרי ע"ש וא"כ נראה דה"ה דאסור למשכן ביתו לגוי מה"ט דמשכנת' הוי כשכירות ועיין בה' כנה"ג בסי' ק"ן דכמה אחרונים ס"ל הכי דהלוה מיקרי מוחזק לענין קי"ל נגד המלוה הממשכן וכ"כ בס' כ"ה הגב"י בדיני הקי"ל אות ט' מי שמשכנו לו הקרקע' באפותיקי סתם אינו נקרא מוחזק לענין שיכול לו' קי"ל הר"ש הלוי וכולי ויראה לי דאפילו באפותיקי מפורש אינו נקרא מוחזק ושם אות מ"ז כ' בשם שלטי הגבורים דאפותיקי כגבוי דמי ואפשר דה"ד באפותיקי מפורש וכבר כתבתי דאפילו באפותיקי מפורש אינו נקרא מוחזק ע"ש וכבר הוכיח כן ה' כהונת עולם בהל' רבית בסי' קע"ב דכ"ג:

ט"ל כ' מהרשד"ם חא"ה סימן קמ"ג בא' שצוה שבנו חייב הוא לו חוב בע"פ ויש עליו ב"ח אחרים בשטר וחוב בנו קדום וז"ל א' בע"פ וא' בשטר מחלוקת הפוסקים דלדעת רבי' האיי החוב המוקדם אפילו הוא בע"פ קודם לחוב שבשטר המאוחר ולדעת הרי"ף החוב שבשטר קודם וכולי ובין הכי ובין הכי דעתי הוא שאם קדם ותפס א' מב"ח והחזיק במטלטלי' זכה אפילו הוא מאוחר שכ' הרא"ש שעשו תקנת השוק במטלטלי' וכולי אמנם בנ"ד יש בו ענין אחר וכולי נכסים בחזקת היורשי' וכל ספק וכולי נמצא שהדין ברור שהם אלו הנכסים שצוה עליהם היו קרקעות ומוחזק בהם אם זמן חובו קדם אפי' הוא ע"פ ושל אחרים בשטר הוא גובה שהנכסי' בחזקתו והב"ח נקראים מוציא ועליו הראיה ואם הנכסים הם מטלטלי' כ"ש שהיורשים מוחזקי' עש"ב ומ"ש שאם תפס מטלטלי' אפילו הוא מאוחר עשו תקנת השוק וכ"כ בחח"מ הביאו הסמ"ע סי'

ס' סק"ז ע"ש בהש"ך אבל אנן קי"ל כפסק מרן ושאר אחרונים דגבי ב"ח מאוחר ליכא תקנת השוק וכבר ה' כנה"ג בתשו' ח"ב סימן כ' דמהרשד"ם עצמו בחח"מ סי' שפ"א חזר והסכים דלא עשו תקנת השוק דב"ח המאוחר ע"ש ומ"ש דהיורש מוחזק ומספק אין מוציאין מידו בחח"מ סי' רע"ה כתב דראוי לפסוק כהרי"ף ומשמע אפילו תפס ב"ח בע"פ מוציאין מידו ע"ש ועוד דלא הוי היורש מוחזק אלא כשבא מחמת ירושה אבל מחמת חוב הוי כשאר ב"ח:

מ' כיון שעדים מעידים שקדמה וכולי אבל אם אין עדים אפי' יש לו כתב ידו על הלואה וזמנו קדום לשטר אינו גובה בו כמ"ש בסי' ס"ט בהשמטות דאפילו דכת"י דינו כשטר דאין הלוה נאמ' לומר פרעתי ולא חיישינן שמא פרעו והניחו בידו א"ל שמא הקדים הזמן וכ"כ הפרישה בסימן מ"ג ובסימן ס"ו עיין שם באורך ולדידן דקי"ל דנאמן לומר פרעתי על כתב יד בלא"ה אינו גובה בעל השטר דחיישי' שמא פרעו

מ"א כתב מהר"י עייאש בתשו' ח"ב סי' ב' ומזה יש ללמוד לנ"ד וכו' שהרי כ' הרשב"ץ חלק ב' סימן רצ"ב בפי' התקנות שהזרע אינו טורף מן המשועבדים כדין התקנה כדין כתובת בנין דכרין דירתון תנן וכולי ונ"ד הרי כבר נשתעבד הקרקע לב"ח בחיי האשה ואע"פ שלא היה ממושכן מ"מ קי"ל דכל חוב שהוא בשטר מיקרי שעבוד קרקעות כדאית' ריש מציעא לענין מודה במקצת בשטר דהוי השטר שעבוד קרקעות וכולי עיין שם ולא דק דהא לענין מלוה על פה דאינ' גובה מהמשועבדים קי"ל הכא כרב האיי דמלוה ע"פ מוקדמת דוחה מלוה בשטר אלא דנר' לענין כתובת בנין דכרין והתקנות מודה ר' האי משום דהוו כירושה ואין לו לירש אלא מה שהוא משוחרר ואפשר אפי' מלוה ע"פ דקיי"ל שעבודא דאורייתא ומלוה ע"פ כשחייב מודה או כשהוא בתוך זמנו גובה מן היורשים וא"כ אי' כתובת בנין דכרין גובה מהם כמו היורש דחייב לפרוע חוב אביו ועוד דגם ר' האיי דוקא מלוה ע"פ דשעבוד' דאורייתא אבל בכתוב' בנין דכרין דבתקנות לא אתי שעבוד דרבנן ומפקיע שעבו' דאורייתא אפילו מאוחר כמ"ש בעל התרומות בשם הר"ף גבי מזונו' האשה דאפי' חוב מאוחר דוחה למזונו' מה"ט עיין שם:

מ"ב ומלוה ע"פ קודמת וכו' ה' פני יהושע בתשו' לא"ה סי' ד' כ' דגבייה עדיף ממכר דהא ב"ח מאוחר שקדם וגבה איכא מ"ד מה שגבה גבה ואלו במכר לכ"ע דשטר טורף מלקוחות וכ' התוס' בר"פ מי שהיה נשוי דעדיף משום נעילת דלת ע"ש וא"כ אע"ג דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר היינו משום דשעבוד השטר לא הוי כמכר אבל אם קדם מלוה בשט' וגבה אין מוציאין ע"ש ומדברי מהראד"ב בס' לחם רב סימן נ"ו שכ' אבל אם המלוה ע"פ מוקדמת א"ל דמהני תפיסה ואע"ג דדעת הרי"ף מלוה בשטר

מאוחרת קודם למלוה ע"פ כיון דר' האי ואחרים פליגי עליה יכול המוחזק שתפס לומר קי"ל כוותייהו ע"ש נראה דס"ל דלדעת הרי"ף דמלוה בשטר קודמת אפילו קדם מלוה ע"פ ותפס מוציאין מידו והתפיסה היינו גבייה כמ"ש ה' שם דאפי' לא גבה בב"ד אלא מעצמו דעת רוב הפוסקים מה שעשה עשוי ע"ש וכן מבואר בדברי הרא"ה והריטב"א שכתבתי לעיל דמלוה בשטר מאוחר קודמת למלוה ע"פ ואפי' קדם וגבה מוציאין ממנו ע"ש וא"כ נראה דה"ה לדעת רבי' האי אם מלוה בשטר מאוחר וגבה מוציאין מידו:

מ"ג כתב הרשב"ץ ח"ג סימן ר"ה מי שיש עליו כתובת אשה ומשכן חצרו ואח"ך שנשא אשה חדש שטר המשכונה והשאיר שטר הראשון בידו הדין נותן אם כך היה המעשה שלא הפסיד בעל המשכונה את דינו בקדימת הזמן שלא השאיר השטר הראשון בידו אלא לקדימת זמן ועדיין לא נמחל ואם אינו כן אלא שכתובת האשה קודמת למשכונה היא גובה כחובת' קודם לבעל המשכונה וכולי ע"ש ובכתובות דמ"ד אר"נ שני שטרות היוצאות בזה אח"ז שניהם במכר או שניהם במתנה ביטל שני את הראשון ואם הוסיף בו דיקלא לתוספת כתביה ופירש"י לתוספת כתביה ולא לבטולי לקמא אלא דאי מזמן שני אתי למיגבי ליקני עיקר ותוספת ואי ניחא ליה בקמא משום דקדים לא ליקני תוספת ע"ש וכ' הריטב"א שכן פי' ר"מ הלוי שאינו גובה שדה בשטר א' ודקל בשטר שני אלא או שדה לבדו בשטר א' או שדה ודקל בשטר שני אבל הרב בעל הערוך פי' דלעולם גובה עיק' קרקע מזמן א' ודקל מזמן שני ע"ש (א"ה עכ"מ):

מ"ד מלוה בשטר וכו' ז"ל הטור כ' רב האי שמלוה ע"פ קודמת לגבות מבני חרי וכו' ורב אלפס כ' וכו' ע"ש ונראה דהא דתנן אין נפרעין מנכסי' משועבדים אלא בשבועה לכ"ע שעבוד השטר דינו כמכר לענין שבועה כדתנן מי שהיה נשוי ד' נשים ומת הראשנה קודמת לשניה וכולי והראשונ' נשבעת לשניה וכולי וכתב הריטב"א שם ושמעינן מהכא כי מלוה מוקדם שבא לגבו' תחילה ודוחה לב"ח מאוחר שנשבע המוקדם שבו' בנק"ח שאינו פרוע כאילו בא ליפרע מנכסים משועבדים וכולי ע"ש וכן הוכיח הרשב"א בתשו' ח"ד סי' קנ"ח שלא כמו שטען שלא אמרו אלא משועבדים דמכר או מתנה ע"ש וגם דא"ל דשאני אלמנה דאית לה בתנאי ב"ד וחיישינן לצררי טפי כמ"ש התוס' בבתרא דף ה' ע"ב בד"ה אע"ג וכו' ע"ש ול"ל נמי דה"ד בשעבד לו בפי' נכסי' בשטר דר' האי מודה דהוי כמכר כמ"ש הש"ך אבל מלו' בשט' סתם המוקדם א"צ לישבע למאוחר (א"ה עכ"מ בדף זה ואח"ך מצאתי בדף אחר כתוב וז"ל ונראה דבפ' הכותב וכו') ונראה דבפ' הכותב תנן אין נפרעי' מנכסי' משועבדי' אלא בשבועה כיצד מכר נכסיו לאחרים והיא נפרעת מן הלקוחות לא תפרע אלא בשבועה ובפ' מי שהיה נשוי תנן הא' נשבעת לשניה וכו'

ורש"י והרע"ב כ' אם שניה טוענת השבע לי וכולי וכ' התיו"ט צ"ע דמידי הוא טעמא דנשבעת בטענת שמא אלא לפי שזהו בכלל מנכסי' משועבדי' דלא תפרע אלא בשבועה כדתנן בפ' דלעיל דמה לי מכר מה לי לוה או נתחייב באיזה ענין שיהא שנמצא אלו נכסים שמשועבדים לו והלה בא לגבותן וא"כ אפי' בלא טענה תהא נשבעת דאנן טעני' שתשבע וכולי ע"ש ונר' דס"ל כדעת ר' האיי דלא מקרו משועבדי' אלא לקוחות כדקתני מתני' כיצד מכר נכסיו לאחרים וכולי אבל שעבוד שטר לא הוי כמכר וכבר כתב הרא"ש בתשו' כלל צ"ט דאין טוענין לב"ח משום דמכאן ולהבא הוא גובה ומ"ש בתשו' כלל צ"ח כמו שטועני' ליורש וללוקח כך טועני' לבעל חו' שנשתעבדו לו הנכסים כבר תי' ה' משאת בנימין דהתם מיירי שכבר ירד המלוה לנכסי הלוה והחזיק בהם ואח"ך בא המערער וערער לכך טוענ' לו ואין מוציאין ממנו והביאו ה' כנה"ג בסימן קע"ו אות ט"ז ע"ש וכן הסכים ה' פרח מטה אהרן סימן ס"ט וא"כ אפשר דרש"י והרע"ב ס"ל דדוקא קתני מתני' מנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבועה כיצד מכר נכסיו לאחרי' וכו' דב"ד טוענים ללקוחות שהם מוחזק' אבל לב"ח שלא ירד לנכסיו אין טוענ' וב"ח מוקדם גובה שטרו בלא שבועה אא"כ טען ב"ח מאוחר השבע לי אבל מרן בש"ע סי' פ"ב ס"ב כ' אם יש ב"ח מאוחר ממנו לא יפרע אלא בשבו' שישבע לב"ח המאוחר שלא נפרע מחובו כלום וכ"כ בסי' קי"א דין ז' ע"ש והכא פסק כר' האי דשעבוד שטר לא הוי כלוקח (א"ה עכ"מ):

מ"ה מלוה בשטר וכולי זה דעת רבי' האי וכ' המ"מ שכן דעת הרמב"ם וכ' הרדב"ז ח"ב סי' שנ"ה אלא דק"ל אם הוא בהודאת הלוה ניחוש שעושה קנוניא כדי שלא יגבה בעל השטר ואפילו מלוה בעדים ניחוש שמא פרעו דקי"ל המלוה את חבירו בעדי' א"ץ לפורעו בעדים ועתה עושה קנוניא ואומר שלא פרע ואפילו לא טען כן בעל השטר כגון זו פתח פיך לאלם הוא אלא לא משכחת לה אלא שבעל השטר מודה שיש עדיין חוב זה עליו ואם אמר איני יודע ישבע שאינו יודע וגובה שטרו עש"ב והרמב"ם פ"ב מה' מלוה דין ו' כ' וכן מי שיש עליו שט"ח והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד שלא יעשו קנוניא על זה וכ' המ"מ ואין שם עדי הלואה וכו' וכבר כתבתי בסס"י ע"א דנר' לכאור' דס"ל דאם יש עדי הלואה אע"ג דיכול לומר פרעתי אם הודה שלא פרע כיון דבריא בחיובא וספק בפירעון לא חיישי' לקנוניא ודוקא כשאין עדי הלואה דספק בחיובא חיישי' לקנוניא והטור בסימן ק"ח כ' דאם אין היורשי' טוענ' נוטלים יורשי המלוה בלא שבועה לפי שאין טוענ' ליורשי הלוה לחוב ליורשי המלוה וכו' וכ' הפרישה נראה דה"ד כשיש רגלים לדבר שחייב לו כגון שהלוהו בפני עדי' אלא

שאין יודעים אם פרעו וה"נ שיש עדי הלואה אפי' אין יודעים אם פרעו או לא כיון שיש רגלים לדבר אין טוענין לבעל השטר שמא פרע לחוב לב"ח אחר ודוקא כשאין שם עדי הלואה דספק בחיובא חיישי' לקנוניא וגם הרמ"ה והטור שם דס"ל דאפילו יש עדים על הלואה ולא טענו הם אנן טענין להו וכן פסק מרן שם ה"ד לגבי יורשי' אבל לגבי ב"ח אם הודה הלוה שלא פרע לא חישינן לקנוניא וכבר כ' הרא"ש כלל צ"ט דאין טוענין לבע"ח משום דמכאן ולהבא הוא גובה ומ"ש בסוף כלל צ"ח כמו שטוענין ליורשים וללוקח כך טוענין לב"ח שנשתעבדו לו הנכסים כבר תי' הר' משאת בנימין דשם מיירי שכבר ירד המלוה לנכסי הלוה והחזיק בהם ואח"ך בא המערע' וערער ולכך טוענין לו ואין מוציאין ממנו אבל בכלל צ"ט מיירי שהב"ח והמערער באו שניהם כא' והביאו הכנה"ג בסי' קמ"ו הגב"י אות ט"ז ע"ש וכן הסכים הר' פרח מטה אהרן סימן ס"ט עיין שם וא"כ ה"נ אם יש עדי הלואה אין טוענין לבעל השטר שמא נפרע ליטול כיון ששניהם באו כאח' אא"כ טען בריא שהוא פרוע ומ"ש הרדב"ז דאם אמר איני יודע נשבע שאינו יודע וגובה שטרו נראה דמדמי ליה ליורשי המלוה שגובי' בשטר אפי' הלוה טוען ברי שהוא פרוע נשבעין שבועת היורשי' שאינם יודעים אם פרוע או לא וגובים ובסימן נ"ט דקי"ל מלוה שהוציא שט"ח וטען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו היינו משום דהי"ל לידע בשטרו אם פרוע או לא כמ"ש הטור שם וכ"כ בעל התרומות שער ג"ן כי היורשים הקילו עליהם חכמים לישב' שאינם יודעי' וליטול מפני שהם אנוסים ולא פשעו בדבר ולא הי"ל לדקדק משא"כ זה האב שהיה פושע דהו"ל למידק וכו' עיין שם וא"כ ה"נ בעל השטר שלא היה לו לידע אם חוב האחר נפרע או לא נשב' שאינו יוד' וגובה בשטרו דהוי כיורשים כמ"ש התוס' בר"פ הפרה גבי ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המע"ה וכו' דכל שלא הי"ל לידע דמי להיורשי' ע"ש אבל הש"ך סימן צ"ט כתב על המ"מ דלאו דוקא אלא ה"ה כשיש שם עדי הלואה והלוהו סתם שיכול לטעון פרעתי לאפוקי אם ההלואה תוך זמנו או שא"ל אל תפרעני אלא בעדים וכ"כ מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ד דאם יכול לטעון נאנסו או החזירם גובה בעל השטר אפילו מודה ב"ח עיין שם וכ"כ מהריק"ש בספר ערך לחם דדוקא היכא דליכא למיחש לפירעון כגון תוך זמנו אבל הודאת הלוה אין סומכין עליה שלא נפרע שמא יעשה קנוניא על מלוה בשטר כנ"ל ועיין בסימן ע"א סכ"א שאע"פ שיש בידו שטר כיון שהלה יכול לומר פרעתי אינו גובה מן הלקוחות וכ"ש בנ"ז שיש מי שסובר דבכל גוונא מלוה בשטר קודמת ע"ש וכן מבואר בתשו' הראב"ד שכ' בעה"ת סוף שער ס"א והטור בסימן זה סט"ו דאפילו יש עדי הלואה חיישינן לקנוניא לאחר זמן הלואה ואפילו בשבו' אינו נאמן ע"ש וראב"ן סי' ס"ד כ' וז"ל

ראו' שלוה משמ' בעדים ואין לו לראובן ממון אלא שוה חובו של שמעון ואח"ך תבעו לוי לראובן לדין ותבעו ממנו בלא עדים מוקדם מהלואת שמעון והודה לו ראובן כיון דמפסיד לשמ' בה דאמרינן לאו הודאה היא וכולי עכ"ל ונראה דס"ל אע"ג דיכול לטעון פרעתי כיון דברי בחיובא וספק בפירעון גובה וידחה הלה שהוא ספק בחיוב וה' משחא דרבותא כ' דאפילו א"ל אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה נאמן דילמא פרעו בפני עדים ועשו קנוניא דודאי באומר אל תפרעני אלא בפני עדים ומת הלוה טעני ליורשו' שמא פרעו בפני עדים אבל כשהתנה אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' ובאו אותם עדים ואמרו שלא פרע בפניהם נר' דפרעי' מן היורשים מיהו אפשר דבהא נמי טועני' ליורשי' דפרעו בפני עדים אחרים שאם היו באים ומעידים נאמנים כמבואר בסימן ע' עיין שם וכבר הוכחתי בסי' ע' דאין טועני' ליורשי' אלא מה שהיה אביהם נאמן בלא ראיה אבל אם לא היה אביהם נאמן אלא בראיה לא וכן הסכמת האחרונים וא"כ ה"נ כיון דאביהם אם טען שפרעו בפני עדים אחרים אינו נאמן וצריך להביא עדים שפרעו בפניהם אין טועני' ליורשי' וכן הוכיח מהרימ"ט חח"מ סי' כ"ה דאין טועני' ליורשי' וכ' וז"ל ולא תימא דגבי יתומים קטנים אשכחן דטעני' להו מאי דאבוהון לא מהימן למיטען בלא ראיה כדאמרי בפ' שום היתומים דאין נזקקין לנכסי יתומים משום צררי ואפי' מלוה בשטר דאלו אבוהון לא מהימן למטען הך טענה דצררי בלא ראיה מ"מ גבי יתומים אמרי' אי אבהון קיים הוה מייתי ראיה הא ליתא דהתם לאפוקי ממונא מיתמי לא מפקינן כל היכא דאיכא למיחש אפי' חששא רחוקה אבל מילתא דלית' בחזקייהו ולא בחזקת אבוהון כגון קרקע זה שמשעבדו ג' שנים יצאת' מחזקת אביהם עכ"ל ונר' דס"ל דיורשי' גדולי' אין טועני' להם מה ושאין אביהם יכול לטעון אפילו להוציא מהיתומים אבל ויתומים קטנים טועני' להם אפילו מה שלא היה אביהם נאמן שלא להוציא מהם וכ"כ התוס' בכתובות דצ"ב בד"ה ראובן וכו' וז"ל ותימא הואיל ולא זקפו עליו ליכא למיחש לצררי א"כ למ"ד טעמא דאין נזקקין וכולי משום צררי משכחת לה דנזקקין כמו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ולא זקפן עליו במלוה ומת ושלם שמעון המעות ליתומי' ואח"ך נמצא שאינה שלו הרי עכשיו חוזר על היתומים ונזקקין הואיל ולא חיישי' לצררי וא"ל רבי נהי דיתומים גדולי' לא חיישי' לצררי כה"ג ביתומים קטנים חיישי' טפי עכ"ל אלמא אפי' בדבר דלא חיישי' לצררי ביתומי' גדולים חיישי' בקטנים אפילו בחשש' רחוקה ולפ"ז נראה דה"נ בא"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' אין טועני' ליורשי' גדולים שמא פרע אביהם בפני עדים אחרים כיון דאביהם לא היה נאמן אלא בראיה אבל ליורשים קטנים שלא להוציא מהם טועני' להם ונ"מ דאפי' במת פתאום דלא חיישי' לצררי כמ"ש

התוס' בפ' מי שמת בשם הר"ש ומהר"ם בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ה' והרא"ש בתשו' כלל פ"ד וכ' ה' משפט צדק ח"ב סי' ל' דגובים אפי' מיתומי' קטנים כיון דליכא חשש צררי ע"ש אפ"ה טעני' להו שמא פרע אביהם בפני עדים אחרים אע"ג דאביהם לא היה נאמן בטענה זו ומהרש"ג בתשו' סימן ט"ל הביא דברי מהרשד"ם סי' רנ"ט שכ' וז"ל ועוד א"א בנ"ד א"ל דטוענ' ליורש' וללוקח וכו' שהוא עשה תנאי וכו' ואלו היה הא' בחיים והיה בידו היינו מבקשים ממנו שיביא ראיה שעשה תנאי ואם לא היה מביא ראיה שאין בדבריו כלום אבל השתא שכבר עברו כמה לוקחי' טענ' לזה וכולי משמע דס"ל דאפילו בדבר שצריך ראיה טוענ' ליורשים וללוקח מיהו אפשר דלא דק במלתיה כיון דדינו אתי' במכ"ש כמ"ש וכ"ש במקום דאיכא רגלים לדבר מוכיחות וכולי ע"ש ולא זכר מ"ש מהרשד"ם סימן תס"ד דאע"פ שהיה המוריש בחייו צריך להביא ראיה אולי היורש אין צריך וכו' ע"ש גם מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' קמ"ז כ' וז"ל ועוד דאפילו אם נאמר דא"א דלא אוש' מילתא במצרים כשנגנב עופרת זה ואלו היה משה חי היה מביא ראיה ועכשיו שמת טוענ' ליתומיו וכו' ע"ש נראה דס"ל למרן ומהרשד"ם דטוענ' ליורש אפי' טענה שהיה אביהם צריך להביא ראיה:

מ"ו כתב הרשב"א במיוחסות סי' כ"ב וז"ל ועוד מ"ש שאין בדין שיזכה זה בחתם ידו של לוה להוציא מיד המלוה שבשט' ואע"פ שהמלוה שבשטר מאוח' מחתם ידו של זה דדילמא השתא הוא והקדים הזמן משו' קטנים וכו' אנו קי"ל כמ"ד שעבוד' דאוריית' וכו' אבל מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת נ"ל דמלוה ע"פ קודמת ודחיישי' לפירעון ולקנוניא ואפי' כשחייב מודה כדאמ' גבי מצא שט"ח התם הוא כשנפל ואיתרע ליה ואילו באו כולם בבת א' לגבות מב"ח ולא היה בהם אלא כדי שיעו' א' אפשר היה לומר דמלוה בשטר יהבי' הכל שאין לזה עדים ממש ששטרו קדם ומשום אותה חששא שאמרת אבל היכא שקדם זה וגבה איך תוציא ממנו ממונא מספק וספ' ממונא לקולא ואצ"ל למ"ד ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אלא אפילו למ"ד לא גבה ה"מ היכא דהוי ודאי מאוחר אבל מן הספק איך אתה עושה שטרו של זה שכתוב בו שטר מוקדם ודאי מאוחר ותוציא ממונא מזה שכבר גבה וא"א יכולים בעלי השט' לטעון שמא אותה המלוה כשעבר הזמן לא היא שכבר אמרת שאפילו עצמו שטוען ברי אינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש ויכו' לטעון זה שטרך בידי מ"ב וכ"ש אלו שאין טוענ' אלא שמא ועוד דשאני הכא דכבר זכה מחמת שטרו וירד אל ביתו ומספק אל תוציאינו מביתו דכל ספק הוי חומרא דתובע וקולא דנתבע ואם יש ספק בזמן על התובע לברר שהוא קדם וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דבכת' יד מוקדם ושטר מאוחר אע"ג דחיישי' שמא הקדים זמנו

משום קנוניא אם כבר גבה אע"ג דב"ח מאוחר שקדם וגבה מוציאין ממנו הכא מספק אין מוציאין מידו דלא חיישי' לקנוני' אפי' כשחייב מודה אלא דוקא בנפל דאיתרע וא"כ לדידן דקי"ל בסי' ס"ט דנאמן לומר פרעתי על כתב יד וטוענ' ליורשים כן וה"נ בעלי השט' יכולי' לטעון כן שמא פרע כיון שכבר גבה אין מוצי' ממנו וה"ה במלוה ע"פ (א"ה עכ"מ):

מ"ז דין ט"ו טען שמעון רבית שעלה וכולי אבל שטר עסקא לא הוי הריוח רק כמלו' ע"פ ה' שבות יעקב סי' קפ"ג ע"ש:

מ"ח דין ט"ז הגה שהרי אין ב"ח נוטל בראוי וכו' כ' הרשב"ץ ח"ב סי' קל"ד וז"ל ואע"פ שהמלוה הוי ראוי לגבי בכור אפ"ה ב"ח גובה ממנה ואע"פ שאין ב"ח גובה בראוי וכו' ואע"ג דכ' דאקני וכו' אפ"ה ב"ח גובה מהמלוה והטעם לפי שהיא משועבדת לב"ח מדר"נ וכו' ע"ש וה' זרע יעקב סי' נ"ב כ' דנראה דס"ל דאפי' אחר תקנת הגאונים דמטלט' דיתמי משתעבדי לב"ח אינו גובה מהראוי מדאצט' לטעמא לזכות המלוה משעבוד דר"נ ולא משום דהאידנא מטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח ש"מ דגם האידנא אינו גובה מהראוי ודלא כהרמב"ם שכ' מרן הכ"מ פי"ו מה' אישות ע"ש ואיברא דבעה"ת שער מ"ג בשם הרמב"ן כ' הטעם לחלק במלוה בין בכור לב"ח לפי שהמלוה היא משועבדת מדר"נ וכ"כ בעה"ט בדיני כתובה סוף דף ע"ו ע"ש: מ"ט שהרי אין ב"ח נוטל בראוי וכו' כ' המרדכי בפ' נערה פ' מהר"ם על אלמנה שמת חמיה קודם בעלה דאינה גובה כתובתה מנכסי חמיה מחל' ירושת הבעל דקי"ל כאנשי גליל והו"ל כל נכסי חמיה ראוי לגבי בעלה ואינה נוטלת בראוי וכו' וכ' ה' עדות ביעקב סו' ך' דמ"ח ע"ג הטעם כדאמרי' בפ' אז"נ משכנתא באתרא דלא מסלקי ב"ח גובה ממנה ובכור נוטל בה פי שנים ע"ש אלמא דגם הקרקע של לוה ויכיל להקדישו ולמוכרו מעכשיו ולאחר זמן המשכנת' והמלוה אינו יכול להקדישו ולמוכרו אפ"ה לענין נטילת בכור פי שנים לגבי מלוה מיקרי מוחזק ולגבי לוה ראוי וה"נ דאין היורשים יכולים לסלק האלמנה הוי כמשכנת' באתרא דלא מסלקי דלגבי לוה מיקרי ראוי ואין הבן נוטל בראוי עש"ב ולית' שהרי כ' הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' רמ"ח גבי משכנת' דבכורו של לוה נמי נטל פי שנים בגופה של שדה אפי' פדאו לאחר מיתת אביהם דלא עדיפא משכנת' ממכירה דאמרי' בפ' השולח דבכור נוטל בה פי שנים בשד' החוזרת לאביהם ביובל ע"ש אלמא לגבי הלוה נמי הוי מוחזק ולא ראוי ועיין במלחמות בפ' כל שעה:

סימן קה

א' דין א' וקדם אדם אחד ותפס וכולי אם מסר התופס לב"ח מה שתפס אין מוציאין מידו מהרשד"ם והביאו הכנה"ג ע"ש וז"ל מהר"ם בתשו' הארוכו' סי' ר"ל ועוד דל"ד כלל לתופס לב"ח דה"מ קודם שבא ליד הב"ח אבל כי יהבי' לב"ח תו לא מפקי' מיניה כדאמרי' בפ"ק דמציעא ראה את המציאה וכו' והרי התם תופס לב"ח במקום שחב לאחרים ואפ"ה תניא אם משנתנה לו אמר אני זכיתי בה לא אמר כלום וזכה בה הלה שמחזיק בה עכ"ל וכן לשון בעה"ת שס"ז ח"ב אין תפיסתו תפיסה כל שלא הגיע ליד אותו שזכה לו ע"ש משמע בהדיא דאם בא לידו קנה:

ב' שכל התופס וכו' אפי' החוב שחב לאחרי' עדיין לא הגיע זמנו וזה הגיע זמנו מהראד"ב סימן קס"ז עיין שם:

ג' במקום שיש עליו חוב לאחרים וכולי פי' דהא דאמרי' במקום שחב לאחרים אין ר"ל שמפסיד לאחרים מל' אין חבין לאדם וכמו שפירש"י בפ"ק אל דמציעא אלא מל' חיוב וחוב וכו' ושמעי' מהכא דאלמנה שעשתה שליח בעדה בעדים לתפוס מטלט' למזונותי' דמהני תפיסה זו אפי' שלא תפסה היא בעצמה דלא מיקרי חב לאחרים במה שמפסידים היורשים מלישא ויתנו בשלהם וכו' דלא אמרו זה במקום שיש ב"ח אחרים ודכותייהו וכולי וכ"כ הריב"ש בתשו' סימן ק"ז וכולי והארכתי בזה בתשו' ומצאתי און לי מחכמי א"י שכ' כוותיה וכו' רבי' בצלאל בס' א"ז בפ' הכותב ע"ש וכ"כ ה' כנה"ג חא"ה סי' צ"ג הגב"י אות מ"ג בשם מהרשד"ם והמבי"ט ומהרמ"א אבל מרן בתשו' חא"ה בדיני כתובה סימן ה' כתב דלא מהני תפיסה ע"י שליח וכ"כ מהריק"ש בהגהותיו שם שכן ראוי לדון ובתשו' בס' אהלי יעקב סי' ע"ה עש"ב וכן פסק מור"ם בא"ה סי' צ"ג ע"ש בבית שמואל ס"ק מ"ד וכן הסכים ה' נתיבות משפט דף ש"ח ע"א ודחה דברי מהרשד"ם ע"ש והביא ראיה וז"ל ונראה לע"ד שיש להביא ראיה לדברי הרב מהריק"א דבה"ג חשיב לגבי יורשים לחודייהו חב לאחרים ואע"ג דבשאר ב"ח לא חשיב לגבי יורשים חב לאחרים שאני התם דהוא חוב גמור ויורש במקום מוריש קאי וחייב לפרוע חוב אביו וכו' אבל הכא לא חוב גמור הוא שאילו לא תפסה לא היו חייבי' היורשי' לתת לה יותר ממזונות י"ב חדש והמותר הנכסים ישאו ויתנו בהם א"כ נמצא השליח שתפס בעדה כל הנכסים הוי תופס במקום שחב לאחרים והראיה מהאומר תנו שטר שחרור זה לעבדי וכו' ומ"מ חשיב ליה חב לאחרים לגבי אדון עצמו כיון שאינו חייב לו האדון כלום כמ"ש התו' בפ"ק דגיטין ע"ש וה"נ דכוותה כיון שלעת כזאת לא היו חייבי' היתומי' לתת לה מזונות יותר מי"ב חדש והמותר היו נושאים ונותנים בהם וכו' ע"ש וזה יש לדחות דשאני התם

דחב הוא לאדון עצמו שהוא מוחזק בעבד משא"כ ביורשי' וכה"ג כ' המ"מ בפ"ג מה' זכייה גבי דבר שאינו מסוים דבמתנה המע"ה ומתנת שכ"מ שאני דאינו בא להיציא אלא מן היורשים ע"ש הרי דהיורשים לא הוו כבעל הממון דאין להם חזקת נימון וא"כ אע"ג דגבי עבד חשיב תופס לב"ח במקום שחב לאדון שהוא בעל הממון מ"מ לגבי יורשי' אפי' אין חייבי' לאלמנה לא מיקרי חוב ליורשי' כמו שחי' מהרשד"ם בתשו' שם ונסתייע מדברי הרמב"ן עיין שם:

ד' במקום שיש עליו חוב לאחרים וכו' והא דקי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו וכו' והתו' תי' דשאני מציאה דא"ל מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה וכו' ולפ"ז אם היה התופס נושה בו קנה חבורו דה"נ איכא מגו אבל הרמב"ן תי' דרי"י ס"ל דבמציאה אינו חב לאחרים דכיון דלא זכה בה אדם לא חוב הוא לו אם אינו מוצאה וגם בעל אבודה גופיה הואיל היא כבר אבודה ממנו ומצוייה אצל כל אדם בהא הגבהה לא ער. בד מפסיד יותר משאר בני אדם ועוד שהרי נתייאש וכו' ואפשר דלכך כ' הרמב"ם בפ"ך מה' מלוה שכל התופס לב""ח במקום שיש לו חוב לאחרים לא קנה אבל אם אין עליו חוב לאחרים קונה לו פי' דהא דאמרינן במקום שחב לאחרים און פי' שמפסיד לאחרים מל' אין חבין לאדם וכמ"ש רש"י בפ"ק דמציעא אלא מל' חיוב וחוב וכתי' הרמב"ן וכו' ושמעי' מהכא דאלמנה שעשתה שליח בעדה בעדים לתפוס מטלט' למזונותי' דמהני תפיסה זו אפילו שלא תפסה היא בעצמה דלא מיקרי חב לאחרים במה שמפסודים היורשים מלישא וליתן בשלהם וכו' דלא אמרי' אלא במקום שיש ב"ח אחר וכ"כ הריב"ש בתשו' סי' ק"ז וכו' רבי' בצלאל בס' א"ז לכתובות בפרק הכותב עש"ב ולפ"ז אם היה התופס נושה בו אימא דלא קנה חבירו דלא ילפי' אלא ממציאה והא כיון דמציאה לאו מה"ט אלא משום דלא מיקרי חוב לאחרים אבל כשחייב לאחרי' אימא דאפי' התופס נושה בו ג"כ לא קנה חבירו דלא אמרי' מגו וכו' והרמב"ם ספ"ב מה' מתנות עניים כ' וז"ל מי שלקח את הפאה ואמר ה"ז לאיש פ' עני אם עני הוא זה שלקח מתוך שזוכה בה לעצמו זכה בה לאותו פ' ואם עשיר הוא לא זכה לו אלא יתננה לעני הנמצא א' ע"ש וא"א בלא"ה לא מיקרי חב לאחרים דומיא דמציאה ובעני ל"ל ה"ט דמתוך וכו' ואם עשיר הוא אע"ג דליכא מגו למה לא זכה לו כיון דלא מיקרי חב לאחרים ועולא דאמר הכי אפשר (א"ה עכ"מ):

ה' ואפי' עשאו שליח וכ' לו הרשאה וכולי הרא"ש הוכיח כן מגופה דמתני' שעשאו שליח דאמר קנה לי וקתני דלא קנה משום דקב לאחרי' ע"ש ואפש' דלא סבר רש"י דבשליח קנה אלא בב"ח דהשליח אינו יכול לתפוס אלא למשלחו אבל במציאה כיון דהשליח יכול לזכות לעצמו א"כ לא הוי שלוחו אלא מעצמו הגביה בשבי' חבירו ולכך לא הק'

התו' אלא מפרק הכות' ע"ש ועיין בהש"ך שכ' דשכירות ירו כידו ותפיסתו תפיסה ולא ראה המרדכי בפ"ק דגיטין שנסתפק בזה וכבר השיגו ה' דברי אמת בתשו' דף ל"ז ע"ש והמח"א בה' שלוחין סימן כ"ז כ' דלק"מ דהתם במטלט' מיירי כי תפיס מלוה גופיה לא זכה בהם זכיה גמורה אלא למשכון בעלמא ואם נאנסו נאנסו ללוה אבל במעות דהמלוה זכה בהם זכיה גמורה ואם נאנסו נאנסו למלוה שלוחו נמי יכול לזכות בו ע"ש וליתא שהרי רש"י ס"ל דב"ח קונה משכון אף להתחייב באונסין והובא בב"י סי' ע"ב ע"ש א"כ אע"ג דזכה זכיה גמורה אין שלוחו כמותו וה"נ לדידן במעות מיהו הר"ן בפ' שבועת הדיינים בענין מודה מקצת ורוצה ליתן משכון על אותו מקצת אי מיקרי הילך או לא כתב וז"ל דכי אמרינן דב"ח קונה משכון ה"מ במשכנו בשעת הלואתו משום דקנו לי מעותיו וכולי וא"נ במשכנו שלא בשעת הלואתו קני לי משום דבגוביינא דב"ד אתא לידיה וגזרת הכתוב הוא דקנו לוה מדר"י דהרי הוא כאלו הגבו לו ב"ד וכו' אבל בנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה במה קנאו וכו' ע"ש א"כ אפשר דרש"י הכי ס"ל דלא קנה משכון אפי' להתחייב באונסין אלא במשכנו בשעת הלואה או שלא בשעת הלואה ע"י ב"ד אבל שלא ע"י ב"ד אפי' נתן הלוה למלוה לא קנה וכ"ש בתפס המלוה שלא מדעת הלוה:

ו' ואפי' עשאו שליח וכו' כתב בעה"ת שער ס"ז וז"ל התופס לב"ח וכו' אדם שתפס וכו' אם מצאו לוי לאותו ארם שמחזיק בהם יכול למחות בידו ולומר לו אלו היית אתה מחזיק בנכסי' אלו לעצמך ולצרכך דין הוא שתועיל שתועיל לך שהרי קדמת ותפסת ראשון אבל עכשיו שאת' מחזיק לזכות אחרים אף על פי שלא עשית בשליחותו אינך רשאי לעשות ואזכה בהם אני מיד וכולי והרב בית דוד סימן ל"א כתב על לשון בעה"ת שכתב אבל עכשיו שאת' מחזיק לזכות לאחרים אף על פי שלא עשית בשליחותו אינך רשאי וכו' ק' טובא מאי אף על פי וכו' אדרבא כשלא עשה בשליחותו גרע טפי ואולי צ"ל אף ע"פ שעשית בשליחותו וכו' עיין שם ולא דק דהתם קאי על שליחות המלוה דמה שמחזיק לזכות אחרים אפילו בלא שליחות המלוה אינך רשאי דאם תפס בשליחות המלוה קנה:

ז' אפילו תפס מה שבידו לא הוי תפיסה וכן מוכח בהדיא בפ"ק דגיטין דאמרינן אמתני' דתנו שטר שחרו' זה לעבדי וכולי דהתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה ומשנתינו דכל האומר תנו כאומר זכו דמי אלמא אפילו תופס מה שבידו שהתפיסו האדון מעצמו ועכשיו חוזר בו לא מהני תפיסתו אלא משום דאמר תנו דהוי כזכי ומהראנ"ח חלק שני סימן צ"ד כתב דאי תפס ברשות הלוה מהניא תפיסתו וכן כתב המבי"ט ח"ג סי' ק' דאם בא לידו בהיתר תפסתו אח"ך מהניא עיין שם ונראה דהיינו דוקא אם אמר ליה הלוה

זכה לפלוני כמו בשטר שחרור וכן כתב בעה"ת שס"ז ח"ב וז"ל והוא הדין בתופס לב"ח בשליחות הלוה עצמו שמצוה לו זכה במטלטלי אלו לצורך פ' וכו' כיון דתפס תפס כיון דבשליחות הלו' עצמו עשה מה שעשה עשה ודינו כדין בעל חוב מאוח' שקדם וגבה מה שגבה אבל התופס לבעל חו' מאיליו או בשליחות המלוה כיון שהוא חב לאחרים אח"כ אין תפיסתו תפיסה כל זמן שלא הגיע ליד אותו שזכה לו עכ"ל אבל אם לא א"ל הלוה זכה לפ' אלא שתפס לא קנה ומהראנ"ח סימן צ"ד כתב וז"ל ואף על גב דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה והכא הוי חוב לאשה מכל מקום כל שתפס ברשות הלוה מהניא תפיסתו והכא תפס ברשות ר' אברהם והוא התפיסו שכ"כ לו ונתתי לו רשות למכור ולמשכן ולפרוע לב"ח וכה"ג ודאי קנה וכיון שהר"א זוכה בהם מדין תופס לב"ח אם כן אף במטלטלי המשועבדי' שהזוכה זוכה בהם משום ת"ה וכו' ול"ל דתופס לב"ח הוי מילתא דלא שכיחא ואינו בכלל התקנה דומה למה שכ' הרא"ש במכירת שטרות דהתם לא טעמא דמילתא דלא שכיחא לבדו אלא דטעמא דלא יצא מתחת ידו לגמרי וכו' ע"ש ואין נראה לענ"ד דאפילו התפיסו הלוה וא"ל זכה לפלוני דקנה התופס היינו דוקא במקום שתפיסת הב"ח עצמו מהניא כמ"ש בעה"ת דדינו כדין ב"ח מאוחר שקד' וגבה מה שגבה גבה ואם כן בממלטלין המשועבדי' למאי דקיימא לן דלא עשו תקנת השוק בב"ח מאוחר כמבואר בסימן ס' ובסוף סימן קי"ג וכן דעת מהראנ"ח עצמו סי' נ"ד ע"ש ודאי דהתופס בשבילו אין כחו גדול מבעל חוב עצמו וכה"ג כתב הרא"ש בפרק קמא דגיטין בשם הר"ח דלא שייך במלוה בתוך הזמן תופס לבעל חוב כיון שהמלו' עצמו לא היה יכול לתפוס ע"ש ועוד דגבי מכירת שטרו' מרן בש"ע סימן ס' לא כתב אלא טעמא דלא שכיחא לבד וכן כתב בספר אבקת רוכל סימן ע"ז במתנה דלא שכיחא דאין בה ת"ה וכן כתב בסימן קכ"ו גבי חזקות דאפילו יש להם דין מטלטלין לכל דבר לא שייך בהו ת"ה דומיא דשטרות שכתב הרא"ש דלא שייך בהו ת"ה במילתא דלא שכיחא ע"ש וכן כתב הרב משפטי שמואל סימן ל"א ע"ש דמהאי טעמא דלא שכיחא לבד ליכא ת"ה ואם כן א"ל דהתופס לבעל חוב הוי מילתא דלא שכיחא וליכא תקנ' השוק וכן כתב מהרשד"ם סימן רי"ב דלא עשו ת"ה בעבד או באמה דלא שכיחא שמא גנבה מהם כמו שכ' הרא"ש דלא שייך ת"ה בשטרות משום דלא שכיחא וגם מרן בתשו' חא"ה בדיני כתובה סימן ו' דס"ל דשייך ת"ה בשפחה היינו דוקא לגבי ב"ח דשכיחא היא לעכוב השפחה ע"ש ומכל מקום נראה דאם לא א"ל זכה לפלו' אלא שתפס לא קנה והמבי"ט ח"ב סימן קנ"ו כתב וז"ל ולענין מ"ש אם יכלו בני שאר האחים להתפרע חלק אביהם על שבו' של שמעון שהוא יודע שלא רצה לפרוע להם חלקם א"א שדין זה תלוי בדין

דתופס לבעל חוב שהדין הוא שבמקו' שהוא חייב לאחרים אינה תפיסה ואפילו עשאו בעל חוב שליח לא קנה אבל אם לא חב לאחרי' קנה לו וכו' וה"נ בנ"ד איכא פסידא לשאר האחים אם לא יקנה זה בתפיסתו שהרי ראובן אפילו לזה שהוא תפוס אינו רוצה לפרוע וכ"ש לבני שאר האחים ואם כן ישבע שמ' שהוא יודע שזה התופס בשביל בני אחיו הוא ידע שאחיו אבי ראובן היה חייב להם וכו' ע"ש נראה דסביר"ל דאפילו תופס זה שבידו לא קנה ואף אם הוא תפוס לעצמו לא מהני תפיסתו לאחרים במגו אלא כיון שתפס יותר ממה שיוכל לזכות לעצמו כדעת הר' ב"ח והסמ"ע ולכך בנ"ד אפילו הוא תפס לעצמו לא מהניא תפיסתו לבני אחיו אם היה חב לאחרים אך תמהני שהרי כ' הטור בשם הרמ"ה דהיינו דוקא כשיש לו שטר חוב שיכול לקיימו אבל אם אין לו ראיה מחזירין הממון לבעלים ע"ש וכן פסק מרן ואם כן לא מהניא תפיסתו לבני אחיו על פה שבועתו (א"ה עד כאן מצאתי): ח' ואפי' עשאו שליח וכו' וכן כתב רב עמרם בתשו' בספר שערי צדק שער ב' מח"ד סי' מ"ו וזה לשונו כגון ראובן ושמעון ולוי הלוו ליהודה ומת והניח קרקעות ומטלטלין ושלח ראובן שליח שלו לתפוס דבר והלך שלוחו ליטול ומצא את שמעון ולוי שתפסו בחובם אומרי' לו אין לך כלום שאתה שלוחו אלו היה ראובן היה נוטל כא' ממנו וסייעתיה מאידך פ' יימר בר חשו וכו' עכ"ל ונראה דאם תפסו הם מטלטלין אפילו בא ראובן עצמו ליטול אין לו כלום דבמטלטלין מה שתפס תפס אפי' הו' מאוחר (א"ה עד כאן מצאתי):

ט' דין ב' אם הלוה חייב גם לתופס וכו' נר' דאפי' היה חוב תוך זמנו יכול לתפוס לאחרים במגו וכו' אבל אם היה ערב כל זמן שלא פרע בשבילו אין לו עליו כלום לא מהניא תפיסתו דלא אמרינן מגו דאי בעי פרע למלוה והוי היא בעל חוב ויכול לזכות ומגו דזכי לנפשיה דתרי מגו לא אמרינן לרבנן דקי"ל כוותיהו הרב נודע ביהודה ח"מ סימן י"ז ע"ש: יו"ד מגו דאי בעי זכי לנפשיה וכו' אפילו תפס יות' ממה שיכול לזכות לעצמו דלא שייך מגו דזכי לחבריה מרן הב"י והסכים עמו ה' ש"ך עש"ב וכן כתב הרשב"ץ ח"ב סימן רל"ד על א' שתפס מ' דינרים זהב עשרה לעצמו והשאר תפס לאחרים דאם תפיסתו היא תפיסה בשביל מתנתו גם בשביל אחרים הוי תפיס' אפי' בלא שליחות ע"ש הרי דסביר"ל דאפילו תפס יותר קנה וכן כתב מהרשד"ם סימן שפ"א ע"ש ועיין בתשובו' נודע ביהודה ח"מ סימן י"ז: י"א מגו דאי בעי זכי לנפשיה וכו' נסתפק מהרח"א אם ראובן חייב לשמעון ולוי ויהודה וקדם בן שמעון ותפס מראובן בעד חוב לוי והוציאו בית דין מטעם דהוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דלא קנה ושוב נתברר שבשעה שתפס זה הבן בעד לוי כבר מת אביו במ"ה ונפלו נכסים מי אמרינן דזכה לוי דהתופס בשבילו תפיסתו

מעליא כיון דגם לו היה חייב ראו' אחר שמת אביו וזכה במיגו דא"ב זכי לנפשיה א"ד כיון שבשעת התפיסה לא היה יודע שמת אביו אין כאן מגו ודעתי נוט' דאין תפיסתו כלום דלאו בר זכייה הוא לדעתו וכו' ה' חיים שאל במפתחות עיי"ש ועיין ברשב"ם והתו' דבתרא דף קכ"ח ע"ב בד"ה אבל וכו' דנראה דלא אמרינן מגו אפילו איכא עדים שמסייעין אותו בטענת המגו כל שלא ידע הוא בהם (עכ"מ):

י"ב דין ג' או תן מנה זה וכו' כ' הסמ"ע דה"ד למ"ד בסי' קכ"ה דתן הוי כזכי ר"ל במתנ' וכאן מיירי במתנה הש"ך ע"ש וצ"ל משום דמיירי בחוב ובמתנה נקט זכי ותן זכי במתנה ותן בחוב דבחוב תן הוי כזכי כדאמרי' בפ"ק דגיטין ע"ש וכ' ה' בית יהודה ח"מ סי' מ"א בא' ששלח מעות להוליך לבעל חובו וא"ל ליתן אותם ביד הערב וקודם שבאו ליד הערב תפסם ב"ח אחר אין תפיסתו כלום דקי"ל הולך כזכה אפי' לא א"ל הולך ליד המלוה ערב נמי דינו כמלוה ע"ש ועיין בתשובות מהרשד"ם בסי' שפ"א שכ' דערב שתפס אפי' חב לאחרי' קנה דכיון שאין ללוה נכסי לפרוע הרי הוא ב"ח ממש וא"כ הולך אותן לערב הוי כזכה אבל מ"ש הרב עוד ונלע"ד דאפי' לא שלחם לערב אלא לאדם אחר שיוליכ' למלוה הדין כן דאין ב"ח אחר יכול לתפוס דכיון דקי"ל הולך כזכי משע' שבאו המעות ליד השליח הו"ל כאלו הגיעו ליד המלוה עצמו דזכין לאדם שלא בפניו וכן הסכים מורי ע"ש צ"ע שהרי כ' בעה"ת שער כ"ח ח"ד וז"ל ראובן שאמר לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי שיזכה בו ליהודה ויהודה אינו במעמדם אך לוי וראובן ושמעון הם במעמד א' וזה נראה ממ"ש הרי"ף בההיא דקמא וכו' אנן יד עניים אנן וכו' נר' מדבריו שזכה יהודה בהמחאת לוי ומסתברא דהא סברא ליתא דלוי הא לא קני מידי כל זמן דלא אתי לידיה ובמה זכה יהודה אלא נראים הדברים כמ"ש ר' אפרים וכו' עש"ב א"כ כל שלא זכה השליח ולא באו לידו לא זכה המלוה והכא נמי לא זכה השליח השני שהמלוה יזכה מכחו (א"ה עכ"מ):

י"ג כתב בתשו' הגאונים בס' שערי צדק שער ה' סי' כ"ו וז"ל כך ראינו מן הדין שאם שליח זה ששגר ראובן ממון עמו של ב"ח שני הוא משמע שהגיע ממון לידו שיצא מידו של ראובן ועמד ברשות בעל חוב שני אנו למדים משליח שמביא גט שאע"פ שכת' ונתן ביד איתתא שויא שליח לקבולי לה גיטא משעת דמטי גט ליד שליח הוא דאיגרש' וכו' ואי שליח של ראובן הוא והעיד עליו שמעון באחריות שילך עד שיגיע ליד ב"ח שני אין יכול ב"ח א' להוציא מאותו שליח כלום ואי משום שטר שיש ביד ב"ח א' שטר זה אינו מועיל אלא שאם יש לו ראובן הלואה או פקדון ביד אחרים מוציא ב"ח א' מידם מדר"נ

וכו' עכ"ל מבואר דס"ל דאם השליח של המלוה משעה שהגיע הממון ליד השליח עמד ברשות המלוה אבל אם הוא שליח של הלוה (א"ה עכ"מ):

י"ד דין ד' דוקא דנקיט ב"ח שטרא בידיה וכו' עיין בתשו' מהרש"ג בס' משפטים ישרים ס' ס"ב:

ט"ו דין ה' התופס לב"ח במקום שאינו חב לאחרי' קנה משמע אפי' לא עשאו שליח ועיין בהריב"ש סי' ק"ז שכ' דעת הרא"ה דדוק' כשעשאו שלי' בפי' לתפוס אבל אם א"ל גבה חובי אינו רשאי לתפוס וכבר הריטב"א בחי' בפ"ק דגיטין חלק על רבו דיכול לתפו' אפי' דלא עשאו שליח משום דזכין לאדם שלא בפניו וכו' וכן דעת רש"י שכ' בפ"ק דמציעא דלא אמרינן תופס לב"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה אלא דלא עשאו שליח אבל עשאו שליח קנה אלמא דבמקום שלא חב אפי' לא עשאו שליח קנה ואע"פ שאין דבריו נראים דודאי במקום שחב אפי' עשאו שליח לא קנה וכו' מ"מ למדנו שהוא סובר דבמקום שלא חב אפי' בלא עשאו שליח יכול לתפו' ע"ש הרי שכ' דהתופס במקום שחב אפי' עשאו שליח לא קנה במקום שלא חב אפי' בלא שליח קנה וכ"כ מהרש"ל בפ"ק דגיטין סי' כ"ו ע"ש וז"ל ה' חוקות הדיינים סי' קכ"ז אבל אם אינו חב לאחרים אם תפס במעות בשליחות המלוה דקונה ואינו יכול להוציאו מידו ויש מי שאומר דאפי' לא עשאו שליח אם קדם הוא ותפס בממון חבירו קנה ואי ק"ל כיון שלא עשאו שליח למה קנה וכו' וי"ל ודאם הלוה הוא אמוד והוא בטוח שאינו מאבד ממונו וכו' לומר לו א"א בע"ד שלי אבל אם רואה בו שהוא מאבד ממונו או שיורד מנכסיו או בשעת מיתה יכול לתפו' וכו' ע"ש מבואר דס"ל דאפי' הלוה מבזבז נכסיו או בשעת מיתה אינו יכול לתפוס בשביל חבירו בלא שליחות אפי' אינו חב לאחרים ויש מי שאומר ס"ל דאם הלוה מבזבז נכסיו או בשעת מיתה יכול לתפוס בשביל המלוה אפילו לא עשאו שליח אבל בלא"ה אין תפיסתו כלום וכ' הרי"ף מדין תקנה הוא כדי שלא יאבד המלוה מעותיו ומורי ה' כ' שהוא מדין משיב אבידה:

ט"ז התופס וכו' כ' הריטב"א בחי' לגיטין וז"ל ונ"ל דלא קנה אלא בזכיה גמורה וראיה מדאמרי' זרק טליתו עליה נפל לו עליה מעבירין אותה הימנו וא"א אמאי מעבירין אותה הימנו וא"ת מפני שהוא כעין חב לאחרים אטו התופס לעצמו במקום שחב לאחרי' מי איכא למימר דלא קנה ודאי קנה וכיון שכן אי לא בעי' זכיה גמורה ליקני משום דודאי מי שתפס לעצמו לא גרע מתופס לב"ח במקום שלא חב ואי לעצמו לא קנה כל שהוא זכה זכיה גמורה כל שכן אפי' תופס לאחרים במקום שלא חב שלא קנה ולפי מ"ש התופס

שטר לב"ח לא קנה לא מיקנו בהגבאה וכו' ע"ש ונראה דאפי' המלו' עצמו שתפס שטרו (א"ה עכ"מ):

י"ץ דין ו' ואם מסרו וכולי מרן בב"י הביאה עיי"ש הרשב"א בפרק שור שנגח דאם רצה ב"ח או נפקד לפרוע מה שבידו למי שנושא בראובן אף ע"פ שלא תבעו בדין הרשות בידו וכן משמע מדברי הגהות מרדכי בסוף כתובות והביאו מרן הב"י בא"ה סי' ע' וכן נראה מדברי הראב"ד ע"ש וכן כתב במיוחסות סי' כ"ג עיין שם ועיין בספר פני משה חלק ב' סימן מ"ו שכתב דהיינו דוקא כשאין לו ללוה נכסים אחרים ודברי הרשב"א הובאו בש"מ לקמא ומשמע שם כן וכן כתב בהדיא ה' המאירי שם וז"ל אבל אם יש לו עוד נכסיו אין זה רשאי לפורעו ואף בית דין אינן מוציאין מידו וכו' ע"ש ומדברי בעל התרומות בשער נ' ח"ב סימן ג' וז"ל ויש לברר אם שיגר הלוה מעותיו למלוה ביד שליח והשליח אמר למלוה הנה הם בידי אך אחזיק בהם לעצמי מבני שאתה חייב לי אם המלוה מודה לו בחובו לשליח ולית ליה שאר נכסי דליגבי מיניה שליח חובו מהם והגיע ומן הלואתו בהא פשיטא שהדין עם השליח ואין כח ביד המלוה וכו' דמשלח אומר לו אלו הוו בידי לא הוה מפיק להו לנכסי מדר"נ דהא לית ליה נכסי אחריני הילכך פטור המשלח שהוא הלוה וכו' ע"ש משמע דוקא בשאין נכסים אחרים אבל אם יש נכסים אחרים חייב המשלח והרב עדות ביעקב סימן מ"ו דף ק"ט תמה דלא אמרו דאין מוציאין מזה ונותנים לזה אם יש נכסים אחרים אלא לטובתו של לוה שני מטעם דכל מה שיש ברשות אחרים הוי משועבד ואין נפרעין מנכסי' משועבדים בשיש ב"ח אבל אם הוא נותן מרצונו לא איכפת לן עיין שם:

סימן קו

א' דין א' מלוה שבא ליפרע וכו' זה דעת הרי"ף והרמב"ם בפרק י"ג מהלכו' מלוה וכתב הגמ"י בשם הסמ"ג שכן דעת ר' האיי עיין שם וז"ל ר' האיי בספר משפטי שבועות שער י"ד הנפרע שלא בפני בעל חובו כגון ראובן שלוה מן שמעון והלך וישב לו במ"ה והאריך הזמן ולא בא אם נתקיים השטר חוב בפני ב"ד ונשבע בעל השטר ויורד לנכסי בעל חובו כשיעור חובו בפניו וכו' ע"ש וכתב הרשב"א בתשו' ח"ב סי' צ"ג שכן דעתי נוטה וכך אנו דנין ופקדון ששינה מדעת בעל הפקדון קם הפקדון באחריותו וחזר עליו כמלוה ונפרעין ממנו שלא בפניו עיין שם:

ב' מלוה שבא ליפרע וכו' כ' הריטב"א בפ' הכות' ונ"ל לפי טעמו של רב נחמן שלא תקנו כן אלא כשלוה ממנו כאן והלך לו אבל אם הלוה לוה במקום א' והוא בא לכאן לגבות

מנכסיו שיש לו כאן אין מגבים לו שלא בפניו אלא ילך למקום שהוא וידין עמו וכו' וכן אני דן עכ"ל וכן כתב הריב"ש בתשובות ומרן הב"י הביאו וכתב עליו ואין נראה כן מדברי שאר פוסקי' שסתמו דבריהם וכו' וכן כתב בתשו' בספר אבקת רוכל בסימן קנ"ה וקנ"ו ע"ש והרב פני משה ח"א סימן מ"א כתב דמהרשד"ם סימן מ"ג נראה דסובר כן דנ"ד הלו' לא הלך למקום אחר אלא עמד שם במקום הלואה ותל' זה בפלוגתא ע"ש ועיין בב"י סימן ק"ד שדחה דברי מהר"ם דאם כן לא לישתמיט א' מהפוסקים לכתוב כן ומהרשד"ם סימן שצ"ב תמה עליו וכי מהר"ם לא חשיב שחידש דין שלא ביארו הפוסקים והוא הוציאו מחשך לאור וכיון שלא מצינו חולק אפשר ששאר פוסקים לא נפלו לבארו ומקום הניחו לו הקדמונים וכו' וכ"ש שהניחוהו לדבר ברור וכו' ע"ש ואם כן שהריטב"א דן כן למעשה והריב"ש גם כן ולא מצינו חולק וכל שכן דנראה דבר ברור לטעמ' דר"ן (א"ה עכ"מ ועיין מה שכתב הרב המחבר בסעי' ו' ז':

ג' מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים וכו' אבל כת"י דיכול לומר פרעתי לא מהר"י עיאש בתשו' ח"א סימן מ' בשם רבו עי"ש ונראה דכתב יד שיש בו נאמנות דהוי כשטר דאינו יכול לומר פרעתי נפרע שלא בפניו:

ד' מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים וכו' נר' דמקיימין את השטר שלא בפניו וגובים בו וכן כת' הרשב"א בתשוב' ח"ב סימן שנ"ט וז"ל וכל שהוא קרוב יום אחד שולחים לו שליח בית דין ומודיעים אותו אם בא טוב ואם לא בא וטען השטר שהוציא לפניהם בע"ד שהוא מזוייף הוא או שפרוע ויטרח ויביא עדים נותנים לו זמן כ"ש בפרק הגוזל אבל אם הוא רחוק יותר ממהלך יום אחד אם אין לו אלא קרקעות מיד מכריזין ועושין לו שומא ומורידים אותו לתוכו ואם מצאו לו מטלטלין מגבי' לו מיד בשומא שלא אמרו וכו' אבל הכא דלא טען לוה שהוא מזוייף או פרוע מסתמא אחזוקי שטרא במזוייף או פרוע לא מחזקי' דלא למיגבי ביה ואפילו מטלטלין אלא מקיימין את השטר ומשביעים אותו שהוא חייב בשטר זה כמו שהוא טוען וגובה אפילו ממטלטלין וכן כ' הרמב"ם פי"ג מה' מלוה ע"ש הרי בהדיא (א"ה עד כאן מצאתי וחבל על דאבדין):

ה' מלוה שבא ליפרע וכו' כ' בתשו' הגאונים שער ד' מח"ד סי' מ"ח על אלמנה שטענה ואמרה יש לי כתובה והלואה על בעלי וכולי וז"ל כך ראינו אם מוציאה שטר כתובה מוחזק בב"ד משביעי' אותה ונותנין לה כתובת' ואם יש בידה שט"ח מוחזק בב"ד משביעי' אותה וכו' אבל אם אין בידה שטר ועדות שלה ע"פ הוא קי"ל דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ואין בעדותן ממש ואין נותני' לה כלום וכו' ע"ש ונר' דס"ל דאפילו קבלו

דיעבד שלא בפני בע"ד אין עדותן כלום כדקיי"ל בס' כ"ח סט"ו ומיירי אפילו במלוה בתוך הזמן דגובה אפי' מיורשים קטנים מ"מ אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד:

ו' מלוה שבא ליפרע וכולי ראובן נתחייב לשמעון בקש"ס בדל"ב סך בעיר אחרת והביא המלוה עדים לב"ד שבכאן וקבל העדות על הק"ס וכתבו ונתנו בידו קבלת העדות ואחר ימים מצא סחורה בע"א של הלוה ונר' אחר ששלחו לו ב"ד כמה פעמים ולא ענה דב"ד מגבי' שלא בפניו דק"ס הוי כשטר שאון נאמן לומ' פרעתי לעולם כמבוא' בסי' ט"ל ובסי' מ' ע"ש וכבר כ' מרן הב"י ובתשו' בס' אבקת רוכל סימן קנ"ה וקנ"ו דאפילו ההלואה היתה במקום אחר מגבי' לו חובו דלא כהריב"ש והסכימו עמו רבנים אחרים ע"ש וכ"נ מדברי מהרשד"ם בסימן מ"ג כמ"ש ה' פ"מ ח"א סי' מ"א ע"ש וא"כ ה"נ הכא אפי' שחיוב היה במקום אחר מגבי' לו בעידי הקנין ואע"ג דקבלת העדות היתה שלא בפניו דב"ד קבלו העדות הקנין שלא בפניו כבר כתב מרן הב"י סימן כ"ח בשם הרשב"א בתשו' דכל שאין הבע"ד בעיר מקבלין וכ' מהרח"ש חא"ה סי' מ"ב כמה פוסקים ס"ל הכי וכיון דהא דאין מקבלי' שלא בפניו אינו אלא מדרבנן ע"ש וכן פסק מרן בסי' כ"ח סי"ו ע"ש וא"כ ודאי דדנין ע"פ אותו עדות וכל שאין הלוה יכול לטעון פרעתי מגבי' אותו שלא בפניו וכן פסק מהרשד"ם סי' י"ח בנ"ד ע"ש:

ז' ראובן שהיה חייב לו שמעון שהיה במ"ה ולוה א' מחבירו ומת המלוה ושלחו מהתם להכא מטלטלין שלו ובתוכם כת"י שחייב לו חבירו ובאו היורשים לפרוע מנכסי הלוה שבכאן שלא בפניו ולכאו' נר' דלא מהני קיום הכת"י שלא בפניו וגובה בו שהרי כ' הב"ח בסימן ק"י והש"ך בסימן מ"ו סק"י דה"ד קיום שטרות דרבנן אבל כת"י צריך קיום מדאוריי' ואין מקיימין אותו שלא בפני בע"ד ע"ש אבל כבר הוכחתי בסי' ק"י דבכת"י נמי א"ץ קיום אלא מדרבנן ומקיימי' שלא בפני הלוה עיין שם ואע"ג דבכ"י או בשטר שיכול לטעון טענה ליפטר בשבוע' אין נפרעי' שלא בפניו כמ"ש מהריק"ו שרש פ"ט והרדב"ז ח"ג סי' תס"ח ומהרימ"ט ח"א סי' קכ"ד ועי' בס' בית יהודה סי' מ' כבר כ' מהרש"ך ח"ג סי' מ"א דאם נעשה הענין במקום שנהגו אינו נאמן לומר פרעתי אף שבמקום הפירעון אין נוהגין כן בתר מקום השיעבוד אזלי' והביאו הכנה"ג בסימן ס"ט הגב"י אות כ"א ע"ש וכ"כ עוד מהרש"ך ח"ד סי' צ' וכן הסכים ה' בני חיי בסימן ל"ב עיין שם וא"כ בנ"ד שהלוהו בעיר שמנהגם שאיני נאמן לומר פרעתי בכת"י נפרעי' שלא בפניו אף במקום הזה שהיה נאמן לומר פרעתי דבתר מקום השעבו' אזלי' וכבר כ' מרן הב"י בתשו' בס' אבקת רוכל קנ"ה וקנ"ו והסכימו עמו רבנים אחרים אפילו היתה ההלואה במקום אחר מגבי' לו ואף שהמבי"ט ח"א סימן רכ"ט ומהרש"ך ח"ב סי' ק"פ וח"ד סימן ק"ד חלקו

על מרן אנו אין לנו אלא דברי מרן ודעימיה ועי' בס' דבר משה ח"ב סי' י"ד ד' כ"א: ח' כתב ה' פני משה ח"א סי' מ"א דכשיש שבוע' ללוה שיפרע לזמן פלוני אפ"ל דכ"ע מודו דאין נפרעין שלא בפניו דרגלים לדבר שכבר פרעו שלא לעבור על שבועתו ואיכא חשש שובר וכו' ע"ש וכן ראיתי להכנה"ג בתשו' בעי חיי סימן נ"ז שכ' אם יש שבועה שיפרע לזמן פ' כ"ע מודו אין יורדין לנכסיו ו דהלכה רווחת דאחזוקי איניש ברשיעי לא מחזקי' וא"כ בודאי יש לחוש שהלוה פרע לזמנו שלא עבר על השבועה ובודאי יש לו שובר או ראיה ועוד דהא דנפרעין שלא בפניו הוא מפני התקנה שלא יהא כל א' נוטל מעותיו של חבירו והולך למ"ה ואתה נועל דלת וכשהלוה מושבע ועומד לא תקנו דמלתא דלא שכיחא היא שיעבור על שבועתו וכה"ג כ' הרא"ש דלא תקנו תקנת השוק במלת' דלא שכיחא ע"ש ליתא שהרי כ' הרשב"א בתשו' ח"ד סי' ר"י וז"ל ומסתברא שהלוה נותן שכר אע"פ שנחלקו בגמ' אם נפרעי' מן האדם שלא בפניו וכו' ליתא אלא אדרבה כל ששטרו של מלוה בידו חזקה דלא פרע ולא התפיס צררי וכולי אלא שתקנה התקינו כל שהוא קיים שלא יפרע אדם מנכסיו שלא בפניו משום שובר וצררי הילכך לתקנת הלוה אמרו וכו' וכיון שתקנתו היא אינו בדין שיוצא מלוה שכר השליח ונמצא מפסיד וכו' ע"ש הרי דמן הדין המלוה גובה בלא שבו' שלא בפניו דחזקה שלא פרעו אלא שחששו חכמים לתקנת הלוה וכ"כ התוס' בכתובות דף פ' בד"ה נשבע וכולי וז"ל מק' אמאי לא תנא האי נשבע ונוטל בהדי נשבעי' ונוטלי' בשבועו' וכו' ונר' דהתם לא חשיב אלא אותם שצריך לאשמועי' דנוטלי' וכו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מנכסי יתומים אי לאו דאשמועי' הו"א דנוטלים בלא שבוע' מחמת השטר והל' מוכיח כן דהתם קתני נשבעי' ונוטלים משמע דאתא לאשמועי' דנוטלי' והכא קתני לא יפרעו אלא בשבו' משמע דאי לאו דאשמועי' הו"א דנוטלי' בלא שבו' וכולי וכ"כ הר"ן בר"פ כל הנשבעי' ע"ש וא"כ הנפרעת שלא בפניו דתנן בפ' הכותב מדינא נוטלות בלא שבו' וה"ה ב"ח לרבא דאל"כ הו"ל למתנ' ובמתני' דשבועו' בהדי דנשבעי' ונוטלים וא"כ כל זמן שהשטר ביד המלוה חזקה שלא נפרע ועי' בתשו' הרדב"ז ח"ג סימן תס"ח מיהו מטעם אחר שכ' הפ"מ והכנה"ג דכיון דיש שבוע' לא מחזקי' איניש ברשיעי נראה לכאו' דאין יורדין לנכסיו דלא אמרי' חזקה דשטרך בידי מ"ב כיון דאיכא חזקה כנגדה דאין אדם נשב' לשקר דקיי"ל בסימן פ"א סכ"ח אמר מנה לפ' בידי וכולי ונשבע על הודאתו ובא הלה ותבעו והשיב שלא להשביע את עצמי נתכוונתי והשבוע' היתה לשקר אין שומעי' לו דחזקה אין אדם נשב' אלא באמת כמ"ש הטור שם ע"ש הרי דאמרי' חזקה שלא נשב' לשקר אפילו להוציא ממון כ"ש להחזיק דלא אמרי' חזקה דשטרך בידי מ"ב כיון דאיכא

חזקה אחרת נגדה דאין אדם נשב' לשקר וכה"ג כ' הש"ך בסי' פ"ב בדיני מגו סק"י דלא אמרי' חזקה דאין האשה מעיזה פניה נגד בעלה אלא בדליכא חזק' אחרת נגדה עיין שם וכ"כ מהרש"ך ח"א סי' צ"ז בלוה שטען על השטר פרוע והמלוה מודה לו דאם יש שבוע' ולא הוחזק הלוה רשע ועובר על השבו' נאמן אפילו במקום שחב לאחרים ולא אמרי' חזקה דשטרך בידי מ"ב ע"ש ולכאו' נמי נר' דה"ה שטר שיש בו שבו' שיפרע לזמן פ' ומת הלוה אחר הזמן אינו נפרע אפי' מיורשי' גדולים דחיישי' שמא הלוה פרע בזמנו שלא עבר על השבו' ובודאי יש לו שובר או ראיה וכן ראיתי לה' שארית יוסף סימן ל"ד שכ' בא' שנשבע לב"ח שאין לו שום מטלטלין בעולם רק הבית וכל מה שירויחו יתן לב"ח ואח"ך מת ומתה אשתו אחריו ולא נשבעה על כתובתה לא חיישי' שמא התפיס לה צררי כיון שנשב' לב"ח שאין לו וגם מה שירויח יתן לב"ח ע"ש וה"ט משו' דחזקה אין אדם נשב' לשקר ועובר על שבועתו אבל הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' ע"ה וסימן פ"ב וז"ל כתב הרשב"א שנשאל על שמעון שהוציא שטר על ראובן שחייב לו מנה וטען ראובן שהוא פרוע והראיה שלא כ' חוב זה במזכרת נכסיו כשנשבע לתת מזכרת כל נכסיו לגבאי המס והשיב שהדין עם שמעון ואין ראיה שלא כתבו במזכרת המס דשמא שכחו ע"ש וכ' מהר"י באסן סי' ל"ד לכאו' דפליגי הרשב"א והטור אבל אחר העיון ל"פ כלל דבנדון הרשב"א אם היה נשב' שמעון אחר שהביא המזכרת שאין לו נכסים רק הכתובים במזכרת ודאי דאפילו הוא טען שכחתי אינו נאמן דנעשה חשוד אבל השתא דנשבע להבא לתת מזכרת כל נכסיו הרשב"א אזיל לטעמיה דס"ל דהנשבע להבא לא נעשה חשוד ואמרי' נמי שמא שכח עש"ב א"כ בשבוע' דלהבא סובר דלא אמרי' חזקה שלא נשב' לשקר ואמרי' שמא שכח מיהו משמע דלמ"ד דאפי' בשבו' דלהבא נעשה חשוד וכן סתם מרן בסימן ל"ד ס"ה ע"ש ה"נ אמרי' חזקה שלא נשב' לשקר וצא שכח אבל הא ליתא שהרי הרשב"א בתשו' ח"ג סימן צ"ד כ' מחלוקת בזה אם נעשה חשוד בשבו' דלהבא או לא ואין בידנו ראיה מכרעת כא' מהם אלא שפשט השמועה כדעת ר"ח אזלא טפי ועוד דכל שיש ספק בדבר אין פוסלים בני אדם מן הספק וכן לא נוציא ממון מחזקתו מן הספק וכולי ע"ש וא"כ ה"נ אפי' נשב' להבא לתת מזכרת כל נכסיו אמרי' חזק' דלא נשב' לשקר שלא להוציא ממון מראובן מספקא וראיתי להמבי"ט ח"ג סימן צ' שכתב בשותפים שא' מהם צוה בשעת מיתה על נכסים שהם שלו לבד וטענו השותפים שהוא נשב' להם שלא היה לו אלא מה שהוא בחנות השותפי' וז"ל והחכם החולק כ' שאין בטענה זו ממש שאם מפני השבו' אפ' שכשנשבע כבר הפריש אליו הנכסים ואסרם עליו בהנאה וראיה מתשו' הרשב"א על ראובן שהיה חייב מנה בשטר

וטען שהוא פרוע והראיה שלא כ' חוב זה במזכרת ואני אומר וכו' ומ"ש הרשב"א שמא שכח ה"ד בענין כתיבה כל פרטי נכסים שאפשר ששכח וקרוב הוא לשכוח דבר א' בין דברים הרבה אבל בנשבע על דבר פרטי כגון אם היו לו נכסים אחרים זולת חלק החנות לא שייך שכחה וכו' ע"ש משמע דס"ל דאין חי' שבועה דלהבא לשבועה דלעבר דאפי' בשבוע' דלעבר כנ"ד אמרי' שמא שכח אלא שחי' המבי"ט דבדבר פרטי לא שייך שכחה והביאו הכנה"ג בסימן ע"ה הגב"י אות ד' ע"ש ותשו' הרשב"א דמזכרת המס היא בח"ב סי' ש' וז"ל ואלו שאלו הגבאי חייב לך אדם אחר יותר מזה ואמר אין אדם חייב יותר אפשר שהפסיד חוב זה שהרי הודה וכולי ואפ' כי גם בענין זה שאמר שאין לו אלא מה שהראה כתוב אינו מפסיד בכך דהפרש בין אומר בכלל נכסיו שאין לו יותר ובין שמודה בענין פרטי שאין לו כגון מודה שאין לו ראיה על דינו זה שבענין א' פרטי אדם עשוי לזכור אם יש לו ראיה עליו או לא אבל מה שעשה לא' מנכסיו מרובין ואין העשירים יודעים וזוכרים כל אשר להם וכו' ע"ש הרי שכ' דבדבר פרטי אדם עשוי לזכור ודוקא בכל נכסיו שייך שכחה ומשמע דה"ה לגבי שבוע' כחי' המבי"ט ובזה נראה דבעה"ת והטור ל"פ על הרשב"א דדוקא במודה לחבירו שחייב לו מנה ונשב' על הודאתו דאין נאמן לומ' שכחתי בדבר פרטי אבל במזכרת המס בכלל כל נכסיו מודה דאפשר שישכח דבר פרטי וא"כ נר' דאין חי' בין שבוע' דלהבא לשבוע' דלעבר דאפי' בשבוע' דלהבא אם היא על דבר פרטי אמרי' חזקה דאין אדם נשב' לשקר וה"נ אם יש שבו' שיפרע לזמן פ' א ועבר אין נפרעי' מנכסיו שלא בפניו ולא מיתומי' ולקוחות אבל מהרש"ך ח"ד סימן צ"ו גבי חזקה דאין אדם פורע בתו"ז דאפי' נשב' על החוב לפורעו בזמן פ' וטען שפרעתי בתוה""ז אינו נאמן והוי חשוד שעבר על שבועתו ע"ש והא בריש בתרא מ"ל מי אמרי' מגו במקום חזקה ודקיי"ל קולא לנתבע ונאמן לומר פרעתיך בתו"ז במגו וגבי שבועה חזקה דאין אדם נשב' לשקר ואין נאמן במגו א"כ חזקה זו עדיף וכה"ג כ' הש"ך בסימן קמ"ו ס"ק כ"ה עיין שם ומצאתי להרשב"א בתשו' ח"ג סימן מ"ב שכ' וז"ל ראובן נתחייב לשמעון מנה בשטר כראוי ובשבועה אבל אין חתום בו אלא א' מן העדים ולאחר זמן השטר נפטר שמעון וכולי והאפטרופוס' שעל נכסי שמעון תבע המנה מראובן וראובן טען בשטר וכו' אלא ע"א ועוד שיש בו שבו' וחזקה שלא עבר על שבועתו והאפטרו' טוען וכולי ולענין השבוע' אומר שהרויח לו את הזמן מחמת שהיה קרובו וכו' תשו' לפי מ"ש הרמב"ם וכו' וזה כדעת הגאונים שהסכימו כן כשהוציא עליו כת"י שנאמן לומר פרעתי אבל מן הגדולים האחרונים יש שאמר שאפילו כשהוציא עליו כת"י אינו נאמן לומר פרעתי משו' דא"ל שטרך בידי מ"ב ולזה דעתי נוטה וכולי וכיון שכן אף כאן

שיש שטר אע"פ שאין חתום בו אלא ע"א א"א דפרעיה שטר בידיה דמלוה ל"ל וכ"ש וכו' עכ"ל הרי דאפי' איכא שבו' והוא טוען בריא שפרע אינו נאמן וכ"ש בשטר בב' עדים והיורשים טוענין שמא ואפ"ל דלא אמרי' חזקה דאין אדם נשבע לשקר אלא דוקא בשבוע' שקר אבל בשבוע' ביטוי דלהבא לא וכה"ג מבואר בסי' ל"ד דעובר על שבוע' דלהבא לא נפסל לעדות ולשבוע' משו' דבשעת השבו' לא יצא מפיו שבוע' לשקר שהרי בדעתו לקיים שבועתו ע"ש וגם מ"ד דבשבו' דלהבא נמי נפסל משום דס"ס הרי עבר על שבועתו (עכ"מ):

ט' אחר שישבע המלוה וכו' כ' הרדב"ז בל' הרמב"ם סימן ע"ו דאשה הנפרעת כתובתה בחיי בעל' שלא בפניו אין משביעין אותה שלא מחלה ושלא מכרה כיון שגירשה א"א דמחלה לא היה מניח ביד' שטר הכתו' אלא דמשביעין אותה שמא צררי אתפסה אבל טענ' מחיל' או מכירה לא טענינן ליה אלא יבא הוא ויטעון דאין טוענים אלא ליתומים וללקוחות ע"ש ונראה דס"ל דדוק' הנפרעת מיתומים ומלקוחות דמשביעים אותה ג"כ שלא מחלה ושלא מכרה משום דאלו אביהם היה קיים דילמא היה טוען השבע לי שלא פרעתי ואנו טוענים בשבילם מה שהיה יכול לטעון כמו שכ' טעם זה רש"י בפרק הכותב ובפרק השולח ע"ש אבל שלא בפניו לא טענינ' ליה ולא תשבע שלא מחלה ושלא מכרה ולפ"ז דמלוה שהוציא שטר חוב לגבות מיתומים ולקוחות אין צריך לישבע שלא מחל ושלא מכר דהא אם טען הלוה מחלת לי החוב שבשטר דעת בעל העיטור ובעה"ת והרשב"א דהוי כטוען אמנה ורבית דאין צריך המלוה לישבע כמבואר בב"י סימן פ"ב ע"ש וכן נראה דעת הרמב"ם כמ"ש מהרימ"ט בסי' קכ"א ומהר"ש צרור סימן י"ד ע"ש וכן כתב מרן בסימן פ"ב יש מי שאומר וכו' ויש מי שאומר דמי שטען אמנה או רבית הוא וקיימא לן כי"א אחרונה ואם כן אין טוענים ליתומים וללקוחות והמלוה שבא לגבות מהם א"צ לישבע שלא מחל ושלא מכר ואלו הרמב"ם בפרק כ"ב מהלכות ולוה כתב וז"ל ומשביעים את הטורף בנ"ח שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר ע"ש מיהו נר' דעיק' השבועה על הפירעון אלא מגלגלין עליו גם המחילה וכן כתב הטור בסימן קי"ד וז"ל ומשביעים המלוה בנ"ח שלא נפרע כלום וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו לאחר ולא מחלו עיי"ש וז"ל בעה"ת שער ג' ח"ו סימן ג' נשבע המלוה שלא מחל חוב זה ולא מכרו לאח' ושלא נפרע וכו' והר"י הברצלוני הוסיף שישבע שאין שטרו אמנה מפני חשש קנוניא ומן הדומה בשבועה שנשבע לו שאינו פרוע מגלגלין עליו כל זה וכו' עכ"ל משמע דעיק' השבועה על הפירעון אבל שלא מחלו ושלא מכרו ולא שט' אמנה הכל מדין גלגול אף שכתב תחילה שלא מחל וכו' וגם מרן בסימן קי"ד

שכתב נשבע שלא נפרט ולא מחלו ולא מכרו וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה וכו' דמשמ' דשלו מחלו ולא מכרו לאו מדין גלגול אלא דוקא טענת אמנה הרי פסק שם דאם הוא בתוך זמן טורף בלא שבו' משמע דמחילה לא שכיחא ואין משביעין עליה אלא בגלגו' הפירעון ובתוך זמן דלא חיישינן לפירעון ולא חיישי' למחיל' דהא בתוך זמן מהניא מחילה ואפילו הכי בתוך זמן אין משביעין אותו דעיקר השבועה על הפירעון משום דטוענ' ללקוחות וליתומים מה שאביהם יכול לטעון ואם היה טוען השבע לי שלא פרעתיך משביעין אותו אבל על טענת מחיל' אין יכול להשביעה והכא נמי בתוך זמן דלא חיישי' לפירעון גובה בלא שבועה מיתומים ולקוחות דלא טענ' להו מה שלא היה אביהם יכול לטעון אבל התוס' בשבועות דמ"א בד"ה וכי וכו' כת' דלאו מה"ט הוא דאפילו לא מצי אבוהון טעין טענ' ליורשים דתנן כתב לאשתו נקי נדר נקי שבו' לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפילו במקום שאין האב יכול להשביע ע"ש ולפ"ז (עכ"מ):

יו"ד מלוה שבא לפרוע וכו' אבל במתנה לא תיקנו שיפרע שלא בפניו ה' זרע אברהם סי' ג' דף ס"ה ע"ג עי"ש:

י"א ואם כתו' בשט' נאמנות בפי' וכו' דעת הרשב"א בתשו' סימן אל"ף א' דאפילו בנאמנו' סתם אין צריך לישבע שבועה שהרי האמינו על נכסיו ולא דמי לנפרע מן היתומים וכולי עיין שם:

י"ב הג"ה וי"א דאין גובין וכו' כתב הסמ"ע דוק' מנכסי הלוה עצמו אבל אם מת הלוה ומצא נכסי הלוה במקומו אף על גב דהיורשים חייבים לפרוע חוב אביהם מחמת שירשו ממנו ממון אחר מכל מקו' אין שיעבודו על נכסים אלו שהם של יתומים וכו' אבל מה שירשו מאביהם שהוא משועבד לבעל חוב גובה שלא בפניה' וכו' עיין שם וכן מבואר בתשו' הרשב"א ח"ב סי' שפ"ה דגובים מממון הלוה שלא בפני היורשים עיי"ש:

י"ג וי"א דאין גובין וכו' כתב הכנה"ג אות ג' וז"ל יראה דה"ד בלוה עצמו אבל בפני הלוה אין נפרעין שלא בפניהם אפילו בשבועה וכן כתב בס' מורה צדק בשם הריטב"א אבל מהר"ם מטראני ח"ב סי' ר"ח כתב דאם בלוה עצמו נפרעין שלא בפניו כ"ש ביורשים עכ"ל משמע דסבי"ל דאפילו ממון שירשו מאביהם שהוא משועבד לבעל חו' אינו גובה שלא בפני היורשים ומהר"ם מטראני סבירא ליה דכ"ש דגובה מיורשים אבל מנכסי היורשים כיון שאין שיעבוד על נכסים אלו שהם של יתומי' אפשר דמודה מהר"ם מטראני דאינו גובה שלא בפני היורשי' כדעת הריב"ש סימן שנ"ג והביאו הסמ"ע וה' כה"ג סוף סימן עיין שם ורשב"ם בבתרא דף קכ"ד דתניא יצא עליה' שטר חוב נותן פי

שנים ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי כתב וז"ל דנ"מ אם הלכו אחין למ"ה אין מורידין לב"ח בקרקע עד שישמעו בית דין טענת האחים וכולי דשמא יטענו פרענו או שטר פרוע הוא וכולי עיין שם ולכאורה נראה דסבירא ליה כדעת הריטב"א דדוקא בלו' עצמו נפרע שלא בפניו אבל מיורשיו אפילו ממון שירשו מאביהם שהוא משועבד לבעל חוב אינו נפרע שלא בפניה' וכן ראיתי להרב גד"ת בשער ס' דסבירא ליה דדוק' מלו' עצמו וכו' עיין שם אבל הרשב"א הובה בס' א"ז לבתר' שם כתב ע"ד רשב"ם וזה לשונו ולפי' אפשר דאפי' לרב' דאמר בפרק הכותב דאפילו בבעל חוב דעלמא נפרעין מן האדם שלא בפניו וגובין אפילו הכי נפקא מינה וכו' כל שהאחים קרובים כדי שנשלח ונודיעם אין יורדין לנכסי' עד שנשלח להם וכו' עיין שם משמע דסבירא ליה דגוב' אפילו מיורשים שלא בפניהם דאם לא כן הא נ"מ אם הלכו למדינת הים דאין גובין כלל שלא בפניהם מיהו משמ' מדברי הריב"ש דהיינו דוקא בנכסי יורשים כיון דאין שעבודו על נכסים אלו שהם של יתומים אבל ממון שירשו מאביהם שהוא משועבד לבעל חוב גובה שלא בפניהם כמו שכת' הסמ"ע עיין שם ומכל מקום א"ל דנפקא מינה אם מצא המלוה נכסי היורשים במקומו דחייבים לפרוע חוב אביה' כיון שירשו ממנו ממון אחר אבל אינו גובה שלא בפניה' כיון שאין ממון זה (א"ה עד כאן מצאתי והשאר קרוע) ועוד דנפקא מינה אם המלוה האמין ללוה שיהא נאמן על השטר לומר שהוא פרוע דאין המלוה יכול לגבות בשטר זה מן היורשים דטוענים להם שהוא פרוע כמבואר בסי' ע"א סכ"א עיין שם ואם כן אם יצא עליהם שטר חוב בנאמנות ללוה והבכור מודה שאינו פרוע אלא שאמר איני נוטל ואיני נותן שצריך המלוה לתבוע אחיו של זה לדין ואם הלכו למדינת הים אין מורידין לבעל חוב בקרקע דשמא פרוע וכל שאין יודעים אם הוא פרוע אינו גובה:

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם