הלכה · משנה תורה · מפרשים · שורשי הים · ספר משפטים

שורשי הים על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

רבי יצחק מאיו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שורשי הים על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

רבי יצחק מאיו

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שורשי-הים-על-משנה-תורה-הלכות-מלווה-ולווה/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ב 6
הלכה ד 12
הלכה ז 37
פרק ב 37
הלכה ו 37
הלכה ז 51
פרק ג 54
הלכה ח 54
פרק ד 58
הלכה א 58
הלכה ב 58
פרק ה 59
הלכה א 59
פרק ו 62
הלכה ב 62
פרק יא 68
הלכה ג 68
הלכה ד 82
פרק יג 88
הלכה א 88
הלכה ג 102
הלכה ד 116
פרק טו 131
הלכה א 131
הלכה ב 157
הלכה ג 172
הלכה ד 178
הלכה ה 193
הלכה ו 207
הלכה ז 221
פרק טז 235
הלכה ה 235
הלכה ז 238
פרק כג 247
הלכה ח 247

פרק א

הלכה א

שורש מצות הלואה לעניי ישראל מ"ע **להלוות לעניי ישראל שנאמר אם כסף כו' יכול רשות כו' ת"ל והעבט תעביטנו כו'**. כתב הרב לח"מ ז"ל וז"ל בהאי קרא לדידיה לא סגי דהו"א דקרא התם מיירי בעני שהוצרך לשאול לו לכך הוצרך להביא אם כסף תלוה את עמי כו' יע"ש:

ולעד"ן דמשום דהאי קרא דאם כסף ילפינן דמצוה להקדים הלואת ישראל בחינם להלואת גוי ברבית כמ"ש רבינו לקמן בפ"ה הל' ז' לכך הביא קרא דאם כסף. מיהו בעיקר דברי המכילתא הלזו דיליף מההי' דהעבט תעביטנו לקרא דאם כסף דחובה הוא ולא רשות ק"ל מההיא דפרק מציאת האשה דס"ד ע"ב דדרשינן קרא דהעבט תעביטנו בעני שאין לו ואינו רוצה להתפרנס שנותנין לו לשום הלואה וכ"כ רבינו בפ"ז מה' מתנות עניים ד"ט וז"ל עני שאינו רוצה ליקח מערימין עליו ונותנין לו לשם מתנה או לשם הלואה וכ"כ בספר החינוך בפ' ראה וז"ל ואמרו ז"ל שעני שאינו רוצה ליקח מערימין ונותנין לו לשם הלואה ואח"ך אין שואלין אותה ממנו יע"ש וא"כ אכתי איכא למימר דקרא דאם כסף רשות הוא להלוות כדי ליפרע וקרא דהעבט במלוה שלא ליפרע שפותחי' לו לשום הלואה כדי שיקח מתנה בעלמא ולא ליפרע ממנו ואפשר דפשטיה דקרא דהעב' תעביטנו מיירי בהלואה גמורה ע"מ ליפרע ממנו אלא דרבנן הוא דאסמכו' אהאי קרא דעני שאינו רוצ' להתפרנס שמערימין עליו לתת לו לשום הלואה מיהו מההיא דפריך התם בפרק מציאת האשה ורבנן האי תעביטנו מאי עבדי ליה ומשני דברה תורה כלשון בני אדם משמע דדרשא גמורה היא ולא אסמכתא בעלמא כמבואר ולולי שרבינו ז"ל הביא המכילתא הלזו והביא ההיא דפרק מציאת האשה היינו יכולין לומר דהמכילתא הלזו פליג אההיא דרשא דפרק האשה אבל לרבינו ז"ל קשה. ואולי דמשמע ליה לרבינו ז"ל דאע"פ שהמכילתא פליג אההיא דפרק מציאת האשה וס"ל דקרא דהעבט תעביטנו בהלואה גמורה על מנת ליפרע ממנו קמיירי מ"מ סבירא ליה דמדרבנן מיהא איכא מצוה לפתוח לו לעני לשם הלואה כשאינו רוצה להתפרנס מן הצדקה ומשום הכי לא הביא רבינו ז"ל בהלכות מתנות עניים קרא דהעבט תעביטנו ודוק. ועיין במ"ש רש"י בפי' התורה בסוף פרשת יתרו בפ' ואם מזבח אבנים ועיין עוד בפ' ויקרא בפסוק ואם תקריב מנחת בכורים וכמ"ש הרא"ם שם שדברי רש"י הם דלא כר"י ודלא כר"ש שדרשו בתורת כהנים מילת ואם תקריב שהוא ככל אם שבתורה יע"ש ואין זה מן הקושי דהא לפי דברי המכילתא הלזו לאו ככל אם שבתורה הוא אלא חובה הוא:

ודע שמדברי רבינו שכתב מ"ע להלוות לעניי ישראל וכלשון הזה כתב גם בס' המצות ובמנין המצות שבפתיחתו מבואר דליכא מצוה אלא דוקא לעניים הצריכים למזונות אבל להלוות לחבירו עשיר לצורך דבר אחר כגון להתעסק בסחורה ויש לו די מחסורו כדי להתפרנס והוא רוצה להלוות כדי להשתכר יותר אין כאן מצוה וכ"כ הרב החינוך בפרשת משפטים במצות אם כסף תלוה ובפ' ראה בפ' והעבט תעביטנו די מחסורו אשר יחסר לו הביא דרשת רז"ל שדרשו די מחסורו אתה מצווה לתת לו ואי אתה מצווה להעשירו יע"ש ואם הדבר כן קשה מאותה שדרשו בפרק איזהו נשך דע"א ע"א בפסוק אם כסף תלוה את עמי את העני עמך עני ועשיר עני קודם ואם איתא דבעשיר ליכא מצוה להלוותו פשיטא דעני קודם : הן אמת שרבינו השמיט הך דרשא ולא הביא לקמן בפ"ה ד"ז אלא אידך דרשא עמי וגוי עמי קודם יע"ש ואפשר דמשמע ליה לרבינו דעני ועשיר עני קודם לאו דוקא לענין קדימ' אלא הא קמ"ל קרא דבעני דוקא איכא מצות הלואה אבל לא בעשיר ואגב דבעמי וגוי ואידך דעניי עירך ועניי עיר אחרת דנקט לשון קדימה נקט נמי בעשיר ועני לשון קדימה אבל קושטא הוא דבעשיר ליכא מצות הלואה כלל אפילו בדליכא עני לפניו וכיון דכבר השמיענו בפרקי' דהמצוה של הלואה אינה אלא בעניי ישראל לא הוצרך להביא ההיא דעני ועשיר עני קודם כמובן:

ועוד אפשר לומר דעשיר דקאמר תלמודא לאו בעשיר שלוה להשתכר קאמר אלא בעשיר שיש לו נכסים ואם ימכור נכסיו כדי להתפרנס יהיה לו הפסד גדול ולכן הוצרך ללות לשעה כדי להתפרנס וכשיוכל למכור נכסיו בלתי הפסד גדול ימכור ויפרע דכל כי האי עני נמי מיקרי כדאיתא בפ"ק דבב"ק ד"ז ובי"ד סי' רנ"ג ס"ג ועל זה נאמר וכי ימוך אחיך ומטה ידו עמך כו' ובעשיר כזה אף רבינו מודה דאיכא מ"ע להלוות לו כיון דעיקר הלואתו הוא כדי להתפרנס ולא להשתכר יותר ממה שיש לו ובעשיר זה שיש לו נכסים ועני שאין לו כלל הוא דאצטריך קרא לומר דעני קודם ועיין בס' מגילת אסתר בסוף שורש הששי מ"ש על דברי הרב כתר תורה יע"ש אלא דלפ"ז לא ידעתי למה השמיט רבינו דבר זה ולא ביאר לנו דעשיר כזה ועני עני קודם וצ"ע:

ואחר כתבי מצאתי להרא"ש בתשו' כלל ץ' סי' י"א שכתב בתוך התשו' וז"ל ומה שכתבתה בשם הר"מ דהמלוה לסחורה לא הוי ש"ש הא ליתא דכל סחורה צורך פרנסה היא ואיכא מצוה בהלואה עכ"ל כנר' שדעת השואל היא כמ"ש לדעת רבינו דליכא מצוה להלוות כי אם לעני דוקא ומש"ה קאמר השואל דלא הוי ש"ש במלוה לעשיר על המשכון כיון דליכא השתא הנאת פרוטה דרב יוסף בשעת הלואה דהא ליכא מצוה לומר העוסק במצוה פטור מן המצוה:

ומ"מ עדיין אני נבוך במה שדקדקנו מדברי רבינו והרב החינוך דליכא מ"ע דהלואה אלא במלוה לחבירו לצורך פרנסתו אבל לא במלוה לו כדי להשתכר יותר מכדי פרנסתו דליכא מ"ע דאם הדבר כן א"כ לא נאמר מקרא זה דאם כסף תלוה את עמי אלא במי שלוה לצורך פרנסתו דוקא אבל לא בעשיר מופלג ולוה מעות כדי להשתכר יותר וא"כ סיפיה דקרא נמי דכתיב לא תהיה לו כנשה לא תשימון עליו נשך איכא למימר דדוקא הלוה לצורך מזונות הוא דקמזהר רחמנא לסופר ולעדים שלא יתעסקו בדבר זה אבל לא בעשיר האמור דלא דיבר הכתוב בו וזו לא שמענו לשום אחד מהפוסקים והדבר צא"ת ועיין להסמ"ע בר"ס צ"ז דכתב דמדכתיב עני סתם שמעינן דאיכא מ"ע להלוות לעשיר הצריך לפי שעה ועיין למרן החביב בה' רבית סי' ק"ס הגה"ט אות ג' באורך ודוק:

ודע שרש"י בפ' משפטים הביא דרשת רז"ל דעמי וגוי עמי קודם והקשה הרא"ם דלמה לי קרא להכי דתיפוק לי מנבלה שכתוב בה לגר אשר בשעריך תתננה כו' ודרשו בפ' כל שעה בדכ"א ובפ' כל הבשר דקי"ד דנתינ' לגר קודם למכירה דגוי וא"כ כ"ש ישראל וגוי דישראל קודם והצריכה עיון יע"ש ועיין להרב מגילת אסתר בשורש הששי ואשתמיט מיניה דמורינו הרב בס' עץ החיים ועיין בס' אור יקרות בקונט' אחרון סי' נ"ד יע"ש ובמגילת ספר לאוין קצ"ג דצ"ו ע"ד:

ולע"ד עמי דגוי דנקט תלמודא ודאי דלאו בגוי גמור עובד ע"ז הוא אלא אפי' בגר תושב שאינו עובד ע"ז שאנו מצווין להחיותו כדנפ"ל מקרא דגר ותושב וחי עמך קאמר דעמי קודם משום דגר תושב לא מיקרי עמי ואפי' שאנו מצווין להחיותו מ"מ מותר להלוותו ברבית כדאיתא התם דע"ב מי כתב אל תקח מאתם מאתו כתיב וכ"כ רבינו לקמן רפ"ה וכיון שכן לא מצינן למילף מההיא דנבלה להך דרבית דגבי רבית איצטריך קרא למימר דאפי' בגר תושב שאתה מצווה להחיותו אפ"ה עמי קודם ואפי' דבגר תושב אתה מלוהו ברבית ולישראל בחנם אפ"ה ישראל קודם וזה נכון וברור לע"ד ועיין בתשו' מוהרמ"א סי' יו"ד ד"ה היסוד הגדול ה"ג ודוק בדבריו שלמד דאפי' גוי מוזיל גביה אפ"ה עמי קודם ועיין בטור ח"מ סי' קע"ה סעיף ס' מ"ש בשם הגאונים והרא"ש ודברי הרא"ש שם הם היפך דברי הר"מ איסרלאס ודוק ובמ"ש עוד רבינו והתור' הקפידה כו' שנאמר ורעה עינך כו' עיין להלח"מ ובס' בני דוד יע"ש:

הלכה ב

כל הנוגש כו' ומ"ע לנגוש את הגוי כו'. וכתב ה"ה אבל האחרונים פירשו כו' ולאו הבא מכלל עשה הוא באחיך והראו פנים לזה ועיקר עכ"ל: דע שהאחרונים אלו שכתב ה"ה הם הרמב"ן והרשב"א הביא דבריהם ה"ה לקמן בדכ"ה גבי מ"ש רבינו מ"ע להשיך לנכרי

כו' וז"ל הרמב"ן בפי' התורה בפ' ראה בפסוק לנכרי תגוש זו מ"ע לשון רש"י מספרי ופי' מ"ע באחיך דלנכרי תגוש ולא אחיך ולאו הבא מכ"ע עשה וכך אמרו בספרי לנכרי תשיך מ"ע ולאחיך לא תשיך זו מל"ת והוא כמו שפירשנו וכך פי' שם רש"י לא שיהיה מצות להלוות לנכרי ברבית כלל וכן מוכח בגמ' פ' איזהו נשך והרב ר"מ ז"ל עשאן ב' מצוות עשה לנגוש לנכרי ולהלוותו בריבית טעה בלשון הזה השנוי בספרי עכ"ל: גם בהשגותיו לספר המצות בשורש הששי דל"ד ע"א כתב וז"ל עוד במצוות אחרות טעה בו הרב כגון להלוות לנכרי ברבית כו' וכגון לנגוש את הנכרי כו' שמנאן הרב מצות חלוטות ר"ל שלא מנאן במניין הלאוין הבאים מכלל עשה אבל ראה בהן שאנו מצווין שנלוה לנכרי ברבית ושניגוש אותו לפרוע חובו אחר השמיטה וחשב זה מפני מאמרם בספרי כו' ואין הכונה אלא לנכרי תשיך ולא לאחיך והוא לאו הבא מכלל עשה שהוא נקרא עשה בהלואת האח עד שיהיה המלוה לישראל עובר בעשה ול"ת וה"ה למאמרם שם לנכרי תגוש הרי זו מ"ע שר"ל שהנגישה באח עובר בעשה ולא תעשה וכן פי' רש"י ז"ל בפי' החומש והסוגייא שבגמרא בב"מ כך הוא אמרו לנכרי תשיך מאי לאו תשוך לא תשיך לא סגי בלא"ה כלומר שאם נאמר דתישוך קאמר אפשר שבא הכתוב להתיר רבית מן הגוי כדרך שהתיר אבידה וגזילה אבל אם ללוות ממנו לא הוצרך להתיר ולעשותו מצוה א"א ומתרץ לאפוקי אחיך דלא ולעבור בעשה ולא תעשה והנה עלה לנו בין שנאמר תשיך או תשוך שהוא עשה במניעה מן האח כמ"ש בברייתא הזו שבספרי וכאלה רבות כו' עכ"ל:

גם הרשב"א ז"ל הובאו דבריו בשיטה המקובצת בפ' א"ן ד"ע כתב בלשון הזה לעבור עליו בעשה ולא תעשה כלומר לנכרי תשיך ולא לאחיך ולאו הבא מכלל עשה עשה וזו היא שאמרו בספרי לנכרי תשיך זו מ"ע כלומר מ"ע שלא להשיך לישראל ולא כמו שפי' הרמב"ם שהיא מ"ע להלוות לנכרי ברבית ולמ"ד נמי מאי לאו תשוך לאו למימרא שהזהיר הכתוב להלוות לנכרי ברבית אלא להתיר להלוות לו ברבית וכמו שפי' רש"י ז"ל עכ"ל :

והנה הראב"ד ז"ל לקמן רפ"ה השיגו ג"כ לרבינו ז"ל במצוות לנכרי תשיך ומדלא השיגו הכא במצות לנכרי תגוש משמע דהכא אזיל ומודה לו ונראה שטעמו ז"ל דגבי לנכרי תשיך כיון דמשמעות תשיך הוא שתלוה מן הגוי ברבית ולא שתלוה לו וכמ"ש מרן כ"מ שם וכמו שדרשו גבי קרא דולאחיך לא תשיך שהוא אזהרה ללוה וכמ"ש רבינו בפ"ד ה"ב בקרא דלא תשיך לאחיך וכן מבואר בגמ' בר"פ איזהו נשך וכי קאמרו בגמ' מאי לאו תשוך כו' לאו דפשטיה דקרא הכי הוא אלא משום קושיית לא סגי בלא"ה דפריך בתר הכי הוה בעי לאפוקי קרא ממשמעותיה ולומר דתשיך לאו דוקא אלא תשוך קאמר ואגב

דבעי מימר ולאחיך לא תשיך נקט נמי לנכרי תשיך וכמ"ש מרן כ"מ ז"ל לקמן לדעת רבינו לפום קושטא כיע"ש:

ועל זה השיגו הראב"ד ז"ל שם כיון דלפום קושטא דמתרץ הש"ס קושית לא סגי בלא"ה דאתא קרא למימר דאיכא עשה במניעה מן האח שלא ישיך לישראל כלומר שלא יניח עצמו שישכינו ישראל ושבקינן משמעות תשיך כפשטיה תו ליכא למדרש לנכרי תשיך למצות עשה להשיך לנכרי ולומר דתשוך קאמר אמנם בקרא דלנכרי תגוש דאי דרשינן קרא כמ"ש רבינו שהוא מצוה לנגוש את הגוי ואתו דברי הספרי כפשטיה ושבקינן קרא כפשטיה אין מקום להשיג על רבינו ז"ל זה נ"ל טעמו של הראב"ד ז"ל ועיין להרב כהונת עולם בביאורו להלכות רבית ר"ס קנ"ט יע"ש:

ומתוך מ"ש בדעת הראב"ד ז"ל יתבאר דמ"ש בדברי הראב"ד לקמן ברפ"ה בהשגות דהוי לאו הבא מכלל עשה שלא ישיך לישר' הכוונה שלא ישיך עצמו לישראל לא שלא ישוך לישראל ויקח ממנו רבית דלדבריו פי' תשיך הוא כפשטיה שישיך עצמו לגוי וא"כ הלאו הנמשך ממנו הוא שלא להשיך עצמו לישראל חבירו וזה נר' שהביא מרן כ"מ ז"ל ממה שתמה שם על רבינו ז"ל ולא על הראב"ד כיע"ש :

ובזה בין תבין דברי הרא"ם בפרשת תצא בד"ה לנכרי תשיך שכתב וז"ל בפ' א"ן כו' אבל בספרי שנו כו' ונר' שהתלמוד שלנו חולק על זה כפי מ"ש הסמ"ג והגהות מיימון אבל הראב"ד פי' שמ"ש בספרי זו מ"ע כו' ואין זה חולק על הש"ס שלנו והסברא מסייע לזה דהא לא סגי בלא"ה עכ"ל:

והנה זה שכתב והסברא מסייע כו' אין לו מובן לכאורה וכמו שהקשה בס' נחלת יעקב ועיין להרב לשון ערומים לשונות הרא"ם יע"ש והנראה דהרא"ם ז"ל לפי דברי רש"י ז"ל שפי' הכתוב כפשטי' דתשיך הוא כמשמעותו דהיינו שתניח אותך לשוך הוא שכתב דלפי דברי הסמ"ג והגהות צ"ל דהספרי סובר דאיכא מ"ע להיות נשוך מהגוי ולא אתא קרא ללאו הבא מכלל עשה כמ"ש בש"ע אמנם לפי דברי הראב"ד אין הספרי חולק על הש"ס ולכ"ע הוי לאו הבא מכלל עשה ועל זה סיים וכתב דהסברה מוכחת כן דכיון דתשוך משמעותו הוא שתנשך ממנו כמבואר מדברי רש"י א"כ אם דברי הספרי הן כפשטן שהיא מ"ע לינשך מהגוי אין סברא בזה דהא לא סגי בלא"ה ודוק:

ועיין בס' מגילת ספר לאוין קצ"ג דצ"ז ע"א שתמה ג"כ על דברי הרא"ם ובדצ"ח ע"ב עלה לישב דבריו ז"ל מעין האמור יע"ש. וראיתי להרב מגילת ספר בלאוין דצ"ז ע"ג שתמה על דברי הסמ"ג שדחה דברי רבינו ז"ל מהסוגייא שבפ' אז"ן שאמרו לא סגי בלא"ה אלא כו' ותמה עליו דמאחר שרבינו תפס במושלם דקרא תשוך הוא ומדבר במלוה ועפ"ז יפה

תפס פשט הספרי שמצא שהוא מ"ע ליקח רבית מן הגוי ואין בזה סתירה מקו' הש"ס לא סגי בלא"ה דלא הקשו כן אלא כשאמרו דקרא הוא תשיך ומדבר בלוה אבל כשאנו אומרים שהוא תשוך ל"קמ ולא הוה שייך ליה להקשות אלא הכי דבגמ' מסיק שהוא תשיך ומדבר בלוה ועוד היכי מסיים וכתב אלא כך פי' לנכרי תשיך אתה רשאי להלוות לו ברבית כו' נמצא שהוא מודה ג"כ דקרא הוא תשוך ומדבר במלוה ואם כן איך הביא מעיקרא הסתירה ממ"ש בגמ' לא סגי בלא"ה והלא מבואר הוא דאי קרא הוא תשוך אין זו סתירה כלל ועיקר כמבואר למבין ועוד הסתיר' מבוארת בדבריו דבכאן הוא מבואר שהוא תופס דקרא הוא תשיך ומדבר בלוה ואלו בהקדמתו הוא תופס דקרא הוא תשוך ומדבר במלוה עכ"ל:

ולעד"ן דהסמ"ג משמע ליה דאפי' כי מפרשי' דתשוך קאמר הא ודאי לא מפקינן קרא ממשמעותיה דתשיך לגמרי אלא ה"ה לתשוך הוא דמפרשי' וכ"כ הראב"ד ז"ל הובאו דבריו בש"מ בפ' אז"ן עלה דאמרינן מאי לאו תשוך כתב וז"ל כלומר ה"ה לתשוך כו' ואיידי דקאי בתשיך דישראל נקט ליה תשיך בגוי עכ"ל וכוונתו ז"ל לע"ד דכי אמרי' דתשיך לאו דוקא אלא ה"ה לתשוך ניחא דנקט קרא תשיך לומר שלגוי אין איסור לינשך לו כאחיך ואע"פ שלזה לא הוה צריך קרא דמילתא דפשיטא הוא אצטריך קרא אם אינו ענין לתשיך תנהו לתשוך דשרי בגוי דומיא דגזל ואבידה כמ"ש הרמב"ן וכיון דאיכא חידושא לתשוך נקט קרא תשיך איידי דקאי בתשיך דישראל אבל אי תשיך דוקא א"כ עכ"ל דאיכא מצוה לינשך דאי רשות פשיטא וא"כ ק' לא סגי בלא"ה והשתא היינו דק"ל להסמ"ג ז"ל דלדעת רבינו דקרא אתא לעשה א"כ תו ליכא לפרושי תשיך כפשטיה דא"כ כי היכי דמפרשינן תשוך לעשה ה"ן צריך לפרש בתשיך דאיכא עשה וכיון שכן ק' לא סגי בלא"ה כדאקשי הש"ס וע"ז דחה דברי רבינו וכתב דקרא לא אתא לעשה אלא לרשות בעלמא והשתא מתפרש שפיר מילת תשיך כפשטיה דהיינו תנשך ומתפרש למי תשוך כדאמרי' מעיקרא ובכן שפיר כתב הסמ"ג ב' הפרושי' בתשיך ואין נסתר מחמתו כמו שהוקשה לו להרב הנז' ודוק:

וע"פ האמור ממילא נוחי' ג"כ דברי מרן כ"מ לקמן ברפ"ה במה שתמה על רבינו דלפי דבריו כך היה לו לכתוב לנכרי תשוך כו' ותמהו עליו הרב מ"ב דצ"ח סע"א ובס' בית דוד ה' רבית רס"י קנ"ט דמה לו למרן עם רבינו מאחר שדבריו הן דברי הש"ס דקאמר מאי לאו תשוך יע"ש מיהו לפי מ"ש הנה נכון דבגמ' איכא לפרושי דמאי דקאמר מאי לאו תשוך ה"ה לתשוך קאמר וכמ"ש הראב"ד ז"ל אבל לדעת רבינו שכתב דמ"ע להלוות לגוי ליכא לפרושי תשיך כפשטיה כלל דתשיך הוא רשות ותשוך הוא מצוה וזה לא

ניתן ליאמר ולזה נדחק מרן ז"ל דגם לדעת רבינו דנקט קרא תשיך אע"פ שאינו מתפרש כפשוטו כלל איידי דאחיך לא תשיך דשבקיה לקרא דאיהו דחיק ומוקי אנפשיה:

ודרך אגב ראיתי להרב כהונת עולם בד"ב ע"א הביא דברי מרן כ"מ ז"ל דתירץ לדע' רבינו דנקט קרא תשיך איידי דולאחיך לא תשיך וכ"ת ואיברא דמצינו להרא"ה בש"מ ר"פ השואל דאמרינן אגב בכתוב אך לכאורה קשה דאמאי לא מנאו הרמב"ם בפ"ד קרא דולאחיך לא תשיך ולאו קושיא דכיון דכבר מנה קרא דלא תשיך לאחיך מש"ה לא מנה ג"כ הך דולאחיך לא תשיך משום שהן ב' לאוין בסגנון אחד ואין דרכו למנותן כנודע עכ"ל:

והנה מה שהביא בשם הרא"ה ז"ל לא היה לו צורך לדבריו כי הראב"ד ז"ל כתב כדברי מרן כי"ע"ש ועיין עוד להתוס' ביבמות דע"ז ע"א ד"ה כתנאי שכתבו דאמרינן אגב בכתוב יע"ש גם מ"ש דלא מנה רבינו לאו זה משום שהן בסגנון אחד כו' לא נחה דעתי בזה שהרי מנה גבי מלוה ב' לאוין בסגנון אחד והן לאו דכספך לא תתן לו בנשך ובמרבית לא תתן אכלך ונשך ומרבית אחד הוא כמ"ש רבינו שם בראש הפרק ושוב ראיתי מ"ש רבינו בפי"א מה' שכירות הלכה ב' גבי הכובש שכר שכיר שעובר בד' אזהרות דכך היא גי' הרי"ף ז"ל ולא חשיב תרי לא תעשוק מפני שהן בלשון אחד יע"ש ובהכי ניחא לי מה שהקשו התוס' שם דקי"א ע"א גבי מאי דקאמר רבה התם זהו עשק זהו גזל ולמה חילקן הכתוב לעבור כו' שנדחקו בתירוצם יע"ש והשתא ניחא דלא מנה רבינו תרי לאוי דלא תשיך ואף שאביי מנאן בגמ' רבינו תפס עיקר ההיא דרבה גבי לא תעשוק ומהתימא על ה"ה וצ"ע ועיין להרדב"ז בתשו' החדשות פ"ב בלשונות הרמב"ם סי' שי"ג ועיין להרב מש"ל לקמן רפ"ה גבי מ"ש רבינו גוי וגר תושב כו' שכתב דגרסינן בדברי רבינו ולאחיך לא תשיך דכיון דס"ל דקרא דלנכרי תשיך הוא תשוך ה"נ קרא דולאחיך לא תשיך הוא לא תשוך יע"ש וזה שלא כדברי מרן כ"מ ז"ל ולא ידעתי למה לא זכר ש"ר דבריו ודוק.

ואיך שיהיה הנה לפי מ"ש בדעת הראב"ד ז"ל מודה הוא לרבינו בחדא דהיינו במצות לנכרי תגוש דהיא מ"ע חלוטה לנגוש את הגוי ואף רש"י ז"ל בפי' החומש נראה שכן דעתו ז"ל שהרי בפרשת ראה בפ' לנכרי תגוש הביא דברי הספרי שאמרו זו מ"ע ולא ביאר דבריו דלאו הבא מכלל עשה קאמר וכמו שביאר דבריו בפ' תצא בקרא דלנכרי תשיך ואף שהרמב"ן ז"ל שם בפ' ראה פי' דברי רש"י דלאו הבא מכלל עשה קאמר אין הכרח לדבריו דאפשי ואפשי דרש"י ז"ל בשיטת הראב"ד ז"ל קאי וס"ל דעשה גמור הוא ואף הרשב"א לא מצינו שנחלק על רבינו אלא בקרא דלנכרי תשיך וכמ"ש דבריו לעיל אבל בקרא דלנכרי תגוש לא דבר בו ובכן יש לתמוה על ה"ה ז"ל שכתב שהעיקר כדברי

האחרונים שחולקים על רבינו ולא ידעתי מה סמך מצא לדברי האחרונים עד שעשה מהן עיקר והרי הראב"ד לא השיגו בזה ופשט הספרי מורה כדברי רבינו ודוק:

גם במ"ש ה"ה ז"ל לקמן בריש פ"ה גבי לנכרי תשיך שהראב"ד והרמב"ן והרשב"א נחלקו על רבינו ושהסוגיא שבפרק אז"נ מוכחת כדבריהם יע"ש: תמיהא לי טובא דמה הוכחה יש מהסוגיא הפך דעת רבינו דמ"ש בגמ' דהוי לאו הבא מכלל עשה ולאפוקי אחיך דלא היינו כי מפרשינן קרא דתשיך קאמר ומשום ק"ו דלא סגי בלאו הכי אבל כי מפרשינן קרא דתשוך קאמר משמע דאתא קרא למ"ע ולא לאפוקי אחיך דלא וכן מבואר מדברי התוס' שם ד"ה תשיך יע"ש ואף שהרמב"ן ז"ל מפרש דאף מעיקרא דהוה בעינן לפרושי דתשוך קאמר לא בעינן מימר דאתא קרא לעשה גמור אלא להתיר רבית גוי דומיא דגזל ואבידה כמ"ש לשונו לעיל אחר שאין הכרח לפירוש זה בסוגיא איך נאמר שהיא מוכחת הפך דברי רבינו ואין לומר דכיון דמסיק הש"ס דתשיך קאמ' ולאפוקי אחיך דלא איך כתב רבינו הפך מסקנת הש"ס וזו היא שכתב ה"ה ז"ל שהסוגיא מוכחת כדבריו הא ודאי ליתא שהרי אף הרמב"ן סובר דלפום מאי דחדית תלמודא דאיסור רבית הגוי אינו אלא מדרבנן הדרינן לדמעיקרא דתשיך דקרא היינו תשוך וכמבואר מדבריו שבס' המצות שהוא ז"ל לא דחה דברי רבינו משום דמפרש תשיך דקרא תשוך אלא משום דלא חשיב ליה מ"ע אבל מודה הוא לו דתשיך היינו תשוך וכיון שלדעת רבינו כי מפרשינן תשוך אתא קרא לעשה אם כן למאי דחדית לן הש"ס דאיסור רבית הגוי אינו אלא מדרבנן והשתא הדרינן לדמעיקרא דתשוך קאמר השתא נמי אית לן למימ' דאיכא עשה וא"כ מה היתה הוכחתו של ה"ה ז"ל מהסוגיא הפך דעת רבינו ואיברא כי לא על ה"ה ז"ל תלונותינו שגם על הרמב"ן שכתב בפי' התורה פ' ראה שהסוגיא שבפרק אז"נ מוכחת כדבריו כו' ואין משם הוכחה לע"ד. ואולי הוכחת הסוגיא לדעתם ז"ל הוא דכיון דלמאי דדחי ליה ואמר דתשיך דוקא א"א לפרש קרא למ"ע משום ק"ו לא סגי בלא"ה ה"נ למאי דס"ד דתשוך קאמר אין לנו לומר דמ"ע היא דאלת"ה קשה דמנין התרי"ג מצות לדע' המקשה והמתרץ אינן ידועים כיון דלדעת מ"ד תשוך איכא מצוה זו ולמ"ד תשיך ליתיה למצוה זו וצ"ע ועיין להרמב"ן ז"ל במ"ש בריש שורש ראשון ודוק:

ודע שאף לדעת רבינו ליכא מ"ע לבקש להלוות לגוי ברבית ולא עיקר כשיבא להלוותו לגוי שלא ילוינו חנם אלא ברבית וכ"כ בס' מגילת ספר לאוין קצ"ג דצ"ז ע"ב וע"ג ועפ"ז ישב לדעת רבינו אותה שאמרו בסוף מכות כספו לא נתן בנשך ואפי' רבית דגוי גם ההיא דאמרי' בפרק זה בורר מלוה ברבית מאימתי חזרתן עד דאפי' לנכרי לא מוזפי ברביתא יע"ש ועיין בספר לשון ערומים בלשונות הרא"ם פ' כי תצא דכ"ח ע"א ד"ה ועוד יע"ש:

ודע דמדברי התוס' ז"ל בפרק אז"נ ד"ע ע"ב ד"ה תשיך מבואר דס"ל הכי מפרשינן קרא דתשוך קאמר איכא מ"ע להלוות לגוי ברבית וכדעת רבינו ובהכי ניחא להו מאי דפריך לרב הונא דאמר רבית דגוי אסור מלנכרי תשיך ולא משני דאה"נ דמדאורייתא שרי מיהו מדרבנן אסור משום דכיון דאמר רחמנא דמצוה לחסרן לא היה להם לחכמים לאסור יע"ש. ועיין להרב טורי זהב ז"ל בי"ד ר"סי קי"ז ושם בספר פרי תואר שכתבו דכל דבר דמפורש התירו בתורה אין כח ביד חכמים לאוסרו וכ"כ עוד הט"ז בא"ח סי' תקפ"ז ובח"מ סי' ב' ועיין להרב לשון לימודים בא"ח סי' קס"ב שהביא סמיכות לדבריו מדברי התוס' דפ' אז"ן דס"ד ע"ב ד"ה לא ישכור והוקשו לו דבריהם שכתבו כאן דמשום דמצוה לחסרן כו' דמשמע דמשום דאיכא צד מצוה הוא דאין כח ביד חכמים יע"ש ועיין עוד בס' שם אהרן בחי' לקידושין דט"ל יע"ש ועיין עוד בס' שער המלך למורי נר"ו בה' יסודי התורה ד"ב ע"ג וע"ד יע"ש ועיין בחי' למס' ביצה ר"פ אין צדין ד"ג ע"ב בגליון ושם דל"ב ע"א יע"ש: ועיין בנדרים ד"ך ע"ב שאמרו א"ל התורה התירתך ואני מה אעשה יע"ש ועיין עוד בפ"ק דסוטה ד"ז ע"א במ"ש מן התורה האיש מביא את אשתו כו' אבל אמרו חכמים כו':

הלכה ד

שורש דין גביית מלוה כשיתבע **המלוה כו' גובין מכל מטלטלין כו'**. וכתב ה"ה והתחל' גבייה מהמטלטלין מפורש בהרבה מקומות ע"כ : ותמה הלח"ם ז"ל שלא ידע מקומות אלו היכן הם זולת הרא"ש ז"ל שכתב כן בפסקיו בפ"ק דב"ק יע"ש : והנה מדברי הרא"ש ז"ל שם מבואר יוצא דכי אית ליה ללוה מעות ומטלטלין בעי למיתב ליה מעות וכ"כ הטור בח"מ סי' ק"א ועיין למרן ב"י ז"ל שם ועיין למוהרש"ח ז"ל בתשובה סי' ל"ב ולמהר"ש הלוי בחח"מ סי' כ"ג שדקדקו כן ממ"ש הרא"ש ז"ל בסוף אותו הלשון שהביא מרן ז"ל וז"ל דאל"כ נעלת דלת בפני לווין שיתן לו הפחות שבביתו אם אין לו מעות יע"ש: וכ"כ עוד בבירור בתשובה כלל פ"ח סי' ח' יע"ש ויותר היה להם להביא מ"ש הרא"ש בר"פ שור שנגח את הפרה וז"ל ונראה להרי"ף גירסא ראשונה עיקר וכן נראה לר"ת דכיון שנתן מעות כדי שיתקיים מקח זה ונתבטל המקח הוו הנך מעות כהלואה וגבי הלואה אמרינן בפ' הכותב דאי אית ליה זוזי בעי למיתב ליה זוזי עכ"ל. הרי שהסכים לדעת הרי"ף ור"ת דכל דאית ליה זוזי לא מצי מיהב ליה מטלטלין וכמ"ש הרי"ף בהדיא בר"פ המוכר פירות כיע"ש וזה נלע"ד שהוא ג"כ דעת רבינו דאע"פ שסתם דבריו כאן וכתב שגובין לו מכל מטלטלין כו' ולא כתב שאם יש לו מעות גובין מהם תחילה היינו משום דכל שבא הדבר לידי גביית ב"ד מסתמא אין לו מעות ומש"ה לא הוצרך לפרש

שגובין מהמעות תחילה כיון דמיירי באין לו וראיה לדבר שאלו היה דעתו ז"ל שלא כדעת הרי"ף והרא"ש ור"ת עכ"ל שגירסתו ז"ל כההיא דר"פ המוכר פירות היה אי דליתנהו להנהו זוזי כו' כגירסא האחרת שכתב הרא"ש ז"ל ודלא כגירסת הרי"ף ז"ל ואלו ממ"ש רבינו ז"ל בפי"ו מהלכות מכירה ה"ה גבי המוכר שור ונמצא נגחן הר"ז מקח טעות וחוזר יע"ש נראה מבואר דס"ל כגירסת הרי"ף ז"ל שהרי כתב דהוי דינו כדין מקח טעות ובמקח טעות הדבר מבואר שאינו יכול המוכר ליתן לו החפץ במקום הדמים ולהשלים פחת הדמים וכמ"ש בהדיא שם בפט"ו הל"ד וז"ל וא"י לומר לו הילך איסר פחת המום שהלוקח אומר חפץ שלם אני רוצה כו' וכתב ה"ה זה פשוט שהרי מום כמקח טעות הוא ומבואר פ' השוכר את האומנין ד"פ שמום הוא כמקח טעות יע"ש ואלו דעת רבינו שאף במקח טעות כל דלית ליה הנהו זוזי למוכר יכול ליתן לו מטלט' לא היה לו לסתום דבריו שם והי"ל לפרש דאי ליתנהו להנהו זוזי יכול ליתן לו המקח הזה במקום דמים כיון שגירסתו שם אי דליתנהו להנהו זוזי לשקול תורא בזוזי כו' ומדלא פי' משמע ודאי דס"ל דבין איתנהו להנהו זוזי בין ליתנהו להנהו זוזי חוזר המקח וצריך המוכר ליתן לו דמים:

איברא כי שערי דחיה לא ננעלו ויש לדחות ראיה זו דאפי' אם נאמר דגירסתו כגירסת הרי"ף אכתי הי"ל לרבינו לבאר שם דכי לית ליה למוכר זוזי כלל יכול ליתן לו המקח שנמצא בו מום או שהיה מקח טעות במקום דמים כדאמרי' אי דלית ליה זוזי לשקול תורא בזוזי כו' דכיון דאף אם נאמר דגירסתו כגירסת הרי"ף אכתי צריכין אנו לומר שהשמיט רבינו מלהשמיענו דבר זה מפני שהדבר פשוט לו או מפני טעם אחר הנוגע לו אף אנו נאמר שגירסתו כגירסא האחרת דגרסי אי דליתנהו להנהו זוזי כו' והשמיטה רבינו מפני הטעם ההוא:

מיהו אין זו דחיה כ"כ דבשלמא אי גירסתו כגירסת הרי"ף איכא למימר שפיר דלא הוצרך רבינו לבאר דכי לית ליה זוזי כלל יכול לומר לו טול חפץ זה בדמים מפני שסמך על מ"ש כאן בה' מלוה לגבי בעל חוב שיכול לסלקו במטלטלין וכל דלית ליה למוכר זוזי כלל הו"ל כבעל חוב דעלמא: אמנם אי גירסתו כגירס' האחרת דגריס אי דליתנהו ליתנהו להנהו זוזי כו' כל כי הא הו"ל לרבינו להשמיענו שם היפך דעת הרי"ף דיש לו מעות אחרות כל דליתנהו להנהו זוזי יכול לסלקו במטלטלין דזה לא השמיענו גבי בעל חוב בפי' כדי שנאמר שסמך עמ"ש כאן ואילו היה מפרש דבריו שם דאפי' כי ליתנהו להנהו זוזי ואית ליה זוזי אחריני אפ"ה מצי לפורעו במטלטלין היינו מפרשים ג"כ דבריו כאן גבי בעל חוב על הדרך הזה אמנם השתא שלא ביאר דבריו שם נר' דאזיל בשיט'

הרי"ף ועוד כיון שדרכו של רבינו לילך אחר עקבות הרי"ף ז"ל בהלכותיו ויש לנו לפרש דבריו עפ"י גירסת הרי"ף ודאי דהכי מפרשינן להו וכמ"ש מרן החבי"ב בח"מ סי' רפ"ט הגהת ב"י אות ד' ועיין בס' יד מלאכי בכללי הרמב"ם סי' ר"ט וכ"ש שרוב הפוסקים שהביא הטור בסי' ק"א קיימי בשיטה זו ולא מצינו חולק בגי' הרי"ף זולת ר"ח הכהן שהביאו התוס' בר"פ המוכר פירות כמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בר"ס ק"א יע"ש:

ואם כנים אנחנו בזה אפשר לומר שזו היתה כונת ה"ה שכתב שזה מפורש בהרבה מקומות והיינו ההיא דר"פ המוכר פירות ופ' שור שנגח את הפרה ופ' הכותב דפ"ו דלפי גירסת הרי"ף ז"ל בההי' דר"פ המוכר ופ' שור שנגח נמי מבואר דכל דלית ליה זוזי למוכר הוא דדחינן ליה אצל מטלטלין אבל כי אית ליה זוזי בעי למיתב ליה זוזי וא"כ מינה נמי נשמע דכי אית ליה מטלטלין וקרקע צריך להגבותו מטלטלין דמקרו שוה כסף טפי וכמ"ש הרא"ש ז"ל כנלע"ד:

ושוב ראיתי למהר"ש הלוי ז"ל בח"מ סי' כ"ג דכ"א ע"ב ד"ה אמנם שכתב שדעת רבינו דלא כהרי"ף מדלא פי' דבריו ואמר דתחילת הגבייה היא מהמעות ואם אין לו גובין מהמטלטלין וגם ה"ה ז"ל לא היה לו לסתום ולומר דתחילת הגביה הוא מהמטלטלין נר' דס"ל דמעות ומטלטלין הם שוין וכתב עוד שכן נר' מדברי ה"ה פי"א מה' מלוה דעל מ"ש רבינו ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות כו' כתב ואל יקשה בעיניך היאך יכול להגבותו קרקע כל זמן שיש לו מעות או מטלטלין נראה דס"ל דמעות ומטלטלין הן שוין וכתב עוד שכן נר' מדברי מרן כ"מ ברפ"ב מה' עבדים שכתב וז"ל ובכל מקום שוה כסף ככסף דילפינן מנזיקין כו' וק' דהא לגבי ב"ח לא הוי שוה כסף ככסף לדעת הרי"ף ז"ל ור"ת ז"ל וכמה פוסקים אחרים אלא ודאי דלדעת הרמב"ם כתב כן עכ"ל:

ותמוהים דבריו לע"ד דמלבד מ"ש לעיל דיש להסכים דעת רבינו לדעת רבו הרי"ף ז"ל ויש לנו סמוכות מדבריו בה' מכירה ואף מדברי ה"ה כמדובר עוד זאת דאי לדעת רבינו מעות ומטלטלין שוים הן הנה סברת רבינו היא סברת שלשית כי לא מצינו לו חבר בסברתו דאי לדעת הרי"ף ור"ת וסיעתייהו כל דאית ליה זוזי לא מצי לסלוקי ליה אף במטלטלין וכ"ש בארעא ואי לסברת הר"ח הכהן ז"ל שהביאו התוס' בר"פ המוכר פירות אפי' אית ליה זוזי ומטלטלין מצי לסלוקי ליה בארעא וכמ"ש התוס' ז"ל שם ולסברת רבינו לא מצי לסלוקי ליה בארעא אבל מצי לסלוקי בזוזי או במטלטלין דשוים הם וכיון דאפושי בפלוגתא לא מפשינן יש לנו לפרש דבריו טפי ע"פ שיטת הרי"ף ז"ל ולא שנאמר דרבינו לא קאי לא בשיטת הרי"ף ולא בשיטת הר"ח ז"ל ומה שדקדק מדברי ה"ה ז"ל בפי"א מה' מלוה לע"ד אדרבא משם ראיה הפך דבריו דלפי שיטתו מה לו לה"ה ז"ל

להזכיר מעות דאטו מעות לאו מטלטלין ולא היה לו לומר אלא דכל שיש לו מטלטלין היאך יכול להגבותו קרקע וכלשון רבינו שכתב כאן אמנם לפי שדעתו ז"ל דכל שיש לו מעות קודמין למטלטלין לכך כתב מעות או מטלטלין:

גם מה שדקדק עוד מדברי מרן כ"מ בה' עבדים אינו דקדוק כלל לע"ד דאף לשיטת הרי"ף ור"ת וסיעתייהו ע"כ דמטלטלין וארעא חשיבי נמי ככסף דשוה כסף כסף הוא דאי לא הו"ל למימר דהלוה יטרח וימכור ולמיהב ליה כסף כי לית ליה כסף אלא מטלטלין או ארעא אלא ודאי דלהכי לא בעי מטרח משום דשוה כסף ככסף אלא דכי אית ליה זוזי הוא דאמרו דבעי למיתב ליה זוזי כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ולא משום דלא חשיב כסף ועיין בדברי הרבע"הת בשער ד' ח"ב והביא דבריו הר"ש הלוי לקמיה שם שכתב וז"ל ואע"ג דמעות ומטלטלין נקראים כסף נקדי' הפרעון במעות משום דחריפי טפי ע"ש וצ"ע:

ואת זה ראיתי להרש"ח בסי' ל"ב תוך התשו' שכתב שדעת יש מי שאומר שכתב רשב"ם בר"פ המוכר פירות בשם רבינו חננאל ז"ל הוא כדעת הר"ח הכהן שהביאו התוס' ז"ל וא"כ בבעל חוב מצי למימר קים לי כיש מי שאומר והר"ח הכהן דהוו תרי יע"ש והביא דבריו מרן החבי"ב בסי' ק"א הב"י אות ג':

ולא זכיתי להבין היאך השוה סברת יש מי שאומר לסברת הר"ח הכהן מאחר שהיש מי שאומר לא דברו בב"ח בהדייא אלא עיקר דבריהם הוא במי שנמצא מקחו מקח טעות כההיא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ומדברי רשב"ם והתוס' שם מבואר דמקח טעות דמי לנזיקי' ומה"ט כתבו התוס' דשפיר גרסינן אי דליתנהו להנהו זוזי כדברי יש מי שאומר ולא קשיא מבעל חוב דכל שיש לו זוזי אפי' ליתנהו להנהו זוזי צריך ליתן לו זוזי משום דשאני מקח טעות דדמי לנזיקי' כו' וכיון שכן איכא למימר דלדעת יש מי שאומר הללו בבעל חוב מיהא כל דאית ליה זוזי בעי למיתב ליה זוזי הפך דעת הר"ח הכהן דס"ל דאפי' גבי בעל חוב מצי יהיב ליה אפי' סובין אף כי אית ליה זוזי אלא ס"ל להי"א בבעל חוב כסברת הרי"ף ור"ת ושאר הפוסקים ובמקח טעות ס"ל כר"י דדמי לנזיקי' דאפי' אית ליה זוזי מצי למית' ליה אפי' סובין וכיון דסברת הר"ח הכהן ז"ל גבי בעל חוב היא סברא יחידאה ליכא למימר קים לי וצ"ע ועיין למרן החבי"ב סי' ק"א ודוק:

ודע דמדברי התוס' והרא"ש והטור בסי' ק"א וכן מדברי הר"ב התרומות בשער ד' וכן מדברי הרב הנמקי ז"ל בפ' הבית והעליה מבואר דכל דלית ליה זוזי ללוה ואית ליה מטלטלין לא מצי מלוה לומר זיל טרח וזבין ואייתי ליה זוזי והרב הנמקי הכריח כן מההיא דר"פ המוכר פירות דאמרו אי דלית ליה זוזי לימא ליה שקול תורא בזוזי כו'

ועיין בשיטה המקובצת לכתובות בפ' הכותב דפ"ח שכתב בשם הר' ישעיה ז"ל הפך זה ועיין בס' שער המלך למו"ר נר"ו בפי"א מה' אלו הלכה ו' ודוק:

ולענין נזיקין לפי מ"ש רשב"ם בר"פ המוכר פירות נר' דס"ל כרב נחמן בפ"ק דבב"ק ד"ט דאמר או כסף או מיטב דכל דאית ליה זוזי למזיק לא מצי לדחויי ליה לניזק לשאר מטלטלין נכסים דבעי שומא וזו היא שיטת ר"ת לפי מ"ש התוס' בשמו שם בפ"ק דב"ק ד"ט ע"א ד"ה רב הונא וגם הרא"ש שם בפ"ק דב"ק כתב כן בשם ר"ת בס' הישר. אמנם בר"פ המוכר פירות דצ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא כתבו בשם ר"ת דאפי' כי אית ליה זוזי למזיק מצי לסלוקי לניזק במאי דבעי דכל מילי מיטב הוא כרב פפא וכרב הונא בריה דרב יהושע יע"ש וזה לכאורה מן התימה היאך כתבו בשם ר"ת ז"ל דברים הפכיים.

ושוב ראיתי להרב שלטי הגבורים הוקשה לו כן בדברי המרדכי בפ"ק דב"ק יע"ש. ועיין למרן החבי"ב בר"ס תי"ט שכתב וז"ל ואולי ר"י גרסינן במקום ר"ת והוא ר"י המוזכר בתשובה דשייכי לס' משפטים סי' י"ג ובדברי ריא"ז שהביא שה"ג במקום הנז' יע"ש ואשתמיט מיניה דמר דברי התוס' בר"פ המוכר פירות כי שם הזכירו דברי ר"י ודברי ר"ת ובשניהן כתבו דבנזיקין בין אית ליה זוזי בין לית ליה זוזי מצי לסלקו במאי דבעי וא"כ לא הועיל הרב ז"ל בהגהתו בדברי המרדכי כי עדין ק' מדברי התוספות הללו לדברי המרדכי הראשונים שכתב בשם ר"ת וגם לדברי התוספות דפ"ק דב"ק שכתבו בשם ר"ת הפך ממ"ש בר"פ המוכר פירות ובדברי התוס' אין להגיה בשום אחד מדבריהם כלל ר"י במקום ר"ת כמובן כי ע"כ נלע"ד ליישב דמ"ש התוס' בשם ר"ת ברישׁ פרק המוכר פירות וכן מ"ש המרדכי בשם רבינו ברוך שכתב בשם ר"ת לא נחתו הם ז"ל לכתוב בשם ר"ת אלא דג' דינים יש בענין ב"ח ונזיקין ופועל ולאפוקי מדברי הר"ח הכהן שכתבו התוס' שם בר"פ המוכר פירות דס"ל דב"ח ונזיקין שוין הם ומפני שהתוס' ורבינו ברוך ס"ל דבנזיקין קי"ל כרב הונא ור"פ דס"ל דבין אית ליה זוזי בין לית ליה כתבו בדברי ר"ת דבנזיקין אפילו אית ליה זוזי מצי למיתב ליה אפילו סובין אמנם לדעת ר"ת דקי"ל כרב נחמן מחלק הג' דינין כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ק ד"ט באופן כי מה שהביאו התוס' דברי ר"ת בר"פ המוכר פירות וכן רבינו ברוך ז"ל אינו אלא לומר דס"ל דג' דינין יש בענין ובין אם נפסוק כרב נחמן ובין אם נפסוק כרב הונא בריה דרב יהושע וכר"פ לענין נזיקין ס"ס לשיטת ר"ת שמחלק הדברים יש שלשה דינין בענין וזה מדוקדק בדברי רבינו ברוך שהביא המרדכי שכת' לשיטת ר"ת יש ג' דינין כו' מלשון לשיטת שכתב מבואר כונתו כאשר כתבנו ודוק. והרא"ש בפ"ק דב"ק הכריח דהלכתא כר"פ וכרב הונא בריה דרב יהושע דס"ל דאפילו כי אית ליה זוזי למזיק מצי לסלוקי לניזק אפי' בסובין ודלא כר"ת

דפסק כרב נחמן מדאמרינן לקמן ד"י ע"א א"ל רב כהנא לרבא טעמא דכתב רחמנא והמת יהיה הא לא"ה הו"א נבילה דמזיק הוי השתא אי אית ליה לדידיה יהיב ליה דאמר מר ישיב ואפי' סובין נבילה דידיה מבעיא ואם איתא לדרב הונא לימא ליה דאצטריך קרא היכא דאית ליה כסף או מיטב אלמא רבא ורב כהנא תלמידיה דרבא דבתרא' הוא סבר כר"פ וכר"ה בריה דר"י וע"ש:

והנה אף שבנוסח הש"ס שבידינו בההיא דלקמן לא גרסינן א"ל רב כהנא לרבא כי אם רב במקום רבא אין ספק שבנוסחת הרא"ש הוה גריס רבא במקום רב ומש"ה כתב דרב כהנא תלמידיה דרבא דבתראה הוא סבר כר"פ וכ"כ בשיטה מקובצת לקמא בשם תוספי הרא"ש דרבא גרסי' ורב כהנא זה היינו רב כהנא בתרא שהיה בימי רבא ומה שתמה עליו הש"ך בסי' תי"ט סק"ג שנוסחת הרא"ש היא תמוה שלא מצינו בשום מקום דרב כהנא היה תלמידו דרבא אלא בכמה דוכתי משמע שהיה תלמידו של רב כו' אחרי המחילה רבה אשתמיט מיניה מ"ש התוס' במנחות פי"ב דק"ב ע"א ד"ה אמר רב אשי כו' וז"ל רב כהנא גרסי' והוא רב כהנא אחרון שהיה בימי רב אשי כדאשכחן בכמה דוכתי כו' יע"ש הרי שכתבו התוס' שהיה רב כהנא אחרון בימי רב אשי ואפשר שזה שהיה בימי רב אשי תלמידו של רבו היה וכן משמע מההיא דפ"ק דמגילה ד"ז ע"ב גבי רב אשי הוה יתיב קמיה דרב כהנא כו' א"ל ולא שמיע ליה למר הא דאמר רבא סעודת פורים שעשאה בלילה כו' א"ל אמר רבא הכי א"ל אין תנא מיניה מ' זימנין ודמי ליה כמאן דמנח בכיסתיה יע"ש ועיין בספר יד מלאכי דקנ"ט ע"א שכתב שדרך התלמידים להיות מחבבים שמועות רבם ומש"ה תנא מיניה מ' זימנין הלכה זו עי"ש ועיין בכללי הש"ס להרב שני לוחות הברית שכתב בהדיא דרב כהנא אחרון היה בימי רבא ורב אשי יע"ש. ודע שהרא"ם בפ' משפטים ד"ה כסף ישיב לבעליו כו' כתב וז"ל וא"ת א"ה קשו קראי אהדדי כתיב בבור ישיב לרבות שוה כסף ואפי' סובין וכתיב בשן ורגל מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם כו' כבר תירצו זה בפ"ק דב"ק ל"ק הא דאית ליה הא דלית ליה עכ"ל וראיתי להרב אורים גדולים בלשונות הרא"ם שכתב וז"ל פשט דברי הרב נר' שהביא תי' רב הונא אשר בדף ט' ע"א וכך משמע מדסיים הרב וכתב ולא אמרי' ליה זיל טרח כו' וק' לפ"ז מאי הקשו שם ד"י ע"ב דבלאו קרא דוהמת יהיה לו ודאי שהבעלים מטפלים בנבילה כו' ותי' לפחת נבלה והביאו הרב לקמן בסמוך הלא לפי דברי הרב שהביא דברי רב הונא ל"ק דאצטריך להיכא דאית ליה שדות וכרמים דחייביה הכתוב לתת לו ממיטב אפ"ה המת יהיה ולא נאמר מיטב אלא להשלים אמנם כוונת הדברים כו' ודברי הרב צ"ע עכ"ל. ולא ידעתי למה לא זכר הרב דברי הרא"ש שכתב כדבריו ומתוך סוגיא זו הכריח

כשיטת הרי"ף ודחה דברי ר"ת והן הן הדברים שכתב הרב להשיג על הרא"ם:

ומ"מ לפי מ"ש עוד הרא"ש לדעת ר"ת דס"ל דר"ה ור"פ ל"פ ודכולהו ס"ל דכי אית ליה כסף בעי למיתב ליה או כסף או מיטב וכי לית ליה כסף או מיטב אז מצי יהיב ליה אפילו סובין יע"ש ע"כ לומר דההיא דפריך הש"ס לקמן ל"ל קרא דוהמת יהיה לו ולא משני דאצטריך קרא להיכא דאית ליה מיטב שדה או כסף הוא משו' דכיון דקרא סתמא כתיב ומשמע דאפי' לית ליה מיטב הוא להכי הוצרך לאוקומי דאצטריך קרא לפחת נבילה וכן מצאתי לשיטה המקובצת לבב"ק ד"ט ע"ד ד"ה ולענין הלכה וז"ל וקצת חכמי הצרפתים חולקים לומר שבנזיקים אם אין שם קרקע ויש שם כסף או מטלטלין זקוק הוא ליתן כסף ומפרשים שמועת הנבילה והוא לשון הגמרא כו' בשאין לו כסף עכ"ל וכיון שכן אף אנו נאמר כן לדעת הרא"ם ואין כאן תמיה על דבריו מאחר שדבריו הם דברי התוס' והרא"ש ז"ל:

והנה כבר כתבנו לעיל שר"ת ורשב"ם בריש פרק המוכר פירות והתוס' בפ"ק דבב"ק ד"ט כולהו בשיטה אחת קיימי דאף בנזיקין כל היכא דאית ליה כסף או מיטב בעי למיתב ליה ולא מצי לסלוקי ליה במטלטלין ואולם רבינו ז"ל כתב בפ"ח מהלכות נזקי ממון הלכה יו"ד כתב וז"ל כשב"ד נזקקין לגבות הניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחילה ואם לא היה לו מטלטלין כלל או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק גובין השאר מן הקרקע כו' וכל זמן שימצאו מטלטלין ואפי' סובין אין נזקקין לקרקע עכ"ל:

וראיתי בסמ"ע ר"סי תי"ט שפי' דעת רבינו דס"ל דיד המזיק על העליונה דאף אם יש לו למזיק כסף או מטלטלין אם ירצה לשלם בקרקע צריך הניזק לקבל והיינו דמשני ר"פ כי פרכינן והתניא ישיב לרבות ש"ך ואפי' סובין דביש לו מטלטלין ובא לפרוע מהן אינהו מקרי מיטב דאי לא מזדבני הכא כו' ומ"ש רבינו גובין מן המטלטלין תחילה היינו משום דמסתמא ניחא ליה למזיק לשלם במטלטלין יותר ממקרקעי שהוא בר קיימא ומשום הכי קאמר כשבית דין נזקקין משלמין מן המטלטלין ולמדונו דאף אם אין המזיק לפנינו לגלות דעתו אמרינן דמסתמא ניחא ליה למזיק לשלם מהמטלטלין אבל ודאי אם המזיק גילה דעתו דניחא ליה טפי במטלטלין יד המזיק על העליונה ולזה הסכים דעת הרא"ש והטור ז"ל יע"ש:

ועפ"י דבריו ז"ל אין מקום למ"ש הלח"מ ז"ל הכא וז"ל מה שמחלק הרא"ש בין נזיקין לב"ח לא משמע דרבינו אית ליה הכי שהוא בפ"ח מה' נ"מ כשב"ד נזקקין כו' משמע דאית ליה אפי' בנזיקין דנזקקין למטלטלין תחילה וא"כ לא שייך טעמא דכתב הרא"ש ז"ל גבי בע"ח וצ"ע מנין לו לרבינו כן עכ"ל ולפי דברי הסמ"ע הנה רבינו והרא"ש בשיט'

אחת קיימי בין לענין בע"ח בין לענין נזיקין כמדובר. ואולם ראיתי להרב ש"ך ז"ל דחה דברי הסמ"ע וכתב דכונת רבינו לומר דכל דאית ליה מטלטלין למזיק כייפינן ליה לשלם מהמטלטלין ולא מצי לסלקו לניזק בקרקע והביא ג"כ דברי הנ"י ז"ל בר"פ המוכר פירות שכתב בהדייא כן והכריח עוד הש"ך שכן הוא דעת רבינו בדברים שאין בהם הכרח כ"כ כיע"ש אין צורך להאריך :

ומ"ש בשם הנ"י שהבין כן בדעת רבינו אנכי מצאתי להרב המאירי הובאו דבריו בש"מ בב"ק די"ט ע"ד ד"ה ולענין הלכה שלא הבין כן בדעת רבינו שכתב וז"ל וקצת חכמי הצרפתים חולקים לומר כו' ואין דבריהם נראין דאע"פי שיש מביאין ראיה לזה מדברי גדול המחברים שכתב כשב"ד נזקקין לגבות כו' אינה ראיה שאין הכונה בדבריהם אלא שתהא הבחירה ביד המזיק עכ"ל. הרי בהדייא שהבין כדעת רבינו כמו שהבין הסמ"ע ודלא כדברי הרב הנ"י והש"ך ז"ל:

עוד ראיתי להש"ך שכתב וז"ל ועוד נ"ל שכן עיקר מהא דגרסי' פ"ק דב"ק די"ד ע"ב על פסקא דשוה כסף רמי ליה ריב"ח לרב הונא בריה דר"י תנא ש"ך ככס' מלמד שאין ב"ד נזקקין ולא לנכסים שיש להם אחריות והתניא ישיב לרבות ש"ך ואפי' סובין ומשני הנ"מ ביתמי ע"כ אלמא דמעיקרא ס"ד דב"ד נזקקין לקרקע ומסיק דנזקקין לגבות ממטלטלין ואין לומר דמעיקרא ס"ד דאין נזקקין למטלטלין כלל אפי' אין לו כו' דהא ליתא כו'. ודקדקתי היטב בסוגייא לפרשה בדרכים אחרי' והתבוננתי כי א"א לפרשה כי אם כמ"ש עכ"ל:

ולא זכיתי להבין דבריו בזה דמאחר דבבריית' דקתני ישיב אפי' סובין לא הוזכר לישנא דאין ב"ד נזקקין כלל אם כן שפיר איכא למימר דלפום שנוייא דש"ס דמוקי לברייתא דאין נזקקין ביתמי ברייתא דישיב ואפי' סובין הכי קאמר הרשות ביד המזיק לשלם לניזק אפילו סובין ואף ב"ד אינן יכולין לכופו כי אם במה שירצה המזיק ישיב ואם אין המזיק לפנינו יכולין הן להגבותו מה שירצו ואפי' סובין ואכתי מניין לנו שכופין את המזיק לשלם לו מטלטלין והוא פליא וצ"ע:

עלה בידינו מכל האמור ומדובר דלענין גביית מלוה לדעת כל הפוסקים זולת ר"ח הכהן שכתבו התוס' בר"פ המוכר פירות כל דאית ליה זוזי או מטלטלין ללוה לא מצי לסלוקי למלוה בקרקע אלא בזוזי תחילה וכי לית ליה זוזי במטלטלי ולא מצי המלו' לכופו ללוה שימכור המטלטלין ויביא לו הדמים זולת לדעת הר' ישעיה שהביא הרב בשיטה המקובצת בפ' הכותב דפ"ח והיא סברת יחיד כמ"ש לעיל וגם דעת רבינו היא כדעת שאר המפרשים ודלא כמהר"ש הלוי וזה ג"כ דעת יש מי שאומר שהביא רשב"ם

בר"פ המוכר פירות ודלא כמהרש"ח ועיין להחביב בר"ס ק"א:

ולענין גביית הנזיקין דעת רשב"ם ור"ת ז"ל שהביאו התוס' בפ"ק דב"ק ד"ט והרא"ש והמרדכי שם דכי אית ליה זוזי או מיטב בעי למיתב ליה ולא מצי לסלוקי ליה בשאר מטלטלין וזה ג"כ דעת הרמ"ה ז"ל שהביא הנ"י בריש קמא אמנם דעת הרי"ף ורבינו לפי מ"ש בשם המאירי והסמ"ע אף כי אית ליה מטלטלין הרשות ביד המזיק לסלקו לניזק במאי דבעי וזה ג"כ דעת הרא"ש והטור לפי מ"ש הב"ח והסמ"ע בסימן תי"ט אך לדעת מרן הב"י והע"ש דעת הטור הוא דכי אית ליה מטלטלין למזיק כופין אותו לשלם מהן וזה דעת הש"ך בדעת רבינו ג"כ ואין דבריו נכונים בזה. ולענין מקח טעות אי דמי לנזיקין או לבע"ח לפי דברי ר"ח שהביא רשב"ם בר"פ המוכר פירות מבואר שדינו כבע"ח וזה דעת הרי"ף שם בהלכות אמנם לפי דברי יש מי שאומר שהביא רשב"ם שם וכן לדעת ר"י שכתבו התוס' שם וכן לדעת הרמ"ה שהביא הנ"י ברפ"ק דב"ק דינו כנזיקין ומבואר הוא מדברי ר"י שהביאו התוס' שם דכיון שדינו כנזקין אפילו אית ליה זוזי למזיק כל דליתנהו להנהו זוזי מצי לסלוקי ליה במטלטלין משא"כ לדעת רשב"ם והרמ"ה דס"ל דאף בנזיקין כי אית ליה זוזי למזיק לא מצי לסלוקי אלא בזוזי ונמצא שר"ח והרי"ף ורשב"ם והרמ"ה כולהו ס"ל דבמקח טעות כי אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי ליה אלא בזוזי אמנם לדעת ר"י והיש מי שאומר שהבי' רשב"ם שם בשם ר"ת ס"ל דאפי' אית ליה זוזי מצי לסלוקי ליה במאי דבעי ועיין למרן ב"י בח"מ סי' רכ"ז סוף ס"ז שכתב בשם רי"ו ז"ל בנתיב ט' ח"ב שמקח טעות גובה הלוקח מהמוכר מעות אם יש לו כדין בע"ח כ"כ ר"ת ז"ל בספר הישר ע"כ וסיים מרן שכן נראה מגי' הרי"ף בפ"ק דב"ק עכ"ל וכונתו על גירסת הרי"ף דגריס בר"פ שור שנגח ובר"פ המוכר פירות אי דאית ליה זוזי כו' כמבואר ועיין למרן החבי"ב שם בהגב"י אות ה' יע"ש וכיון דאשכחן לר"י וליש מי שאומר שהביא רשב"ם דס"ל דמקח טעות דינו כנזיקין דאפי' אית ליה זוזי מצי לסלוקי ללוקח במאי דבעי מצי הניזק לומר קים לי כהני רבוותא:

ולענין שכירות פועל כתבו התוס' ז"ל בר"פ המוכר פירות ובר"פ שור שנגח ושם בפ"ק ד"ט ע"א ובכתובות דפ"ו ע"א ד"ה לבע"ח בשם ר"ת ז"ל דלא מצי לסלק לפועל אלא בזוזי והכריח כן מאותה ששנינו בפרק הבית והעליה דקי"ח השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש כו' אם אמר לו טול מה שעשית בשכריך אין שומעין לו כו' ועיין למרן ב"י ח"מ סי' של"ו שהביא מ"ש המרדכי בשם הרמ"ה דדוקא בתבן וקש א"י לומר לו טול מה שעשית בשכריך אבל אם שכרו לעשות עמו מידי דאכילה מצי למימר ליה הכי ובספר בדק הבית כתב דברים אלו בשם הגהות מיימון בפ"ט מה' שכירות וכתב על זה

ולא ידעתי זו מנין לו ולא עוד אלא שהתוספתא שהביא הטור בס"ס של"ה דתני שכרו להביא תפוחים לחולה והלך והביא ומצאו מת או שהבריא לא יאמר לו טול מה שהבאת בשכריך הוי תיובתיה עכ"ל. ולע"ד אפשר ליישב דהתם מיירי בששכרו של פועל שוה יות' מהתפוחים שהביא הילכך קתני בברייתא דלא מצי למימר ליה טול מה שעשית בשכריך אלא נותן לו שכרו משלם ואה"נ שאם משלם שכרו של פועל משלם כפי מה שהתנו עמו דנותן התפוחים שהביא כפי שיוויין וכן נראה מדברי התוס' שהביא מרן ב"י בס"ס של"ו וכן כתב הרב בשיט' המקובצת בשם תוס' שאנצ"זי שם בריש הגוזל ומאכיל דקי"ו ע"ב וז"ל נותן לו שכרו משלם כו' תימה כו' ונראה לר"י דמה שהביא אינו שוה שכירותו שהעשבים אינו שוה חצי טורח הדרך אלא בשביל החולה ואפ"ה קאמר נותן לו שכרו משלם ועיין להגהות מיימון במה שהקשה על דברי הרמ"ה ובמה שתירץ ודבריו ז"ל אשתמיט מיניה דהרב גד"ת בשער ד' דכ"ח ע"א כיע"ש:

וגובין מכל קרקע כו' ואם יבא הראשון ויטרוף יטרוף. ע"כ. וכתב ה"ה זה מתבאר בפרק מי שהיה נשוי שמגבין לבע"ח מאוחר אע"פ שיש מוקדם הימנו וכשיבוא הקודם יטרוף הימנו עכ"ל עיין בס' אור יקרות בחידושיו על הרמב"ם שכתב וז"ל ולא ידעתי היכן מבואר שם שב"ד מגבין לבע"ח מאוחר דכל מאי דשקיל וטרי שם בגמ' אי אמרינן בע"ח מאוחר שקדם וגבה אי מה שגבה גבה או לא והיינו גובה מעצמו לא ע"י ב"ד שוב ראיתי בירושלמי שהוכיחו זה ממתני' דכתבה האחת ללוקח כו' ועדיין לא נתברר לי עכ"ל ועיין להרב בשיט' המקובצת שם בר"פ מי שהיה נשוי במ"ש בשם הריטב"א דמבואר מדבריו דלשון גבייה משמע בב"ד ע"ש אלא דאכתי קשה לע"ד דאפילו נימא דגביה זו הוא ע"י ב"ד אכתי מנ"ל דלכתחילה נזקקין ב"ד לגבות לו דאפשר דתלמו' לא קאמר אלא שאם הגבוהו ב"ד מפני שלא ידעו שהיה לו בעל חוב מוקדם אבל לכתחילה כשידעי שיש לו בע"ח מוקדם אין ב"ד נזקקין לו וכעין זה כתב הטור בח"מ סימן ק"ד ס"י גבי לוה ולוה ואח"ך קנה יע"ש. ואפשר דמ"ש ה"ה ז"ל זה מתבאר בפרק מי שהיה נשוי היינו מדאמרינן התם בסופו עלה דאפליגו במתני' רבנן ובן ננס גבי מי שהיה נשוי ד' נשים אם הרביעית נפרעת שלא בשבועה ואמרינן בגמ' דקמפלגי בשנמצאת שדה א' מהן שאינו שלו ובבעל חוב מאוחר שקדם וגבה כו' דרבנן סברי מה שגבה לא גבה הילכך אין הרביעית צריכה שבועה כו' ופי' רש"י למה תשב' אם יבא הנגזל ויטרוף מזו תחזור היא על הד' ותיטול ממנו מה שגבתה דהויא לה ד' בע"ח מאוח' עכ"ל ומדקא' שאין הד' צריכה לישבע ש"מ דבבאה לגבות בב"ד איירינן דלא משביעינן לה משום טעמא דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה והיינו דקתני והרביעית נפרעת שלא בשבועה

ואם איתא דבע"ח מאוחר לא מגבינן ליה בב"ד עד שיפרע למוקדם הכא שנמצא שדה אחת מהן שאינה שלו הו"ל כאילו לא נפרעת עדיין ואיך מגבין ב"ד לרביעית קודם שיתברר הדבר של אותו שדה שנמצא שאינה שלו שגבתה הקודמת לזו אם הוא שלו או לא אלא ודאי מוכח דמגבין לבע"ח מאוחר אעפ"י שיש מוקדם וכשיבוא הקודם יטרוף הימנו הילכך הכא בנמצא שדה של אחת מהן שאינה שלו כיון דעדיין לא באו הבעלים לפנינו לערער הו"ל כאילו לא בא הבע"ח הקודם לגבות ולהכי מגבינן בב"ד לרביעית וכמו כן יש להוכיח מאוקמתא דמוקי רב נחמן התם דלכ"ע מה שגבה לא גבה והכא בחיישינן שמא תכסיף קמפלגי וכמובן וליכא למימר דאכתי מהכא ליכא ראיה דשאני הכא שהקודמת לרביעית אעפ"י שנמצא שדה שאינה שלו מ"מ כיון שהיא אינה מערערת מפני שכבר יש בידה שדה זו שהגבו לה ב"ד אנן נמי מגבינן לרביעית ולא חיישינן כיון שהיא אינה חוששת אבל בבע"ח מאוחר שיש בע"ח מוקדם לפניו ולא בא לפנינו מפני שלא ידע שהגבו לה ב"ד למאוחר או שהלך למ"ה אכתי מניין לו לרבינו שמגבין לו ב"ד ולא חיישינן לבע"ח המוקדם הא ודאי לאו אירייא דכיון דסתמא קתני מתני' דמגבין לרביעית אפילו בשהקודמת לה צווחא כי כרוכייה דלא יגבו לרביעית שדה זו אפ"ה לא משגחינן ביה משו' דכיון דעדיין לא באו הבעלי' של שדה זו להוציאה מתחת ידה אע"ג דידעינן דלבסו' יבואו מ"מ אנן השתא לא משגחינן בה ומגבינן לרביעית וא"כ ה"ן כל שבא המאוחר לגבות תחילה ולא בא המוקדם מגבינן למאוחר וכשיבוא המוקדם יטרוף הימנו ומ"מ לפי מה שפירשו התוס' שם בפי' אותה סוגיא דנמצאת שדה שאינה שלו לאו דוקא אין ראיה מכאן לדברי רבינו וכמבואר:

ודע דמבואר יוצא מדברי רבינו ז"ל דאפי' מלוה ע"פ מאוחרת שהגיע זמנו לגבות קודם מלוה בשטר מוקדמת גובין ב"ד למלוה ע"פ המאוחרת וכשיגיע זמן של מלוה בשטר לגבות יבוא ויטרוף וזהו שכתב וגובין מכל קרקע שיש לו ואפי' הוא משועבד לבע"ח כו' וכ"כ ג"כ הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף קי"א והביאה מרן ב"י ז"ל סי' ק"ד מחודשי' ט' וז"ל ב' בע"ח שיצאו על אדם אחד ואחד מהם מוקדם והגיע זמנו של בע"ח שני ואין נכסים ללוה שיספיקו אלא לבע"ח א' ובע"ח שני אומר כיון שהגיע זמן פרעון חובי אגבה חובי ולכי מטא זמן גובייא דמוקדם יטרוף ממני ובע"ח מוקדם אומר אי אתה יכול לטורפם בחובך שהרי אני מוקדם ושלי ראויין להיות אומר רבינו שהדין עם בע"ח ב' עכ"ל. ולא ידעתי איך לא זכר ש"ר דברי רבינו הרמב"ם שנר' מדבריו דאפי' המאוחר הוא מלוה ע"פ והמוקדם בשטר דמגבין למאוחר עד שיגיע זמן גוביינא של המוקדם וכמדובר:

והטור ז"ל בר"ס ק"ד כתב וז"ל מי שיש עליו בעלי חובות הרבה כל מי שקדם זמן קנייתו

קודם הוא לגבות ואפי' אם הגיע זמן הפרעון של המאוחר קודם כגון כו' אע"פי שזמן פרעון של אחרון קודם לזמן פרעון של הראשון ראשון שקדם זמן קנייתו קודם לגבות בין מלוה עצמו בין מלקוחות עכ"ל : ולכאורה משמע דפליג על דברי רבינו והרשב"א בתשו' הנז' ממ"ש דאפילו הגיע זמן פרעון של אחרון קודם מי שקדם זמן קנייתו קודם הוא לגבות מלוה עצמו אלא דאפשר לומר דלא פליגי דמ"ש הטור דמי שקדם זמן קנייתו קודם הוא לגבות לאו קודם שהגיע זמן הגוביינא שלו קאמר דקודם לגבות אלא לכשיגיע זמן גוביינא שלו קאמר שהוא קודם לגבות ולהוציא מן המאוחר לו דאע"ג דקודם שהגיע זמן גבייתו נותנין הקרקע ללוקח או לבע"ח המאוחר שקדם זמן גבייתו כשהגיע זמנו של המוקדם נותנין לו מפני שזמן קנייתו קודם הוא ועיין להראנ"ח בח"א סי' ח"י ובח"ב סי' י"ד והביא דבריו החבי"ב שם הגהת הטור אות י"ב שפי' כעין זה כונת הטור יע"ש ובהכי ניחא מ"ש מרן הב"י על דברי הטור שכ"כ הרשב"א בתשו' יע"ש ובדברי מרן החביב שם: **ואולם** ראיתי למרן הב"י שם מחודשין ט' שהביא עוד הרשב"א באותה תשובה וז"ל אך אם יש מקום ספק במטלטלין היכא שהמאוחר אינו מן העיר דאפשר דבכי האי מוקדם מעכב שאם נגבה לו המטלטלים האלו יוליכם עמו ונמצא זה המוקדם מפסיד כשגיע זמנו עכ"ל וסיים מרן על זה וז"ל ועיין עוד כי נראה מדבריו שהוא פושט שהדין עם המוקדם וכ"נ מדברי הרא"ש כו' ובס' בדק הבית סיים עוד וכ"כ רבינו בתחילת סי' זה ועיין במ"ש שם עכ"ל. כנר' דס"ל למרן דמ"ש רבינו בראש הסי' דראשון שקדם זמן קנייתו קודם הוא לגבות אפי' בשלא הגיע זמן הגוביינא של ראשון קאמר דקודם הוא לגבות וכמ"ש הרשב"א בסוף התשו' הנז' ואם זו היתה כונתו יש לתמוה איך השוה מרן דעת הטור לדעת הרשב"א באותה תשובה מאחר שמדברי הרשב"א ז"ל באותה תשובה מבואר דדוקא במטלטלין והיכא שהמאוחר אינו מן העיר הוא דמצי המוקדם לעכב על המאוח' ומשום טעמא דאית ליה פסידא למוקדם אבל בגביית קרק' דלית ליה פסידא למוקדם אם נגבה המאוחר קודם אזיל ומודה הרשב"א דלא מצי המוקדם לעכב ואילו הטור בריש הסימן דמירי אף בגביית קרקע כמבואר מדבריו שכתב בין מלוה בין מלקוחות קאמר דראשון שקדם זמן קנייתו קודם הוא לגבות ואם בשלא הגיע זמן הגוביינא של ראשון קאמר דאפ"ה הוא קודם אין זה בדברי הרשב"א אלא היפך דבריו כיון דבגביית קרקע לא קאמר הוא ז"ל דמצי המוקדם לעכב : ואולי מ"ש מרן בבדק הבית לא קאי אמ"ש הרשב"א בסוף התשובה אלא אמ"ש בתחילתה וס"ל דמ"ש רבינו דהראשון קודם לגבות היינו כשיגיע זמן הגוביינא שלו ואין זה מספיק דכיון שדברי הטור סתומים בזה לא היה לו למרן לומר וכ"כ רבינו כו' ועיין במ"ש מרן החבי"ב בהגהת

ב"י ר"ס ק"ד וצ"ע:

ובעיקר דברי הרשב"א בתשו' הלזו במה שנסתפק במטלטלין היכא שהמאוחר אינו מן העיר כו' מפני שהמוקדם מפסיד כו' איכא למידק דכיון דבמטלט' קי"ל דאין בהם דין קדימה ולא מבעייא היכא דתפס המאוחר דלא מפקינן מידיה אלא אפי' הם ביד הבע"ח ובאו שניהם כאחד אפ"ה חולקים כמ"ש הטור שם בסי' ק"ד סי"א א"כ מה לו להרשב"א למתלי טעמא מפני שהולך לעיר אחרת והמוקדם מפסיד ת"ל שאם נגבה למאוחר שוב לא יוכל המוקדם להוציאם מתחת ידו דמה שגבה גבה וכבר ראיתי למור"ם שם שכתב וז"ל ועוד דאם יגבה המאוחר שוב לא יוכל המוקדם להוציא ממנו כו' וציין לתשו' הרשב"א הלזו ולכאורה ק"ט דהרשב"א לא יהיב האי טעמא ואפשר לומר דמשמע ליה למור"ם דהרשב"א ז"ל מיירי במטלטלין המשועבדים לבע"ח אגב קרקע דאית בהו דין קדימה כמ"ש מרן ב"י שם ס"ו בשם ה"ה והרא"ש והר"ן והרשב"א וכיון דאית בהו דין קדימה אי תפס מפקינן מיניה כקרקע ומש"ה הוצרך הרשב"א לטעמא דהמוקדם מפסיד ולולי דברי מור"ם היה אפשר לומר דאע"ג דבמטלטלין אין בהם דין קדימה ואי תפס המאוחר לא מפקינן מיניה כל כה"ג דנדון הרשב"א שהמאוחר לא תפסן אלא עד שיגיע זמן המוקדם לגבות ומעיקרא לא נחית להתפיסן בחובו לעולם ה"נ דמוציאין מידו ומש"ה הוצרך הרשב"א לטעמא דהפסד המוקדם מפני שהולך המאוח' לעיר אחרת א"נ משו' חשש דשמא תכסיף כיע"ש ועיין להראנ"ח בח"א סי' ח"י וח"ב סי' י"ד שהוקשה לו בדברי הרשב"א ז"ל דכיון דאין דין קדימה במטלטלין איך יוכל בע"ח מוקדם לעכב על המאוחר שלא לגבות ותי' חדא דאע"ג דאין בהם דין קדימה מ"מ הדין הוא שיחלוקו וא"כ יכול המוקדם לעכב על המאוחר בשביל חלקו ועוד דהרשב"א זי' לשיטתיה דס"ל דיש דין קדימה במטלטלין כל שהן ביד הלוה יע"ש ועדיין לא ביאר לנו הרב למה לא יהיב טעמא הרשב"א דמצי מעכב המוקדם משום דאם יגבה המאוחר שוב לא יוכל המוקדם להוציאן מידו כיון דאי תפס לא מפקינן מיניה אם לא שיאמר כמ"ש דכיון דמעיקרא לא תפסן המאוחר אלא עד זמן גביית המוקדם מוציאין מידו וזה שלא כדברי הרב המפה כמדובר:

ודע דזה שכתב רבינו ואם יבוא הראשון ויטרוף לא קאי אלא אמ"ש וגובין מכל קרקע שיש לו כו' דבקרקע דוקא הוא דקי"ל דמה שגבה לא גבה אבל אם הגבו לו מטלטלין למאוחר אין בע"ח הקודם טורף ממנו משום דאין דין קדימה במטלטלין כמ"ש רבינו ברפ"ך ואפי' שעבד לו לקודם מטלטלין לא מהני כמ"ש רבינו בפי"ז הלכה ה' גבי עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה הימנו וכן שאר המטלטלין מפני שאין להן קול

יע"ש וכי היכי דלא מהני שעבודו של בע"ח היכא שמכרו ה"נ אם תפסו בע"ח מאוחר נמי הוי כמכרו וכ"כ הטור בהדיא סי' קי"ז ס"ד. ואפי' שעבד לו מטלטלין אלו באפותיקי מפורש ובשטר אפ"ה לא מהני שעבודו כמ"ש הטור שם וה"ה ז"ל בפי"ז גבי עשה שורו אפותיקי בשטר אפ"ה לא וכבר כתב הטעם מרן ב"י בסי' קי"ז בשם בעל התרומות שער מ"ג דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו ולית להו קלא יע"ש:

ומה שיש לדקדק על דברי הטור בסי' ת"ז שכת' גבי שור תם שהזיק דאם היה משועבד לבע"ח באפותיקי מפורש דאין הניזק גובה ממנו כו' דמאחר דאין קדימה במטלטלין ואפי' באפותיקי מפורש אמאי לא יגבה ממנו עיין להב"ח שם שפירש דברי הטור בשקדם בע"ח ותפס יע"ש והרב פרישה ודרישה פי' דאינו גובה כולו קאמר אלא מקצתו דכשהמטלטלין ביד הלוה אע"ג דאין קדימה אם באו ב' כאחד חולקים יע"ש: ולע"ד אפשר לומר דהטור ז"ל מיירי בששעבדו לו לבע"ח אגב קרקע דאז יש בו דין קדימה ואפי"ה כל שלא עשאו באפותיקי מפורש הניזק היה קודם כיון שהבע"ח יכול לגבות ממקום אחר וכמובן אבל כשעשאו אפותיקי מפורש ואם הוא משועבד אגב קרקע אין הניזק גובה ואפילו תפס מפקינן מיניה מיהו דברי מרן ב"י ז"ל שם אין להם מובן כמ"ש הרבנים הנז' ועיין בס' הלכה למשה בפ"ח מהלכות נזקי ממון ואין דבריו נכונים יע"ש. מיהו מדברי הרא"ש בס"פ מי שהיה נשוי דצ"ד ע"א עלה דמתני' דמי שהיה נשוי ד' נשים משמע דס"ל דמטלטלין ששעבדו באפותיקי מפורש יש בהן דין קדימה שלא כדברי הטור ומרן בסימן קי"ז שהרי כתב שם וז"ל והא דאמרינן בשלהי המניח כו' ש"מ בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה אע"ג דהתם במטלטלין איירי לא ק' מידי כו' ועוד דהתם דין הוא מה שגבה לא גבה דאין לניזק מקום לגבות אלא מגופו של שור דתם אינו משלם אלא מגופו אבל מטלטלין בעלמא מה שגבה גבה עכ"ל ואי ס"ל ז"ל דגם באפותיקי מפורש בשטר אין דין קדימה במטלטלין מה הועיל הרב ז"ל בטעם זה שכתב דהתם אין לניזק מקום לגבות אלא מגופו של שור כו' הרי במטלטלין שעשאן אפותיקי מפורש נמי אין לו מקום ליגבות אלא ממטלטלין הללו ואפ"ה אין בהן דין קדימה ואם תפסן המאוחר אין מוציאין מידו אלא משמע ודאי דס"ל דאף בשאר מטלטלין אם עשאן אפותיקי מפורש דינו כקרקע דיש בו דין קדימה וכן משמע נמי מלשון תלמידי הר"פ והר' ישעיה שהביא הרב ז"ל בשיטה המקובצת לבב"ק שם בסוגיא דפ' המניח דס"ז ע"ב וע"ד ד"ה ולענין הלכתא יע"ש ועיין עוד שם ע"ב שהביא דברי הרא"ה ז"ל וכתב וז"ל ומסתבר לי ה"נ בהא דאמר רבא לעיל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו אע"ג דאפותיקי מפורש הוא משו' דלית ליה קלא הי שור ניהו ולא דמי למקנה מטלטלי

אגב מקרקעי כו' יע"ש ודבריו הם כדברי בע"הת והטור ומרן ז"ל ושוב ראיתי להרב גד"ת בשער מ"ג עמד על דברי הרא"ש הללו ותמה עליהם מדברי הרב התרומות יע"ש:

ואי מהא לא איריא דאפשר לומר דהרא"ש חלוק על סברת הרב התרומות וס"ל דאפותיקי מפורש בשטר מהני במטלטלין לשעבדם ויש בהם דין קדימה וכסברת הר"פ והר' ישעיה שהביא הרב בשיטה המקובצת וכמדובר מיהו על הטור ז"ל קשיא שהסכים בסימן קי"ז עם סברת הרב התרומות והיא הפך סברת אביו הרא"ש ז"ל ואולי מפני שלא אמרה הרא"ש להאי סברא בפשיטות אלא ממשמעות דבריו משמע כן ולא אמרה אלא בלשון ועוד לכך לא הביא דברי אביו ז"ל ומ"מ לענין הלכה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא בהא נראה דיכול המוחזק לומר קים לי מאחר דהר"פ והר' ישעיה והרא"ש חלוקים עם הרב התרומות והרא"ה וס"ל דאף במטלטלין מהני אפותיקי מפורש בשטר לשעבדם ואולם לפי מ"ש הטור בסי' ס' דהשתא נהגו שלא לגבות מן המטלטלין אפי' שעבדם אגב קרקע משום תקנת השוק לא נפקא מינה מידי דאפותיקי מפורש נמי אינו מועיל טפי משעבוד אגב ומעתה איכא למימר דמשום הכי לא הביא הטור סברת אביו הרא"ש ז"ל שחלוק על הרבע"הת ז"ל משום דלא נ"מ השתא לדידן דחיישינן לתקנת השוק ודוק:

טען הלוה מטלטלין אלו שבידי כו' עד שיביא ראיה כו'. וכתב ה"ה ז"ל דין זה אינו מבואר בגמ' בפשיטות כו' וממה שיבא בספ"ב יראה כן עכ"ל. אין ספק דמדין האומר שטר אמנה הוא זה שכתב רבינו לקמן בפ"ב ה"ו שאין משגיחין בהודאתו במקו' שחב לאחרים הוא שנראה לו להה"ה ז"ל כן דהתם נמי משו' טעמא דאין הטענות שוות או משום דהוי מיגו במקום חזקה הוא דלא מהימן וכמבואר בדברי ה"ה ז"ל שם וא"כ יש לתמוה על דברי מרן כ"מ שכתב וז"ל ולי נראה להביא ראיה לדין זה מדאמרינן בפ"ב דכתובות האומר שטר אמנה הוא זה כו' דמה הוסיף מרן בזה מאחר דאין ספק כי זו היתה ראיית ה"ה ושוב ראיתי בס' פליטת בית יאודה סימן ח"י ובס' בני דוד עמדו בזה. וסבור הייתי לומר דמרן כ"מ הבין דכוונת ה"ה ז"ל להביא ראיה ממ"ש רבינו בספ"ב גבי מי שלוה מעבדו או שלוה מאשתו כו' וכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה והיא ברייתא בפ' חזקת דנ"א כמ"ש ה"ה ז"ל שם ולדעת רבינו אף במעות שאינן טעונין נמי דינא הכי אע"ג דליכא טעמא דלגלויי זוזי הוא דבעי כמ"ש ה"ה ז"ל שם ועכ"ל דטעמא הוא משום דכיון דאיכא חזקה זו לא משגחינן במעשה ההלואה לומר דממון זה של האשה ושל העבד הוא וכאילו הודה בפי' דמי דההודאה לגבי החזקה לא מהנייא ולא מידי ה"נ הודאתו לגבי חזקה לא מהנייא ואע"ג דהתם שאני דאע"ג דבמעשה ההלואה הודה שהממון הוא שלהם מ"מ לבסוף הוא חוזר בו ואומר שאינו שלהן משא"כ הכא

שהוא עומד בהודאתו שאומר שהוא של אחרים מיהו אכתי יש ראיה מהתם משום דחזקתו שחוזר בו לא מהני אם לא מפני שההודאה שהודה מעיקרא לא משגחינן בה נגד החזקה דאי לא היכי מצי לחזור בו כיון שהודה מעיקרא שאין הממון שלו אלא ודאי עיקר טעמא דמצי לחזור ולומר שלי הם הוא משום דכיון דההודאה דמעיקרא היא נגד החזקה לא משגחינן בה: זה נר' לכאורה שהבין מרן כ"מ בכוונת ה"ה ז"ל ומשו"ה כתב ולי נר' להביא ראיה מההיא דשטר אמנה ואם זו היתה כוונתו של מרן ז"ל בדעת ה"ה ז"ל אין לו שחר מכמה אנפי כאשר יראה הרואה אין צורך להאריך:

ובמ"ש עוד ה"ה שיש לתמוה למה לא יהיה נאמן במיגו שיכול לתתם במתנה או למוכרם ולתת הדמים ובע"ח לא יגבה מהם כו' עיין להלח"ם במ"ק שכתב דמיגו זה שכתב ה"ה הוא קודם שיצאו המטלטלין בב"ד דאי לאחר שיצאו בב"ד לא מהני מתנה דנר' דמכוין להבריחם וכמ"ש הב"י בח"מ סי' צ"ט בשם הרב התרומות אלא ודאי דהך מיגו הוא קודם שיבא לב"ד דלא נראו המטלטלין בידו אלא שהוא מעצמו הוציאה בב"ד יע"ש אמנם במ"ב כתב דהמיגו הוא אחר דאתחזק בבי דינא דאפי"ה אם רוצה ליתנם עכשיו במתנה יכול ליתנם ולא אמרי' דהוי כמבריח מבע"ח יע"ש ובין למ"ש במ"ק ובין למ"ש במ"ב ק"ל דכל שיצאו המטלטלין בב"ד מה מקום לומר דתיהני מתנתו מעכשיו כיון דכל מה שיש לו לאדם משועבד לבע"ח מן התורה למאי דקי"ל שעבודא דאורייתא וכדמוכח בפ' גט פשוט דקע"ה ובשלמא מטלטלין שמכר ונתן קודם שבאו לב"ד ניחא דלא מפקינן להו מיד הלוקח אע"ג דמדינא משועבדים לבע"ח משום דמטלטלין לית להו קלא ומשום פסידא דלקוחות אמרי' דאין בע"ח גובה מהם ועיין להש"ך ברס"י קי"ג ובסי' ק"ז סק"ב אבל כשהמטלטלין הם בעין ביד הלוה ובע"ח בא לפנינו לגבות חובו מהם היאך יוכל הלוה לתתם במתנה ולהניחו לבעל חובו ריקם ואפי' אי שעבודא לאו דאורייתא וכמ"ש הש"ך בס' ט"ל הא איכא מצות פריעת בע"ח וכופין ב"ד ללוה עליה כדאיתא בפ' הכות' דפ"ז ע"א וכמ"ש הטור בר"ס ק"ז וכשיבא ליתן המטלטלין למקבל המתנה יכופו אותו ב"ד שיתן אותם לבעל חובו וכיון שכן עכ"ל דהמיגו שכתב ה"ה ז"ל הוא מפני שקודם שיצאו המטלטלין בב"ד היה בידו ליתנם או למוכרם ואח"כ לבוא לב"ד כנ"ל ברור ואפשר דאף הלח"ם לא היתה כוונתו ז"ל על הוצאתו בב"ד בשעת תביעת בעל חובו אלא ההוצאה שהוציא בב"ד קודם תביעת בע"ח שאז יכול שפיר למוכרן וליתנם למי שירצה אלא שאין זה במשמע דבריו ועוד דכל כה"ג לא אמרינן מיגו כמ"ש הרא"ש ספ"ק דבב"מ וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ז סק"ה ד"ה ועוד יע"ש:

והרב ש"ך בסי' צ"ט סק"ה הבין בכוונת ה"ה דהמיגו הוא עכשיו אחר שבאו לב"ד

ומשו"ה תריץ שפיר ה"ה דאין זה מיגו טוב דאינו רוצה להפסיד מעותיו כו' אבל אם המיגו הוא קודם ביאתו לב"ד לא שייך תירוצו דהא כמו שהוא אומר שהם שלו שהפקידו אצלי כך היה יכול לומר שנתנם לו או שאינן בידו עכ"ל יע"ש והדברים תמוהים בעיני איך יתכן לפרש כן בכוונת ה"ה וכבר הרש"ך הכריח ג"כ דאין זה מיגו טוב קודם לזה ופי' כונת הרב המפה במ"ש ואע"פ שיש לו מיגו כו' שהמיגו הוא שהיה יכול ליתנם לו מקודם כו' כיע"ש וא"כ למה זה לא הורגש בדברי ה"ה וצ"ע ועיין למרן החבי"ב שם בהגהת אות ח':

ובמה שתי' ה"ה דיש מי שתירץ בזה שאין אומרין מיגו במקום שאין הטענות שוות וכאן אם היה נותנן המקבל לא היה מחוייב להחזירן לו ואם הוא טוען של ראובן הם והפקידן בידי אם אינו אמת מחוייב הוא ראובן בבא לצאת ידי שמים להניחן או להחזירן ליד ולפיכך זאת הטענה תהיה טובה ללוה יותר הלוה מן האחרת עכ"ל ק"ל דלפי דברי ה"ה ז"ל מבואר יוצא דס"ל דמי שהודה בפני עדים שיש לו מנכסי חבירו כך וכך וחבירו יודע שאין לו אע"פי שבדיני אדם מצי חבירו להביאו לפני ב"ד ולתובעו מה שהודה לו מיהו כיון שהוא יודע האמת שאינו חייב לו מדיני שמים אסור לו לכופו שיפרענו ואם פרע לו משום הודאתו חייב הוא להחזירן לו ולפ"ז אם אחר שכפאו חבירו וגבה ממנו מה שהודה לו אומר בפני עדים שהאמת הוא שאינו חייב לו וחזר אותו שהודה תחילה ותפס ממנו מה שנתן לו באומרו כיון שהוא הודה ואמר שהודאתי אינה אמת הרי הוא חייב בדיני שמים להחזיר לי מה שלקח ממני וא"כ מהני תפיסתי שפיר:

ובזה באנו למחלוקת הראשונים שהביא הרב משל"ל בפי"א מה' מלוה הל' ו' ופכ"א בתשובתו דס"ט ע"ג ולרש"י והראב"ד והרב החינוך במצות שמ"ד ס"ל דמהני תפיסתו כיון שחייב הוא בדיני שמים ולפי שיטתם ק"ל מההיא עובדא דאיסור גיורא דפ' מי שמת דקמ"ט ע"א דקאמר ולקנינהו באודיתא דלודי איסור דהילין זוזי דרב מארי נינהו כו' אדהכי נפק אודיתא מבי איסור איקפד רבא אמר קמגמרי טענתא לאינשי כו' יע"ש והשתא כיון דהודאה זו דהודה איסור דאלין זוזי דרב מארי נינהו יודע רב מארי ורבא שאינו אמת שהרי אמר קמגמרי טענתא לאינשי ומפסדי לי א"כ מאי קמפסדו ליה לרבא הא כיון דבדיני שמים מחוייב רב מארי להחזיר המעות לאיסור גיורא זכה רבא במה שבידו דההודאה זו אינה אמת והו"ל מעות אלו דאיסור גיורא והו"ל נכסי הגר דכל הקודם זכה בהם וכיון שהוא תפוס במה שבידו מי יוציאנו מידו וי"ל ודוק:

ודע דבתי' זה שתירץ ה"ה עדיין יש להקשות מה שהקשו התוס' והרא"ש בפ' האשה די"ט דאכתי ליהמני במיגו דאי בעי קלתיה וצריך לתרץ כמו שתירצו הם דמיירי הכא

בדאתחזק בב"ד א"ן כשהשטר ביד שליח ועיין להש"ך בפי' מ"ז סק"ה ובהכי ניחא ליה להלח"מ ז"ל מ"ש ה"ה ז"ל לקמן בפ"ב הלכה ו' דדעת רבינו כדעת הרמב"ן דמיגו במקום חזקה כי האי לא אמרינן דלכאורה קשה מי הכריחו לכך ולא דס"ל כי האי תירוצא קמא דהו"ל מיגו במקום שאין הטענות שוות אם לא משו' דלהאי תירוצא אכתי צריך לומר דמיירי בדאתחזק שטרא בב"ד או שהשטר ביד שליש וכל כי האי היה לו לרבינו לבאר הכא בדין שלפנינו ושם בפ"ב בדין שטר אמנה אלא ודאי דלא הוצרך לכך משום דס"ל כתי' הרמב"ן ועיין למרן החבי"ב בסימן צ"ט הגב"י אות ח' שכתב וז"ל לכאורה נראה דהיש מי שתירץ שהביא ה"ה ז"ל חולק בזה וסובר דאפי' למה שנמצא בידו נאמן במיגו גם מי שסובר בנושה בחבירו דשעבודא דאורייתא ואינו יכול למחול על זה ויש לתמוה על ה"ה ז"ל שכתב שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן דכל מה שבידו אינו נאמן במיגו מנ"ל הא כיון דהרמב"ם מכת הסוברי' דבנושה לחבירו אינו יכול למחול כמו שנראה מדבריו בפ"ב מה' מכירה ואפי' תימא שדעת הרמב"ם דיכול למחול אפילו בנושה לחבירו אפשר שהוא סובר כמי שתי' דאין הטענות שוות או שאר התירוצין שכתב בסה"ת בשער נ"א ח"ב סי' א' הבאתי דבריו בטור זה סימן מ"ז ולפי התירוצין האלו אין ללמוד דין זה של הרמב"ן ועיין בס' גד"ת די"ב וצ"ע ושוב אמרו לי שהלח"מ מדבר בזה יע"ש:

והנך רואה שהלח"מ לא הוקשה לו בדברי ה"ה ז"ל כמו שהוקשה לו למרן החבי"ב ז"ל כי אם מהתי' הראשון שתי' ה"ה דוקא הוא דק"ל דאפשר ליחסו בדעת הרמב"ם ועל זה תריץ יתיב שפיר כמדובר אמנם מרן ז"ל הוקשה לו אף משאר התירוצים שנאמרו בזה למה לא ייחס אותן ה"ה בדעת רבינו וכבר רמז אותן ה"ה שם בפ"ב שכתב והרבה תירוצין נאמרו בזה והנראה בדעת רבינו דס"ל כדברי הרמב"ן כו' ומנ"ל האי:

ולע"ד טעמו של ה"ה שלא ייחס שום אחד משאר התי' בדעת רבינו כי אם תי' של הרמב"ן ז"ל מבואר הוא דהתי' שתי' הרז"ה ז"ל והביאו מרן החבי"ב בסימן מ"ז הגהת ב"י אות ד' כבר דחאו הרמב"ן בספר המלחמות בשתי ידים כיע"ש. גם תירוצו של הראב"ד שכתב שם ג"כ מרן לא שייך לדברי רבינו שכתב בפ"ב בין באומר שטר אמנה ובין באומ' שטר פרוע דאינו נאמן ובאומר שטר פרוע ליכא טעמא דאורועי סהדי שכתב הראב"ד ז"ל דמאי ריעותא איכא לסהדי בהאי והראב"ד לא כתב טעמא דהו"ל מיגו לאורועי סהדי אלא לאומר שטר אמנה דוקא לא לאומר שטר פרוע וזה ברור. גם התי' הראשון שתי' ה"ה דהו"ל מיגו במקום שאין הטענות שוות כבר תי' הרב לח"מ שפיר שאילו היה כן דעת רבינו ז"ל היה לו לבאר כן ולא למסתם סתומי גם התירוץ השני שתי' התוספות בפ"ב דכתובות והוא תי' דיש מתרצין שהביא בע"הת ז"ל וריא"ז והר"ן והמרדכי ורבינו

ירוחם כמ"ש מרן החבי"ב שם דלא מהני מחילה לבע"ח דידיה כל שבא לחוב לאחרים שהוא חייב להם ומשועבד בדר' נתן איכא למימר שה"ה ז"ל לא ניחא ליה בהאי סברא וכמו שדחאה הרמב"ן ז"ל בתשו' והביא דבריו הרב התרומות בשער נ"א וכמ"ש הרב ש"ך בסימן פ"ו רס"ק י"א שזה ג"כ דעת ה"ה ז"ל מדלא תי' כן לדעת רבינו יע"ש ומ"ש מרן החבי"ב דרבינו הוא מכת הסוברים דבנושה לחבירו אינו יכול למחול לבע"ח שלו כמו שנראה מדבריו בפ"ב מהל' מכירה כו':

הנה חפשתי בפ"ב מה' מכירה ולא מצאתי ראיה כלל אמנם נראה שכיון הרב ז"ל למ"ש רבינו בפ"ו מה' מכירה הלכה י"א גבי קנין שטרות וז"ל קנין שטרות מד"ס כו' לפיכך המוכר שט"ח לחבירו עדיין יכול למחול כו' עכ"ל דמבואר יוצא דאם היה הקנין מן התורה לא היה יכול למחול וא"כ בנושה לחבירו וחבירו לחבירו דמוציאין מזה ונותנין לזה מדר' נתן והוא מן התורה ודאי דלא מצי מחיל והן הן דברי התוס' בפ"ב דכתובות די"ט שכתבו ואי קנין שטרות דרבנן כו' והש"ך ג"כ בסי' פ"ו סקי"א הכריח מדברי רבינו ז"ל הללו דס"ל דלא מהני מחילה כיע"ש וא"כ הדרא קושיין על ה"ה ז"ל למה לא כתב שזה טעם רבינו ולא משום דס"ל כהרמב"ן דמיגו במקום חזקה כי האי לא אמרינן דזה טעם לפגם הוא דמשמע דאם מחיל מהני מחילתו שפיר והא ליתא כמדובר:

ואפשר דמשמע ליה להה"ה ז"ל דאע"ג דשעבודא דר"ן הוא מדאורייתא מיהו לא חייל עליה שעבוד זה אלא לאחר שהגיע זמן הפרעון ותבעוהו בב"ד שיפרע למלוה הראשון אבל קודם שהגיע זמן פרעון שלו לא משתעבד ממילא למלוה הראשון משום חיובא דר' נתן ועיין להסמ"ע בר"ס מ"ז ולהש"ך בסימן פ"ו סקי"א ד"ה ולענין שדקדק כן מדברי הר"ן ז"ל דכל שלא הגיע זמן הפרעון מצי מחיל יע"ש והשתא אי דעתו של רבינו ז"ל הוא משום דלא מצי מחיל היה לו לבאר גבי אומר שטר אמנה או פרוע דוקא כשהגיע זמנו של שטר ליפרע אינו נאמן הא לא"ה נאמן במיגו דמצי מחיל כיון שלא הגיע זמן הפרעון ומדסתם וכתב משמע דאפילו בלא הגיע זמן הפרעון אינו נאמן ועל זה הוצרך ה"ה לומר דטעמו כמ"ש הרמב"ן דהו"ל מיגו במקום חזקה ועוד י"ל כאן טעמו של רבינו משום דלא מצי מחיל אכתי קשה דנהימיניה במיגו דאי בעי מצנע ליה ואי מיירי בדאתחזק בב"ד לא היה לו לסתום וכמ"ש הלח"מ לכך הוצרך ה"ה לומר דס"ל כרמב"ן ודוק ועיין בספר אדרת אליהו סימן ט"ו ד"א ע"ג יע"ש :

ובעיקר תירוץ זה שתירץ ה"ה בשם יש מי שתירץ שאין אומרים מיגו במקום שאין הטענות שוות והוא התירוץ הראשון שתירצו התוס' והרא"ש ז"ל בפ"ב דכתובות די"ט עיין למרן החבי"ב בסימן מ"ז הגב"י סוף אות ד' שכתב וז"ל ותירוץ זה אינו נהלם לי יפה

דכיון דהכא מיירי בדחב לאחרים ואין לו נכסים לפרוע אלא מחוב זה הוא אינו מפסיד כלום ואולי משום דסוף סוף המפסיד הוא המלוה משום דחוב הבעל חוב אינו נפסד שאם ירויח אח"ך ישלם עכ"ל ולא ידענא מאי קושיא ומאי פירוקא ועיין בס' אור יקרות בחי' על הרמב"ם יע"ש:

וכתב הרב לחם משנה ז"ל עוד דקשה קצת בדברי הטור דמלשונו בסימן צ"ט משמע קצת דאית ליה כדברי הרמב"ן שכתב וז"ל וכן אם נראה לו ממון כו' מכל מה שנמצא ברשות האדם הוי בחזקת שלו וזה לכאורה כדברי הרמב"ן וכ"כ הב"י ז"ל ואם כן לא היה צריך בסימן מ"ז כשכתב דין האומר שטר אמנה שצריך שיתחזק בב"ד וצ"ע עכ"ל ועיין להרב בני אהרן ד"ו ע"ב מה שתירץ לזה יע"ש והא ודאי יש ליישב בפשיטות דאע"ג דלפי מ"ש ה"ה בשם הרמב"ן ז"ל מבואר דמטלטלין שביד האדם וכן שטר שלא נקרע כי הדדי נינהו לענין חזקה שהן שלו ואינו נאמן לומר של אחרים הם או אמנה ופרוע ואפילו במקום מיגו מיהו הטור ז"ל איכא למימר דסבור כהרמב"ן בחדא ופליג עליה בחדא דלענין המטלטלין שבידו סבור כהרמב"ן דחזקה זו שהן שלו ולא של אחרים אלימא טובא ואפילו במקום מיגו לא מהימן אמנם השטרות שבידו שטוען אמנה או פרוע ס"ל דחזקה דשאינו אמנה או פרוע אינה חזקה אלימתא כ"כ והילכך כי אית מיגו דמצי לאצנועי מהימנן ולא מפקינן ממונא ומש"ה בסימן מ"ז כשכתב דין שטר אמנה הוצרך לומר כדי שלא יהיה נאמן שהוחזקו בב"ד דליכא מיגו כי האי אבל כי לא הוחזקו בב"ד דאית ליה מיגו מהימן אבל בסי' צ"ט דמיירי בענין מטלטלין שבידו כתב דאינו נאמן לומר שאינן שלו אע"ג דאית ליה מיגו דחזקה כי האי אלימא ליה טובא וכל כה"ג ס"ל דלא אמרינן מיגו במקום חזקה כי האי וכבר הרב ש"ך בסי' מ"ז סק"ו נתן טעם לדברי הטור שמחלק בהכי יע"ש:

ובכן אני תמיה למה שראיתי למרן החבי"ב בסימן פ"ט הגהת ב"י אות ח' שכתב וז"ל ואעיקרא דדינא מ"ש משום דאיכא חזקה דאין אדם משהה שטר פרוע בתוך ביתו אינו נאמן יש להוכיח ג"כ שהרמב"ם סבור דאע"ג דאית ליה מיגו אין אדם נאמן על מה שהוא שלו לומר שהוא של אחרים משום חזקה לא שמיע לי דדילמא חזקה דאין אדם משהה שטר פרוע עדיפא לן ומש"ה אע"ג דאית ליה מיגו אינו נאמן במקום חזקה אלימתא כזו אבל חזקה זו דכל מה שיש ביד האדם שהוא שלו אינה חזקה אלימתא ובאית ליה מיגו נאמן עכ"ל. ומתוך מ"ש ומבואר כן בדברי הטור ז"ל כל בתר איפכא הוא ואם כן שפיר יליף ה"ה מאותה חזקה דאין אדם משהה להא דהכא מק"ו ודוק:

ובמ"ש ה"ה וז"ל והרמב"ן ז"ל אמר דמסתפק שאחר שתבעוהו בחובו אינו נאמן לומר

במה שבידו שהוא של אחרים כו' מדקדוק לשון זה שכתב הרב אחר שתבעוהו בחובו מבואר דדוקא אם אמר כן אחר שתבעוהו הוא דלא מהימן אבל אם אמר כן קודם שתבעוהו בחובו מהימן ויותר מבואר כן בדברי הרמב"ן שהביא הר' בשיטה מקובצת פ"ב דכתובות די"ט שכתב וז"ל והרמב"ן תירץ דשאני הכא דריע טענתיה כו' ואפילו במקום מיגו דאם איתא דאמנה הוא אמאי לא החזיר שטרו עד עכשיו שתבעוהו מדר' נתן וכן אינו נאמן במיגו דפרוע ואי בעי קליה דמיגו במקום חזקה כזו לא אמרי' דעביד איניש דעביד קנוניא עכ"ל: אמנם מדברי הרא"ש ז"ל שם בפ"ב דכתובות והטור בסי' מ"ז מבואר דאפי' לא תבעוהו לא מהימן שהרי כתבו וז"ל ואפי' לא נודע בשעת הודאתו שהוא חייב לאחרים ונודע אח"כ אינו נאמן כיון שהוא בא לחוב לאחרים עכ"ל איברא דמצינן למימר דהרא"ש והטור משום דס"ל דאי מחיל נמי לא מהני מחילתו וכמ"ש הרב ש"כ ז"ל שם בסי' מ"ז סק"ז א"נ כמ"ש שם בשם הרב פרח' שושן דלא אמרינן מיגו דאי בעי מחיל משום שאין הטענות שוות משו"ה משמע להו דאפי' לא נודע בשעת הודאתו שהוא חייב לאחרים ונודע אח"כ אינו נאמן כיון דליכא טעמא דמיגו אמנם לדעת הרמב"ן דאי מחיל מהני מחילתו שפיר אלא דהשתא דטעין אמנה או פרוע ולא מחיל בעינן למימר דקושטא קטעין משום דאית ליה מיגו שפיר יש לחלק בין תבעוהו ללא תבעוהו דהיכא דתבעוהו חשיב שפיר מיגו במקום חזקה אלימתא דאם איתא דאמנה או פרוע הוא אמאי לא החזיר שטרו עד עכשיו שתבעוהו משא"כ כשאמר אמנה או פרוע קודם שתבעוהו וכש"כ כשלא נודע שהיו לו בע"ח דליכא חזקה אלימתא כ"כ נגד המיגו איכא למימר דקושטא קטעין:

האמנם מדברי הרשב"א בתשובה שהביא מרן ב"י בא"ה סי' ק' וז"ל ראובן שהוציא כת"י של שמעון אחיו כו' ואין ספק בין נכסים לכתובה ולפקדון הדין עם האלמנה כו' דהודאת בע"ד במקום שחב לאחרים אינו כלום עכ"ל ולא חילק הרב בין אם כתב לו מטלטלי אגב מקרקעי דלית ליה מיגו דאי בעי יהיב להו במתנה ולא כתב לו דאז אית ליה מיגו וטעמו ודאי משום דמיגו במקום חזקה הוא דחזקה כל מה שתחת יד האדם הוא שלו וכמו שמבואר דעתו בתשו' שבסימן אלף מ"ז וכמ"ש הרב דברי אמת בסימן יו"ד דל"ו סוף ע"א מבואר יוצא מדבריו דאפי' לא תבעוהו בחובו שהרי כתובה לא ניתנה לגבות מחיים ואפ"ה ס"ל להרשב"א בתשו' זו דלא מהימן הבעל לומר שמעות אלו פקדון הן ואפילו במקום מיגו כיון שבא לחוב לאחרים בהודאתו וחשיב מיגו במקום חזקת אלימתא. ושוב ראיתי למרן החבי"ב בסי' ר"ן הגב"י אות י"ג דרמ"ד ע"ג שכתב כמ"ש וז"ל דאע"פ שנראה שדעת הרמב"ן דוקא אחר שתבעוהו בחובו מיהו הרשב"א ס"ל דכל

שקדם החוב להודאה כתבעוהו בחובו דמי ושוב ראיתי מ"ש הרשב"א בתשו' הביאה רבינו המחבר בסימן צ"ח מ"א שכתב שכל שבשעת ההודאה לא היה חייב נאמן לומר על מה שבידו שהוא של אחרים כו' עכ"ל כלומר דמשמע מדבריו דאם בשעת ההודאה היה חייב אע"פ שלא תבעוהו בחובו אינו נאמן ושלא כדברי הרמב"ן ז"ל:

איברא כי לע"ד לפי הלשון שכתוב בתשו' וז"ל הכא שאני שבאותה שעה לא היה עדיין חב לזה כו' וכן היא גירסת הר"י הלוי בתשו' סימן ע"ז בדברי הרשב"א והכריח דלשון חב לחוד ולשון חייב לחוד יע"ש אכתי אין מכאן ראיה דאפשר דלא פליג אהרמב"ן ז"ל דכונתו לומר דשאני בין הגיע זמנו של החוב ללא הגיע וכעין מה שחילק הרמב"ן בין תבעוהו בחובו ללא תבעוהו ומהתימא על מרן החבי"ב שלא זכר דברי הר"י הלוי ז"ל בתשו' הלזו ועיין ג"כ להש"ך ז"ל בסימן צ"ט סק"ו ד"ה שוב ראיתי שכתב וז"ל גם מ"ש הראנ"ח הנה בח"מ סימן צ"ח כתב ב"י מתשו' הרשב"א כו' ורוצה לפשוט דכל דאית ליה מיגו דמצי ליתן כו' דנאמן במה שאומר שאינו שלו אע"ג דהוי במקום חזקה לא ידענא מאי קאמר דאדרבא בתשו' הרשב"א שבב"י ר"סי צ"ח משמע כמו בתשו' דפוס אלף מ"ז ומ"ש הרשב"א הכא שאני שבאותה שעה לא היה עדיין חב לזה כו' ר"ל באותה שעה שעשה שם השטרות לא היה חייב לשמעון כלל אבל אם היה חייב אז לשמעון אפילו לא נודע אז ונודע אח"ך אינו נאמן ואם כן אפי' היה לו אז מיגו אינו נאמן אם אין לו לשלם ממקום אחר עכ"ל. ומבואר הוא דאשתמיט מיניה תשו' הר"י הלוי ז"ל הלזו שהכריח דחב לחוד וחייב לחוד ועיין בפרק קמא דבב"ק עלה דמתניתין וכשהזיק חב המזיק יע"ש:

ודע שדברי ה"ה הללו במ"ש בשם הרמב"ן אשתמיט מיניה דמהר"י הלוי בתשו' הלזו וכבר תפס עליו בזה בס' דברי אמת בתשו' סימן יו"ד דל"ו ע"א יע"ש ועיין להחבי"ב בה' נזיקין סימן שפ"ב הג"הט אות י"א ד"ה ודע ועיין עוד שם שעמד על סתירת דברי הרשב"א בתשו' דסימן אלף מ"ז ההיא דתשו' שהביא מרן הב"י בר"ס צ"ח והובאה בתשו' הרשב"א בח"ב סימן רמ"ה דבהנך ס"ל כהרמב"ן ז"ל דאפילו במקום מיגו לא מהימן דהוי מיגו במקום חזקה אלימתא ואילו בתשו' שהביא מרן ב"י בא"ה סימן ק' ובח"מ סס"י מ"ז והיא בח"ב מתשו' הרשב"א סימן קנ"א ושם בסי' ר"ן מבואר דס"ל דדוקא היכא דלית מיגו כגון במקרקעי או ששעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי הוא דאינו יכול לטעון אינן שלי אבל היכא דאית ליה מיגו דמצי ליתן אז נאמן בטענתו לומר שאינן שלו ולא חשיב ליה מיגו במקום חזקה אלימתא וכבר עמדו בזה הראנ"ח ח"א סי' קכ"ח ומוהר"ש חיון בספר בני שמואל בביאורו לסימן מ"ז והר"י הלוי בסי' ע"ז והרב גד"ת בסוף שער ה'

והש"ך בסימן מ"ז סק"ו והרב פ"מ בח"א סימן ס"ג ובח"ב סימן ק' והרב מעיל שמואל סימן פ' ומכל התשו' שנאמרו ביישוב תשובות הרשב"א ז"ל הללו לא בחר בהם הרב דברי אמת שם דל"ו ע"ג אלא או כדברי הש"ך דתשו' דנמואל מיירי שהמטלטלין לא היו ביד הבעל או כדברי הרב כ"מ ומרן החבי"ב בכנ"הג סימן ר"ן ותשו' דנמואל שהיא בח"מ סימן מ"ז ובא"ה סימן ק' הוי טעמא משום דלא ידעינן אי קדם ההודאה בכתב ידו לחוב הכתובה או לא קדם לה ומפני כך כל דאיכא מיגו המסייע לכתב ידו והודאתו ל"א בזה מיגו במקום חזקה אלימתא היא אבל כל דידעינן שההודאה היא אחר החוב אפי' לית ליה מיגו חשבינן ליה מיגו במקום חזקה אלימתא והן הן דברי הרשב"א בסי' אלף מ"ז ובב"י ח"מ סי' ר"ן ותשו' השני' דא"ה סימן ק':

ומ"מ לא נחה דעתי בתי' זה של מרן החביב דמה כחו יפה של ספק זה דחב לאחרים בשע' ההודא' או לא חב לגרוע כח החזקה האלימתא דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו דאי משום דכל שההודאה היה קודם החוב ואין כאן חוב לאחרים אין כאן חזקה והרי הוא נאמן לומר שהוא של אחרים והודאה זו חשיב כאילו נותנן לאחרים עתה במתנה א"כ כשיש ספק אם ההודאה הוא אחר החוב חזרה החזקה למקומה משום ספקא ואין כאן מיגו כלל וצ"ע: ועיין למרן החבי"ב שם במ"ש שלזה כיון הראנ"ח בסי' קכ"ב במ"ש בדברים קצרים וז"ל הנה בח"מ סי' צ"ח כו' דכוונתו לתרץ בהכי תשובות הרשב"א דלא קשו אהדדי יע"ש. וכ"כ הרב פליטת בית יאודה סימן י"ב שזו הייתה כונת הראנ"ח ומהתימא על מרן החבי"ב איך לא זכר דבריו כיע"ש ועיין להש"ך בסי' צ"ז סק"ו ד"ה שוב ראיתי מ"ש על דברי הראנ"ח וכתבנו דבריו לעיל וכנראה שלא הבין כונת הראנ"ח כמ"ש מרן החבי"ב והרב עב"י ז"ל ודוק ועיין בס' אדרת אליהו סי' ט"ו שעמד ג"כ על תשובות הרשב"א הללו:

עוד ראיתי למרן החבי"ב שם בסי' ר"ן דרמ"ה ע"א שעמד עמ"ש מור"ם בסי' צ"ט וכתב עליו וז"ל גם מ"ש שהרא"ש חולק תמיה לי שהרא"ש בתשו' הביאה רבינו הטור בסי' צ"ט סי"א כתב ואף אם שמעון מודה כי כל הנמצא כו' אנו מחזיקי' כו' הנה דעת הרא"ש דאינו נאמן מטעם חזקה וכן דעת הרשב"א שהביא המחבר בסי' ע"ב מחודשין כ"ז ואפשר דע"כ לא קאמרי הני רבוותא שא"צ להחזיר לראובן אלא כשהוא תפוס בחפץ או במעות אבל כשאינו תפוס בחפץ או במעות אין מוציאין מיד הנפקד בטענה זו ולפ"ז אין הדבר יוצא מידי מחלוקת שלדעת הרמב"ן והרמב"ם וריב"ה אפי' נכסים ביד הנפקד אינו נאמן לומר של אחרים ולדעת הרא"ש נאמן וקשיא על ריב"ה איך סתם שלא כדעת אביו הרא"ש שכתב סברת הרמב"ם בסתם ואולי רבינו בע"הט מיירי בדלית ליה מיגו ודוחק

עכ"ל. ולא זכיתי להבין דבריו הקדושים דמה ענין תשו' הרא"ש והרשב"א לדברי הרמב"ן והרמב"ם דבנדון תשובות הרא"ש והרשב"א שהביא הרב כיון שהחפץ הוא ביד בע"ח היאך נוציא אותו מידו בהודאתו של לווה שהוא של אחרים כיון דהשתא לית ליה מיגו וכל כה"ג אפי' מאן דס"ל דמיגו במקום חזקה אמרינן כל כה"ג דלית ליה מיגו אזלי ומודו דלא מהימן בהודאתו מיהו ודאי אין מכאן ראיה לומר דהרשב"א והרא"ש חלוקים על הרמב"ן והרמב"ם וס"ל דאם החפץ הוא ביד נפקד אחר שאינו בעל חובו דנאמן בהודאתו מטעם מיגו דשפיר איכא למי' דאה"נ דאפי' אם החפץ ביד אחר נמי אינו נאמן מטעם מיגו דמיגו במקום חזקה הוא ולא מפני שנקטו הדבר כשהיה החפץ ביד בעל חובו אית לן למימר דס"ל דכשהחפץ ביד אחר נאמן בהודאתו מטעם מיגו דאפשר למימר דמעשה שהיה כך היה ובנדון כי האי היתה שאלתם ואה"נ אם היה החפץ ביד אחר לדידהו לא היה נאמן מטעם מיגו במקום חזקה כדעת הרמב"ן והרמב"ם וא"כ מה מקום להקשות על דברי הטור שהסכים לסברת הרמב"ם כיון דאפשר דהרא"ש ל"פ עליה ואי קושיית הרב בדברי ריב"ה הוא לפי מ"ש הרב המפה שהרא"ש חלוק על זה בתשובה בפשיטות היה לו להקשות כן על דבריו דלפי דבריו איך חולק עליו בנו הטור ועוד שדברי מור"ם לפי מ"ש הרב החביב שם ד"ה וכ"נ כו' ט"ס נפל בהם וכ"כ ג"כ הש"ך ז"ל שם בסי' צ"ט סק"ו ד"ה גם מ"ש כו' ותשו' הרא"ש שציין שייך לסוף דבריו כיע"ש ועיין במ"ש עוד מרן החבי"ב בסי' צ"ט הגהת הטור אות ח':

ואיך שיהיה הנה עלה בידינו בעניין אי אמרינן מיגו במקום חזקה דכל מה שתחת יד האדם הוא שלו לדעת הרמב"ן והרמב"ם והרשב"א בתשו' סי' אלף מ"ז והטור בסי' צ"ט כולהו ס"ל דכל כי ה"ג לא אמרינן מיגו וזו דעת הסמ"ג כמ"ש הש"ך סי' מ"ז סק"ו יע"ש מיהו בזה חלוק הטור על הרמב"ן ודעמיה דלדעת הטור דוקא במטלטלין שבידו אינו נאמן לומר של אחרים במיגו מטעם חזקה אמנם בשטר שבידו נאמן לומר אמנה או פרוע מטעם מיגו דאי בעי מצנע ומש"ה הצריך בסי' מ"ז שיהיה השטר ביד שליש או דאתחזק בב"ד כדי שלא יהיה נאמן. אבל לדעת הרמב"ן והרמב"ם לפי מ"ש ה"ה הכא בדין שלפנינו ולקמן בפ"ב הלכה ו' ד"ה לפיכך והרשב"א בסי' אלף מ"ז אף בשטר נמי אמרי' חזקה שלא נפרע ושלא אמנה ולא מהימן אפי' במיגו דאי בעי מצנע דמיגו במקום חזקה אלימתא הוא דומיא דמטלטלין שבידו דלא מהימן לומר של אחרים הוא במיגו דיהיב להו במתנה דמיגו במקו' חזקה הוא:

ואי קשיא לך ממ"ש רבינו לקמן בפי"ו הלכה ז' וז"ל הודה לו שפרע ישלם לוי לראובן וכתב ה"ה פ"י דין זה הוא אפי' בשיש עדים לראובן על הקניה שהרי היה לוי יכול למחול

את החוב כמו שנתבאר פ"י מה' מכירה ומיגו דאי בעי מצי מחיל כי אמר שטר' פריעא הוא מהימן וכ"כ קצת מפרשים ויש מי שכתב הכי אמר שטר פרוע הרי הוא כמוחלו עכשיו ואין לך מחילה גדולה מזו עכ"ל: והשתא לפי מ"ש ה"ה הכ' דלדעת רבינו טעמא דהאומר שטר אמנה דלא מהימן במיגו דאי בעי מצנע או אי בעי מחיל הוא משום דחשיב מיגו במקום חזקה איך כתב שם דכי הודה לוי שפרע לו שמעון מהימן במיגו דאי בעי מחיל ליה א"נ משום דטענה זו דפרוע הוא חשיב כמוחלו לו השתא והם דברים סותרין זא"ז כמובן וכבר עמד בזה מהרימ"ט בתשו' סי' צ"א מח"א יע"ש והרב נ"מ דע"ו ע"ג ומהר"ש חיון בביאורו לח"מ סי' ס"ו ולפי מ"ש הרש"ך בסי' פ' ס"ק י"א דאע"ג דהלוה אינו נאמן על שטרות שבידו לומר פרועים הם היכא דחייב לאחרים משום דאין בידו למחול מדר"ן מיהו אם נתנן למלוה בתורת מכירה או גובייגא ב"ד יכול לחזור ולמחול לבע"ח דכיון שכבר מסרן למלוה בחובו פקע חיובא דר"ן כו' יע"ש:

מעתה אילו היה סובר כן ה"ה לא הוה קשה אמנם מדברי ה"ה מבואר דהיכא דהלוה מוחל עכשיו כל שטרות שבידו שפיר מצי מחיל אלא היכא דטוען אמנה או פרוע הוא לא מהימנינן ליה במיגו דמצי מחיל משום דמיגו במקום חזקה הוא וא"כ קשה דהיכא דמכר נמי שטרותיו לאחרים לא יהא נאמן לומר פרוע מטע' חזקה זו והנר' ודאי דהיכא דהשטרות בידו החזקה שאינן פרועים הוא חזקה אלימתא שאילו היו פרועים לא היו השטרות קיימים וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ז סק"ו דכיון שבידו לקורען והם קיימים זו חזקה שאינן פרועין אבל כשמכרן לאחרים וביד אחרים הם ליכא להאי טעמא דאיכא למימ' דמשום שאינו בידו לא קרען ולעולם דפרועים הם ועיין להרב כ"מ מה שהק' ודע שבס' בני חיי סי' מ"ז הגהת ב"י אות אלף הוקשה לו לדעת הרמב"ן שהוא ז"ל מכת הסוברים דלא אמרינן מיגו במקום חזקה במטלטלין שבידו ממ"ש הרמב"ן גופיה בס"פ גט פשוט דקע"ד עלה דאמר רב הונא ש"מ שהקדיש נכסיו כו' והיא קושיית הש"ך בסי' רנ"ה ועיין בספר בני חיי עוד שם בסי' רנ"ה דלפי מה שחילק שם ל"ק מהא יע"ש ועיין בקונט' זה לקמן דמ"ט רע"א ועיין להרב נ"מ דע"ו ע"ד מה שהקשה על זה:

ודע דעל מ"ש הטור בסי' צ"ט שאם נר' לו ממון אחר שנשבע או קודם כו' ואומר של אחרים הם אינו נאמן משום דחזקה כל מה שנמצא תחת יד האדם הוא שלו כו' כתב מרן החבי"ב שם אות ח' וז"ל וההיא דכתב ריב"ה בסי' ק"א ס"ז דאם יש לו מעות ללוה ותולה אותם בגוי כו' נ"ל דאינו סותר כו' דכאן מיירי כשהבע"ח תפוס כו' אבל בסי' ק"א מיירי כשהלוה תפוס בממונו ועל המלוה להביא ראיה כו' עד סוף הלשון יע"ש ודברים אלו הם הפך מ"ש הרב החבי"ב גופיה בסי' ר"ן דרמ"ה ע"א דהטור ס"ל כדעת הרמב"ם

דאפי' נכסים ביד הנפקד אינו נאמן לומר של אחרים הם יע"ש וגם פשט דברי הטור מבוארין כן ועיקר קושית מרן ל"ק כלל וכמ"ש הרב ש"ך בסי' צ"ט ס"ק ד"ה וראיתי בס' גד"ת כו' שכתב וז"ל ונ"ל דלא דק דהתם מיראת הגוי שידו תקיפה אין בידינו לכפותו שיתן אותם המעות עכ"ל:

הלכה ז

מסדרין לבע"ח כו'. עיין להלח"מ שכתב וז"ל ק' דבגמ' פ' המקבל אמרינן דמאן דאית ליה מסדרין דריש אם מך דאתא לומר שיהא במכותו מתחילתו ועד סופו כו' ועיין להתוס' בפ"ד דערכין דח"י ד"ה ואלא הוא למה לי כו' שכתבו וז"ל וק' לר' מאי דרשי רבנן הכא הוא ואם מך הוא מערכך ושמא יש דרשא בשום מקום מהוא דהכא ודרשי' ליה עכ"ל ותמה עליהם הרת"יט בפ"ד דערכין מ"ב ד"ה רי"א וז"ל ולא ידעתי מאי ק"ל דהא דרשינן ליה בפ"ו משנה ג' תעשה שישאר הוא שיהיה לו הוייה וחיות מערכך דהיינו מזונות וכסות הוא ולא אשתו ובניו וצ"ע עכ"ל. ולפי חומר הנושא אפשר ליישב לע"ד דקושיית התוס' היא למאן דס"ל דמזונות האשה אינן אלא מדרבנן וכמו שהקשה הלח"מ לקמן ד"ה מלוה שבא להפרע וז"ל וא"ת למאן דאית ליה מזונות האשה מדבריה' למאי איצטריך קרא הוא למעט אשתו ובניו ונדחק לתרץ יע"ש והשתא אפשר דהיא היא קושית התוס' ודוק: וקושיית הרתי"ט לדברי התוס' הקשה אותה בס' אור יקרות ולא ראה דברי התוס':

פרק ב

הלכה ו

שורש מוציאין מזה ונותנין לזה ראובן **שהיה חייב לשמעון מאה כו' מוציאין מלוי ונותנין לשמעון**. ע"כ. וכתב ה"ה זה מחלוקת בברייתא דת"ק ור' נתן בפ"ק דקדושין ובהרבה מקומות ופסק כר"ן וכן פסקו רוב הפוסקים עכ"ל והנה זה שכתב הרב ז"ל דזה מחלוקת בברייתא דת"ק ור"ן מבואר לע"ד דכונתו ז"ל לומר דכיון דבברייתא זו קאמר הך דרשא בשם ר' נתן משמע דת"ק דר"ן פליג עליה בהך דרשא ודריש קרא לענין אחר ולא לענין מוציאין מזה ונותנין לזה כדדריש ר' נתן וכן מבואר בספרי עיין בילקוט כיע"ש ומש"ה בפ"ק דקדושין דט"ו קאמר תלמודא דת"ק דר"א ור"א פליגי בהך דרשא דר"ן וכן בכל דוכתא דמייתי הא דר"ן קאמר וכדר"ן כאילו איכא מאן דפליג עליה ובפרק האשה שנפלה דפ"ב ודילמא ר"ן היא כו' ועיין להרב משל"ל בה' עבדים פ"ג הי"ב במה שתמה שם על הלח"מ והרש"ט מדברי ה"ה ז"ל הללו ולפי האמור אין מקום לתמיהתי כיע"ש:

ודע דבעיקר דרשת דר"ן דדריש מקרא דונתן לאשר אשם לו דמוציאין מזה כו' כתב

רש"י בפ"ב דכתובות די"ט ע"א ושם דפ"ב דמדלא כתיב לאשר הלוהו או לאשר נושה בו אלא לאשר אשם לו דייקינן הא דר"ן ואשם הוא הקרן כדאמרינן בהגוזל למי שהקרן שלו יע"ש וראיתי לרש"י בפי' החומש פ' נשא בהך קרא דלאשר אשם לו שכתב וז"ל לאשר אשם לו למי שנתחייב לו עכ"ל:

וכתב הרא"ם פי' אם היה אותו ממון שגזל מראובן וראובן חייב לשמעון לא יתנהו לראובן אלא למי שנתחייב לו ראובן דהיינו לשמעון דהכי משמע מלישנ' דלמי שנתחייב לו דקאמ' דאי ס"ד לראובן האי למי שנתחייב לו למי שגזלו ממנו מבעי ליה כו' יע"ש וכנראה שלא ראה הרב לשון רש"י דכתובות דפ"ב שכתב דמדלא כתיב לאשר הלוהו או לאשר נושה בו כו' דייקינן הכי לר"ן כיע"ש דאם כדברי הרא"ם ז"ל אפילו אי הוה כתיב נמי לאשר נושה בו הוה שמעינן שפיר הא דר"ן מדלא כתיב לאשר גזלה ממנו כדדייק הרא"ם בלשון רש"י ז"ל ולכאורה הוה מצינן מימר דמדלא כתב רש"י למי שהקרן שלו וכתב למי שנתחייב לו משמע ליה בהדיא דאתא לפרושי קרא דלא כר"ן אלא כמאן דפליג עליה וס"ל דאין מוציאין מזה כו' אלא שראיתי לרש"י ז"ל פ' ויקרא בד"ה לאשר הוא לו יתננו שכתב למי שהממון שלו וזה מבואר דמפרש קרא כר"ן ולא כמאן דפליג עליה ולפ"ז צ"ל דמ"ש רש"י ז"ל למי שנתחייב לו כונתו ג"כ למי שהקרן שלו ומשום שכבר גילה דעתו בס"פ ויקרא דהחיוב הוא למי שהקרן שלו לא הוצרך לבאר ולא מהטעם שכתב הרא"ם ז"ל ודוק:

וראיתי עוד להרא"ם בס"פר ויקרא עמ"ש רש"י ז"ל למי שהקרן שלו כתב וז"ל לא למי שידוע לו למי שהוא קרובו ואוהבו שהוא שלו דומיא דואיש את קדשיו לו יהיו שדרז"ל שבידו ליתנו לאיזה כהן שירצה ויהיה טובת הנאה לבעלים עכ"ל וכונתו מבוארת שבא לפרש כונת רש"י ז"ל דלכך כתב למי שהממון שלו לשלול שלא נפרש כונת הכתוב לאשר הוא לו למי שידוע לו דומיא דאיש את קדשיו לו יהיו כו' ולא ידעתי מי הכריחו לזה הדוחק דטפי הו"ל להרב ז"ל לומר דהוצרך רש"י לזה לשלול שלא נפרש הכתוב כמאן דפליג עליה דר"ן וס"ל דלאשר הוא לו הוא הנגזל עצמו שגזלו ממנו ולא למי שחייב לו הנגזל דאין מוציאין מזה ונותנין לזה. ומ"מ הא ק"ל בעיקר דרשא זו דדריש ר"ן דמוציאין מזה ונותנין לזה מקרא דונתן לאשר אשם לו דכתיב בפ' נשא אמאי לא יליף הך דרשא מקרא דס"פ ויקרא דכתיב לאשר הוא לו יתננו כו' ומדלא כתיב לאשר גזל לו יתננו ש"מ דלאשר הקרן שלו קאמר כמ"ש רש"י בפי' שם ואפשר דמש"ה לא מייתי ר"ן מהך קרא דאיכא למדחי כמ"ש הרא"ם דלאשר הוא לו לאשר ידוע לו קאמ' דהיינו לכהן שהוא קרובו דומיא דאיש את קדשיו לו יהיו אמנם בתר דגלי לן קרא דונתן לאשר אשם

לו כו' ע"כ לפרש קרא דלאשר הוא לו דלאשר הקרן שלו קאמר ולהכי אייתי ר"ן קרא דונתן לאשר אשם לו שהוא המלמד העיקר ובהכי יתיישב מה שדקדקנו על דברי הרא"ם דהוצרך לומר דרש"י ז"ל בא לשלול פירוש הכתוב שלא נפרש אותו דומיא דאיש את קדשיו לו יהיו שאם בא לשלול שלא נפרש אותו כמאן דפליג אר"ן א"כ תקשי אר"ן גופיה אמאי לא יליף לה מהאי קרא אלא עכ"ל דר"ן לא מצי יליף מהאי קרא משום דאפשר לפרש קרא דומיא דאיש את קדשיו לו יהיו וא"כ היא גופא אית לן לפרושי בכונת רש"י שבא לשלול פי' זה ודוק:

והנה ממ"ש ה"ה ז"ל וכן פסקו רוב הפוסקים ולא הזכירו שזה דעת הרי"ף בהלכות כדרכו בכל המקומות לומר וכן דעת ההלכות או ברייתא זו הובאה בהלכות וזה דעת רוב הפוסקים משמע דאין זה דעת הרי"ף לפסוק כר"ן ויש להביא ראיה לזה מדאשמיט הרי"ף ההיא דאמר רמי ב"ח ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו במלוה כו' וההיא דאמר רב נחמן יתומי' שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה אותם מהם דאזלא כר"ן כדאיתא בפ' כל שעה דל"א ופרק מי שהיה נשוי דצ"א ע"ב והר"ן הביאה לזה בפרק מי שהיה נשוי דתקכ"א ע"ב יע"ש וכ"כ הרשב"א בחי' למס' ב"ק ד"מ ע"ב עלה דאמרינן התם משום דאמ' ליה כי היכי דמשתעבדנא לך משתעבדנא להאיך מדר"ן וז"ל ומכאן נ"ל לפסוק כר"ן שלא כדעת הרי"ף שפסק דלא כר"ן בפ"ק דקדושין בשמעתתא דמוכר עצמו דתניא התם מוכר עצמו אין מעניקין לו ר"א אומר זה וזה מעניקין לו ואוקימנא פלוגתייהו בקראי דטעמא דת"ק דאמר אין מעניקין דמיעט רחמנא גבי מכרוהו ב"ד הענק תעניק לו ולא למוכר עצמו ור"א סבר ההוא לו ולא לבע"ח מר ס"ל בעלמא כר"ן אתא לו ואפקיה ואידך בעלמא נמי לא ס"ל כר"ן דקי"ל בהענקה כת"ק ולית ליה כר"ן בעלמא אלמא לית הלכתא כר"ן וכבר כתבתיה שם במקומו בס"ד דהלכתא כר"ן דלאו הא בהא תליא עכ"ל:

אלא שזה מן התימא איך אפשר ליחס שיטה זו בדעת הרי"ף מאחר שהוא ז"ל בפ"ב דכתובות דתע"ד ע"א עלה דאמר ר"י אמ"ר האומר שטר אמנה הוא זה נאמן הביא אוקמתא דאביי דאמר לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכדר"ן דאמר ר"ן מנין שהנושה בחבירו כו' ואי דעתו ז"ל לפסוק דלא כר"ן לא הי"ל להביא אוקמתא זו דאביי קיימא כר"ן גם בפ' השולח דתקע"ג ע"א הביא הרי"ף ההיא דת"ר אין לו קרקע ולא לערב ולדחייב לו יש לו קרקע כותבין עליו פרוזבול מדר"ן דתניא ר"ן אומר כו' גם בפ' האשה שנפלו דתקי"א ע"א הביא הרי"ף הא דתניא הרי שהיה נושה באחיו מנה ומת והניחה שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי אלא מוציאין מידו וילקח בהם

קרקע והוא אוכל פירו' ואע"ג דמטלטלי לא משעבדי לכתובה השת' דתקינו רבנן למגבי כתובה ממטלטלי עבדי' הכי וכתב הר"ן ז"ל דבגמ' מסקינן דזו אינה משנה משום דלא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה כלומר דס"ל דמטלטלי משתעבדי לכתובה כר"מ וס"ל נמי דמוציאין מזה ונותנין לזה כר"ן דהני חומרי תרוייהו צריכי קודם שנאמר דמוציאין מידו ויקח בהם קרקע כו' הילכך השתא דתקון רבנן בתראי למגבי כתובה ממטלטלי וקי"ל כר"ן עבדי' כי הא מתניתא זהו דעת הרי"ף עכ"ל מבוארין דבריו דאי לאו דקי"ל כר"ן לא הוה פסקי כי הך ברייתא אפילו בתר דתקון רבנן בתראי למגבי כתובה ממטלטלי:

ואי לאו דמסתפינא הו"א דאין מכל זה ראיה להכריח שדעת הרי"ף ז"ל לפסוק כר"ן דאפשר דמאי דהביא בפ"ב דכתובות אוקמתא דאביי כגון שחב לאחרים וכדר"ן כו' משמע ליה דאף לרבנן דר"ן נמי מצי אתי הך אוקמתא דאביי דאטו לדידהו נמי אין המלוה גובה חובו מבע"ח שיש ללוה שלו מהקרקעות וגם מהמטלטלין אם שעבדן לו באגב דמי עדיף חוב זה מנכסים משועבדים שהלוה טורף מהקרקעות ומהמטלט' אם שעבדן לו באגב וכמו שהקשה הריטב"א בפ' האשה שנפלו דפ"ב ע"א עלה דאמרינן ודילמא ר"ן היא כו' ותי' ז"ל דאה"נ דכל ששעבד לו ב"ח מטלטלי אגב מקרקעי שקנה ושיקנה שגובה אותם מב"ח מדין טורף ובשבועה שהרי נשתעבדו לו אותן מעות שחזר והלוה בו לזה אבל לר"ן בלא"ה נמי גובה ממנו בע"כ דהא איהו גופיה אשתעבד ליה מדאורייתא וכאלו גובה מן הלוה שלו ולא עוד אלא שגובה ממנו שלא בשבועה אם היה מלוה בשטר או בעדים תוך זמן דליכא למיחש לפרעון דהא ליכ' פסידא ללוה הזה שהרי אינו גובה ממנו עכ"ל. מבואר יוצא מדבריו דאף לרבנן דר"ן כל ששעבד הלוה למלוה מטלטלי אגב מקרקעי דקנאי ודאקנה שפיר גובה המלוה חובו מבעלי חובות של הלוה כמו מן הלוה עצמו וא"כ איכא למימר שפיר דלהכי הביא הרי"ף אוקמתיה דאביי דאמר כגון שחב לאחרים וכדר"ן ז"ל כיון דאף לרבנן דר"ן נמי משכחת לה שחב לאחרים בכה"ג שכתב לו למלוה מטלטלי אג"מ דקנאי ודאקנה שאז גובה חובו מבע"ח של הלוה והשתא דקאמר שטר אמנה הוא זה חב לאחרים הוא ובהכי ניחא נמי ההיא דפ' השולח שהביא הרי"ף דת"ר אין לו קרקע ולא לערב ולבע"ח יש לו כותבין עליו פרוזבול כדר"ן משום דאף לרבנן נמי משכחת לה ההיא דפרוזבול בכה"ג ששעבד לו הלוה והערב למלוה נכסיו דקנאי ודאקנה דהשתא גובין לו ב"ד למלוה מבע"ח אף לרבנן דר"ן מדין טורף כמ"ש הריטב"א ז"ל ותלמו' דקאמר כר"ן ולא קאמר משכחת לה אף כרבנן דר"ן כבר תי' הריטב"א משום דלר"ן ניחא טפי דבלא"ה גובה ממנו בע"כ מש"ה

קאמר הכי ואה"ן דאף לרבנן דר"ן אתי שפיר והשתא ניחא נמי ההיא דפ' האשה שנפלו גבי ההיא דהרי שהיה נושה באחיו מנה כו' דמשכחת לה בכה"ג וכמובן:

ומ"מ הרואה יראה שכל זה הוא דוחק גדול דכל כה"ג לא הי"ל להרי"ף לסתום אלא לפרש ומדלא פירש דבריו והביא לישנא דש"ס דקאמר כדר"ן משמע בהדיא דס"ל דקי"ל כר"ן וכמ"ש הר"ן ז"ל בהדיא בההיא דפרק האשה שנפלו דקי"א שזה דעת הרי"ף ז"ל דקי"ל כר"ן וא"כ עכ"ל דזה שכתוב בחי' הרשב"א לבב"ק שלא כדעת הרי"ט דפסק דלא כר"ן ט"ס הוא וצ"ל שלא כדעת ר"ת ז"ל וכן מבואר בדבריו בחי' לקדושין דט"ו כיע"ש. ומיהו אף שנאמר שדעת הרי"ף ז"ל כדעת רוב הפוסקים שכתב ה"ה ז"ל לפסוק כר"ן אפשר דה"ה ז"ל לא הזכיר דעת ההלכות בזה מפני שאין דעתו מבואר בהדיא והשמיט אותה מימרא דרמי ב"ח דפרק כל שעה ופרק מי שהיה נשוי ושאר המקומות שהביא ההיא דר"ן אפשר למדחי כדאמרן ודוק:

ואת זה ראיתי למרן החבי"ב ז"ל בר"סי פ"ו הגב"י שכתב על דברי מרן ב"י במ"ש והרמב"ם פסק כר"ן וז"ל אמר המאסף לא מצאתי חולק לזה ומדברי הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה רבינו המחבר סי' צ"ח מחודשין א' שכתב למאן דפסק כר"ן משמע שיש פוסקים דלא כר"ן ועיין במרדכי כו' יע"ש: ויש לתמוה למה לא דקדק מדברי ה"ה שכתב בפרקין על דברי רבינו שפסק כר"ן שזה דעת רוב הפוסקים כו' דנראה דאיכא פוסקים דפסקי דלא כר"ן ובהגהת מיימון בפרקין כתב בהדיא דרבינו יהונתן פסק דאין הלכה כר"ן מדאמרינן בפ' המניח המזיק שעבודו של חבירו פטור וכן פסק ר"ת תחילה אך שוב חזר בו בס' הישר דקי"ל כר"ן עכ"ל וחזרת ר"ת ז"ל הביאו התוס' בגטין דל"ז ע"א ד"ה מדר"ן יע"ש. גם הריטב"א בחי' לקדושין דט"ו ע"א גבי מאי דאמרינן התם לו ולא לבע"ח מדס"ל בעלמא כר"ן כו' סיים בסוף דבריו ורבנן אחריני ז"ל פסקו כרבנן בכלהו מתניתא ודחו דברי ר"ן כו' יע"ש ועיין עוד בתשו' הרשב"א ח"ב סימן רמ"א ובח"א סי' תתקס"א גם מדברי התוס' שם בקידושין דט"ו ע"א ד"ה ואידך שכתבו בתחילת דבריהם מכאן מדקדקים דאין הלכה כר"ן משמע דהם רבים המדקדקים כן אלא שר"ת ור"י פסקו כר"ן כמו שסיימו אחר כך וכיון שכן אין ספק דיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא דפסקו דלא כר"ן:

ודע שזה שכתב ההגהות מיימון בשם רבינו יהונתן שפסק דלא כר"ן וחיליה מההיא דפרק המניח דל"ג צ"ע דבשיטת הרב שם בפרק המניח וגם במרדכי פרק המניח הובא דברי רבינו יהונתן ז"ל וז"ל זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור דקדק הר' יהונתן ז"ל מוירצבור"ק מדלא מיחייב מדר"ן שהרי החופר בקרקע חבירו בורות שיחין ומערות

חייב לפרוע לבעל הקרקע הפסדו וכיון דחייב לו יתחייב לבע"ח מדר"ן דאמ' הנושה בחבירו כו' אלמא דלא מחייב מדר"ן אלא כגון ראובן שלוה משמעון ושוב לוה שמעון מלוי דבעידנא שנשתעבד שמעון ללוי נשתעבד לו כמו כן ראובן שהיה משועבד לשמעון באותה שעה אבל אם לוה שמעון מלוי תחילה ושוב לוה ראובן משמעון לא משתעבד ראובן ללוי והיינו טעמ' דפטור הכא והר"מ אמר דלאו דיוקא הוא דהכא מיירי בכה"ג שאין המזיק חייב לבעלים כלום כגון ההיא דקיימינן עלה שחטו ונתנו במתנה שהבעלים בעצמן עשו ההיזק וכה"ג המזיק שעבודו של חבירו כגון שראובן עשה שדהו אפותיקי לשמעון ואמר לא יהא לך פרעון אלא מזו דומיא דשור תם דאינו משלם אלא מגופו והלך ראובן בעצמו וחפר בו בורות שיחין ומערות וכן השורף שטרותיו של חבירו לא עשה היזק אלא למלוה הרא"ש וכ"כ במרדכי וכ"כ הר"ש ז"ל וז"ל ודיוקא דר' יהונתן ז"ל ליתא דמצינן למי' דאפילו אי איירי הכא בשאחר שחטו דילמא האי תנא ס"ל כרבנן דר"ן ומה שייך הכא דר"ן דמה שחייב הלוה למלוה אחרי שעשאו אפותיקי דומיא דשור דאינו גובה אלא מגופו הרי פושע הוא ע"כ:

מבואר יוצא מזה דרבינו יהונתן ס"ל דקי"ל הלכ' כר"ן אלא מתוך סוגיא זו דפרק המניח דאף ר"ן לא אמרה אלא כשנתחייב הלוה הזה שאנו באים להוציא ממנו עכשיו למלוה שלו אחר שנתחייב מלוה שלו לראשון ולא להפך והוא הפך חילוק ההגהות אשירי בפרק ד' וה' בהגהה ראשונה כיע"ש ואולי תרי רבינו יהונתן הם ושוב ראיתי בתשו' הרב מגן גבורים סימן ה' עמד בזה וצ"ע:

ודע שבחילוקים אלו שחילקו בהג"א והמרדכי בשם רבינו יהונתן מלבד שמוהר"מ חלוק בזה כמ"ש המרדכי בפרק המניח וגם הרא"ש והר"ש כמ"ש בשיטה המקובצת שדחו דיוקו של רבינו יהונתן ז"ל גם הר' התרומות ז"ל בשער מ"ג סימן ח"י והטור ומרן בש"ע סי' פ' חלקו על זה וכן מבואר מתשו' הרא"ש כלל ס"ט סימן ג' וכ"כ רש"ל פ"ד דבב"ק סימן י"ט דלדידהו ס"ל דאין חילוק ולעולם מוציאין מזה ונותנין לזה. ומהתימה על הר"ש טייטסק ז"ל הובאו דבריו בהרש"ך ח"א סי' י"ב שכתב וז"ל ולא מצאנו שכתבו כן בהדיא זולתם מהפוסקי' המפורסמים ז"ל אדרבא מצינו בהגהת אשירי והמרדכי פרק המניח והר"י דלא מחייב מדר' נתן כו' וא"כ בנ"ד דהוי בכה"ג דמתחילה נשתעבד ונתחייב לוי לאשתו לכתובה ואחר כך נתחייבו לו ראובן ושמעון אין אשתו מוציאה מדר' נתן יע"ש:

וק"ט לכאורה למה לא הביא דברי הטור ודברי כל הפוסקים הנז' דקיימי בשיטתו דכולהו ס"ל דאין חילוק ובכל גוונא מוציאין מזה ואפילו שלוה אח"ך. ונראה דכיון

דלענין הלכה ודאי דמצי המוחזק לומר קי"ל כהא"ז וסיעתיה דס"ל דכל שלוה לוי משמעון אחר שלוה שמעון מראובן אין מוציאין מלוי לתת לראובן לכך לא הביא אלא דברי הג"א והמרדכי ולומר דבנ"ד נמי אין אשתו מוציאה מדר"ן מטעם קי"ל וזה ברור:

ודע שרש"ל הקשה על דברי הא"ז שדבריו סתרי אהדדי דהא אח"כ כתב ראובן שהיה חייב מנה לשמעון ובא לוי וגזל את ראובן מפקי' ויהבינן לשמעון ע"כ והיינו כפסק מהר"מ שאין חילוק בין נתחייב קודם לנתחייב אח"כ יע"ש ואפשר לחלק דשאני גזילה דלא ניתנ' להוצאה כמלוה והיכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתיה הילכ' מוציאין ומחייב אף שנתחייב לו לגזלן אח"כ א"נ אפשר דבגזילה משום גזילה קנסא אית לן להוציא טפי:

עוד כתב ה"ה עמ"ש רבינו לפיכך אם אין לו נכסים כו' דאית ליה לרבינו דהא דר"ן ליתא אלא בדלית ליה נכסי וכדאיתא בפ' שור שנגח ע"כ וכ"כ הר"ן פ"ב דכתובות וכן הוא דעת בעל התרומות ריש שער נ"א וכן הוא דעת הרשב"א בתשו' סי' אלף קכ"ב ועיין במה שהוקשה לו להלח"מ מסוגייא דפ' האש' שנפלו דפ"ב ומסוגיא דפ' השולח דל"ז ופסקן רבינו בה' אישות פכ"ב ופ"ט מה' שמיט' לענין פרוזבול ותירץ ז"ל דכיון דהטעם דאין גובין משום דכיון דזה החוב משועבד למלוה ראשון הו"ל כנכסים משועבדים במקום שיש בעל החוב וכמ"ש הר"ן א"כ ס"ס משועבד הוא מדר"ן אע"ג דאית ליה נכסי את"ד יע"ש:

והנה תירוץ זה מועיל לדעת רבינו ודעימיה דס"ל דאפי' לא הגיע זמן הפרעון של לוה ב' משועבד הוא למלוה ראשון מדר"ן אך לדעת הר"ן דס"ל דכל שלא הגיע הזמן של ב' אינו משועבד לראשון וכמ"ש שם וז"ל והא דר"ן לא סגי אלא כשיגיע זמניה פקדיה רחמנ' ללוה דליתיב למאריה קמא אבל לא סגי דלהוי מהשתא שעבודא גבי הילכך בכתובה יכול למחול ואפ"ה עלה הוא ז"ל לחלק בין אית ליה נכסי ללית ליה א"כ לדידיה הדרא קושית הלח"מ ואין תירוצו מספיק. ויותר יש לנו לומר דההיא דפ' האשה ופ' השולח מיירי בשכבר הגיע הזמן של בע"ח לפרוע ולא רצה עדיין המלוה ליפרע ממנו דכל כה"ג אף שאינו גובה היכא דאית ליה נכסים מ"מ משועבד הוא מדר"ן כמ"ש הרב לח"מ ועיין להש"ך בסי' פ"ו סק"ה שדחה דברי הלח"מ מסוגייא דפ' כל שעה ויצא לידון בדבר חדש כמ"ש הר"ן וכל הפוסקים דהאי דינא דר"ן ליתא אלא בדלית נכסי מיירי בדאית ליה פסידא ללוה שני א"נ שאין הלוה ב' רוצה לשל' עדיין מפני שרוצ' להשתמש במעות אלו מדעת שמעון אבל אה"נ היכא דלית ליה שום פסידא ללוה שני ודאי דמוציאין אפילו אית ליה נכסי ומש"ה אמרינן בפ' האשה ופ' השולח ופ' כל שעה דמוציאין מדר"ן אפי'

איית ליה נכסי כיון דהתם א"ן שום פסידא ללוה שני והרבה ראיות לזה ושוב הביא ראיה מדברי הרשב"א בפ' ד' וה' שהביא הב"י מחודש ג' שכתב ושמעינן מיהא דאלו רצה בע"ח או נפקד דראובן לפרוע ממה שיש בידו למי שנשה בראובן אעפ"י שלא תבעו בדין הרשות בידו ע"כ ואם איתא הו"ל לומר דה"ד בדלית ליה נכסי לראובן ומדלא חילק נר' דס"ל דשעבוד' איית ליה גביה אפי' איית ליה נכסי כל זמן דליכא שום פסידא גביה יע"ש : ואין מכאן ראיה דאיכא למימר דהרשב"א דומה לדינו דרבי נתן קא מיירי והוא כבר גילה דעתו במקום אחר דההיא דר' נתן בדלית ליה נכסי מיירי ומש"ה לא הוצרך לפרש ולעולם דס"ל דבאית ליה נכסי אף דליכא פסידא ללוי דאין מוציאין מדר' נתן: מיהו מדברי הרשב"א בתשו' סי' אלף קכ"ב שכתב דבפקדון מוציאין ממנו אפי' יש לו נכסים אחרים ובהלואה דוקא אין מוציאין מוכח בהדיא דס"ל דהיכא דלית ליה שום פסידא ללוה ב' מוציאין ממנו מדר"ן אפי' יש לו נכסי' אחרים:

ודע שאף הרמב"ן כן דעתו דהא דר"ן אינו אלא בדלית נכסי אחריני כמ"ש בשמו הר"ב התרומות שער נ"א ח"א ס"ד וראייתו מההיא דפ' ד"וה כיע"ש ודבריו ז"ל אישתמיט מיניה דהרב כרם שלמה ה' גביית מלוה סי' י"ז שתמה על הטור בסי' פ"ו שלא הזכיר להרמב"ן שחולק על הטור יע"ש ועיין בהג"ה פ' שור שנגח ד"וה שכתב בשם אביו דהא דר"ן מיירי אפי' איית ליה נכסי וכ"כ הרב שלטי הגבורים פרק ג"פ דמ"ה במסקנתו וכן כתב רש"ל לפ"ד דבב"ק סי' י"ט ונ"ט דכיון דהא דר"ן מקרא קאתי ושעבודא דאורייתא איית ליה גביה א"כ אין חילוק וכתב עוד ומ"מ אין ב"ד מחוייבים ליזקק לו יע"ש והש"ך הרבה להקשות עליו ועוד תמה עליו דאישתמיט מיניה דברי הר"ב התרומות והטור דלקמן סי' קכ"ה ס"ה שכתבו בהדיא דהיכא דלית ליה נכסי לא שייך הא דר"ן אפי' תפס ע"כ ואי מהא לא איריא דשאני התם דהמלוה אומר למשלח הפסדתני מעותי דכיון שמסרתם לו מהניא תפיסה ומ"ה כופה המשלח לשליח אבל בעלמא אה"נ דתפיסה מהנייא אפילו היכא דאית ליה נכסי ודוק:

והנה מרן ב"י כתב על דברי הר"ן ומשמע דבשלא הגיע זמן פרעון החוב מיירי דבהגיע זמנו אין לו דין משועבדי' ע"כ : והן דברים תמוהין שזה היפך מ"ש הר"ן עצמו ועיין למרן החבי"ב בהגב"י אות ה' שכתב דכונת מרן לומר שלא הגיע זמן לראובן להפרע משמעון והגיע זמן שמעון להפרע מלוי את"ד יע"ש:

ושיחתו ז"ל איני מכיר דא"כ מאי האי דקאמר מרן דאם הגיע הזמן אין לו דין משועבדים דאיך תליא הא בהא דמשום שהגיע זמן ראובן להפרע משמעון אין לו דין משועבדים לגבי לוי דאי משום דכיון שהגיע זמנו של ראובן ליפרע משמעון ובאותה שעה לא הגיע

של לוי ולא נשתעבד לוי שוב אין לו דין משועבדים ללוי א"כ אפילו כשלא הגיע נמי זמנו של ראובן והגיע של לוי אין לו דין משועבדים ללוי כיון דס"ס כבר הגיע זמנו של לוי לפרוע לשמעון ובאותה שעה לא נשתעבד לוי לראובן אלא לשמעון ומה טעם יש בהגעת הזמן של ראובן טפי מהגעת זמן של שמעון ללוי ובשלמא אי מאי דקאמר מרן בשלא הגיע זמנו קאי ללוי ניחא ומילתא בטעמא קאמר כמובן אך אי קאי ההגעת זמן של ראובן משמעון אין בזה טעם :

גם במ"ש עוד החבי"ב דאם הגיע זמן ב' החובות הא ודאי פשיטא דמוציאין מזה ונותנין לזה כו' ק"ט דמאי פשיטותא איכא והרי הר"ב התרומות הביא דבריו הטור סי' קכ"ה ס"ל דאף כשהגיע זמן שתי החובות כל שיש לו נכסים אין מוציאין מדר"ן והיינו משום דהמלוה יוציא המעות שיש לו בעין לצורכו ויגבה לבע"ח קרקע או יגבה לו זיבורית ויקנה במעות עידית וכמ"ש הב"ח שם סק"ה:

ולענין שכירות אי שייך דינא דר"ן הנה רבינו לא חילק בין שכירות למלוה ומשמע דס"ל דלעולם אית לן דינא דר"ן וכ"נ דעת הטור אך הר"ב התרומות בשער נ"א ח"א סי' ד' כתב בשם איכא מ"ד דלא דיינינן דינא דר"ן אלא בחוב שהלוה לו או שנתחייב לו מצד דבר שבא מידו לידו שבשעה שהגיע ממונו לידו זכה בו זה כבר יע"ש: וזה דעת ה"ר נתנאל שהביאו התוס' בפ"ק דקדושין דט"ו ד"ה ואידך יע"ש ועיין להר"ב בש"מ פ' ד"וה מ"ש בשם הרב המאירי יע"ש: מיהו מדברי הר"ב התרומות בטעם זה שכתב נר' דס"ל דלאו דוקא חוב דשכירות דה"ה בחוב אחר דנזקין וחבלות ודינא דגרמי נמי אין מוציאין מדר"ן כיון שלא היה חוב זה דבר הבא מידו לידו אמנם מהטעם שכתבו התוס' בשכירות דכיון דאיכא טירחת הגוף אין מוציאין מדר"ן נר' דדוקא בשכירות הוא דלא אמרי' דינא דר"ן אבל בשאר חובות אמרינן ועיין להרב ש"ך בריש סי' פ"ו שכתב דשייך דינא דר"ן בין בהלואה בין בנזיקין בין בדינא דגרמי והנה הא דנזיקין מבואר בב"ק פ' המניח דל"ג וא"כ יש לתמוה על הר"ב התרומות וצ"ע:

ודע שהש"ך בח"א סי' י"ב והרב גד"ת ריש שער נ"א דש"א והלח"מ פ"ג מה' עבדים והמש"ל שם תמהו על דברי רבינו דכאן בה' מלוה פסק כר"ן ובפ"ג מהלכות עבדים כת"ק דר"א דמייתי הש"ס בפ"ק דקדושין דט"ו דמוכר עצמו אין מעניקין לו ולפום אוקמתיה דש"ס הוא דלא כר"ן ועיין בחי' הריטב"א בפ"ק דקדושין הביא דבריו הש"ך בסי' פ"ו שיישב קו' זו ותירוצו ז"ל הוא תמוה דאיך אפשר לומר דרבינו ס"ל דטעמא דת"ק דאמר דמוכר עצמו אין מעניקין לו היינו משום דלא ס"ל ג"ש דש"ש והרי רבינו פסק בפ"ב מה' עבדים ה"ח דע"ע שמכרוהו ב"ד יוצא בגרעון כסף כו' והיינו מג"ש דש"ש וכן פסק עוד

שם לענין הכסף והשבח דאין מחשבין אלא מנה ובש"ס ד"ך נפ"ל להכי מג"ש דש"ש וכבר עמד בזה בס' פני יהושע ותירץ בדרך דוחק דדוקא ג"ש דנמכר לישראל מנמכר לגוי אית ליה משא"כ מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד לית ליה ג"ש יע"ש: ואין זה מספיק דהא בגמ' אמרינן מאן האי תנא דלא יליף ש"ש רבי היא דתניא אם לא יגאל באלה רבי אומר באלה הוא יגאל ואין נגאל בשש שיכול והלא דין הוא כו' ואי ס"ד יליף ש"ש אמאי קאמר ומר כו' נילף ש"ש יע"ש והשתא כפי דבריו ז"ל נימא לעולם יליף ש"ש אלא דנמכר לישראל מנמכר לגוי לא יליף וצ"ע:

והש"ך תירץ עוד דרבינו מפרש כתי' ה"ר נתנאל דמ"ש בגמ' ואידך בעלמא נמי לא ס"ל כר"ן היינו בצדקה כמעשר ב' וכיוצא דהענקה מדין צדקה הוא והילכך לא איצטריך להו למעט בע"ח דעלמא דומיא דהענקה דבצדקה לית לן הא דר"ן כדאיתא בתוספתא ופסקה רבינו בפ"ו מה' מ"ע וכ"כ המרדכי פ"ק דב"ב את"ד יע"ש ומה שתמה עליו המש"ל מדברי ה"ה עיין בס' שער המלך שם בה' עבדים ומה שתמה ג"כ הוא עליו דאיך אפשר דמ"ש בעלמא נמי לא ס"ל כר"ן היינו לצדקה לענין צדקה דא"כ מאי אירייא מטעם דר"ן הרי בצדקה אפילו אחר שבא לידו אינו גובה ב"ח ממנו דלא שייך בהא דר' נתן כלל יע"ש: ומלבד דמצינן למימר דהיא היא מאי דקאמר תלמודא בעלמא נמי לית לן דר"ן משום דעדיפא מינה אית לן דאפי' בא לידו אינו גובה ולא ידעתי איך לא ק"ל הכי לתירוץ ה"ר נתנאל נמי דשכירות דומיא דהענקה הוא ובענקה נמי צידד מוהרי"ט דס"ל לרבינו דאפי' אחר שבא ליד העבד אין מוציאין ואפ"ה קאמר תלמודא בעלמא נמי לא ס"ל כר"ן. אלא שלא ידעתי למה כתב הש"ך דרבינו ס"ל כרבינו שמחה שהביא המרדכי שם דאף בצדקה דוקא כל זמן שלא בא הצדקה לידו אין משתלמין ממנו ועיין להרדב"ז בתשו' החדשות ח"א סי' קנ"ט שהביא בשם י"מ שכתבו שאם לא הגיע ליד העני מלוה גובה ממנו והביא ראיה ממתני' דגיטין וכתב ולדידי אין משם ראיה חדא דהמלוה גופיה הוא תפוס בחובו ועוד כו' יע"ש ועיין בדברי המרדכי דפ"ק דבתר' ובמ"ש בהגהות דק"ל מההיא דחולין גבי תרומה ולא ידעתי אמאי לא ק"ל ממתני' דגיטין דמיירי בפי' במעשר ב' ומעשר עני ועיין למוהרימ"ט בח"א ס"סי ס' דמפשט פשיטא ליה דגבי מתנות כהונה לא מפטר מידי נתינה עד שיתננה בידו ואין בע"ח נפרע ממנו עד שיבא לידו ואפי' הב"ח הוא עצמו בע"ה וגם לא חשיב נתינה ליד הכהן אם נתנו במעמד ג' וכן אם מחל לו הכהן המתנות לא יצא י"ח:

ולענין אי מהני מחילה בחוב כשחייב לאחרים כיון דקי"ל כר' נתן דמוציאין מזה ונותנין לזה הנה לפי דברי התוס' בפ' הכותב די"ט נר' דאי קי"ל דמכירת שטרות דאורייתא

ואפ"ה קי"ל דאם חזר ומחלו מחול ה"נ בהא דר"ן אע"ג דמשועבד מדאורייתא אם חזר ומחלו מחול וכבר הכריח הש"ך בר"ס ס"ו דקי"ל דמכירת שטרות דאורייתא היא ועיין עוד להש"ך בסי' פ"ו ורס"ק י"א שהביא להכת הפוסקי' דס"ל דמצי מחיל לבע"ח אף למאי דקי"ל כר' נתן וראיתי לו ז"ל שהרבה ראיות לומר דלא מצי מחיל למאי דקי"ל כר"ן ואין ראיותיו מכריעות לע"ד. דמה שהביא מההיא דהאשה שנפלו סוף דפ"א כבר דחו התוס' שם ראיה זו אע"פ שהביאו משם ראיה בפ' הכותב כיע"ש גם מה שהביא מההיא דפ' כל שעה דל"א אינ' ראיה לע"ד דנהי דמשמע משם דשעבוד זה דר"ן דאורייתא הוא מ"מ שפיר איכא למימר דמהני מחילה דומיא דמכירת שטרות אבל כי לא מחיל משועבד מדאורייתא:

גם מ"ש עוד דאמנה ופרוע היינו מחילה ליתא לע"ד דמחילה גמורה לא מיחייב אף בדיני שמים משא"כ טענת אמנה או פרוע מיחייב מיהא בד"ש כמ"ש התוס' והרא"ש בפ' הכותב די"ט וה"ה ז"ל פ"א דמלוה ה"ד גם מ"ש עוד דכל הני טעמי שאמרו הפוסקים גבי מכירת שטרות דמש"ה מצי מחיל לא שייכי הכא בדר"ן דאלו מ"ש ר"ח משום דמצי טעין עיינתי בחשבוני והוא טעות ולא פש לי ולא מידי או אסתפק לי דפרוע הוא א"כ הכא כיון דאינו נאמן לומר פרוע וכמ"ש הרא"ש גופיה פ"ב דכתובות א"כ אינו יכול למחול עכ"ל. יש לי לדקדק בזה דטעמו של הרא"ש הכא הוא מפני שאין הטענות שוות וא"כ גבי מכירת שטרות נמי אית לן למימר כיון שאין הטענות שוות דכי אמר פרוע אינו נאמן לחוב לחבירו שמכר לו השטר חוב ה"נ אינו יכול למחול וכבר ראיתי להש"ך בסי' ע"ו סקנ"ב שהשיג הר"ן כן על טעם זה וזו היא שק"ט על הרא"ש שכתב בפרק הכותב דלא אמרינן מיגו כל שאין הטענות שוות ואיך כתב גבי מוכר שט"ח דמצי למימר פרוע במיגו דמצי מחיל כמ"ש בפרק כל הנשבעין והביאו הש"ך בסי' ס"ו סקל"ה ודברי הרא"ש בפ' הכותב הביאן הש"ך סי' ס"ו סקנ"ו יע"ש ולר"ח ז"ל דס"ל דגבי מוכר שט"ח נאמן לומר פרוע ומה"ט מצי מחיל איכא למימר דה"נ בדר"ן נאמן לומר פרוע ויכול למחול וכמ"ש מרן ב"י בסימן מ"ז דדוקא אמנה אינו נאמן אבל פרוע נאמן ובזה מסתלקת קו' הר"ן מעל דברי ר"ח ז"ל אבל להרא"ש ק"ט ועכ"ל כמ"ש הרא"ש בפרק כל הנשבעין הוא העיקר דמצי מחיל ולא חייש לטענות שוות ומש"ה הטור בסימן מ"ז סי"ב כתב דאם הודה לוי אחר שמכרו לראובן שפרעו שמעון מהני טענתו אלא שחייב לוי לראובן הלוקח לפורעו משום דינא דגרמי וכתב מרן שם שהטעם שנאמן לוי הוא משום דאית ליה מיגו דאי בעי מחיל יע"ש וא"כ מ"ש הרא"ש בפרק הכותב ליתא דליכא למימר דהתם לרווחא דמילתא כתב כן וכמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בפי' בסי' פ"ו הגב"י אות פ"ב דזה תימה דמה

יושיענו זה דאכתי אין הטענות שוות גבי מוכר שט"ח ואומר שהוא פרוע ואפ"ה כתב בפרק כל הנשבעין דנאמן במיגו דאי בעי מחיל אלא עכ"ל דהדר ביה הרא"ש ז"ל ולפום קושטא ס"ל דה"ט דההיא דאמנה משום דהוי מיגו במקום חזקה ומשו"ה הטור ז"ל בסי' צ"ט כתב שאם נראה לו מטלטלין בין קודם שנשבע כו' לא מצי למטען שאינן שלו משו' דהוי מיגו במקום חזקה ועוד אפשר דלא כתב הרא"ש גבי מוכר שט"ח דנאמן לומר פרע במיגו דמחילה אלא היכא שיש לפרוע ללוקח ממקום אחר ודוק:

עוד כתב הש"ך ז"ל וכן להרי"ף ושאר פוסקים דס"ל דטעמא דמכירת שטרות דרבנן לכך יכו' למחול א"כ הכא דהוי דאורייתא פשיטא דאינו יכול למחול עכ"ל והנה לפי דבריו ז"ל ק"ט על הטור וה"ה ז"ל שנ"ט בהא דהאומר מטלטלין אלו שבידי אינן שלי דאינו נאמן מטעם מיגו במקום חזקה דמשמע דאילו מחיל בפי' מצי מחיל אע"ג דהוי שעבוד בע"ח דאורייתא וכ"ש על הטור ז"ל שפסק בסימן פ"ו דאין בע"ח מצי למחול איך כתב בסימן צ"ט גבי טען על המטלטלין דהוי מיגו במקום חזקה מיהו לדעת הטור אפשר לומר דאיהו ז"ל נ"ט זה דהשת' דנהגו משום תקנת השוק לומר דאם מכר או נתן מטלטלין דלא מצי בע"ח לטרוף כמ"ש בסי' ס' לכך אמר דאין זה מיגו טוב דהוי מיגו במקום חזקה ועיין להש"ך בסימן צ"ט סק"ה שמפרש מיגו זה כיע"ש אך לה"ה ז"ל קשה ועכ"ל דס"ל לה"ה דשעבוד הר"ן אינו אלא אחר שתבעוהו בב"ד ונתחייב כמ"ש הרמב"ן והביא דבריו בש"מ לפ' הכותב וכמ"ש הרב דברי אמת בתשו' סימן יו"ד ודלא כהרב פ"מ כיע"ש וכיון שכן לפי חילוק זה אכתי איכא למימר דדעת כל הפוסקים כן הוא דבדאוריית' לא מצי מחיל אחר שתבעוהו בב"ד דוקא אבל קודם לכן לכ"ע מצי מחיל ודע דמדין המטלטלין לא קשיא על ה"ה שהרי כתב רבינו בפי"א דאע"ג דשעבודא דאורייתא במטלטלין ליכא שעבודא דאורייתא אבל משטר אמנה קשיא ועכ"ל כמ"ש ודוק:

עוד כתב הש"ך ועוד נ"ל עיקר דאף למ"ד מכירת שטרות דאורייתא כו' מ"מ לפי מ"ש בשם ר"ת דב' קניינים יש כו' ומכח מ"ש כו' ודלא כמ"ש התוס' והמרדכי יע"ש. ולא ידעתי למה סמך עצמו אתירוץ ר"ת ועשה ממנו עיקר מאחר שהרא"ש בפרק הכותב נסתפק בזה אי טעם ר"ת עיקר או טעם הרי"ף עיקר וגם התוס' במקומות רבים מסתפקים בטעמו של ר"ת אי קי"ל מכירת שטרות דאורייתא כיע"ש:

עוד כתב ומוכח נמי דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ואמר אמנה או פרוע נאמן דהיינו מחילה ע"כ הנה לענין פרוע כבר מבואר מדברי הטור בסי' ס"ו סי"ג דנאמן ועיין בש"ע שם סי"א במ"ש וכן אם הודה לוי שפרע כו' ובסט"ו ועיין בש"ך שם סקס"ב שהביא סברת החולקים דס"ל דהמוכר שט"ח לא מצי לפרוע מיד הלוה המוכר אלא הלוקח

ומ"מ לדעת הסוברים דמהני טענת פריעה לאו משום דמחילה היינו פריעה אלא משום מיגו דאי בעי מחיל הוא:

עוד כתב הש"ך ז"ל ועוד מוכח מכח מ"ש דאף שלא נודע בשעה שאמר אמנה או פרוע שהיה חייב ונודע אח"ך כיון דנשתעבד אז מדר"ן כו' כמ"ש הטור בר"ס מ"ז יע"ש הנה לפי מ"ש לעיל הרי הרשב"א ז"ל והר"ן והרמב"ן שהביא הש"ך לקמן ד"ה ולענין מ"ש כו' וגם ה"ה ז"ל ס"ל דכל שלא תבעו בב"ד או שלא הגיע זמן הפרעון יכול למחול וכ"כ הסמ"ע בר"סי מ"ז שזה דעת הרא"ש והטור יע"ש. ולפ"ז כשלא נודע שהיה חייב ודאי שלא נשתעבד לדידהו כיון שלא תבעו בב"ד אבל אם הגיע זמן הפרעון לדעת הרא"ש והטור אפי' לא תבעו בב"ד חייב אפי' לא נודע וכמו שהכריח הש"ך בסימן מ"ז סק"ז ודלא כהב"ח יע"ש: עוד כתב ואדרבא כשהגבו לו ב"ד השטר ונתפרע בזה גרע טפי ויכול למוחלה אח"ך דהוי כמכר לו שט"ח וכמ"ש לקמן סי' ק"א ס"ה ע"כ עיין שם בסק"ג כי שם העלה הוא ז"ל דגובריא דב"ד בשטרות חשיב כמכירת שטרות וכי היכי דהמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול ה"נ אם הגבו ב"ד שטרות יכול לחזור ולמחול:

ע"כ ולענין מ"ש הרמב"ן ז"ל כו' ומשמע לכאורה דבהלואה שלא הגיע זמנה יכול למחול כו' ואף שמצאתי בתשו' הרשב"א כו' אלא דהרשב"א בתשו' זו קאי בשיטת הסוברים דבדר"ן יכול למחול כו' עכ"ל. הדברים הללו תמוהים לע"ד דדברי הרשב"א והר"ן שפה אחת ודברים אחדים הם דמבוארים דבריהם דלאחר שהגיע זמן פרעון אינו יכול למחול זולת היכא שלא הגיע זמן פרעון החוב משום דכל שלא הגיע זמן פרעון אכתי לא הגיע זמן השעבוד וכמ"ש הר"ן ז"ל בהדיא דהא דר"ן לא סגי אלא כשיגיע זמנו פקדיה רחמנא ללוה דליתיב למלוה קמא ומש"ה מוציאין מזה אבל לא סגי דלהוי מהשתא שעבודא גביה והן הן דברי הרשב"א בהדיא ואיברא דסוגיא דפ' כ"ש הויא תיובתיה דהרשב"א והר"ן ז"ל בזה דהתם משום טעמא דמשתעבד מהשתא למלוה מדר"ן הוא דמוציאין מיד היתומים אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ועיין בחי' הרשב"א ז"ל לקדושין בהשמטה שבסוף המסכתא שכתב דהא דאמרינן מטלטלי דיתמי לא משעבדי לבע"ח אינה תורה דמדינא ודאי גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה דמלוה אמטלטלי משו"ה לא גבי מינייהו כי מית לוה ומלוה שביד אחרים אי לאו דר' נתן לא הוה גבי מלוה אע"ג דשעבודא דאורייתא ומשום דר"ן לא גבי אלא היכא דהלוה קיים אבל היכא דמית לוה ונפלה מלוה לקמי יתמי לא גבי אף מדר"ן והוק' לו סוגיא זו דפרק כ"ש וסוגיא דפרק האשה גבי ההיא דלא יאמר היבם החזקתי כו' ועלה ליישב ההיא דפרק האשה דהיבמה כח שעבודי על נכסי בעלה הראשון הו"ל כמו מוחזקת בנכסים הילכך מטעמא דרבי נתן

מוציאין מזה ונתנין לזה אפילו לגבי יתומים יע"ש וההיא דפ' כ"ש הניחו בצ"ע אם לא שנאמר דהגיע זמן הפרעון קודם מיתתו של מוכר ולהכי קאמר התם בפרק כ"ש דמצי למימר כי היכי דמשתעבדנא לאבוכון משתעבדנא נמי לבע"ח דאבוכון מדר"ן ועדיין צ"ע:

ועוד אפשר לומר דאפילו הגיע זמן הפרעון אחר מיתתו של מוכר כיון דהלוקח אלו הוה בעי למפרע קודם הוה משתעבד לבע"ח דמוכר מדר"ן השתא נמי מצי טעין ליתמי אנא מחיים דאבוכון בעינא למפרע ליה ומשתעבדנא מאז לבע"ח דידיה מחיים דאבוכון ודוק עוד כתב ועוד נראה לפע"ד דגם בכתובה כו' אבל מאי דס"ל להרמב"ן דהיכא דמשתעבד מדר"ן יכול למחול אין נ"ל וההכרח שהכריחו להרמב"ן סוגיא דפ' החובל לא ק"מ דאם תמכור השתא הכתובה נמצא שהכתובה יהיה שלו והיא לא תחייב לו שוב כלום וגם הבעל לא יהיה משועבד להאי מדר"ן אלא שיהיה הבעל חייב לשלם ליה להאי הכתובה כשתתאלמן מצד מה שקנה זה הכתובה ממנה וזו יכולה למחול אחר כך הכתובה עכ"ל:

לפי מ"ש הרב בסי' ק"א סק"ג דאם הגבו ב"ד לבע"ח שטרי חובות שהיו ללוה על אחרים שיכו' למחול משום דלא אלים גביית ב"ד ממכירתו דאם מכר שט"ח יכול לחזור ולמחול ה"נ היה יכול הרב לדחות בפשיטות דמה"ט יכול האשה למחול משום דאפילו אם היו ב"ד מגבין לניזק כתובתה כדי שיגבה הניזק חבלתו חשיב כמוכר שט"ח דאם חזר ומחלו מחול ולא היה צריך לומר דמשום דמכר הכתובה בשביל דמי חבלתו משום הכי יכול לחזו' ולמחול דהו"ל כמוכר שטר חוב אלא משום דכל שהגבו לה ב"ד הכתובה הו"ל כמכרה ויכול לחזור ולמחול דמדבריו עכשיו משמע דדוקא אם מכרה הוא דיכול לחזור ולמחול ולא היכא דהגבו לה ב"ד:

עוד כתב גם ראיתי בס' חכמת שלמה כו' ואין דבריו נכונים כו' עיין בספר אור יקרות שם בחי' מ"ש על דברי הרב ח"ה ז"ל ולע"ד גם מה שהודה לו הש"ך למהרש"א אינו נכון דכונת רש"ל ז"ל לומר דכל שייחד לה שדה לכתובה יכול שפיר למוכרו דעדיפא מינה כתב המרדכי והביאו הרב המפה בסי' ס"ו סכ"ו שאם הקנה לו החוב עצמו אגב קרקע י"א דאינו יכול למחול יע"ש וכל שכן כשהקנה לו הקרקע שהוא החוב עצמו שעתיד ליפרע ממנו דלכ"ע אפשר דמהני לשאינו יכול למחול לו:

עוד כתב העולה מזה דאין חילוק כו' אבל אם מכרה הכתובה כו' ולפי מ"ש לא היה צריך לומר אם מכרה אלא אם הגבו לנחבל ב"ד הכתובה ומסרוה בידו של נחבל וחזרה ומחלה לו מהני טפי מחילתה לפי מה שהעלה הש"ך לקמן סי' ק"א. עלה בידינו דלפי שיטת קצת מפרשי' אפילו בשעבוד דר"ן יכול למחול ואם כן המוחזק יכול לומר קים לי ועיין להש"ך בסימן ס"ו ס"ק ק"י שהביא תשו' הרשב"א ובסימן מ"ז סק"ד הביא גם כן

תשו' זו וכתב כן וישיבה דלא פליג אכל הפוסקי' משום דמיירי שהיה חייב לו בלא"ה יע"ש וזה נראה הפך מה שהסכים הש"ך דמי שחייב לחבירו ונתן לו שט"ח ואפי' הגבו לו ב"ד יכול למוחלו ואולי מיירי שלקח השט"ח ועדיין לא פרע לו כל חובו ודוק. ולענין מוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו ואין לו ממה לפרוע ללוקח אי מהני מחילתו או נימא דלא מהני מחילתו כיון דס"ס מיחייב מדר"ן מדברי התוס' ז"ל פ"ג דכתובות די"ט נראה דמהני מחילתו דאי לא ק' קושיית מהראנ"ח ז"ל בחי' שם והביא דבריו בספר אור יקרות שם ואע"פ שמתוך קו' מהראנ"ח מבואר דס"ל דלא מהני מחילתו משום דר"ן נר' דאשתמיט מיניה דברי הרב המפה בסי' מ"ז סכ"ו ודברי הש"ך שם ס"ק פ"ט דס"ל דאע"ג דכשחזר ומחלו חייב לפרוע משום דינא דגרמי וחזר דינא דר"ן דמוציאין מזה וא"כ נראה דלא מהני מחילתו לפי מה שהעלה הש"ך בסי' פ"ו מ"מ כל כה"ג שהחיוב בא לו אחר המחילה ליכא דר"ן כן צ"ל לדעת הש"ך ועיין עוד בדברי התוס' דפרק מי שמת שהביא הש"ך שם סקפ"ט ועיין עוד בסי' ס"ו ס"ק ק"י בתשו' הרשב"א שהביא שם דנראה דסובר כראב"ן:

הלכה ז

אסור להלוות בלא עדים ואפי' לת"ח כו'. והנה הסמ"ע כתב בסי' ע' סק"ב וז"ל ואף דמסתמא הת"ח לא יכפור מדעתו ולית ביה משום לפני עור ואז ג"כ לא יבא לידי שיגרום קללה לעצמו מ"מ יש לחוש שמחמת טרדת למודו ישכחנו וישבע שאינו חייב ויגרום קללה לעצמו עכ"ל. מבואר יוצא מדבריו דבת"ח דליכא למיחש שיכפור מדעתו ליכא משום לפני עור דאיסור זה דלפני עור ליתא אלא בעושה איסור מדעתו כההיא דמושיט כוס יין לנזיר וכ"כ עוד בפרישה ודרישה וכ"כ הב"ח וזה דעת הר"ש יונה בדק"ז ע"ד יע"ש. ולא כן אנכי עמדי מסיום לשון רבינו וכ"כ מרן בש"ע שם שכתבו וכל המלוה בלא עדים עובר משום לפני עור כו' וגורם קללה לעצמו הרי שכללו לת"ח אף באיסור לפני עור והר"ש יונה ז"ל נדחק בזה כיע"ש.

כי ע"כ נלע"ד דאף בת"ח נמי אע"ג דלא יכפור מדעתו אלא מחמת טרדת למודו מ"מ כיון דבעי לאשתבועי ומשתבע לשקרא אע"ג דליביה אנסיה ולפי דעתיה קושטא משתבע מ"מ לא מיקרי אנוס אלא פושע כמ"ש התוס' בפ"ג דשבועות דכ"ו ע"א ד"ה את לבך אנסך ובפרק השולח דל"ה ע"א ד"ה לא היו ימים מועטים דלגבי ממון לא אמרינן לביה אנסיה דמעיקרא הו"ל למידק שסופו לבא לידי ש"ש אם יאבדנה יע"ש וא"כ בת"ח נמי הו"ל למידק וליזהר ולפרוע מיד כיון שסופו לבא לידי שבועה ואם לא פרע ליה מיד ובא לידי שבועה אע"ג דליביה אנסיה פושע הוא באותה שבועה ואיכא עליה איסורא

ואיכא משום לפני עור. ועיין להלח"מ כאן בפרקין דמשמע ליה נמי הכי. אלא שמה שרצה להעמיס בדברי רש"י שכתב גבי לפני עור שעולה על רוחו לכפור שכוונתו משום דמשתלי אין זה נכון דעולה על רוחו לכפור משמע ודאי דהיינו מדעתו וכמ"ש הרב בדרישה יע"ש ומה שהכריח עוד בדרישה דבת"ח ליכא משום לפ"ע דאמר ליה רבינא לרב אשי כ"ש מר דטריד בגרסיה וגורם קללה לעצמו ולא קאמר דאיכא נמי משום לפני עיור. אפש' דמשו' כבודו של רב אשי לא קאמר הכי אלא תלה הדב' בעצמו ורב אשי דקאמר מעיקרא ואפילו אנא לא אסיק אדעתיה דע"י טרדת תלמודו משתלי. וא"נ אפש' דהוה ידע ורוצה לראות אם היה כן דעת רבינא בהאי מילתא ובהכי יתיישב קצת מה שהשמיטו הרי"ף והרא"ש הך עובדא דרבינא ור"א דכיון שהביאו מימרא דרבינ' דרב דאיכא משום לפני עור דסתמא נמי משמע ואפילו בת"ח אין צורך לעובדא דרב אשי ורבינא. ועיין למוהר"ש יונה דק"ז ע"ד שנדחק בזה יע"ש. ועיין להרב ראש יוסף שם הגהה ו' שכתב מעין מ"ש אנן יד עניי יע"ש.

ודע שהרב ראש יוסף שם בסימן ע' בהגהה ב' דעכשיו שנתקנה שבועת היסת יכול אדם להלוות בלא עדים ואין לחוש כלל שאם יכפור או יאמ' פרעתי חייב לישבע ובפרט לדברי הטור ומרן בסימן ע"ה ס"ד וסימן פ"ז ס"ח דאית להו דאפילו כופר בכל ואומר להד"מ דליכא דררא דממונא צריך לישבע שבועת היסת וכיון דצריך לישבע לא יכפור וגם אין לומר שגורם קללה לעצמו דכיון דצריך לישבע רמי אנפשיה ומדכר דאל"כ אין משביעין אותו דילמא שכח אלא ודאי כיון דאמרו דצריך לישבע רמי אנפשיה ויודה ודאי אם לא שהוא אמת שהוא לא קבל כלום מידו וא"כ א"צ עכשיו לדין זה שכתב הטור עכ"ל. ותמהני שהרי רבינא ורב אשי בתר תקנת ר"ן הוא ואפ"ה קאמר כ"ש דטריד מר בגירסיה ומשתלי וגורם קללה לעצמו. ועיין בפרק הא"מ דמ"ג ע"ב דאמרינן והשתא דתקון רבנן שבועת היסת ובפרק כל הנשבעין דמ"ה ע"ב ד"ה בעדים א"ץ יע"ש.

כתב מוהר"ש יונה ז"ל בדק"ח ע"ב והביא דבריו מרן החבי"ב הג"הט אות ב' שכתב דכשם שאסור להלוות בלא עדים כך אסור להפקיד בלא עדים עכ"ל. וקיצר דבריו שמוהר"ש לא כתב דאסור להפקיד בלא עדים אלא למי שאינו מוחזק בנאמנות אבל למי שהוא מוחזק בנאמנות ליכא איסורא דבפקדון ליכא למיחש שמא ישכח כמו הלואה דהתם אפי' לת"ח אסור דהתם שאני שהוציאה מידו משא"כ בפקדון דלא ניתנה להוצאה והרי הוא בידו ולא משתלי. ואי לאו דמסתפינא הוה אמינא דבפקדון אפילו למי שאינו מוחזק בנאמנות כל שאינו מוחזק לרמאי ליכא איסורא ודאי כלל דדוקא בהלואה אמרו דאסור משום לפ"ע ומשום גורם קללה לעצמו כיון דבידו הוא שלא להלוות כי אם בעדים

או בשטר. אבל בפקדון אם הוא צריך להפקיד חפציו ביד אחר מפני שצריך לילך למ"ה או מפני שאין לו מקום לשמור והנפקד אינו מקבל פקדונו בעדים בשטר משום דחשיד ליה משום מחוסר אמנה היאך יתחייב זה משום לפ"ע ואיך יגרום קללה לעצמו כיון דאין בידו להפקיד בעדים או בשטר. ועיין באותה שאמרו ביבמות פ' ב"ש דק"ט ירחיק עדיו מן הפקדונות בבר מתא דניתיה כי ביתיה ובעובדא דההיא איתתא דפרק השולח דל"ה שהפקידו דינר זהב אצלה יע"ש.

ומ"ש עוד רבינו דהמלוה בשטר הוא משובח יותר כו' עיין מ"ש והן דברי מרן ב"י שעל ידי השטר נזכרים סכום ההלואה. ולפ"ז נראה דאף ע"פ העדים וקנין דינו כשטר לענין דלא מצו לטעון פרעתי לדעת רוב הפוסקים וכמעט כולם כמ"ש הש"ך שם בסי' ע' סק"ד אינו משובח דלפעמים אין העדים זוכרים סכום ובאים לידי מחלוקת. אמנם מדברי הטור ז"ל לא משמע הכי שכתב והמלוה בשטר ה"ז משובח אבל בעדים יכול להלוות וזהו שנקרא מלוה ע"פ כיון שאין בו קנין ואם יש בו קנין חשיב כמלוה בשטר כדפי' לעיל והיינו מ"ש בסימן ט"ל כמ"ש מרן ב"י. משמע דבעדים וקנין כיון שדינו כשטר לענין טענת פרעתי ולטרוף ממשעבדי ה"נ לענין זה אם הלוהו בכה"ג ה"ז משובח כאילו הלוהו בשטר דאלת"ה למאי נ"מ כתב הטור כאן דברים אלו. כי ע"כ נראה דבעדים וקנין כיון דסתם קנין לכתיבה עומד ליכא למיחש שהעדים שוכחים סכום ההלואה כיון דעליה דידהו רמיא למכתב שטרא יהבי דעתייהו על סכום ההלואה עד שיכתבו לו את השטר. מיהו אם הלוה לו בעדים וקנין ומיחה הלוה בעדים שלא יכתבו לו שטר ונתרצ' המלוה אז ודאי הוי כמלוה ע"פ בעדים בלא קנין כמ"ש במ"א. ואי ק"ל למה לא כתב מרן דהטעם דמלוה בשטר ה"ז משובח יותר היינו משום דע"י העדים אכתי יכול לטעון פרעתי משא"כ בשטר הא לק"מ דמרן ז"ל הוצרך לטעם זה לחלק בין משכון לשטר ואה"נ דלגבי עדים אין צורך לטעם זה שכתב מרן דבלא"ה ניחא כמ"ש וברור. ולפ"ז אף בכ"תי נמי אינו משובח דהא איכא למ"ד דכת"י נאמן לומר פרעתי כמ"ש הטור ומרן בסימן ס"ט ומוהרשד"ם בח"מ סי' כ"ג שכתב דמהאי טעמא קאמר ליה רבינא לר"א ליתי מר סהדי וליכתוב כתבא ולא נתפייס בעדים ולא אפי' בכ"י משום דאף בכת"י איכא למיחש דילמא ישכח ויכפור יע"ש.

ולפי דבריו תיקשי לשיטת הראשונים דסברי מימר דבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי אמאי לא נתפייס מרן בכת"י וכבר עמד ע"ז הריטב"א הובאו דבריו בש"מ שם בס"פ אז"ן הביא דבריו גם כן מהר"ש יונה דק"ח ע"א וז"ל ניתי מר סהדי וא"ת ול"ל שטרא לכתוב ליה בכתב יד ויש למדין מכאן שאם הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו נאמן לומר פרעתי

כדברי הגאונים והרמב"ם אף זה אסור דילמא משתלי ואמר פרעתי ואין זה ראיה דילמא לא הי"ל פנאי עכשיו לכתוב אלא דסהדי חזו השתא וכתבי שטרא במוצאי שבת וליומא אחרינא עכ"ל ועיין במה שגמגם ע"ד הריטב"א ז"ל הללו מהר"ש יונה יע"ש.

סוף דבר לפי דברי הריטב"א ז"ל הללו אין ראיה מההיא דרבינא ור"א ודלא כמהרשד"ם ז"ל ומ"מ דינו של מוהרשד"ם לדידן דקי"ל דאף בכת"י נאמן לומר פרעתי הוא אמת דאף בכת"י אינו משובח מהאי טעמא דאכתי איכא למיחש לשמא יטעון פרעתי וברור.

פרק ג

הלכה ח

שורש דין מי שיש בידו משכון של עני שמותר להשכירו מי **שהיה בידו משכונו של עני אם היה שכרו יתר על פחתו כגון קרדום כו'**. כתב הרב ראש יוסף בסי' ע"ב אות ב' וז"ל ואם נאבד המרא והפסל ביד השוכר פטור המלוה אפילו שהוא ש"ש דכיון דהוא ברשות השכירו ודאי שאינו לא בדין שומ' שמסר לשומר ולא בדין אין השוכר רשאי להשכיר יע"ש וכת' עוד וכן ברשות בעלים יכול להשכיר אפי' כלים שפחתן מרובה ואם הבעלים מוחין בפי' אפילו כלים שפחתן מועט אינו יכול להשכיר שם יע"ש:

ואני מסתפק במיחה הלוה שלא ישתמש המלוה בכלים שפחתן מועט אפילו בנכייתא ועבר המלוה ונשתמש אי מחייב משום שולח יד בפקדון מי נימא כיון שמיחה בו בפי' הלוה אין כאן מקום לומר משיב אבידה הוא כיון דאין משיבין אבידה בע"כ או דילמא מצי טעין המלוה אע"פ שהלוה מיחה כי בטלה דעתו אצל כל אדם ואנא מיהא למצוה אכווני וכעת צריך אצלי תלמוד:

הרי זה מותר להשכירו. וכתב הטור בריש סימן ע"ב דדוקא לאחרים יכול להשכירם אבל לא לעצמו וכתב ע"ז מרן ב"י דזה מיירי בשלא התנה עמו מתחילה אבל התנה עם הלוה מתחילה שרי והביאו מור"ם במפה שם בסי' ע"ב ס"א וכתב הש"ך בסק"ד שכ"כ הרב ב"י והד"מ והב"ח ז"ל לפי פי' רש"י בפרק האומנים דפ"ב רע"ב גבי מ"ש הכא במלוה צריך למשכון קמפלגי אבל ז"א דרש"י לא מיירי בשהתנה עמו דא"כ הוי שוכר והוי ש"ש לכ"ע כו' אלא מיירי התם בשלא התנה עמו כו' ומ"מ ל"ק לדעת הטור דהתם לא מיירי משו' חשדא כו' ועי"ל דהטור ס"ל כפי' ר"ח ז"ל וכפ"ז דינו של הרב צ"ע עכ"ל ואין ספק דאשתמיט מיניה דברי הרשב"א ז"ל בחי' שם בפרק האומנים הובאו בשיטה מקובצת דקע"ז סע"ב דהוקשה לו להרשב"א על פי' רש"י כקושית הש"ך דא"כ הו"ל שוכר וחשיב ש"ש לכ"ע ותירץ בשם הרב אב ב"ד והראב"ד ז"ל דמיירי בשכלו ימי השכירות ואמר

גמרתיו דמשום שוכר ליכא לחיובי מהשתא כי אם משום פרוט' דר"י יע"ש וסיים עוד הרשב"א שם וז"ל ולדידי ק"ל תו דהא מדמוקמינן פלוגתייהו במלוה צריך למשכון אלמ' לכלהו מותר להשתמש בו וכאבא שאול דאי לא גזלן הוי וחייב אפילו באונסין ואלו לת"ק דמתני' אסור להשתמש בו ואתייא מתני' דלא כר"ע ודלא כר"א ואפשר דמוקמינן למתני' בדפריש והתנה עם הלוה שישתמש בו כדי שיהא פוחת והולך מן החוב עכ"ל **הרי** שהרשב"א הכריח הפך דבריו של הש"ך דמתני' ובריייתא דקתני המלוה על המשכון ש"ש מוקמינן להו בדפריש והתנה עם הלוה שישתמש בו ובשכלו ימי השכירות דאלת"ה גזלן הוי לכ"ע וחייב אפילו באונסין ודוק:

ודע דלפי מ"ש הרב הנמקי בשם ס' הישר והביא מרן ז"ל בי"ד סימן קע"ב בדכ"ב דלא מהני נכיותא אלא במשכון מקרקעי דומיא דשדה אחוזה אבל במטלטלי לא דסגי פחתייהו וקא כליא קרנא יע"ש ע"כ ל"פ הך סוגיא דפרק האומנין כמו שפירש אותה ר"ח ז"ל וכמו שכתבו התוס' אי נמי אפשר לפרש במטלטלי כסף וזהב העשויים להתנאות בהם ולהתקשט דלא כלי קרנא וכן במרא וחצינא דזוטר פחתייהו ודוק. ולענין אם היה המשכון ספרים כתב מור"ם בספר המפה שם בסימן ע"ב ס"א בשם המרדכי וז"ל ואם למד בספרים שהלוה עליהם מקרי שולח יד כו' וכתבו עליו הסמ"ע והרב ש"ך דנ"מ דמשם ואילך אף אם נאנסו מידו חייב הוא באחריותן וגם אם אומר הממשכן שכך וכך נתקלקלו מחמת לימודו וזה שלמד מתוכו אומר שלא נתקלקלו אינו נאמן בשבועה לפטור נפשו אלא הממשכן נשבע על פחתותו ונוטל כו' יע"ש:

הנה אם דברי המרדכי ז"ל באו בדקדוק יפה הקשה החכם מצליח מורינו הי"ו דכיון דאין כאן טענת מודה מקצת אלא כופר בכל שהרי זה אומר נתקלקלו וזה אומר לא נתקלקלו ואין כאן אלא שבוע' דרבנן איך כתב המרדכי דכשנגדו נשבע ונוטל הא כלל גדול בדין דלא אמרו שכנגדו נשבע ונוטל אלא בשבוע' דאורייתא אבל בשבועה דרבנן נפטר החשוד בלא שבועה כמ"ש הטור ומרן בסי' פ"ז סי"ג ובסי' צ"ב סי"א וכעין זה תמה מרן החבי"ב ז"ל בה' מוסר סימן שפ"ח הגב"י אות י"ט ד"ה ורש"ל כו' עמ"ש רש"ל ומוהרשד"ם בתשו' גבי מוסר דלמ"ד דינא דגרמי דאורייתא אם הוא חשוד אע"פ שנתחייב שבועה דרבנן שכנגדו נשבע ונוטל יע"ש ודברי המרדכי הללו מסייע להו וכעת צריך ישוב:

שוב ראיתי דמה שהקשה החכם הנז' לק"מ דהכא אפי' אם הוא כופר בכל מ"מ כיון דמלוה על המשכון יש לו דין שומר שכר או שומר חינם חייב הוא לישבע שבועת השומרין שאחת מהן היא שבועה שלא פשע בה הילכך הכא בנדון המרדכי שזה טוען

לו למלוה שפשע בו וטשטש ספרו חייב לישבע מן התורה שלא פשע וכיון שהוא חשוד נשבע שכנגדו והרי זה דומה למ"ש בש"ע סי' צ"ב ס"ח כיע"ש ומה שיש לתמוה מדברי המרדכי הללו למ"ש הש"ך לקמן בסי' זה ס"ק קט"ו וסי' צ"ב ס"ק י"ב דשבועת שומרים ליכא מן התורה בטוען בעל הפקדון טענת בריא עיין להרב דברי אמת בקונט' דל"ג ע"ד סד"ה והנה יע"ש ואפשר דכיון שהודה המלוה שקרא בו הרי הודה שחייב לו במקצת כיון שנהנה במשכונו וכיון שכן חייב שבועה דאוריית' כדין מודה במקצת ומ"ה מפכינן השבועה לשכנגדו ועיין בה' שאלה פ"ו ה"ד:

עוד כתב מור"ם במפה שם בסיום דברי המרדכי וז"ל ויש מחלקין משום דמצוה קעביד וכתב ע"ז הש"ך בסק"ז לא דק הע"ש במ"ש דיש מתירין ללמוד בהם משום דמצוה קעביד דליכא מאן דמתיר ללמוד בהם לכתחי' וכדאיתא בש"ס פ' אלו מציאות דפ"ט וכן פסקו כל הפוסקים סי' רצ"ב כו' יע"ש ולכאורה איכא למידק בדבריו ממ"ש הוא עצמו בסק"ו דמהרי"ל בתשו' סי' ל"ז והאגודה בפ' אז"ן ס"ל דאפי' לכתחילה שרי ללמוד משום מצוה ואמאי לא הקשה עליהם מההיא דפרק אלו מציאות והא ודאי בורכא היא דמהרי"ל והאגודה לא התירו ללמוד לכתחילה משום מצוה אלא ברשות הבעלים וס"ל דליכא למיחש לאיסור רבית מיהו בלא רשות הבעלים אף לדידהו איכא איסורא משום איסור גזל דשואל שלא מדעת גזלן הוי והיינו ההיא דפ' אלו מציאות וברור:

כתב הסמ"ע בס"ק ו' וז"ל עיין לקמן בס"ס רצ"ב דכתב מור"ם בהגה במפקיד ספרים דבהפקיד ביד ת"ח מותר לקרות ולהעתיק ממנו כו' ודוקא כשבא הספר לידו מדעת בעליו אבל לילך לבית חבירו ולקרות מתוך ספרו שלא מדעתו אסור אפי' לת"ח כו' וכתב הש"ך בסק"ח דהכי מוכח בש"ס פא"מ שם וכן הוא במרדכי שם מיהו היינו דוקא ספר דיש לחוש שיתקרע אבל טלית ותפילין מותר עכ"ל: וק"ט דלפי מ"ש הוא ז"ל בסי' רצ"ב ס"ק ל"ה בהבנת לשון המרדכי דפ' המפקיד מבואר דאפי' ספרי' שרי לת"ח לקרות בו שלא ברשות בעל הספר ואפי' יודע שבעל הספר מקפיד בדבר מטעם אל יבוזו לגנב כי יגנוב וכתב שזה ג"כ דעת מור"ם שהתיר להעתיק מספר מושאל אע"פ דודאי יקפיד בעל הספר שמתקלקל ספרו ומה"ט כתב דיכולים ב"ד לכוף לאחד להשאיל ספריו ותמה על הסמ"ע בזה שדחה דברי הע"ש יע"ש:

ואולי דמ"ש כאן דלילך לבית חברו ולקרות בו שלא מדעתו דאסור אפי' לת"ח היינו בשאפשר לו להודיעו ולקרות בו ברשותו ע"י שיפייסנו בדברים דאז ודאי לא שרינן ליה לילך לביתו ולקרות בו שלא ברצונו אבל אם הודיעו ולא הניחו לקרות כרצונו אז יכול לקרות בו בע"כ מטעמא דאל יבוזו לגנב כי יגנוב ועיין להרב מ"א בא"ח סי' י"ד שהביא

דברי הש"ך בסי' רצ"ב וכתב דממ"ש הב"י שם בשם הפוסקים משמע דהוי שואל שלא מדעת יע"ש ואין מדברי הפוסקים הנז' ראיה לאסור ללמוד בספר שלא מדעת בעלים אלא למי שאינו ת"ח אבל הת"ח אפשר דשרי כמ"ש הש"ך בהבנת המרדכי: ולענין הלכה למעשה אם למד בספרים שהלוה עליהם כיון דפלוגתא דרבוות' היא אם מיקרי שולח יד בפקדון אף באונסים או לא יכול המוחזק לומר קים לי ואם תפס המלוה מיד הלוה שיעור חובו אין מוציאין מידו ונשבע שנאנסו וגובה חובו ממה שתפס וכמ"ש הש"ך לקמן סק"ט תוך ד"ה עוד כתב הרמב"ן כו' יע"ש. ואם משכון הספרים שוה יותר מהחוב למ"ד דמיקרי שולח יד דחייב באונסי' אם תפס הלוה מהמלוה כדי היתרון אין מוציאין מידו. והנכון לעשות פשרה ביניהם כיון דאיכא פלוגת' אי חייב באונסין משום שולח יד או לא ואם נתקלקלו הספרים ויש הפרש ביניהם שהלוה טוען שמחמת לימודו נתקלקלו והמלוה טוען שלא קלקלן כלל למ"ד דמיקרי שולח יד בפקדון כל שיש עדים שלמד בהם ישבע הלוה שקלקלן ונוטל שיעור הקלקול ואם אין עדים שלמד נאמן המלוה בשבועה שלא קלקל כמ"ש הסמ"ע והש"ך ס"ק יו"ד והחבי"ב הגב"י אות כ"ג בשם המרדכי ולפי מ"ש אנן יד עניי לעיל ד"ה כתב הסמ"ע כו' אף כי יש עדים שלמד נאמן המלוה בלא שבועה כיון דאין כאן טענת מודה מקצת לומר שכנגדו נשבע ונוטל ולמ"ד דלא מיקרי שולח יד בפקדון אפי' איכ' עדים שלמד בהן נשבע המלוה שלא קלקל ופטור ואם גילה דעתו בפי' הלוה שלא ילמוד המלוה בספרים נראה דלכ"ע אם עבר המלוה ולמד נקרא שולח יד בפקדון וחייב באונסים ואם התנו מתחילה שילמוד בהן המלוה בנכיתא שרי לכ"ע וכמ"ש מהרי"ל והאגודה כמ"ש הש"ך ס"ק יו"ד ומור"ם במפה בי"ד סי' קע"ב דאין כאן שולח יד בפקדון ומ"מ אם התנה בפי' ללמוד בלא נכייתא נר' דאסור משום חשש איסור רבית כפי דברי הרשב"א בתשו' שהביא מרן ב"י בסי' ע"ב מחודש י"א וזה נר' דעת מהרשד"ם בחלק ח"מ סי' ע"ט בפשיטות והרב ראש יוסף בסי' הנז' אות ע"ב ועיין להש"ך ס"ק ק"מ יע"ש אעפ"י שלפי מ"ש הרב מ"א בה' מלוה סימן כ"א בשם תשו' מהר"ם והש"ך בשם מהרי"ל והאגודה אין כאן איסור רבית פשוטה ולא אבק רבית מ"מ לכתחילה יש לחוש לדברי הרשב"א בתשו' והרשד"ם והרב ראש יוסף :

וכ"ת דכיון דבנכייתא שרי לכ"ע היכי משכחת לה שיהא חייב משום שולח יד כיון דכשאנו באים לחייבו באונסים מה שטעין אנא בנכיתא למדתי בהם ואעפ"י שלא התנתי עם הלוה כך היה דעתי הא ל"ק כלל דכיון דספרים הויא מידי דסגי פחתיהו אין לו רשות להשתמש בהן אפי' בנכיתא אם לא מדעת הלוה דכל שנשתמש בהן שלא ברשות הלוה נקרא שולח יד וחייב באונסים ודוק. ולענין שואל חפץ מחברו ונאנס אם חייב השואל

באונסים כשאר דברים השאולים אכתוב לקמן בע"ה וכן בענין אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו יע"ש:

פרק ד

הלכה א

נשך ומרבית אחד הוא ולמה חלקן הכתוב לעבור עליו בב' לאוין. ע"כ. הכי איתא בגמ' בפרק אז"נ דס"א ע"א וכתבו שם התוס' ד"ה לעבור עליו וא"ת ולוקמה בגזל גופיה ולעבור עליו בשני לאוין וי"ל משום דלא לקי אלאו דגזל משום דניתק לעשה אבל כי מוקמינן לכובש שכר שכיר באם אינו ענין לקי שפיר עכ"ל עיין למהר"ח אלפ'אנדארי בס' מוצל מאש ח"א סימן ך' שתמה על דבריהם דאף בכובש שכר שכיר לא לקי משום דניתק לעשה וכמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה' שכירות ועיין בספר שם אהרן שם וג' תירוצים לפניו הא' להרב הגדול מהר"י בי רב והב' להחר"ש אלפ'אנדארי ודרך א' לפניו דכי מוקמינן לקרא גבי שכיר אין כאן לאו הניתק לעשה ולהכי לקי יע"ש ולא זכיתי להבין דבריו הקדושים כעת דאכתי ק' דגבי שכר שכיר נמי לא לקי משום דהוי לאו הניתן לתשלומין אע"ג דליכא לאו הניתק לעש' משו' לאו הניתן לתשלומין תפטר וכנראה מדבריהם דלאו הניתן לתשלומין דפטור ממלקות משום דהוי לא הניתק לעשה הוא וזה לא ידעתי מנין להם דבפ' אלו הן הלוקין די"ו מבואר דטעם פטור לאו הניתן לתשלומין אינו אלא דכיון דמיחייב בתשלומין לא לקי ומשלם יע"ש וכדברי התוספות שם באופן שדברי הרבנים הנז' לדידי צ"ע רב ודוק:

ושוב ראיתי להתוס' במציעא דקט"ו ע"א ד"ה חייב משום ב' כלים דמבואר מדבריהם דלאו שניתן לתשלומין מאי דלא לקי אינו אלא בשניתק לעשה מיהו הרב בש"מ שם במציעא בדס"א ע"א כתב בהפך וכיע"ש וצ"ע ועיין להרדב"ז בתשו' ח"ב ד"ל ע"ד:

הלכה ב

כדרך שאסור להלוות ברבית כך אסור ללות ברבית הא למדת שהמלוה ברבית עובר בששה לאוין. וראיתי להרב בית דוד ז"ל בסימן קנ"ט הוקשה לו ע"ד רבינו ממתני' דס"פ איז"ן דלא מני התם כי אם חמשה לאוין דלאו זה דבמרבית לא תתן אכליך לא מני לה התם יע"ש והנה דברי רבינו הלזו בפירושא איתמר הכי בריש אז"נ דקאמר תלמודא וכי יש נשך בלא רבית ורבית בלא נשך אלא לעבור עליו בשני לאוין יע"ש ולעיקר קושיית הרב יש ליישב בשני פנים דתנא מילתא דאתייא בהדיא קתני מילתא דאתייא מדרשא לא קתני כדמשני תלמודא בפרק השואל בפלוגתא דמקרא נדרש לפניו ולפ"פ יע"ש א"נ

תנא דמתני' כייל לן במאי דקתני ועובר משום לא תתן והכונה בלאוי לא תתן דתנא לאו מניינא נקט וזה ברור ונכון כנ"ל ודע דמדברי רבינו אלו דמני לאו דלא תשיך לאחיך אזהרה על הלוה כלומר לא תנשך לאחיך ק"ל טובא עמ"ש מרן ז"ל לקמן בפ"ה במ"ש רבינו דמ"ע להשיך לגוי וז"ל וק"ל ע"ד רבינו שתשיך משמעותו שתלוה מהגוי ברבית דה"ק תנוח אותו שישוך אותך וזה ודאי אינו מצוה ולפי דברי רבינו כך היה לו לכתוב לנכרי תישוך דמשמע תלוה אותו ממנו כדי שתשתכר אתה בנטילתך ממנו רבית עכ"ל. והכונת בדברי מרן הוא דבמילת תשיך אף דאיכא לפרש בו תשיך ממנו כמו תשוך מ"מ משמעות הכתוב יותר הוא שהוא פועל יוצא שתהיה גורם שישיכו אחרים לך שתניח אותו שיהיה הוא נושך בך ומצינו כיוצא בו בפסוק אם אני המוליד כו' וכיון שכן איך יתכן שהכתוב בא להזהיר את ישראל שיהיה הוא נושך לנכרי במילת תשיך שמשמעותא הוא שיהיה הוא נושך בך אמנם אם נאמר שאינו מ"ע להשיך אלא רשות נקט קרא תשיך דכיון שאינו אלא רשות לא קפיד דומיא דלאחיך לא תשיך זה נראה בכונת דבריו כי היכי דלא תקשי מסוגיית הגמ' דקאמר מאי לאו תישוך ועיין בש"מ שם יע"ש ודוק האמנם דבריו ז"ל תמוהים דאדרבא פשטיה דקר' הוא שתשוך לגוי ברבי' מדהוצרך רבינו בפרקין לומר דלאו דלאחיך לא תשיך למדהו מפי השמועה דקאי על הלוה כלומר לא תנשך לו ואם כדברי מרן ז"ל פשטיה דקרא ולמה הוצרך רבינו ללמוד דבר זה מפי השמועה וצ"ע:

פרק ה

הלכה א

הגוי והגר כו' מלוין ולוין אותם בריבית כו'. הנה הרש"ך בי"ד סי' קנ"ט סק"ו הביא משם מהראנ"ח סי' קי"ג דקראים דינם כמומר ומות' להלוותם בריבית יע"ש והרב בסי' מ"ו בענין אנוסי פורטוגאל כתב דכיון שנולד בגיות אף שהיה לו לצאת ולא יצא הו"ל כתינוק שנשבה לבין הגוים יע"ש וא"כ קשה דמאי שנא זה מזה. וי"ל דשניא היא שהרי אף הרב ז"ל בסי' מ"ו הסכים לומר שאין לאותו אנוס צד ירושה יען הוא אדוק בע"ז ולא עמד כמנהג אנוסים אבל הוסיף על חטאתו פשע והשוה דינו למשומד יע"ש וא"כ הקראים הללו שהם אדוקים באמונתם ואדרבא מקנתרין בדברי חז"ל וכל יומא ויומא תשובתם בצידם ואינן חוזרים בם מה יתן ומה יוסיף טענה זו שנולד בגיות דכיון דפקרי טפי שוו למשומד וכמ"ש הרב באותו אנוס אך במ"ש הרב אף שהיה לו לצאת ולא יצא מ"מ הו"ל כתינוק שנשבה כו' ק' ממ"ש מרן בסי' קנ"ט דכל מי שיש בידו לברוח ואינו בורח מומר להכעיס קרינן ליה וכאילו הוא עצמו נעשה מומר יע"ש וקו' זו נשאלתי

מהרב חשק שלמה נר"ו. וכה היתה תשובתי אליו נ"ל דלא דמו אהדדי שאף הרב אזיל ומודה שאם בכל יום ויום מצי להציל ממות נפשו ואינו בורח ודאי דאין לך מומר גדול מזה אבל בההוא עובדא דאתא לקמיה דהרב הכי הוה עובדא שהיה יכול לברוח כשיצא אביו ולא יצא ומש"ה צידד הרב ז"ל לומר דעדיין הו"ל כתינוק שנשבה כיון שנוהג עתה כמנהג האנוסים ואינו עובד אלא מיראה אבל מרן לא אמרה אלא במומר בין האומות דכל שעתא ושעתא יכול לברוח ולילך למקום שאין מכירין אותו ואינו בורח. אבל אה"נ שאם פעם אחד היה יכול לצאת ולא יצא לא בשביל זה ישוה דינו למומר דאפשר דהדר ביה דאם ימצא עתה עת לברוח יברח ויצא ומצאתי כדמות ראיה לזה ממ"ש מרן בח"מ סי' תכ"ה וז"ל וי"ל ברועה בהמה דקה הרי אוכלין נבילות לתיאבון שחמדת הממון גורם להם לרעות בהמותיהן בשדות אחרים: וי"ל דשאני רועים שכל היום תמיד עוברים עבירה: משא"כ באוכל נבילות לתיאבון שאינו אוכל אלא בשעת אחת עכ"ל: דון מינה בנ"ד דפשיטא כיון שחזר בו ממה דהוה עבר ואינו עובר אלא מיראה דאין לו דין משומד ואי מצד הסברא נראה ודאי הכי והכי דייקי דברי מרן שכתב כל מי שיש בידו לברוח ואינו בורח ולא כתב כל מי שהיה בידו לברוח וברור. ובשולחי הדברים אלו אליו השיב לי וז"ל מ"ש כת"ר עוד דמהראנ"ח מיירי בהיה יכול לצאת ומרן איירי דכל שעתא ושעתא כו' ולמד כן ממ"ש מרן בח"מ כו' לע"ד לא דמי דדבר זה לא ניתן ליאמר לע"ד בדברי מרן בי"ד סי' קנ"ט דשם ודאי אפי' בפעם אחת שבא לידו לברוח ולהמלט ולא יצא מומר להכעיס קרינן ליה דשם אין לו התנצלות שיצא מן הכלל ע"י אונס ואף שהיה לו ליהרג ולא יעבור מ"מ כיון שעבר באונס אין לו דין מומר להכעיס מעתה באות' שעה שבא לידו לברוח ולא ברח נעשה מומר להכעיס : ועיין בת"הד סי' שנ"ט במ"ש דמדינא יש לקנוס כל המשומדים מיד כשעומדים ברשעתם אפילו שעה אחת ולא חזרו מיד בדת האמת הואיל ואינו דואג שימות יע"ש: דון מינה ואוקי באתרין דכיון שבא לידו לברוח ולא ברח באותה שעה נעשה מומר להכעיס דהיה לו לידאג שמא ימות ואם איתא למ"ש כת"ר הי"ל למוהראנ"ח ז"ל לומר דאעפ"י שהיה אפשר לו לצאת מ"מ כיון דהשתא מיהא א"י לצאת כו' אלא מוכרח שאין לחלק בכך. ומהראנ"ח מודה במומר ע"י אונס דאם היה יכול לצאת ולא יצא דבאותה שעה נעשה מומר להכעיס וכדברי מרן והדרא קושיא לדוכתא א"ד הרב הנז':

והנה מ"ש דלא דמי דהתם אין לו התנצלות אלא שעבד באונס וכשבא לידו לברוח ולא ברח מומר להכעיס קרינן ליה והביא ראיה מדברי הת"ה דסי' שמ"ט כו' דברים אלו אין בהם ממש דמי זה לא יאמר שמה שלא ברח שחשב בדעתו אולי ישיגוהו בפרשת

דרכים ונפשו לשאול יגיע דקחזינן שאינו הולך בדרכי הגוים בתועבותם כי אם בהצנע לכת בדת האמת אמאי נחזיק אותו לרשע ודיינינן ליה כמשומד להכעיס כיון שאם ימצא אותו עת לברוח יצא אלא שאם כל שעתא ושעתא יכול להציל ממות נפשו מחזיקינן אותו לרשע כיון שאינו בורח ועובר בכל שעה ורגע על ד"ת אף שהוא אנוס בא מעיקרא : אמנם בעבור פעם אחת ודאי שאין לנו לדונו כמשומד להכעיס וכדאמרן ותו שאף לפי דבריו דבפעם אחת נעשה מומר להכעיס מ"מ כיון דהדר ביה מרשעותו וחושב בדעתו מתי תבא לידי ואקיימנה אמאי נשוה דינו למשומד להכעיס הן עתה אלא ודאי כדאמרן כנ"ל ברור ומדברי הרשב"א נמי אין ראיה דהתם נמי מיירי ביכול לצאת כל שעה ושעה ואינו חוזר בו מיד וזה ברור :

ומ"ש עוד דמהראנ"ח לא כתב אלא דהו"ל כתינוק שנשבה ואם כדברינו הי"ל לומר כיון שנוהג עתה כמנהג האנוסים כו' לא מצאתי מקום לדברים אלו והיא היא כונת הרב דעדיין הו"ל כתינוק שנשבה ולא יצא מדינו החוצה וכדאמרן ודין האנוסים כדין תינוק שנשבה לבין הגוים ובדין תינוק שנשבה אם הודיעוהו את חוקי האלהים ואת תורותיו ומצא פתח פתוח לצאת ולא יצא הו"ל כמומר גמור ואם היה לו מקום לצאת בלי הודעת חוקי האלהים ודאי דאין דינו כמומר כיון שנשבה ואינו יודע מטוב ועד רע ועדיין הוי דינו כדין תינוק שנשבה וזהו שכתב הרב כיון שהוא אנוס ולא ידע מטוב ועד רע לא בשביל זה שמצא מקום לברוח יהיה כמומר דעדיין הוה דינו כדין תינוק שנשבה והרב הנז' כתב וז"ל ונראה דמה שמסתפק שם הוא כיון שהיה מאנוסי פורטוגאל דהוא עצמו לא נעשה מומר אלא הוא בא מזרע אנוסים וא"כ יש לדון בו דין תינוק שנשבה דמעולם לא הכיר רבונו ולא ידע בתורת משה לידע ולהבחין בין עובד לה' למי שעבודתו נכריה ומעתה אע"פ שהיה יכול לצאת ולא יצא הוא מפני שאינו מכיר רבונו. אבל מי שנעשה מומר ע"י אונס וכבר הכיר רבונו בפעם ראשונה שבא לידו לצאת ולא יצא הו"ל מומר להכעיס וזהו שדקדק הרב וכתב הו"ל כתינוק שנשבה ודוק ואף כי דבר זה בפירושא איתמר כאשר יראה הרואה בדברי הפוסקים ז"ל הלא בספרתם מ"מ מוהראנ"ח ז"ל מסתפק בדבר ועיין בכנ"הג ח"מ סימן רפ"ג עכ"ל הרב המשיב. והנה כל דבריו אלו שכתב דאנוסי פורטוגאל דינם כתינוק שנשבה זה פשוט בעיני כוותיה ומטעמיה אך מה שרצה לחלק בין אנוסי פורטוגאל למומר שכבר הכיר רבונו לא נהירא לע"ד וכמ"ש לעיל ודינו של מהראנ"ח לאו דוקא באנוסי פורטוגאל איתמר וה"ה והוא הטעם במומר אם אינו חוזר לסורו וכעת צריך אני להתלמד ממקום אחר ואיה"ב אשוב אשנה פרק זה:

ונשאלתי עוד מהרב הנז' מ"ש הרב כנ"הג בסימן קל"ט הג"הט אות ג' בשם רש"ל מ"ש

הדרישה דמומר אסור להלוותו ברבית ואלו הרב ז"ל גופיה שם באות ט"ו כתב משם הדרישה מ"ש רש"ל דצדוקי דינן כמומר ומותר להלוותם ברבית משמע דמומר מותר להלוותם א"ד:

ואנכי הרואה עיינתי בדברי הדרישה ולא מצאתי שכתב כן משם רש"ל דמומר אסור להלוותו זולת שעמ"ש הטור מומר מותר להלוותו ברבית כתב ע"ז משם רש"ל ולפ"ז ה"ה לצדוקי לכופרים בתורת ה' הוי כפירת עיקר עכ"ל. ואולי דקדק הרב מדבריו אלו שכתב משם רש"ל ולפ"ז ה"ה לצדוקי כו' שאין דעת רש"ל שוה לדינו של הטור דמומר מותר להלותו אלא שלפי דבריו נראה שה"ה לצדוקי אמנם אין דעתו מסכי' במומר וכ"ש בקראים ודוק בזה בדברי הרב כנ"הג והבן ועיין עוד במ"ש הרב כנ"הג באות ז' שרצה להליץ בעד הדרישה במה שהק' עליו הט"ז ועיין במ"ש הרב מ"ל בה' מו"ל פ"ד ה"ב על הפ"מ ודוק:

כתב הטור בריש ה' רבית דמותר להלוות לגוי ברבית דכתיב וחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דנחיה ונכרי אין אנו מצווין לחיותו עכ"ל. ותמה עליו הרב מ"ל בפרקין דא"כ אמאי לא פריך רבא לר"ן דקאמר דאפילו רבית דגוי אסיר מהאי קרא דוחי אחיך וכמ"ש הטור וניחא ליה להרב ז"ל לומר דרבא אית ליה לדר"י דאמר ר"ק אינה יוצאה בדיינים ואצטריך קרא דוחי אחיך לשנים שהיו מהלכים בדרך וכדדריש ליה ר"י התם וכ"כ התוס' שם דרב אית ליה הא דר"י יע"ש. וק"ל טובא בדבריהם מהא דאפליגו אביי ורבא בתמורה ד"ו בכ"מ דאמ"ר ל"ת אי מהני או לא וקאמר התם תלמודא דרבא דאמר ל"מ אית ליה דר"ק אינה יוצאה בדיינים יע"ש וכן ראיתי בשיטת הרב באותה סוגיא שהכריח הפך דבריהם מהא דאמרינן לקמן האי מאי דמסיק ארבעה זוזי דרביתא כו' דכי מפקינן מיניה גלימא מפקינן מיניה כו' יע"ש ולעיקר קו' הרב יש ליישב ע"פ דבריו דרבא ספוקי מספ"ל בדרב נחמן אי ס"ל כרב או כר"י ומשום הכי לא הוקשה לו מהאי קרא דאפשר דס"ל כר"י דאצטריך קרא לב' שהיו מהלכים בדרך:

פרק ו

הלכה ב

שורש דין מלוה על המשכון דאסור להשתמש בו המלוה **את חבירו כו' ולא ידור בחצרו חינם כו'**. הנה מרן בש"ע ח"מ סי' ע"ב ס"א כתב וז"ל המלוה על המשכון צריך ליזהר שלא ישתמש בו מפני שהוא כמו רבית עיין במ"ש הסמ"ע שם דלפי מ"ש הטור בי"ד סי' קס"ו בשם הרמב"ן גבי חצר דלא קיימא לאגרא דאפי' לצאת ידי שמים א"צ לתת

לו כ"ש הכא דאחריות הלואתו עליו דשרי טפי וכתב עוד דבחלוק זה דבאחריותו עליו לאין אחריותו עליו יתישבו דברי הרא"ש אהדדי ממ"ש הטור בשמו בי"ד ס"ס קס"ו גבי חצר דלא קאי לאגרא דאם הלוהו ודר בחצרו מנכינן ליה שכרו מחוביה למ"ש הטור בשמו בסי' קע"ב איפכא גבי משכנתא ע"כ ת"ד ועיין במ"ש הפרישה בי"ד סי' קע"ב אות ו' והש"ך שם כתב וז"ל ונראה דלדעת הרמב"ם שהביא הטור שם בסי' קס"ו ואפי' הוא חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר צריך לתת לו שכר לצאת י"ש ה"ה הכא ע"כ ועיין להרב בעל מח"א ה' מלוה סי' כ"א דצ"א ע"ד מ"ש על דברי הסמ"ע יע"ש:

והנה זה שכתב הש"ך דלדעת רבינו צריך לתת לו שכר לצאת י"ש כן מבואר בדברי מרן ב"י בי"ד סי' קס"ו עמ"ש הטור שם בשם רבינו הלוהו ודר בחצרו ואפי' בחצר דלא קיימא לאגרא הוי אבק רבית וכת' עליו מרן כלומר וצריך להחזיר בבא לצאת י"ש ע"כ ומבואר עוד בדברי מרן שם ד"ה ומ"מ אם אמר לו הלוני ודר בחצרי דכל דהוי אבק רבית אף לדעת הרמב"ן והרשב"א חייב להחזיר בבא לצאת י"ש אלא דבהלוהו ודר בחצרו דוקא ס"ל דאפי' בבא לצאת י"ש פטור משום דס"ל דלא הוי אבק רבית אלא מיחזי כרבית וכ"כ עוד שם על מ"ש הנמקי בשם הריטב"א והרמב"ן דהלוהו ודר שוה להלוני כו' יע"ש גם בסי' קס"א על מ"ש הטור כלל דרביתא כו' כתב ג"כ בשם הנ"י דאבק ריבית בבא לצאת י"ש חייב להחזי' וסיים הוא שכ"נ מדברי הרא"ש והרמב"ם שהזכיר רבינו בסי' קס"ו ושכ"כ הר"ן אלא שכתב בשם יש אומרים דאפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר והרשב"א כתב בתשו' דרבית מאוחרת אינו ניתן לחזרה ואפי' בבא לצאת י"ש וכן משמע עוד מתשו' אחרת דרבית מאוחרת קיל מאבק רבית עכ"ל מבואר יוצא מדבריו דדעת הני רבוותא רבינו והרמב"ן והרא"ש והרשב"א והנ"י והר"ן כולהו ס"ל דאבק רבית בבא לצאת י"ש חייב להחזיר ועיין להרב בעל מ"א ה' מלוה סי' ט"ו שהעלה כן לענין הל' יע"ש:

ואני אומר מילתא דפשיטא ליה למר לדידי מספקא טובא שהרי התוס' בפ' אז"ן דס"ב ע"א ד"ה תנאי ובפ' הגוזל קמא דצ"ד ע"ב ד"ה אי עשה תשובה וד"ה לצאת י"ש הכריחו דאבק רבית אפי' בבא לצאת י"ש פטור ודחו סברת ריב"ם דס"ל דחייב יע"ש והר"ן ז"ל הובאו דבריו בש"מ על בבא מציעא דק"מ ע"ג הביא שתי הסברות ולא הכריח ושם ע"ד הביא עוד סיום דברי הר"ן ומבואר מדבריו שנטה דעתו יותר לסברת התו' דס"ל דאפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר וזה הפך מ"ש הנ"י בשמו פ' אז"ן עלה דמ"ש הרי"ף גבי רבית קצוצה אינה יוצאה בדיינין כו' וכבר עמד בזה הרב כהונת עולם בביאורו לה' רבית סימן קס"א ד"ז ע"א שגם הרב הנמקי עצמו בפ' אז"ן עלה דאכל זוזי לא מפקי'

מיניה העיד בשם הר"ן שהכריח מההיא דאבק רבית אפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר וכ"כ בש"מ דקנ"א רע"ב יע"ש וכבר עמדו מתמיה על הרב הנמק"י במה שסותר עדותו בזה הרב דרכי משה בסי' קס"א ומהר"ם מטיקטין בחי' אנשי שם אשר סביב ההלכות והמש"ל דמ"ו ע"ד והרמ"א והרב כהונת עולם ואיך שיהיה הנה מבואר דדעת הר"ן דאפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר הפך מ"ש הרב"י בשמו גם הרמב"ן לפי מה שדקדק הרב ב"י מדבריו שכתב הטור בשמו בסי' קס"ו משמע דס"ל דחייב להחזיר בבא לצאת י"ש הנה כבר כתב בסי' קס"א שתלמידי הרשב"א העידו על שמו להיפך דס"ל דפטור וכן מבואר עוד ממ"ש הנמ"קי בשם הר"ן גבי ההיא דאכל שעור זוזי דזה ג"כ דעת הרמב"ן לפי מה שדקדק הר"ן מההיא וכי היכי דאי תפס לא מפקינן מיניה הכי נמי בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר וא"כ הרמב"ן דס"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה ע"כ לומר דס"ל דבבא לצאת י"ש נמי אינו חייב להחזיר איברא דלפי מ"ש הרא"ש דאין זה תלוי בזה כמ"ש הר"ב מח"א בשמו אין הכרח בזה בדעת הרמב"ן ז"ל מ"מ לדעת הר"ן דתלוי זה בזה עכ"ל דס"ל להרמב"ן כן. ואין ספק שזה דעת תלמידי הרשב"א שהעידו בשם הרמב"ן דס"ל דאפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר :

ומה שדקדק מרן מדברי הרמב"ן שהביא הטור בסי' קס"ו גבי הלוהו ודר בחצרו שכתב דאפי' א"ר אינו דס"ל דאי הוי אבק רבית חייב להחזיר אין זה כ"כ הכרח לע"ד דמאחר שמחלוקת זה הוא קדום בין רבותינו בעלי התוס' דלדעת ריב"ם בבא לצאת י"ש חייב להחזיר אעפ"י שהתוס' לא ס"ל הכי וזה ג"כ דעת הרמב"ן כמו שהעידו בשמו תלמידי הרשב"א אעפ"י כן בההיא דהלוהו ודר בחצרו כתב דאפי' אבק רבית אינו לומר דאפי' לדעת ריב"ם דס"ל דבבא לצאת י"ש חייב הכא שאינו אבק רבית אזיל ומודה דאפי' בבא לצאת י"ש פטור וא"נ כתב כן לומר דאפי' לדעת ר' אפרים שהביא הטור שם לקמיה דכל כה"ג מנכינן ליה מחוביה ולא חשיב סלוקי בלא זוזי אלא במשכן שדהו דוקא דההוא שדה אוזפי אפ"ה בחצר דלא קימ' לאגרא לא מנכינן ליה משום דלא הוי א"ר גם הרשב"א אעפ"י דלפי מה שדקדק מרן מדבריו בתשו' משמע דס"ל דגבי א"ר בבא לצאת י"ש חייב להחזיר וכן מ"ש עוד מדבריו שהביא ה"ה בדין שלפנינו והן הן דברי הטור שכתב בסימן קס"ו בשם הרמב"ן גבי ההיא דהלוהו ודר בחצרו מ"מ מדברי הרשב"א בחי' פ' מרובה שהביא מרן בסי' קס"ו שכתב בהדיא דא"ר אפי' בבא לצאת י"ש אין אומרים לו שחייב להחזיר מבואר איפכא ומה שיש לתמוה על מרן שדקדק מדבריו הללו איפכא כבר עמד בזה מהר"א ששון בתשובה סי' רכ"ו והביא דברי המש"ל דמ"ו ע"ד וכתב דיש כאן חיסור לשון בדברי מרן יע"ש:

ולע"ד הא גרמא ליה שלא ראה דברי הרשב"א בחי' בפ' מרובה והן עתה שנדפס מחדש ש"מ לבבא קמא ראיתי דברי הרשב"א הובאו שם דק"ל ע"ג כ"כ על מה שדקדק מאותה שמועה דמודה בקנס פטור ואפי' לצאת י"ש אינו חייב וסיים דה"ה נמי לא"ר דאינה יוצאה בדיינין והכי נמי בבא לצאת י"ש אין אומרים לו להחזיר והביא ראיה מההיא דר"י בר חמא בפ' אז"ן ככל מ"ש מרן ב"י וא"כ אין מקום לתלות הדבר בחיסור לשון במ"ש המש"ל דליתא אם לא שנאמר דמרן משמע ליה דא"ר שכתב הרשב"א לאו דוקא אלא כונתו לומר מילתא דמחזי כרבית דהא הראיה שהביא מההיא דר"י בר חמא הוי הכי דהיינו דר בחצר חברו דלפי מ"ש ה"ה בדין שלפנינו והנמקי דפ' איזהו נשך בשם הרמב"ן והרשב"א הלוהו ודר בחצרו אפי' א"ר אינו אלא מחזי כרבית וא"כ עכ"ל דמ"ש הרשב"א א"ר לאו דוקא וכעין זה כתב הרב בעל בני חיי בסי' קס"ו יע"ש:

ומ"מ פשט דברי הרשב"א משמע דבכל א"ר קאמר דומיא דמודה בקנס וכן העיד על שמו הריב"ש בסי' שצ"ג כמ"ש המש"ל שם ואם כנים הדברים שדעת הרשב"א שאפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר וכדמשמע מפשט דבריו שבפ' מרובה וכמו שהעיד הריב"ש על שמו מה שהכריח מרן ממ"ש בתשו' דרבית מאוחרת לא ניתן לחזרה אפי' בבא לצאת י"ש דמשמע דוקא רבית מאוחרת דקיל מא"ר הוא דלא ניתן לחזרה אבל שאר א"ר ניתן לחזרה בבא לצאת י"ש אפשר לדחות דאדרבא לחי' נקט רבית מאוחרת דאינו חמור כ"כ כשאר א"ר והוה ס"ד לומר דכל כה"ג לא אמרי' איסורא דעבד עבד ולא נתקן בחזרה כדאמרי' גבי א"ר ורבית קצוצה לדעת ר"י דלמיתה ניתן ולא להשבון קמ"ל דאפ"ה לא ניתן לחזרה כנלע"ד :

גם ממ"ש גבי ההיא דהלוהו ודר בחצרו דאפי' א"ר אינו כמ"ש לדעת הרמב"ן מצאתי בשי' מקובצת דק"ס ע"ג שכתב בשם הריטב"א דא"ר בדבר מסויים דוקא חייב להחזיר בבא לצאת י"ש כי היכי דס"ל לר"י בר"ק יע"ש מבואר יוצא מדבריו דא"ר שאינו בדבר מסויים אפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר ומדלא כתב סברת הרמב"ן והרשב"א בזה כדרכו היכא דפליגי על סברתו משמע דזה מוסכם ופשוט הוא סוף דבר דמלבד שהתוס' והריטב"א כתבו בהדיא דא"ר אפי' בבא לצאת י"ש אינו חייב להחזיר גם הרמב"ן והרשב"א מצינו שהעידו על שמם הכי וא"כ לענין הלכה אני מסתפק טובא היכי לידיינו דייני בבא להימלך בב"ד אם צריך להחזיר א"ר שלקח מהמלוה ותלוייהו תשו' בהכי או לא ואפשר שאם נסמוך על סברת האומרים להחזיר בבא לצאת י"ש ותלויה תשובתו בחזרה כיון דאיכא סברת האומרים דאינו חייב להחזיר אפי' בבא לצאת י"ש דאיסורא דעבד עבד ואין תשו' תלויה בחזרה א"כ המקבל הא"ר נכנס בספק גזל וכעת

צריך להתישב בזה:

ולענין אם תפס הלוה א"ר משל מלוה אי מפקינן מיניה או לא העלה הרב מח"א דלכ"ע מפקינן מיניה כל שאין המלוה רוצה לצאת י"ש וראיתי לו ז"ל שהקשה בדברי הרא"ש שדברים סותרים ממ"ש גבי הלוהו ודר בחצרו דמינכינן ליה לחוביה דמ"ש דא"ר אי תפס לא מפקינן מיניה וזה היפך מ"ש על דברי הראב"ד דאפי' אי תפס מפקינן מיניה ותי' בשם הרב בעל גד"ת דדעת הרא"ש לחלק בין היכא שתפס הלוה אחר שכבר אכל המלוה הרבית או היכא שנתנו הלוה בעצמו ואין בידו כלום משל מלוה לומר שסמך הלוה על מה שיש בידו מהמלו' להיכא שיש בידו כלום משל מלוה דאז איכא למימר דסמך על מה שבידו יע"ש וכתב עליו שאין דברים אלו מיושבים על זו דא"כ מאי קאמר ליה רב אשי לרבא בפ' אז"ן דס"ז ע"א השתא דאמרת אכל טפי לא מפקי' מניה אכל שעור זוזי נמי לא מפקינן מיניה כו' ולפי דברי הרב גד"ת נימא ליה דשאני אכל טפי דכיון דלא נשאר לו משל מלוה כלום הא ודאי גמר ומחל ליה משא"כ בשאכל שעור זוזי שסמך על מה שיש בידו מהחוב ולא גמר ומחל לו יע"ש:

ואחרי המחילה הראויה לא ידענא מאי ק"ק ליה מהתם דהיא גופה קאמ' ליה ר"א לרבא דכיון דהמלוה מוחזק בשדה מדעת הלוה כי אכל שיעור זוזי נמי ליכא למימר דלא גמר ומחל וכיון דלא מצי לסלוקי ליה מהשדה בלא זוזי כל כמה דלא יהיב ליה א"כ ע"כ דגמר ומחל ליה דומיא דאכל טפי דמאי אהני ליה ללוה מה שהוא מוחזק בשיעור החוב כיון דהמלוה נמי מוחזק בשדה מדעת הלוה ולא מצי לסלוקי ליה בלא זוזי ודוק:

עוד ראיתי להרב הנז' שם שהוקשה לו מ"ש הרא"ש בפ' השוכר את הפו' דצ"א ע"ב גבי בעיא דעושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר דסלקא בש"ס בתיק"ו וכתב הרא"ש והביא דבריו הטור בסי' של"ז דלכתחילה אין הפועל אוכל בגפן אחר ואם עבר ואכל לא מפקינן מיניה ולא מנכינן ליה מחוביה כדאמרינן גבי משכנתא סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא יע"ש. ולפי מ"ש הרא"ש גבי הלוהו ודר בחצירו מנכינן ליה מחוביה וכמ"ש ר' אפרים ז"ל ולא דמי למשכנתא דאההוא בית' אוזפיה א"כ הכי נמי גבי פועל דדמי להלוהו ודר בחצירו דלאו אההוא ביתא אוזפיה למה לא מנכינן ליה מחוביה ולא זכינו לתי' בזה יע"ש:

ולע"ד אפשר לומר דגבי שכירות פועל כיון דלפום מאי דמספקא לן אי עושה בגפן זה אוכל בגפן אחר איכא איסור עשה על בעל הבית מלמנוע לשכיר מלאכול אע"ג דשכיר גופיה משום ספקא דילמא אין כאן עשה לא מצי אכיל בגפן אחר משו' ספק גזל מ"מ כי עבר השכיר ואכל אין בע"ה יכול לעשות מעשה בשעת אכילתו ולמונעו דילמא קא

עבר אאיסור עשה דכי תבא בכרם רעך כו' הילכך כיון דבשעת אכילת הפועל אין בע"ה יכול למונעו דמי שכירות פועל למשכנתא דמשום טעמא דלא מצי הלוה לסלוקי למלוה מההוא ביתא תוך זמנו כי אכל שיעור זוזי לא מנכינן ליה מחוביה דסלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא הכי נמי גבי שכירות פועל כיון דכי עבר פועל ואכל מגפן אחר לא מצי בע"ה למונעו מספק איסור עשה מהאי טעמא נמי לא מנכינן ליה מחוביה כן נלע"ד. ומה שיש לדקדק בדברי הרא"ש הללו דפרק הפועלים אמאי לא תלי טעמא דלא מנכינן ליה מחוביה ולא מפקינן מיניה משום דהוה ליה בע"ה בריא בחיובא וספק בחזרה יתיישב שפיר על פי מ"ש הרב מש"ל בריש פ"ד מה' שאלה ופקדון ועיין למהרימ"ט בח"א סי' ק"ל:

ובכן לענין הלכה למעשה אע"פ שהר' מ"א ז"ל העלה דא"ר אי תפס לוה משל מלוה לא מפקינן מיניה ונראה דזה דעת הרב מש"ל בהלכו' מלוה דמ"ז ע"ג דאע"ג דלדעת הראב"ד והרא"ה בספר החינוך מהניא תפיסתו של לוה מ"מ כיון דפליגי רבוותא עליה ותלוי פלוגתייהו בעיקר התפיסה אי מהני או לא כל כה"ג לא מצי הלוה טעין ק"ל דמהני תפיסתי אלא כל כה"ג אזלינן בתר רובא דרבוותא וכמ"ש מרן החבי"ב בכללי הקים לי סימן כ"ה ואולם ראיתי להרבנים אחרונים הרב בעל כהונת עולם בה' רבית סימן קס"א ד"ז ע"ג העלה דאף בכה"ג דפליגי בעיקר התפיסה יפה כח התופס במטלטלים לומר קי"ל כמאן דאמר שתפיסתי תפיסה ולזה הסכים הרב דבר משה סוף ח"ג דמ"ז ע"ד ועין בספר חשק שלמה בכללי הק"ל אות ל"ז ואות ע"א יע"ש הילכך בנדון דידן נמי מי שעבר ונשתמש במשכון דלא קאי לאגרא כיון דלדעת הרמב"ם והסמ"ג וא"א חשיב אבק רבית אם תפס הלוה מהמלוה שיעור שכירותו מצי טעין הלוה קים לי כהרמב"ם ודעמיה דחשיב זה א"ר וקים לי כהראב"ד והרא"ה דא"ר אי תפס הלוה לא מפקינן מיניה וכ"ש אם נשתמש במשכון דקאי לאגרא דהוי א"ר לכ"ע ועיין להרב מ"א ה' מלוה סי' כ"א דצ"א ע"ד שכתב דבמשכון של מטלטלין שאחר שמשכנו נשתמש בו המלוה אין לחלק בו בין קאי לאגרא ללא קאי לאגרא דלעול' חשיב לא קאי לאגרא כיון שהוא ממושכן ביד המלוה יע"ש:

ונלע"ד דה"ה נמי דמצי לנכות הלוה למלוה מחובו שיעור שכירות המשכון דמשכון של מטלטלין שאינו ממשכנו לאכול מפירותיו כמשכון קרקע לפירות ואינו ממשכנו אלא להיות בטוח מחובו כי נשתמש בו הו"ל כהלוהו ודר בחצירו דלר' אפרים והרז"ה והרא"ש והטור מנכינן ליה מחוביה כנלע"ד לכאורה אמנם לפי מ"ש לעיל לישב דברי הגד"ת למה שהקשה עליו הרב מח"א ז"ל נראה דה"נ כיון דאין הלוה מצי לסלוקי למלוה

בלא זוזי גמר ומחל לו השכירות ואם ידע שנשתמש במשכונו ולא מיחה בו בכל כה"ג נמי אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא. וכתב הרב ראש יוסף סימן ע"ב אות ח"י דאסור להשתמש במשכון אפילו שהוא מכוין להצילו מהרקבון ומפני זה כתבו הטור ומרן לשון שהוא כמו רבית ולא כתבו שהוא א"ר לומר דאפילו משתמש כה"ג אסור דהרואה אומר דלצורכו משתמש בו ואע"פ שיש לדחות ראייתו מלשו' כמו רבית דנקטי הטור ומרן ז"ל ואפשר שכיונו למ"ש הטור י"ד סימן קס"ו בשם הרמב"ן ז"ל גבי הלוהו ודר בחצירו דאינו אפי' א"ר אלא משום דמיחזי כמו רבית והכא נמי דמי להלוהו ודר בחצרו כיון שלא התנה עמו בפי' שנשתמש בו מ"מ דבריו נכונים לענין הדין ושוב ראיתי דראיית הרב ג"כ נכונה בטעמא דודאי דמשתמש ברשות קאמר דאי לא מאי אירייא איסור דאסור משום רבית תיפוק ליה משום דשואל שלא מדעת גזלן הוי אלא שהרב ז"ל לא ראה דברי הרמב"ן ז"ל ודוק:

פרק יא

הלכה ג

שורש דיני כתב יד אי דינו כשטר בעדים הוציא **עליו כתב יד שהוא חייב לו כו'. אמר הי"ם** ראה ראיתי ששורש דינים אלו דכתב יד אי דינו כשטר רבו בו הדעות והסברות והדינים והסעיפים המסתעפים ממנו והכל אסף וקבץ אותם מרן ב"י בשו"ע סי' ס"ט כי ע"כ אמרתי אני אל לבי לכתוב כאן מה שחדשתי וטפחתי בדינים אלו על סדר שכתבן מרן ז"ל בסי' הנז' ועל סדר סעיפיו וזה החלי בס"ד:

ש"ע סימן ס"ט ס"א הוציא עליו כתב יד כו' נ"ב כתב מרן החבי"ב בהגב"י אות ד' וז"ל שמעון שהוציא על ראובן חשבון מכתב ידו ממה שקבל משמעון בעד שט"ח שהיה חייב לו שמעון הוי כשובר מכתב ידו של מלוה ומרע לשטרא הר"ש חיון סי' כ"ו עכ"ל. ולא ידעתי למה לא זכר שר שעדיפא מינה כתב הרא"ש בתשו' הביאה הטור בסי' ע"א ס"ך ובש"ע ס"ט שאפילו יש נאמנות בשטר והמלוה טוען שחשבון הכת"י הוא מעסק אחר שאין שומעין לו יע"ש. וכעת אין ספר הרש"ח בידי לחזו' בנועם דבריו וע"ש:

בין שכתב אני פלוני כו' מודה אני שחייב כו'. נ"ב ומדמהני לענין הודאה ה"ה דמהני לענין שעבודין והקנאות מוהריק"ו ושורש קי"ח החבי"ב הג"הט אות ד' יע"ש. ודע דבשלא כתב שמו וטוען שלא כתבו אלא לטופס בעלמא או למזכרת דעת הריטב"א בשם רבותיו ובעל העיטור והביאן מרן ב"י דמהימן בטענתו והרמב"ן חולק על זה ועיין בספר נאות יעקב בקונטריס גט מקושר דע"ח ע"ג שעמד על דברי הרמב"ן והריטב"א

הללו וכתב הש"ך בסק"ד דאף הרמב"ן לא נחלק אלא בדלית ליה מגו דפרעתי או אמנה. והעלה הש"ך לענין הלכה כדעת רבותיו של הריטב"א ובעל העיטו' כיון דהאידנא לא נהגו העולם להוציא כתב יד בלא הזכרת שמם ועוד שראיות הרמב"ן ז"ל דחאן הריטב"א והר"ן ועוד דבע"הת כתב דאיכא מ"ד דכל כתב יד ששנינו היינו חתם ידו וגם רבינו ירוחם נ"ו ח"ג כתב בסתם בשם ריב"ם כי הכתיבה לחודה לא מעלה ולא מוריד בין שלו בין של אחרים ולא הביא שום חולק עכת"ד ז"ל יע"ש. ואין ספק כי זו היא סברת הר' משפטי שמואל בסי' ע"ו שהצריך חתימ' המתחייב יע"ש:

ומן התימה על מרן החבי"ב שכתב בהגב"י אות ה' שלא ראה בפוסקים מי שיסבור דבעינן כתב יד המתחייב וחתימתו יע"ש. ואשתמיט מיניה דברי איכא מ"ד שכתב בע"הת וגם דברי רי"ו ז"ל. ועיין בתשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י ז"ל בסוף הסימן והביאה הש"ך בסקט"ז ולדברי הש"ך תשובה זו אינה הלכה לדידן דקי"ל דבכת"י נאמן לטעון פרעתי וכ"ש לדברי רבותיו של הריטב"א וכ"ש וק"ו לדברי ר"י ז"ל והאיכא מ"ד שכתב בעל התרומות דכל כת"י ששנינו היינו חתימת ידו ודלא כדמשמע ממרן החבי"ב בהגב"י אות מ"ו דתשו' זו דסמכה היא יע"ש:

ודע דע"כ לא אפליגו הני רבוותא ז"ל אלא בכתב ידו שלא הזכיר שמו לא בתחילה ולא בסוף אבל כל דאיכא הזכרת שמו ואפי' בתחילה אפילו אית ליה מיגו דפרעתי וא"נ מגו דחתמתי שמי בריש מגילתא כו' כל דטעין לטופס בעלמא כתבתיו לא מהימן דהו"ל כמיגו במקום אנן סהדי דאין אדם עשוי לחתום שמו לטופס בעלמא ולמוסרו ביד חבירו וכמ"ש המבי"ט והרב משפטי שמואל בסי' הנז"ל הביא דבריהם החבי"ב הגב"י אות ג' כי זה טעמו של הרמב"ן ז"ל אפי' בלא חתם שמו כלל וממילא דרבותיו של הריטב"א ובע"הע ס"ל כן בחתם שמו מיהא אמנם לפי דברי הב"ח והש"ך ז"ל בדע' הרמב"ן דכל דאית ליה מיגו מהימן ועיקר פלוגתייהו בדלית ליה מיגו א"כ בחתם שמו ואית ליה מיגו לדעת רבותיו של הריטב"א מהימן לומר לטופס ולמזכרת בעלמא כתבתיו ולענין הלכה נראה דכל כה"ג מצי המוחזק לומר קי"ל. ודע דע"כ לא אפליגו הני רבוותא אלא בשאינו ידוע בבירור שנתן אותו כתב יד להיות בידו לראיה לחש' הפרעונות אבל אם ידוע בבירור כן לכ"ע דינו ככת"י חתום הרש"ח סימן כ"ו החבי"ב הגב"י אות ו':

ודע שאם טוען על כת"י שהוזכר שמו דלהשטות או להתעסק או שלא להשביח את עצמי נתכוונתי נראה דלא מהימן וכמ"ש הסמ"ע בסק"ג והכריח כן ממ"ש הטור והמחבר לקמן בסימן פ"א סי"ז יע"ש ושם מבואר דאפילו במיגו לא מהימן וכמו כן כתב הב"ח ז"ל בסימן ן' הביא דבריו הש"ך שם סק"ד גבי כ"י שלא הוזכר שם המלוה עליו דאע"ג

דאית ליה מיגו דלא לויתי ממך אלא מאחר לא מצי למטען למזכרת או לשחוק או שלא להשביע נתכוותי יע"ש ואין ספק דחיליה ז"ל מההיא דסי' פ"א סי"ז והש"ך הניח דברי הב"ח בצ"ע ולא ידעתי למה:

ודע שאם הודה בחתימת ידו והשטר בכתב יד הגוים מהני דמסתמא ידע וקרא ואח"כ חתם ועיין סימן מ"ה ס"ו הגהות הריק"ש יע"ש ודבריו הללו הם תשו' להרמב"ן סי' ע"ז והביאה מרן ב"י בס"ס זה מחו' ד' ועיין מוצל מאש דת סימן ט' ועיין בני אהרן דנ"ג ע"א ד"ה ולענין יע"ש. ודע שאם טוען על כתב יד שכתוב בו שהודה שחייב לפלוני שאינו חייב אלא שחובות הניח בידי שאגבם ולא באו לידי כל כך מעות משלו אין בטענתו ממש אע"ג דאית ליה מגו משום דהוי מיגו במקום אנן סהדי כיון שכתוב בו שהוא חייב לו הוי כאומר שכבר באו לידו והוי כאומר לא לויתי ודברי הש"ך ח"ג סימן ס"ז לא נתחוורו לי ועיין למהרשד"ם חח"מ סי' רס"ב ועיין סימן כ"ה ס"א הגהות מהריק"ש יע"ש וכ"כ המבי"ט ח"א סימן רצ"ב שאם כתב בכתב ידו פ' יש לו בידי חפץ פ' אינו נאמן לומר אח"ך לא קבלתי המעות החבי"ב הג"הט אות ג' יע"ש ועיין לקמן ס"ב :

לפיכך הפתקעות שהשותפין מוציאין זה על זה כו' נ"ב בדין הפתקעות הללו של השותפין מבואר מדברי הריטב"א שהביא מרן הב"י ז"ל דליכא מאן דפליג בהא ואף הרמב"ן ז"ל שחולק על רבותיו של הריטב"א בשותפין אזיל ומודה כיון שנהגו בכך וכמ"ש מרן החבי"ב בהגב"י אות ה' יע"ש. ולפ"ז אף לסברת החולקים בדין כתב יד וס"ל דנאמן לומר פרעתי בשותפין שלא נהגו לטעון כן ומאמינים ז"לז בכתב ידם אפי' לא הוזכר שמותם נראה שמנהגם מנהג ולא מצו למטען להתעסק כתבתי כן במגו דפרעתי ואם כנים הדברים אין מקום למה שתמה הש"ך בסקט"ז על דברי הסמ"ע שהעתיק תשו' הרשב"א יע"ש ודוק ועיין במ"ש לקמן רס"ב בשם הרש"ך שהביא החבי"ב הגב"י אות ל"ז אשר מתוך דברי הריטב"א והרמב"ן ז"ל הללו בדין הפתקעות משמע דדוקא טענת טופס ומזכרת לא מצי טעין השותף אבל טענת פרעתי מצי טעין ודברי הרש"ך ז"ל צ"ע ועיין להחבי"ב בסימן ע"ט הגב"י אות ט' ולקמן ס"ב:

עלה בידינו ממ"ש בסעיף זה דבכתב יד שלא הוזכר שמו כלל אלא שניכר שהכתב הוא שלו אם טען לטופס או למזכרת או לצחוק או להתעסק או שלא להשביע את עצמי או פרעתי או אמנה אם הוא מוחזק אין מוציאין מידו ואם שכנגדו תפוס מהניא תפיסתו ואין בטענתו ממש ואם הן שותפין אף מוציאין מידו ולא מהימן בטענת טופס ומזכרת כו' אבל טענת פרעתי נר' דמהימן למ"ד דבכתב יד נאמן לומר פרעתי ואפשר דאף למ"ד דבכת"י לא מצי למטען הכי כל כה"ג דליכ' הזכרת השם כלל מהימן לטעון פרעתי ואם

ידוע בבירור שנתן לו זה הכתב יד להיות בידו לראיה לחשבון הפרעונות לכ"ע לא מצי למטען להתעסק או לטופס כתבתיו אבל פרעתי מצי למטען לשיטת האומרים דבכת"י מצי למטען פרעתי ובכ"י שהוזכר שמו ואפי' בתחילה לא מצי למטען לטופס ולמזכרת או להתעסק או להשטות או שלא להשביע ואפי' אית ליה מיגו אבל פרעתי או אמנה מהימן למ"ד כמ"ש הסמ"ע סק"ג והב"ח סי' ן' ודלא כהרש"ך שהניח דבריו בצ"ע ודין כתב יד לאו דוקא אלא ה"ה באגרת וחשבון קבלת מעות בכתב יד המלוה מרע לשטריה וכתב יד מהני לענין שעבודין והקנאות חתימת ידו בכתיבת גוים מהני והודה בכתב ידו שקבל מפ' או שחייב לפ' אינו יכול לטעון כתבתי כן בשביל שהייתי סבור לקבל ולא קבלתי:

הגהה אפי' כו' דברי הגהה זו אין כאן מקומה אלא לסעיף שאח"ז כמ"ש הש"ך ז"ל ועיין לקמן:

ס"ב ואפי' נתקיים בב"ד כו' אין לו אלא דין מלוה ע"פ כו' נ"ב עיין להחבי"ב הגב"י אות ל"ה ומה שהקשה שם עיין להרב ז"ל במהדורא בתרא סימן פ"ב הגב"י אות ב' מה שתירץ ועיין למהרי"ט ח"א סי' ק"ה דקכ"ח ע"ב שעמד על קושייתו ז"ל ותמהני איך לא זכר ש'ר דברי רבו ז"ל:

וכתב ההגה בס"ס הקודם בשם מהרא"י דאפילו כתב בכתב ידו חתימת ידי תעיד עלי כמאה עדים לא הוי רק כשאר כת"י שדינה כמלוה ע"פ וכ"כ הרדב"ז בתשו' השניות ח"א סי' תפ"ג ד"ה ולענין כו' ולא זכר ש'ר שהן דברי מוהרא"י ז"ל יע"ש ואם כתוב בו שיהא דינו כשטר כתב החבי"ב בהגב"י אות ל"ו בשם הראנ"ח שדינו כשטר אם הוא מקויים אבל הש"ך בסקי"ז נחלק עליו והדין עמו וכן מבואר בדברי הרדב"ז בתשו' הנז' יע"ש ודין זה דמוהרא"י אינו אלא במלוה ולוה אבל בשותפין אינו נאמן לומר פרעתי ולא טענות אחרות דהוי כשטר גמור כ"כ הרש"ך ח"ג סי' צ"א והרב משפט צדק ח"ב סי' כ"ו החבי"ב הגב"י אות ל"ז וכבר כתבתי לעיל ס"א ד"ה לפיכך הפתקעות כו' שדברי הרב ש"ך ז"ל הללו צ"ע יע"ש:

ואינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות ונ"ב כתב הסמ"ע פי' אפילו אם הלוה מודה שלא פרעו משום דלית ליה קלא וגם חיישינן לקנוניא וכמ"ש הטור והמחבר לקמן בסי' ע"א עכ"ל וכונתו למ"ש שם סכ"א גבי מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן על השטר שהוא פרוע בלא שבועה שאין המלוה יכול לגבות בשטר זה מן היורשין ולא מן הלקוחות דחיישינן לקנונייא יע"ש ועיין להש"ך בסי' ק"ו סק"ו שהעלה בשטר שאינו מקויים או אפילו מקויים ואין כאן מכיר החתימות אע"פ שהלוה מודה שכתבו אין

הודאתו כלום במקום שחב לאחרים מטעם קנוניא וכתב שזה דעת הרב המאור והרמב"ן והראב"ד וב"הת והריב"ש והמחבר יע"ש ובדין זה שלפנינו השיב על הסמ"ע שכתב הטעם משום דחיישינן לקנוניא וכתב דליתא דלא חיישינן לקנוניא כל דליכא ריעותא דנפילה וכיוצא יע"ש:

ולא ידעתי לכאורה דבההיא דסי' ק"ו שכתב הוא ז"ל מאי ריעותא איכא ואפי' הכי כתב הוא ז"ל דחיישינן לקנוניא לדעת כל הני רבוותא ז"ל אלא ודאי דכל דמצי טעין הלוה פרוע או מזוייף היינו רעותיה וחיישינן לקנוניא כשהודה דאינו פרוע ואינו מזוייף ואף דמשמע ליה דבההיא דסי' ק"ו כיון שאינו מוצא עדים להכיר החתימות היינו רעותיה ועוד דהתם כי חיישינן לקנוניא קרעינן לשטרא דאפשר שימצא עדים לאחר זמן להכיר החתימות והשטר קיים אבל הכא כי חיישי' לקנוניא לא מגבינן ביה לעולם ולהכי בעי' רעותא דנפילה וכיוצא למיחש לקנוניא ודוק:

ס"ג אבל אם טוען פרעתי נאמן כו' ונ"ב זה דעת רב שרירא ורב האיי גאון והרי"ף בס"פ ג"פ וה"ה פי"א מה' מלוה והראב"ד כמבואר מדבריו רפ"ז מה' מלוה וכדברי ה"ה שם ובתשובתו שהביא מרן החבי"ב בסי' זה מ"ב הגהת הטור אות ז' ואשתמיטתיה להרא"ם ולמרן החבי"ב בהגב"י אות ט' ובשיטה זו קאי ג"כ הרמב"ן בספר המלחמות בס"פ ג"פ והביא דבריו ה"ה בפי"א מה' מלוה והרא"ש בפ"ב דכתובות דכ"א ובתשו' כלל ס"ז והרב התרומות בשער י"ג ח"א ס"ד והרא"ה ז"ל הביא דבריו הריב"ש סימן תנ"ד ור"ח כהן צדק הביא דבריו מוהר"ם מינץ סי' ע"ט ועיין להרב ז"ל בש"מ ס"פ א"נ דע"ה ע"ב עלה דאמרינן התם ניתי מר סהדי ונכתוב כתבא שכתב בשם הריטב"א וז"ל וא"ת ולמה לי סהדי ושטרא נכתוב ליה בכת"י ויש למדין מכאן שאם הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו נאמן לומר פרעתי כדברי הגאונים והרמב"ן ואם כן אף זה אסור דילמא אישתלי ואמר פרעתי ואין זו ראיה דדילמא לא היה לו פנאי לכתוב עכשיו אלא דסהדי חזו השתא וכתבי שטרא במוצאי השבת וליומא אוחרי עכ"ל: כנראה דהריטב"א ספוקי מספ"ל אי מהימן לומר פרעתי ועיין למהר"ש יונה בה' הלואות דק"ח ע"א מה שפקפק על דברי הריטב"א הללו גם הרשב"ץ בשיטה זו קאי כמ"ש מרן ב"י בס"ז יע"ש. אמנם ראיתי לו ז"ל בח"א ס"ס ל"ב שכתב ומיהו אם יראה לדיין לפתוח להם בזה בפשרה הרשות בידו כו' ובח"ב סימן רמ"ב כתב דבמקומות שנהגו לדון ע"פ חבור רבינו ז"ל אין בית דין נזקקין לו ובאמת טוב הוא שיעשו פשרה וכך הם דנין בכל המקומות עכ"ל:

אמנם רשב"ם בס"פ ג"פ דקע"ו ע"א ד"ה ה"ג ובפ' חזקת והביא דבריו המרדכי שם והתוס' בשם ר"י בפרק שני דכתובות דכ"א ע"א ד"ה הוציא עליו והמרדכי בס"פ ג"פ

והרא"ה בס' המאור שם והרשב"א ז"ל הביא דבריו הנ"י בס"פ המוכר את הבית ובתשו' ח"א סימן אלף ל"ז ואלף ץ' ובח"ב סימן ס"ד ובמיוחסות סימן ע"ו ומה שיש לעמוד בדברי הרשב"א ז"ל שנראה נסתר מחמתו למ"ש בתשו' הביאה מרן ב"י בסי' ס"א מחו' ך' עיין במה שהאריך בזה מרן החבי"ב ז"ל בהגב"י אות ח' ומה שיש לעמוד על דברי מרן החבי"ב במ"ש בסוף דבריו בתשו' הרשב"א סימן אלף צ' ובשם בנו הרב ישראל ז"ל עיין בס"ס מזבח אדמה שנדפס מחדש אחר תשלום הספר דנ"ט ע"ג בשם מרן מלכא כמוהרח"א זלה"ה יע"ש:

ולע"ד הדבר ברור כמ"ש מרן החבי"ב דמתשו' זו מוכח דאין אומרים מיגו משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן כו' אין הכונה לומר דלא מהימן בטענתו אלא הכונה לומר דאין אומרים מיגו לפוטרו בשבועת היסת כדטעין השתא אלא חייש שבועת דאורייתא בטענת המיגו ובזה מוצל מרן החבי"ב ז"ל מכל מה שתמהו עליו מהרח"א והחכם מוהרי"ש נר"ו יע"ש דכונת מרן החבי"ב ז"ל לומר דמתשו' זו אין ראיה לומר דס"ל להרשב"א ז"ל גבי נאנסו כהרי"ף או כר"ת ודוק והרמ"ה הביא דבריו הטור וז"ל דלא מהימן לומר פרעתי בכת"י ועיין להרא"ש בפ"ב דכתובות דכ"א שכתב בשם ר"י דמהימן לומר פרעתי הפך מ"ש התוס' בשם ר"י ואולי הוא רבינו יונה ולא ר"י בעל התוס' ז"ל ועיין מה שהקשה הרב גדולי תרומה בדע"ד ע"ג על אותה תשובה שהביא מרן הב"י בס"ס ס"א בשם הרשב"א ז"ל ועיין למרן החבי"ב הגב"י אות ח' יע"ש:

והנה עיקר טעמייהו דשיטת האומרים דנאמן לומר פרעתי לפי דעת הרשב"א והתשב"ץ בסי' ל"ב הוא משום דכיון דלא גבי ביה ממשעבדי אינו מקפיד מלהניחו ביד המלוה אף כי פרעיה ולכך הוק' לו להרשב"א לפי שיטתם משטר כיס דלא גבי ביה ממשעבדי ולא מצי למטען פרעתי ובח"ב סי' ס"ג הוקשה לו עוד משטרא בלא אחריות דלא גבי ביה ממשעבדי ואפילו הכי לא מצי למטען פרעתי, ובמיוחסות סי' ע"ו הוקשה לו עוד משטרא פרסאה כו' ודבריו הללו אשתמיט להרב גדולי תרומה בדע"ד ע"ג ולמהרמ"ג בתשובתו שבס' דרכי נועם דרל"ו יע"ש ועיין להרב בני יעקב ד"ל ודל"א יעויין שם ועיין בתשובות הרב משאת משה חח"מ דפ"ה ע"ב וע"ג:

ומתוך דברי הרב התרומות בשער נ"ו למדנו ישוב לדעת הרי"ף וסיעתיה דלא תיקשי להו משטרות דלא גבי בהו ממשעבדי ואפילו הכי לא מצי למטען פרעתי כמו שהקשה הרשב"א שכתב שם גבי שט"ח המוקדמין וז"ל דאע"ג דלא גבי בהו ממשעבדי מ"מ לא מצי למטען פרעתי ואע"פ שהרי"ף פסק בהוציא עליו כתב ידו דנאמן לומר פרעתי אלמא כל שטרא דלא גבי ביה ממשעבדי לא אמרינן ביה שטרך בידי מאי בעי הא ל"ק דהתם

הוא שטרא דלא חתימי עליה סהדי דלא חייש לוה למשקל אבל הכא כיון דחתימי עליה סהדי אית ליה קלא ודילמא לא מיגלייא מילתא דמוקדם הוא כו' וכי לא גבי לא הוי אלא כו' יעויין שם. והנראה לענ"ד דעתי דכונתו ז"ל הוא דעיקר טעמא דכי גבי ממשעבדי מקפיד הלוה שלא להניחו ביד המלוה הוא משום דמטי ליה פסידא דאי בעי מזבין לנכסיה לא משכח לזבוני משום דהלוקח חייש דילמא טרפי ליה מניה ומה"ט ודאי זיילי נכסי טפי ולכן בכתב יד דלא גבי ממשעבדי וכ"ע ידעי דסתם כת"י לא גבי ממשעבדי לכך לא חייש ומניחו ביד מלוה: אבל בשטרא דסתם שטר יש בו אחריות נכסים וגבי ביה ממשעבדי אפי' בהני שטרי דלא גבי בהו ממשעבדי חייש לוה שלא להניחו ביד מלוה דכיון דאיכא סהדי דילמא מפקי קלא דאית ליה שטרא סתם ולא מפקי קלא דלא גבי ביה ממשעבדי ואית ליה פסידא בהכי ולכך חייש ואינו מניחו ביד מלוה הילכך לא מצי למטען פרעתי כנלע"ד כונת הרב התרומות ז"ל:

ובכן ממילא נוחי' דבריו ממה שהקשה עליו הרב בני יעקב ד"ל ע"ג שהוא פוסח על שתי הסעיפים ושהן הפך דבריו שבריש שער מ"ז יע"ש ועיין להרב גד"ת דע"ד. ועפ"י האמור הם שפה אחת ודברים אחדים כמבואר: וכבר כתב הרב הנז' שם דל"א ע"ב מעין זה בדעת ה"ה פי"ד מה' מלוה כיע"ש. וזה נ"ל כונת הרמב"ן בס' המלחמות בס"פ ג"פ שכתב דהיינו טעמא דהגאונים והרי"ף משום שכיון שאינו גובה מן המשועבדין אין מקפידין עליו אם מניחין אותו ביד מלוה אעפ"י שהוא פרוע ואין נוהגין כן בכתב ידי עדים מפני שיש לו קול וזיילי נכסי דלוה שהרי גובה מן המשועבדין. ולכאורה קשה רישיה לסיפיה דפתח בטעמא דכ"י משום שאינו גובה מהמשועבדין ולא תלי טעמא מפני שאין לו קול וסיים דשטר שכתב ע"י עדים משום דאית ליה קלא ולא תלי טעמא במשועבדין והרב בני יעקב בד"ל ע"ג בדרך הלוכו נדחק בזה יע"ש: אמנם לפי מ"ש בכונת דברי הרב התרומות כונתו מבוארת דפתח וסיים בחד טעמ' כמבואר:

והנה הרב גד"ת בדע"ד ע"ג והרב בני יעקב בדף הנז"ל משמע להו בכונת הרמב"ן והרב התרומות דעיקר טעמא דידהו תלי בקלא דבכתב יד דליכא קלא דמה"ט לא גבי ממשעבדי מהימן לטעון פרעתי אבל בשטרא דליכא קלא לא מהימן לטעון פרעתי יע"ש. ותמיהא לי מילתא שהרי כתב יד שהוחזק בב"ד איכא קלא כמבואר בסוגיין דס"פ ג"פ גבי מאי דאבעייא לן הוחזק כתב ידו בב"ד מהו וכמו שהכריח מהרמ"ג בתשו' שבס' דרכי נועם סי' ל"א ואפ"ה כתבו הגאונים והרי"ף ז"ל דמצי למטען פרעתי משום דלא גבי ממשעבדי ומ"ש הרמ"ג בטעמו של הרי"ף דכיון דלא גבי ממשעבדי לא מפקי קלא אין זה אלא דברי נביאות דמה שייכות יש זה עם זה ואדרבא מבואר באותה סוגיא דאי

לאו דמשע' כתיבה לא שעביד נפשיה משום קלא דנפיק בב"ד הו"ל למגבי ממשעבדי יע"ש משמע דמכי אתחזק בבי דינא מיהא אית ליה קלא: ושוב ראיתי להש"ך לקמן סק"ז שכתב דכי משני הש"ס שאני התם דמשעת כתיבה שעבד נפשיה הוא גופא קאמר דמה"ט מפקי קלא מה שאין כן הכא דלא מתקרי קלא ב"ד יע"ש וזה דוחק גדול בעיני והנכון מ"ש בשם בע"הת והרמב"ן בטעמם של הגאונים והרי"ף וניחא הכל דהכא אע"ג דאיכא קלא ע"י ב"ד ליכא אלא קלא דאית ליה כתב יד ולא שטרא וכ"ע ידעי דבכ"י לא גבי ממשעבדי וכיון שכן לא קפיד ומניחו ביד מלוה הילכך מצי למטען פרעתי ודוק:

ובהכי ניחא לי מה שתמה המש"ל פי"א מה' מלוה הל' ג' בדברי הריב"ש בתשו' ממ"ש בסי' תע"ח למ"ש בסי' תנ"ד יע"ש ולפי האמור אפשר דמשטר כיס ק"ל שפיר להרב דאפי' כי איכא קלא ליכא קלא דאית ליה שטרא סתם אלא הקול הוא דאית ליה שטר עסקא וכיון שכן ליכא למיחש לגביית ממשעבדי והו"ל ככתב יד ומש"ה לא חייש ומניחו ואמאי לא מצי למטען פרעתי וכעין זה כתב הרב בני יעקב ד"ל ע"ג ד"ה ומעתה יע"ש:

והראב"ד הביא דבריו הרב התרומות שער י"ג ח"א סי' ד' נתן טעם אחר לשיטת הגאונים והרי"ף דהיינו טעמא דכ"י כיון דלית ליה קלא לא זכר אותה בשעת פרעון א"נ שטר שיש עליו עדים יש להקפיד עליו שמא יתקיים בחותמיו ויוציאנו לאחר זמן ולעולם אם היה פרוע לא היה מניחו אצלו אבל שטר כתוב בכתב ידו של לוה סבור שאינו יכול לקיימו אלא מפיו ולפיכך אינו מקפיד על חזרתו וסיים על זה וז"ל ולזה הטעם אם הוחזק כתב ידו בב"ד א"י לטעון פרעתי. וגם לטעם הראשון היה ראוי לומר כן שהרי כיון שהוחזק בב"ד יש לו קול ולא היה ראוי לשכח אותו עכ"ל. וכעין זה כתב הרא"ש בפ"ב דכתובות דכ"א עלה דאמר אביי לחתום איניש חתימת ידיה אחספא כו' וז"ל ואעפ"י שפסק רב אלפס וכן הרמב"ם וכן ר"י שיכול לומר פרעתי מ"מ איכא למיחש שמא יטעון האמת כו' ויש אומרים דלא מצי למטען פרעתי מידי דהוי אשטר שאין בו אחריות כו' ומיהו איכא למימר מתוך שאין עליו עדים לא חשש לתבוע כתב ידו וגם שטר שיש עליו עדים יש לו קול ולא מנשי ליה אבל כתב יד פעמים שאדם שוכח שמסר לו הכת"י עכ"ל: והנה הטעם הראשון שכתב הרא"ש נראה שהוא הטעם השני שכתב הראב"ד והטעם השני שכתב הרא"ש מבואר שהוא הטעם הראשון שכתב הראב"ד ז"ל:

ומ"ש הראב"ד ולזה הטעם אם הוחזק כתב ידו בב"ד נלע"ד שכונתו אם הוחזק קודם הזמן שפרעו וכדאיכא נמי קול אחר שהוחזק וכעין הוחזק בב"ד דקאמר תלמו' בס"פ ג' וכמבואר בדברי רשב"ם שם ובמש"ל וממילא נסתלקו מעליו הקושיות שהקשה הרב גד"ת שם: ואף שהרמ"ג בתשו' שבס' דרכי נועם דרל"ו לא הונח לו זה בכונת הראב"ד

משום דהוחזק סתם משמע בכל ענין יע"ש אין זה הכרח לע"ד שהרי בההיא דס"פ ג"פ סתמא קאמר הוחזק וע"כ לפרש דמיירי בדאיכא קלא ואדרב' מה שתי' הרמ"ג שם הוא דוחק לע"ד דצריך לפרש דהוחזק מפי עדים או מכתב אחר דוקא קאמר ולא שהוחזק מפי עצמו והנה הרמ"ג לפי דרכו הוליד עוד לדעת הראב"ד דבשטר שלא הוחזק בב"ד אי טעין פרעתי לא קרעינן ליה לשטרא לא כן בכתב ידו יע"ש אמנם לפי מ"ש בכונת הראב"ד נר' דכיון דהא דמהני קיום בכתב ידו להראב"ד היינו קיום דקודם זמן שפרעו לא קרעינן ליה אלא כי ליכא קיום כלל אבל כי איכא קיום ולא ידעינן אם הקיום הוא מקודם הזמן שפרעו או אח"כ לא קרעינן דאפשר שימצא עדים שידעו דקודם הזמן שאומר פרעתי נתקיים ולפי דרכו של הרמ"ג אין טעם בדבר לחלק ואמאי בכתב יד לא נחוש שמא ימצא עדים לקיימו ודוק:

ודע דמה שהוקשה לו להרא"ש שם בפ"ב דכתובות לשיטת הרי"ף ודעימיה מההיא דאמר אביי התם לחתום ידיה אחספא כו' דילמא כו' ותנן הוציא עליו כת"י כו' ואם איתא לשיטת הרי"ף מאי חששא איכא כיון דמצי לטעון פרעתי כו' עיין ג"כ להרב התרומות בשער י"ג ח"ד סי' א' שכתב ג"כ כעין זה יע"ש: ועיין ג"כ להמרדכי בס"פ ג"פ מה שתי' לזה: ואולם הא ק"ל על דברי הרא"ש והבע"הת מאותה שאמרו בפ' שבועת העדות ד"ל ע"א מנין לנושה בחברו מנה וטענו מאתים שלא יאמר אכפרנו בב"ד ואודה לו חוץ לב"ד כדי שלא אתחייב לו שבועה ת"ל מדבר שקר תרחק ע"כ וא"כ איך כתבו דמאי חששא איכא כיון דיכול לטעון פרעתי והא אי טעין פרעתי עובר על מדבר שקר תרחק וע"כ לטעון האמת ומתחייב עצמו בממון וראיתי למהרמ"ג בתשו' הנז' שכתב וז"ל ואנכי לא ידעתי מה הוקשה להם ומה ראו על ככה ומה היא הראיה שהביאו כת החולקים משם שכונת אביי היא שהחששא היא שמא משכח לה איניש דלא מעלי ויכתוב מה שירצה ויקבע זמן לפרעון ויתבענו תוך זמנו שאז אינו נאמן לומר פרעתי דחזקה לא עביד איניש דפרע בגו זמניה יע"ש וכמו כן הוקשה לו להרב בני יעקב בד"ל ע"ד ד"ה ואיברא ונדחק לתרץ יע"ש:

ויש לתמוה על תמיהתם דנר' דאשתמיט מינייהו ההיא דפ"ק דב"ב ד"ה ע"א דקאמר אביי בהדיא דעביד איניש דפרע בגו זמניה ופליג אר"ל דאמר חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כיע"ש וא"כ שפיר ק"ל להרא"ש ז"ל לאביי גופיה כיון דלדידיה אפי' אם יכתוב זמן לפרעון ויתבענו תוך זמנו אכתי מצי למטען פרעתי: ושוב ראיתי שבדברי הרמ"ג והרב בני יעקב כתוב ג"כ בשיטת הרב בשם הרא"ה וזה מן התימה איך אשתמיט מיניה דהרא"ה ז"ל ההיא דפ"ק דב"ב: ואולי נדחוק ונאמר דכיון דר"ל פליג אסברת אביי ודבר

זה תלוי בסברת הדיין וכדאמרי' התם רב הונא ור"פ עבדי כאביי ורבא מר בר רב אשי עבד כר"ל הילכך איכא למימר דאביי נמי חייש דילמא אזיל לב"ד דס"ל כסברת דר"ל ומחייביה ולכך קאמר דלא לחתום אלא בריש מגילתא. ועוד יש לישב דברי הרא"ה באופן אחר אמנם דברי הרמ"ג והרב בני יעקב תמוהים ועיין בפ"ק דמציעא די"ז דאמרי' לא שכיחי אינשי דפרעי ביומיה ואפשר דאפי' אביי מודה בזה והשתא איכא למימר דלהא הוא דחייש אביי דילמא יכתוב זמנו באותו יום ותובעו בו ביום דאז לא מצי למטען פרעתי הילכך לא ליכתוב אלא אריש מגילתא ועיין להטור בסי' ס"ה ס"ח במ"ש בשם הרמ"ה ובמ"ש בס"ס ע"ח ועיין להב"ח בסי' ס"ה ודוק:

ומ"ש עוד הרא"ש דבשטר שלא באחריות אע"ג דלא גבי ביה ממשעבדי לא מהימן ליה לטעון פרעתי עיין להש"ך ס"ק י"ד שכתב שכן מוכח להדיא בפ"ק דמציעא די"ג ע"ב ועיין להרב בני יעקב דנ"א ע"א שביאר ראיה זו ולא זכר שר דברי הש"ך יע"ש:

ודע דאיכא עוד שטרות דאע"ג דלא גבי בהו ממשעבדי לא מהימן לטעון פרעתי והן שטרי חוב המוקדמין כמ"ש הטור ומרן סי' מ"ג ס"ז וכן שטר שהרחיקו העדים שני שטין וחתמו כמ"ש הטור ומרן בסי' מ"ה ס"ז וכן שטר מי שמכר שדהו באונס ומסר מודעה על המכר שהמכר בטל והמעות שביד המוכר דין מלוה ע"פ יש לו דלא טריף ממשעבדי ונאמן לומר פרעתי וכמ"ש מרן בס"ס ע' אלא דבזה איכא פלוגתא דלדעת הרב התרומות בשער מ"ז והריב"ש בסי' שפ"ב הביא דבריהם הש"ך שם לא מהימן לומר פרעתי ולפ"ז יכול המוחזק לומר קים לי וכן שטרי חוב שחותמין גוים לדעת הראב"ד ורבותיו של רבינו כמבואר ר"פ כ"ז מה' מלוה ובמרן ב"י סי' ס"ח וכן קטן שמכר קרקעותיו שאין המכר מכר המעות גובה מבני חרי כמ"ש מרן בב"י בסי' רל"ה מחודשי' ג' בשם הרשב"א והביא דבריו הרב המפה שם סקט"ו ודימה אותו למעש' דפרדסא דלדעת הרשב"א מצי למיטען פרעתי ולדעת בע"הת והריב"ש לא מצי למטען פרעתי וכן מה שאירש מאבא מכור לך שאין ממכרו ממכר דינא הכי כמ"ש המש"ל פכ"ב מה' מכירה הלכה ה' יע"ש:

וכן מכר קרקע והתנה על הלוקח כשיהיה לי מעות תחזור לי הקרקע דמכירה זו בטלה מפני איסור רבית נאמן על המעות לומר פרעתי כמ"ש הרשב"א בתשו' הביא דבריו הב"י בס"ס ע' ובסי' ר"ז מחו' ל"ד והרב לחם רב סי' קמ"ט והביא דבריו המש"ל פי"א מה' מכירה הלכה י"א וכתב שזה מחלוקת הרשב"א ובס"הת. ועיין להרב בני יעקב בדל"א ע"ג ד"ה הן אמת מה שחילק בענין זה לדעת מרן ב"י יע"ש ועיין למרן ב"י בר"ס ל"ט מחודש ג' בדין שטר שכתבו וחתמו העדים במקום שלא היה להם לכתוב ולחתום שדינו כמלוה ע"פ לכל דיניה ועיין למרן החבי"ב שם בהגב"י אות ב' ודוק ועיין עוד למרן ב"י

שם מחו' ט"ז. ועוד שם הל' י"ד גבי אודיתא דלא כתיב בה ואמר לנו כתבו וחתמו דאע"ג דלא גבי ממשעבדי אינו נאמן לכפור יע"ש ועיין עוד למרן החבי"ב הג"הט ר"ס מ"ח בדין שטר שנמחל שעבודו וחזר ולוה בו יע"ש ולקמן בס"ס מ' נעמוד קצת בענין מקצת שטרות אלו:

ולענין הלכה למעשה בהך פלוגתא דרבוותא אי בכתב יד מצי למטען פרעתי העלה מרן החביב בהגב"י אות י' דהפסק המחוור דיכול המוחזק לומר קים לי. ומיהו אם הדיין ישיג בדעתו שלא פרע אע"פ שאם טען פרעתי נאמן יש כח ביד הדיין לדון למ"ד דאינו נאמן וכ"כ הריב"ש בסי' תכ"ד והביא דבריו הרב המפה דאין לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות יע"ש ועיין למוהרמ"ג בתשו' שבס' דרכי נועם סי' ל"א שהעלה דבכתב יד שנעשה בפומבי על יד ב"ד וכן נעשה ונתפרסם דבר זה בכל יחידי העיר כ"ע יודו דלא מהימן לומ' פרעתי ואע"ג דלא נתייחדו עדים בדבר זה עכ"ז בפירסום גדול כ"כ הרי הוא כעידי מסירה ועדיפי יע"ש. והרב דרכי נועם נחלק עליו והביא דברי הריב"ש וכתב דמאחר שמרן שהוא מן הפוסקים האחרונים אע"פ שראה דברי הריב"ש לא חש להביא סברתו בב"י די לנו הכרעת מרן ז"ל עכ"ל ואנו אין לנו אלא דברי מרן החבי"ב והרי הוא חייש להא דהריב"ש:

ודע דע"כ לא אפליגו הני רבוותא אלא בכתב יד שנתקיים חתימתו ע"י עדים או ע"י כתב אחר דהשתא לית ליה מיגו דמזוייף או פרעתי אבל כל שלא נתקיים ליכא מאן דפליג דמהימן דהרי אפי' בשטר גמור כל שאינו מקויים מצי למטען מזוייף או פרוע הוא וכמבואר בר"ס מ"ז כ"ש בכתב יד ועיין בר"ס ן' ובמה שתמה הש"ך סק"ג על הרב המפה ז"ל. ולע"ד אפשר לומר דהרב סמך על מ"ש כאן בשם הריב"ש ז"ל ודוק.

ודע דכי היכי דבכתב ידו נאמן לומר פרעתי הכי נמי בהוציא עליו פסק דין וגזירה של דיין הדן בעירו משאת משה ח"מ סימן ח"י אלא דמה שפסק דפטור משבוע' היסת לא ידעתי מנ"ל דסמי מכאן עדות הדיין אכתי משום טענת התובע ליחייב שבועת היסת. ודע שמי שמכר לחבירו כת"י של חוב שיש לו על אחר וכשהלך לגבות חובו טען לו פרעתי אינו יכול לחזור אצל המוכר ליקח דמי חובו מן הדין כמ"ש בספר כהונת עולם סימן פ"ג וע"ש:

ודע דלמ"ד דבכתב יד נאמן לומר פרעתי ה"ה אם טוען אמת הוא כי זה כתב ידי אבל יש לי כנגד החוב הכתו' בו כך וכך בידך דנאמן כמ"ש מהרש"ם חח"מ סימן קצ"ג ותנ"ב הביאו החבי"ב הגב"י אות י"א יע"ש וכ"כ הרב לחם רב סימן ר"ג ור"ל החבי"ב מ"ב אות ד' וכן הדין בכתב ששולח ראובן לשמעון שיפרע ללוי בעדו כ"וכ נאמן לומר פרעתי

תשו' הראנ"ח ח"א סימן ח"י החבי"ב הגב"י אות י"ב ועיין לקמן ד"ה במקום כו' וראובן הוציא כו':

כתובה שחתום בה הבעל ואין חתומים עליה עדים אם היא גרושה נאמן לומר פרעתי ואם היא אלמנה אין היורשין יכולין לטעון שמא פרע אבינו דהו"ל מלוה תוך זמנה הרש"ך ח"ג סימן מ"א וכתב על זה מרן החבי"ב בהגב"י אות י"ג דמתוך דבריו למדנו דאם בכת"י יש זמן קבוע אינו נאמן לומ' פרעתי תוך זמני והוא פשוט וכ"כ בעל הטורים בסימן זה סי"ג גבי יורשין עכ"ל ועיין עוד בתשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י בסימן ק"ז מחודש ז' גבי נמצא כתוב בפנקסו חיוב לזמן ושמא פנקס עדיף מכתב יד וכמו שכתב החבי"ב הגב"י אות מ"ד ועיין עוד בדבריו בסי' ע"ז הג"הט אות כ"ד יע"ש ועיין עוד בתשו' שהביא מרן ב"י בסימן ט"ל מחו' י"ד גבי מלוה ע"פ בעדים שהיא תוך זמנה שכתב דאם לא היה בה קנין דלא מצי למימר פרעתי ופסקה מרן שם בש"ע ס"ה ומשם יתבאר לכאורה דגם בכת"י אם הודה הלוה שנטלו ממנו קנין דהשתא ריע טענתיה של מלוה שלא נעשה שטר דמהימן לומר פרעתי אפילו תוך זמנו דומיא דמלוה על פה בעדים ובקנין מיהו יש לחלק דשאני מלוה על פה בעדים ובקנין דכיון דסתם קנין לכתיבה עומד ואין צ"ל כתובו מסתמא תלינן דהוה שטרא ומדלא הביאו ש"מ פרעו אבל היכא דאיכא כתב יד אע"ג שהודה שקנו ממנו תלינן דמיחו בעדים שלא יכתבו לו שטר ומיהו יש לדקדק מעיקר דין זה דמע"פ בעדי ת"ז וכן כת"י ת"ז שכתבנו דלא מהימן לומר פרעתי כמ"ש הטור בסי' ע"א סל"ז גבי מלוה שהאמין ללוה לטעון פרעתי שכתב בשם בע"הת דנאמן לוה לומר פרעתי אפילו תוך הזמן לפיכך אם מת לוה תוך הזמן אין גובין מהיורשין יע"ש ואם כן קשה מאי שנא ממלוה על פה בעדים או מכת"י דאע"ג דנאמן לומר פרעתי אפי"ה כל שהוא תוך זמנו לא מהימן לומר פרעתי כמבואר בסי' ע"ז וכעת לא מצאתי טעם מספיק לחלק ביניהם וצריך לי תלמוד ולקמן ס"ה ד"ה ואם הוא תוך זמן נעמוד עוד בזה יעויין שם ובסימן ע"א נעמוד עוד:

ולעיקר הדין כתובה בעד אחד או הבעל לבד חתום עיין בתשו' הרדב"ז החדשות סימן תת"א נראה כחולק על מהרש"ך ז"ל ועיין עוד בתשובות הישנות סימן ע' ועיין למרן החבי"ב בהג"הט סי' מ"ו אות ד' יע"ש. והנה שטר בלא קיום וכת"י ומלוה ע"פ כי הדדי נינהו לענין פרעתי וכי היכי דכתובה אינה צריכה קיום מן הטעמים שכתב הרדב"ז ז"ל נראה דה"ה לכת"י ולעד אחד לענין פרעתי וצ"ע:

ראובן שהיה חייב לשמעון בשטר ושמעון היה חייב ללוי בכת"י ובא לוי והקנה הכת"י לראובן כתקנת חז"ל אע"פ שמת לוי יכול ראובן לטעון על שמעון קים לי כאותם

הפוסקים שסוברים דבכ"י אינו נאמן לומר פרעתי והרי אתה חייב לי מכח לוי הראנ"ח ח"א סימן צ"ב החביי"ב הגב"י אות י"ד יע"ש. אם מתחילה אמר שאין זה כתב ידו ואחר כך נתקיים בב"ד אינו נאמן אחר כך לומר פרעתי מוהר"י אדרבי סי' ת"ל הביא דבריו החביי"ב הגב"י אות ט"ו יע"ש: ולא ידעתי למה לא זכר ש"ר שדין זה כתבו רבינו פ"ו מהל' טוען ה"ג והטור ומרן בסימן ע"ט ס"ו ובש"ע ס"א וס"ז יע"ש ועיין במ"ש לקמן ד"ה ואם כפר ואמר שאינו כתב ידו כו' דכל עוד שלא אמר לא לויתי לא הוחזק כפרן לדעת קצת מהראשונים ואולם הא קמ"ל הרב הפך סברתם וכעת אין ספר זה מצוי אצלי יע"ש. אם עשה מה שאינו ראוי לעשות הדין נותן דסמכינן אמ"ד דאינו לומר פרעתי מהר"י אדרב"י סי' כ"א מרן החביי"ב הגב"י אות ט"ז:

כתב יד נכרי אינו נאמן לומר פרעתי מהר"ר בצלאל סימן ל"ו הר"ש חיון בתשו' סימן י"ב החביי"ב הגב"י אות י"ז:

כתב יד שמודה שסחורה זו היא של פ' אינו נאמן לומר משל אחר הוא במיגו דפרעתי דהוי מיגו במקום עדים מהרשד"ם חח"מ סי' ל"ו יע"ש וכתב החביי"ב בהגב"י אות ח"י וז"ל נראה ברור מדברי הרב ז"ל דאי לא הוי מיגו במקום עדים נאמן במיגו דפרעתי וכ"כ בפי' בסי' צ"ד מהריב"ל סימן א' כלל י"ד סימן צ"א חולק וסובר דאינו נאמן ונראה מדברי מוהר"א ששון סי' צ"ה שמסכים לדברי מהרשד"ם ז"ל כו'. ואיך שיהיה בין הכי ובין הכי ק"ל למהר"א ששון איך האמינו במיגו דפרעתי דטענת פרעתי במחלוקת היא שנויה בין הפוסקים וכבר הסכים מוהר"א ששון בסימן צ"ו וק"א דאין לומר מיגו במקום שהוא מחלוקת וצ"ל קים לי ועיין במשפטי שמואל סימן ע"ו עכ"ל ועיין למרן החביי"ב בכללי המיגו סי' פ"ב הג"הט אות קע"ח ובסי' ק"ח הג"הט אות ס"ה ועיין בספר בני אברהם הנדפס מחדש חח"מ סימן כ"ז שהעלה לענין הלכה למעשה דאמרינן מיגו אפילו במקום שהוא מחלוקת בפוסקים יע"ש ועיין עוד להרב פ"מ ח"א ס"ס ן' דקי"ז ע"ב ד"ה איברא כו' דמבואר מדבריו ג"כ דאמרינן מיגו במקום שהוא מחלוקת יע"ש וכ"כ עוד בהדיא בח"ב סי' ע"א דקל"ג ע"ג יע"ש ועיין להרב בתי כהונה ח"ב סימן ד"מ דס"ה ריש ע"ב שתפס בפשיטות דלא אמרינן ועיין להרב בני אהרן בס"ס י"ג שכתב שלא מצא בדברי הפוסקים חדשים גם ישנים שכתבו בדברי מוהר"א ששון ועוד אפרש בפי' דבריו בנ"ד הטופס הזה אין צ"ל קים לי דלפי האמת כיון דרוב הפוסקים ס"ל דיכול לומר החזרתי הכי נקטינן במ"ש מוהרי"ק ז"ל בספר בדק הבית ס"צ אלא שכשאירע שכנגדו יהיה מוחזק ויטעון קים לי יועיל טענתו כפי הכלל שחידש מוהריק"א כנודע דבממון אין הולכין אחר הרוב דאז ודאי אם יהיה בענין שצריך שיחזירנו המיגו נודע לדברי מהר"ש דבמקום שהיא

מחלוקת אין אומרים מיגו עכ"ל יע"ש:

כתב יד של פקדון למ"ד נאמן לומר פרעתי נאמן לומר החזרתי בלא מיגו ולמ"ד שאינו נאמן לומר פרעתי נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וכתב המבי"ט סימן רצ"ב דהיכא דרחוק הדבר לומר החזרתי אינו נאמן החבי"ב הגב"י אות י"ט ועיין להרב בני יעקב ד"ל ע"ד ועיין לקמן ד"ה ואם כתוב בו נאמנות יע"ש:

במקום שנוהגים שכתב ידו דינו כשטר גמור אינו נאמן לומר פרעתי וכתב הרב משפטי שמואל סי' ע"ו שצריך שינהוג כן שכשטוענין פרעתי לא יהיה נאמן או שתקנו כך או שלא טענו פרעתי מעולם בכת"י כ"ע נהגו שלא יהיה נאמן לומר פרעתי אינו נאמן וכ"כ הרמ"ג וכתב הרש"ך ז"ל ח"ג סימן מ"א לא מבעיא באותו מקום שנהגו כן דאינו נאמן אלא אפילו נעשה הפסק במקום שנהגו כן ובמקום הפרעון אין נוהגין כן אינו נאמן לומר פרעתי דבתר מקום השעבוד אזלינן ע"כ וכתב החבי"ב בהגב"י אות כ"א דדבריו ז"ל מוכיחין דאי הוי אפכא דבמקום השעבוד נוהגין לומר פרעתי ובמקום הפרעון לא כן דבתר מקום השעבוד אזלינן בין לקולא בין לחומרא יע"ש ועיין עוד למרן החבי"ב בסימן ד"א הגב"י אות ל"ה ואות ט"ל ואות מ"ב ועיין בספר בתי כהונה ח"ב סימן כ"ה ובספר דברי אמת סימן ס"ז יעויין שם ולענין טענת קי"ל בס' בני חיי סימן ר"צ הגה"ט אות י"ז נחפה בכסף חח"מ סי' כ"ד וסי' כ"ז דקל"ז ע"ד משאת משה ח"מ סי' ח' גינת ורדים כלל ה' ר"סי ט"ז ברכ"י ח"מ סימן ג' ד"ח ע"ג ד"ה והנה כו' וסימן כ"ה אות ל' יע"ש ועיין להרשד"ם ז"ל חח"מ סי' קצ"ג ותנ"ב שכתב דכל שנהגו כן הסוחרים אע"פ שאין מנהג בעיר הולכין אחריו ועיין בהר"י אדרב"י סי' שס"ב הביא דבריהם החבי"ב הגב"י אות כ"ב יע"ש:

במקום שנהגו שהכת"י דינו כשטר גמור וטען הלוה שתנאי היו דבריו לפרוע לזמן פ' ובאופן הפך מ"ש בכתב ידו עיין להרב בתי כהונה ח"ב סי' כ"ט באורך ועיין עוד שם שכתב וז"ל ואחר האמור חקרתי והוברר לי שנתנו כח לכתב יד כדין שטר גמור לכל מילי כשני עדים כשרים ולגבות אפילו מיתמי יע"ש והנלע"ד דדוקא להני מילי דינו כשטר אבל לא לגבות ממשעבדי כיון דלית ליה קלא שהרי הרמ"ה ז"ל ודעימיה שסובר דבכת"י לא מהימן לטעון פרעתי וגובה אפי' מיתמי ממשעבדי מיהא אזיל ומודה דלא גבי הואיל ולית ליה קלא כמבואר בטור בסימן זה. במקום שנוהגין שהכ"י דינו כשטר ראובן הוציא על שמעון כ"י שחייב לו סך מעות והשיב לו שמעון אמת היה שאני חייב לך אבל לוי שותפך חייב לי כנגד אותו הסך ממקום אחר או אתה חייב לי ממקום אחר עיין לחם רב סי' ר"ל בני חיי הגב"י אות א' החבי"ב מ"ב הגב"י אות ד' ועיין לעיל ד"ה

ודע דלמ"ד כו':

הנהיג המלך שתהא כתב ידו כב' עדים אינו נאמן לומר פרעתי תשו' להרמב"ן סימן כ"ב הרש"ך סי' י"ב החבי"ב הגב"י אות כ"ד מאחר שמנהגו בין הסוחרי' לכתוב בכתב קבלתי אע"פ שלא קבל נאמן לומר כתבתי ללוות ולא לויתי הרשד"ם ז"ל חח"מ סימן ס"ה הר"י אדרבי סימן ת"ד החבי"ב הגב"י אות כ"ג אפילו למ"ד שאינו נאמן לומר פרעתי היינו דוקא בכתב ידו כשמתחייב המחוייב בחוב גמור חיוב גמור ובלישנא דחוב אבל זכרון דברים בעלמא לא ודרך הודאה חיוב גמור כלל נאמן לומ' פרעתי הרב משפטי שמואל סי' ע"ו החבי"ב הגב"י אות כ"ה אפי' למ"ד שאינו נאמן לומר פרעתי כתב יד שאינו מחייב מעתה רק אם יקנה או יחליף נאמן לומר פרעתי רשד"ם חח"מ סימן קמ"ו החבי"ב אות כ"ו. במקום שנהגו שהכת"י דינו כשטר גמור הדבר ברור דהיינו דוקא כשנתקיים בב"ד אבל כל שלא נתקיים אלא ע"פ בעל הכת"י נאמן לטעון פרעתי כמ"ש הטור ומרן בסי' מ"ו בענין שטר יע"ש ואם בא לגבות מיתומים קטנים במקום שדינו כשטר כיון דצריך לקיימו תחילה ואין מקיימין אותו עד שיגדלו הקטנים כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ה ס"ז והטור בסימן ק"י סי"ב והסכים לזה החבי"ב בסימן מ"ו הג"הט אות ב' ובסי' ק"י הגב"י א"ך כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש לפי תי' ראש

הלכה ד

שורש שעבודא אי הוי דאוריתא או דרבנן כל **מלוה גובה אותה מן היורשים כו' שכל נכסי הלוה תחת שעבוד המלוה מן התורה**. ע"כ. הנה דעת רבינו הוא דשעבודא דאורייתא וכ"כ ה"ה והנה בפ"ק דקידושין די"ג הובא האי פלוגתה אי שעבודא הוי דאורייתא או לא דגרסי' שם האשה שהפריש' חטאתה מחיים כו' והא פליגי בה חדא זימנא כו' וצריכה דאי אשמועינן בהך הוא דאמר שמואל משום דלאו מלוה הכתובה בתורה היא כו' וכתבו שם התוס' ד"ה מלוה הכתובה בתורה היא פי' כגון קרבנות ופדיון הבן וערכין ונזקין שלא היו יודעין ענייני נתינות הללו אם לא שחייבה תורה בפי' עכ"ל: הנה מ"ש דערכין הוי מלוה הכתובה בתורה. ונר' מדבריהם דלשמואל דאמר לאו ככתובה בשטר דמיא אינו גובה מן היורשים וכן מבואר הדבר בערכין פ' האומר ד"ק ע"א עלה דת"ר חומר בנדרים מבערכין דפריך תלמודא אמר ערכי עלי ומת יתנו יורשים ש"מ מלוה ע"פ גובה מן היורשים. ומשני שאני הכא דמלוה הכתובה בתורה היא ש"מ מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא הכא במאי עסקינן בשעמד בדין יע"ש ומתוך סוגיא זו אני תמיה על מ"ש התוס' שם בפ"ק ד"ו ע"ב ד"ה כי פליגי כו' שכתבו וז"ל ויש להקשות אמאי לא פליגי באם נדר או הערין וי"ל דנקט נזק משום דקתני

חייב בתשלומין דמשמע דהנזק לחודיה פליגי ובנודר ומעריך שמא יחול מיד. ולהכי גובה מן היורשים עכ"ל מבואר יוצא מדבריהם דאף לת"ק דר"י דס"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא וס"ל דגבי נזיקין לא מחייבי היורשי' גבי ערכין ס"ל דככתובה בשטר מטעמא דמיד חל ההקדש וכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה ולהכי מחייבי היורשים לכ"ע והשתא ק' דא"כ מאי קפריך תלמודא בסוגיא דפ' האומר גבי האומר ערכי עלי ש"מ מלוה ע"פ גובה מן היורשים כו' ומאי קושיא שאני ערכין דמיד חל ההקדש וכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא איתיה:

איברא כי לא על דברי התוס' תלונותינו שדבריהם שם בפ"ק מוכרחים הם לפום מאי דקאמר התם דבנודר ומעריך ומקדיש כ"ע לא פליגי יע"ש. מיהו הני תרי סוגייאי סתרי אהדדי והתו' לא נרגשו מזה וכעת צ"ע גם מ"ש דהנזקין הוי מלוה הכתובה בתורה ואין ספק דלרב ושמואל דס"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ה"נ אינו גובה לא מהיורשים ולא מהלקוחות אם לא כשעמדו בדין דאז ככתובה בשטר דמי וכן מבואר שם בפ"ק דערכין ד"ז ע"א דפריך למ"ד מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא מההיא דהחופר בור ברשות הרבים דיורשי בעל הבור חייבים לשלם ומשני כשעמד בדין והכי איתא בס"פ גט פשוט דקע"ה ע"ב יע"ש ועיין במ"ש התוס' שם בס"פ ג"פ דגבי נזיקין נמי איכ' משום נעילת דלת כמלוה דאי לא אפי' עמד בדין נמי לא היה לו לגבות מהיורשים לרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאוריתא ומלוה בשטר לא גבי אלא משום נעילת דלת יע"ש. ובפ"ק דבב"ק די"ד ע"ב ד"ה ש"מ כתבו דבנזיקין ליכ' טעמא דנעילת דלת יע"ש: ולפי דבריהם קשה דא"כ מאי קמשני תלמודא להההיא דחופר בור לרב ושמואל דס"ל דשעבודא לאו דאורייתא בשעמד בדין דאפי' עמד בדין לא הו"ל לגבות מהיורשים כיון דשעבודא ל"ד וליכא טעמא דנעילת דלת לגבות מדרבנן ואפשר דהתם משמע להו דעמד בדין הו"ל כמעשה ב"ד דכגבוי דמי כמו שצדדו לומר בס"פ ג"פ ועיין עוד במ"ש התוס' שם בפ"ק דבב"ק דף ח' ע"א ד"ה כולן שתרצו וז"ל וי"ל דכשעמד בדין כמלוה בשטר דמיא א"נ מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא משמע דלא עדיף עמד בדין ממלוה בשטר לומר דהו"ל כגבוי כמו שצדדו לומר בס"פ ג"פ והדרא קושיין לדוכתא דלפי שיטתם דליכא משום נעילת דלת גבי נזיקין אכתי תיקשי לרב ושמואל מההיא דהחופר בור בר"ה וי"ל וה"ה בפי"ט מה' אלו בדין זה דמכרן לג' בני אדם כתב וז"ל ויש מי שהק' דנזקין היאך גובין מן הלקוחות והלא מלוה ע"פ היא ואינו גובה מן הלקוחות ותי' דנזקין קול יש להם יותר ממלוה וטורפין אפי' ממשועבדין שהרי לא אמרו

דמלוה ע"פ אינו גובה מהן אלא מפני שאין להם קול עכ"ל:

הנה מפשט פשיטא ליה להרב בדעת רבינו דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ולהכי קרי ליה לנזקין מלוה ע"פ: ונראה דמשמע ליה כן ממ"ש רבינו בפי"א מה' בכורים ה"ג גבי היה הוא לפדות ובנו לפדות יפדה עצמו תחילה ואח"כ בנו ובקידושי' דכ"ט ובבכורות ד"מ ע"ב אפליגו רבי יאודה ורבנן בהכי ואמרי' עלה בגמ' דלרבנן דקי"ל כוותייהו ס"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא יע"ש ועיין בדברי מוהר"י קורקוס שם בה' בכורים ודוק ומה שתי' ה"ה דהנזקין קול יש להם הן הן דברי התוס' בפ"ק דב"ק די"ד ע"ב ובס"פ ג"פ ולא הוצרך ה"ה לומר דאיכא נמי גבי נזיקין משו' נעילת דלת כמ"ש התוס' בס"פ ג"פ משום דלדידן דקי"ל דשעבודא דאורייתא כמ"ש כאן רבינו ובספ"א מה' מחוסרי כפרה אע"ג דליכא טעמא דנעילת דלת נמי גובה מן הלקוחות על דאית ליה קול: והתוס' לא הוצרכו לטעמא דנעילת דלת אלא לרב ושמואל וברור. ובהכי יתיישב מה שהוקשה לו להרב מ"ל בתירוץ ה"ה דנזיקין קול יש להם דא"כ מאי פריך בס"פ ג"פ מההיא דהחופר בור כו' יע"ש דהתם לרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פרי' דאפי' כי אית ליה קול הו"ל למגבי מהיורשים כיון דשעבודא לאו דאוריתא וליכא טעמא דנעילת דלת ושני ליה דעמד בדין כלומר וכגבוי דמי כמו שתירצו התוס' בפ' ג"פ. ואת זה ראיתי בשיטה המקובצת לבב"ק די"ד ע"ב כתב שם ע"ש הרב המאירי וז"ל ויש שואלים לעיקר הדין נזקין מן היתומים היאך גובין אף מן הקרקעות והלא מלוה ע"פ אינה נגבית מן היורשים אלא משום נעילת דלת ונזקין אין להם מקום לנעילת דלת ואינה קושיא שהנזקין כמלוה בשטר הן ותשלומיהן כתובים בתורה וכיון שיש להם קול הרי הן נגבין אף מן הלקוחות: ואף לדעת האומר שאף למלוה בשטר אין השעבוד מן התורה מאחר שכתו' בהדיא ישלם הרי הוא כמפרש שעבוד נכסים בשטר ובמפרש מיהא לא נחלק שום אדם שהשעבוד מן התורה כו' וי"א שאין הניזק נפרע מן היתומים אלא כשעמד בדין ואין הדברים נראי' עכ"ל:

הנה הרב החליט הדבר לומר דהנזקין לכ"ע גובה מן היתומים ואף למ"ד דשעבודא ל"ד בנ"ט דנזקין הו"ל כמפרש שעבוד נכסין בשטר ובמפרש לא נחלק שום אדם שהשעבוד מן התורה והוא תימא דא"כ מאי קפריך תלמודא בס"פ ג"פ דקע"א ובפ"ק דערכין ד"ז ע"ב למ"ד מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא מההיא דהחופר בור בר"ה דחייבים היורשים לשלם והוצרך לאוקומי בשעמד בדין ומאי קושיא כיון דהנזקין לכ"ע גובה מן היורשים ומן הלקוחות מטעמא דכמפרש שעבוד נכסים דמי וי"ל דאף הרב המאירי אזיל ומודה דלרב ושמואל דס"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר

דמיא אע"ג דנזקין הוי כמפרש שעבוד נכסי' אכתי לא גבי מהיתומים דבמלוה ע"פ לא מהני שעבוד בפי' וכדמוכח ממה שכתב הרשב"א בחי' לקי' יע"ש:

ודע שהתוס' בגיטין פ' הנזקין ד"ן ע"א ד"ה כיון דדיניה מדאורייתא כו' כתבו דאביי דאמר דב"ח גובה מהיתומי' בזבורית ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא יע"ש. ומורי הרב מר יאודה הוק' לו בדבריהם מההיא דקאמר אביי גופיה בפרק השולח דמ"ד ע"ב. נקטינן טימא טהרותיו של חבירו ומת לא קנסו בנו אחריו מ"ט היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק וקנסא דרבנן הוא לדידיה קנסו לבריה לא קנסו יע"ש ומדיהיב טעמא משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק משמע דבהיזק הניכר אף היורשים חייבים כיון דמדינא גבי ולא משום קנסא ואי ס"ל שעבודא לאו דאורייתא אף בהיזק הניכר לא גבי מהיורשים כיון דשעבודא לאו דאורייתא וליכא למימר דאע"ג דשעבודא לאו דאורייתא כיון דמלוה בשטר תקון רבנן למטרף מהיורשין משום נעילת דלת אף נזקין נמי גובה מהם משום דכמלוה בשטר דמי שהרי כתבו התוס' בקי' בנזקין לרב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא לאו ככתובה בשטר דמיא ואף אם נאמר דאביי פליג בהא אדרב ושמואל וס"ל דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא אכתי כיון דס"ל דשעבו' לאו דאורייתא לא גבי מהיורשין דמלוה בשטר ה"ט דגבי מהיורשין ומהלקוחות לרב ושמואל משום טעמא דנעילת דלת וגבי נזקין ליכא נעילת דלת לפי מ"ש התוס' בב"ק די"ד ע"ב ואפשר דהתוס' בגיטין ס"ל כמ"ש בס"פ ג"פ דאף גבי נזקין איכא משום נעילת דלת כדי שלא תפתח דלת בפני הנזקין יע"ש א"נ אף אי ס"ל כמ"ש בב"ק מיהו כשעמד בדין ס"ל דעדיף טפי משטר דכל מעשה ב"ד כגבוי דמי ובהכי מיירי אביי גבי טימא טהרותיו של חבירו ודוק. ועיין להתוס' ז"ל שם בפרק השולח דל"ז ע"א ד"ה שטר יע"ש:

והנה העולה מכלל שמועתינו לדעת רש"י הוא דרב ושמואל ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וס"ל נמי דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ומלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות אבל מלוה בשטר אי מפורש השעבוד בתוכו דכתב ליה כל נכסי אחראין לשטרא דנא אף לרב ושמואל דס"ל דשעבודא דרבנן גובה מן היורשין ומן הלקוחות מדאורייתא וכמו שביאר דעתו הרשב"א בחי' שם יעויין שם:

ולדעת התוס' בקידושין וכן למ"ש בפרק ג"פ בשם ר"ת ור' אליה דדוקא במלוה בשטר וכן במלוה הכתובה בתורה קי"ל דשעבודא דאורייתא אבל במלוה על פה אינו אלא מדרבנן וכ"כ עוד בפ' יש בכור ויש דעת אחרת להראב"ד הביא דבריו הרב התרומות ז"ל בשער ס"א ומרן ב"י בסימן ק"ד סט"ו העתיק דבריו ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא לא בשטר ולא בע"פ וזו ג"כ שיטת ר"י שהביא בשיטת לא נודע למי וז"ל והגאון ר"י פסק

שעבודא לאו דאורייתא ואע"ג דהלכתא כר"ה בריה דר"י דמפרש טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים משום צררי דאלמא במקום דליכא משום צררי נזקקין אע"ג דקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו לאו היינו טעמא משום דקסבר שעבודא דאורייתא אלא עיקר טעמא משום שלא תנעול דלת בפני לווין ואלמוה רבנן שעבודיה ואפילו לגבי יתומים קטנים היכא דליכא משום צררי ועיין בש"ך ח"מ סי' ט"ל שכתב דלדעת התוס' והמרדכי שעבודא לאו דאורייתא וליתא דלא ס"ל הכי אלא במלוה ע"פ אבל במלוה בשטר ס"ל ש"ד. עוד כתב שדעת הראב"ד כדעת התוס' יע"ש וליתא דהראב"ד לא מפליג בין מלוה בשטר למלוה ע"פ והתוס' מפליגי. עוד כתב שדעת הרב העיטור ז"ל כדעת הראב"ד וליתא דדעת הב"הע כדעת התוס' דמפלגי בין מלוה בשטר למלוה על פה ועיין עוד ממה שהכריח מההיא דר"פ דלא כהתוס' יע"ש ולפי מ"ש דאף התוס' מודו במלוה בשטר דש"ד ליכא ראיה כלל:

ודע דנפקא מינה לענין דינא אי שעבוד' דאורייתא או דרבנן מ"ש בשיטה לא נודעה למי וז"ל ונ"מ לענין נזיקין היכא דלא עמד בדין אי גבי מיורשין א"נ ליתמי דערב א"נ לגבות ערב מיורשי לוה עכ"ל וכונת דבריו דאף דקי"ל כר"פ דמלוה על פה גובה מן היורשין הא קאמר טעמא משום נ"ד. ובנזקין דליכא נ"ד מודה ר"פ דאינו גובה מן היורשים אי שעבודא לאו דאורייתא והיינו כשיטת התוס' דקידושין שכתבו דבנזקין ליכא נ"ד וברור ומ"ש עוד א"נ ליתמי דערב פי' דבהא ליכא טעמא דנ"ד דכל כי הא לא אסיק אדעתיה דמלוה דדילמא לא ישלם לו הלוה וגם הערב ימות ולא ישתלם מן היורשים ומה גם דסתם מלוה לית בה ערבות ולא חשו חכמי' לנ"ד ומ"ש עוד א"נ לגבות ערב מיורשי לוה פי' דבה"ג ליכא נ"ד דישלם הערב דילמ' ישלם לוה ואת"ל ישלם הערב דילמא לא מת לוה וגבי מיניה ולא חייש שמא ימות הלוה נמי ומשום הכי אין כאן משום נ"ד ודוק:

ועוד נראה דנ"מ אי שעבודא דאורייתא או דרבנן לענין נדר או נשבע לתת לפ' כ"וכ ומת ולא נתן למ"ד שעבודא דאורייתא חייבים היורשים לשלם ולמ"ד ל"ד אינן חייבים דהא מלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים אלא משו' נ"ד והכא דליכא משום נ"ד אינו גובה מהיורשים וליכא למימר דכיון דנדרים ושבועו' מצי לאתשולי עלייהו אין כאן שעבוד כלל ואם כן אף למ"ד ש"ד הכא היורשים פטורים הא ודאי ליתא דהא ערכין וחרמין מצי לאתשולי עלייהו דהא קי"ל יש שאלה בהקדש ואפ"ה אמרינן בפ"ק דערכין דלמ"ד ש"ד חייבים היורשים ליתן יע"ש. ואולם מרן ב"י בס"סי רנ"ב כתב בשם הריטב"א ז"ל דמי שנשבע לתת כו' היורשים פטורים לגמרי ואין כאן משום מצוה לקיים דברי המת וזו תימא היאך סתם מרן ז"ל בדבריו דדבר זה נראה דתלוי בפלוגתא דרבוותא וגם על

הריטב"א ז"ל יש לתמוה שהוא מכת הסוברים דהלכ' כמ"ד ש"ד ואם כן איך פשיטא ליה דפטורים ודוחק לומר דהוא מיירי בדלית ליה מקרקעי אלא מטלטלי דכה"ג לא אשתעבוד נכסי ואף למאי דתקון רבנן דמטלטלי משתעבדי לבע"ח אפשר דכה"ג לא תקון וכמ"ש הרב תי"ט בפ"ד מהלכות ערכין דכל כה"ג לא היה לו לסתום אלא לפרש:

ורבינו ז"ל בפכ"ב מה' מכירה כתב וז"ל בין ההקדש ובין העניים זכו בהם העניים ומרן ב"י בסימן רי"ב ס"ט תמה עליו דמי זה מחוייב לתתו לעניים דהרי הש"מ ליתיה בעולם לא נדרו ולא חל עליהן נדר מורישן וזו היא השגת הראב"ד יע"ש. ותמוהים דבריו שהרי רבינו והראב"ד ס"ל דש"ד כמבואר בפרקין ובפ"ו מהלכות ערכין וספ"א מה' מחוסרי כפרה וא"כ כיון דנדר הרי היא מלוה דומיא דערכין וקרבן יולדת ואינך ואם כן ודאי דמחייבי יורשים לשלם ועיין למרן החבי"ב בכנ"הג מ"ש ע"ז בשם תשו' כ"י למוהרע"י ז"ל והוא תימא איך לא שת לבו למ"ש דדבר זה תלוי בפלוגתא אי שעבודא דאורייתא כ"ז העתקתי מכ"י מורי הרב מר יאודה אשכנזי ז"ל:

ולענין הלכה כתב מורי הרב ז"ל והא ודאי כיון דפלוגתא דרבוותא אי ש"ד או דרבנן ודאי דמצי המוחזק לומר קים לי כמאן דאמר דרבנן ואף באחריות מפורש בשטר דכתבו רש"י והרשב"א דלכ"ע ש"ד הרי התוס' בשלהי ג"פ פליגי וסברי דאע"ג דכתב לו אחריות בהדיא לאו דאוריי' הוי האי קנין דמדאורייתא לא יוכל לשעבד נכסיו אע"פ שיכול למוכרו ומה שהקשה בס' פני יאושע בחי' לקי' ע"ז מדקי"ל בע"ח קונה משכון ואפי' בשעת הלואתו לענין השעבוד שלא יעשה מטלטלין אצל בניו דאלמא דמהני משיכת המשכון לענין שעבוד כמו לענין קניית גוף החפץ ואם כן אמאי לא יקנה שעבוד הקרקע ע"י שטר לא ק"מ דאדרבא משם ראיה להפך שהרי הא דבע"ח קונה משכון היינו דוקא מטלטלין אבל משכנתא דקרקע אין בע"ח קונה אותה כדמוכח בש"ס בכמה דוכתי וכמ"ש הש"ך בסי' רע"ז סק"ז יע"ש:

ומיהו לענין מלוה בשטר לא נ"מ מידי דאף דנימא שעבודא דרבנן מ"מ הא אשתעבידו נכסי מדר' שהרי מוקי תלמוד' ההיא דערכי עליו מת דיתנו היורשים וכן ההיא דהחופר בור בר"הר בשעמד בדין דמעשה ב"ד אלים כמו שטר אלמא משמ' דאף מאן דאית ליה שעבודא דר' כל שעמד בדין גובה אף היכא דליכא טעמא דנ"ד ואם כן ה"ה נמי לענין גביית מיתמי דערב א"נ לגבות ערב מיורשי לוה אף דנימא דלית בהו משום נ"ד היכא דעמד בדין מיהא מחייב לשלומי וכ"ש במלוה בשטר אמנם לענין מלוה ע"פ בנזקין או לגבות מיתמי דערב או ערב מיורשי לוה כיון דלא שייך בו טעמא דנ"ד הא ודאי מצי מימר קי"ל כמ"ד שעבודא דרבנן וכה"ג לא תקון רבנן ואף דכתבו התוס' בג"פ דבנזקין

איכא טעמא דשלא תפתח דלת בפני הגזלנים מ"מ בסוגיא דפ"ק דקי' כתבו הפך מזה וכ"כ בשיטה לא נודע למי וכמו שכתבתי לעיל עכ"ל:

פרק יג

הלכה א

שורש דין נפרעין מהלוה שלא בפניו מלוה **שבא להפרע בשטר שבידו שלא בפני לוה אם יכולים ב"ד לשלוח לו כו'**. הנה בענין זה דיכול המלוה לגבות מעותיו שלא בפני לוה כתב מרן ז"ל בש"ע דאם כתוב בשטר נאמנות לא מהני אלא לנפרע בפניו ממנו אבל שלא בפניו לא אלא ב"ד משביעין אותו ואם פירש ולא לבאים מכחו אין ב"ד משביעין כו' נ"ב כן הוא לשון הר' התרומות בשער כ"א ח"ה סס"ג בשם הרמב"ן בספר הזכות והביא דבריו הטור בר"סי ק"ו ובשער ט"ו ח"א ס"ג כתב וז"ל ומסתברא דאי איכא נאמנות בשטרא אע"ג דאיכא למיחש לתברא גובה בלא שבועה דאם כן ביתומים נמי ניחוש לתברא ולא תיהני עלייהו נאמנות והנה הרב בהלכותיו כתב דמהני דאף לדברי האומ' דלא מהני גבי יתמי כאבא שאול דלאו כל כמיניה למעקר תקנתא דתקון רבנן ליתמי אבל מיניה כולהו מודו דגבי בלא שבועה דהא אי אפשי בתקנת חכמים קאמר דאלת"ה לפלוג אבא שאול בנפרעת שלא בפניו ויתומים נמי בכללן אלא שנראה מדבריו שהצריכו נאמנות שיכתוב עליו ועל הבאים מכחו כמו שהצריכו ליתומים וזה שנפרע על יד ב"ד נכלל הוא בכלל נאמנות זה אבל אם כתב סתם עליו אין ב"ד בכלל וצריך לישבע וכמו שנפרש בשער כ"א עכ"ל:

וראיתי להרב גד"ת ז"ל שם דצ"ב ע"ב שתמה על דברי הרב התרומות ז"ל הללו שדבריו סותרין זה לזה דמעיקרא כתב דלדברי האומר דלא מהני עלייהו נאמנות מפורש כו' וא"כ היכי מסיק עלייהו וכ"ת אלא שנראה שהצריכו נאמנות מפורש כמו שהצריכו ליתומים והלא ביתומים לא מהני לסברת זה האומר ואין שום צד לדחוק ולומר דהאי אלא שנראה כו' חוזר לראש דבריו לס' הרי"ף דודאי אין זה במשמע כלל ועוד דלפי זה כי לאו שוים הנפרע שלא בפניו והנפרע מן היתומים ואם כן הדרא קושית הרב דקאמר מעיקרא לדוכתא דלפלוג אבא שאול בנפרעת שלא בפניו ויתומים נמי בכללן את"ד ז"ל יע"ש. ולע"ד לא קשיא מידי דאף לדברי האומרים הללו לא מהני נאמנו' מפורש לגבי יתומים מ"מ הא איכא גוונא דמהני בהו נאמנות מפורש דהיינו היכא דקנו מיניה על הנאמנות וכמבואר מדברי הרא"ש ז"ל בפרק הכותב והטור בא"ה סימן צ"ח והביא דבריהם הרב גד"ת עצמו בשער כ"ז דקכ"ב ע"ג וד' זולת לדעת הרז"ה דנסתפק בדבר זה וכמבואר כל

זה לעיל סח"י כיע"ש והשתא מ"ש הרב התרומות ז"ל אלא שנראה מדבריו שהצריכו נאמנות מפורש כמו שהצריכו גבי יתומים היינו בגוונא דמהני בהו נאמנות מפור' דהוא בשקנו מיניה על הנאמנות מיהו לענין זה שוים הם נפרע שלא בפניו ונפרע מהיתומים שצריך נאמנות מפורש וההפרש שביניהם הוא בקנין דביתומים צריך ג"כ קנין ובנפרע שלא בפניו לא בעי קנין אלא כל דאיכא נאמנות מפורש מהני דהו"ל כאומר אי אפשי בתקנת חכמים והשתא ניחא נמי דלא פליג אבא שאול אלא בנפרע מן היתומים ולא בנפרעת שלא בפניו משום דבדידהו לא מהני נאמנות לבד אפי' מפורש עד דאיכא קנין בהדיא וז"ב:

ודע דבעיקר דין זה דהבא ליפרע מנכסי הלוה שלא בפניו אי נחתינן לנכסיה או לא אפליגו רבוותא כמ"ש הטור בסימן ק"ו ודעת ר"ח ז"ל לפי מ"ש התוס' בפרק הכותב דפ"ח ע"א ד"ה ורבא כו' והרא"ש שם והרב העיטור בדס"ב ע"ג והרב התרומות בריש שער כ"א הוא דלא נחתינן לנכסיה שלא בפניו וכתבו עוד דאע"ג דמתלמודא דידן לא משמע הכי מ"מ העולם סמכו למה דדחינן בירוש' דמתמה וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו אמר רבי ירמיה כשרבית אוכלת בהן כו' וכתבו עוד ואיכא נמי בירוש' דמודו בין אמוראי דבבל בין אמוראי דארץ ישראל דמשלחין בתריה דלוה תלת אגרי אי אתא טב ואי לא מחלטינן לנכסיה עכ"ל:

והנה קודם שאבאר ראית ר"ח ז"ל הלזו מדברי הירוש' נבאר תחילת דברי הירושלמי דלפי גירסת הירושלמי שבידינו אין לו מובן לע"ד ודברי מפרשי הירוש' בזה לא נתחוורו לע"ד והוא דהם ז"ל גרסי הכי והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה כו' כיני מתני' והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה ונפרעין מאדם שלא בפניו א"ר ירמיה תפתר בשט' שרבית אוכלת בו כו' יע"ש והרב שדה יהושע והרב פ"מ ז"ל פרשו וז"ל כיני מתני' בתמיה וכי כן הוא משמעות המשנה דנפרעין שלא בפני האדם וכי נפרעין שלא בפני האדם ולא מקשי אכתובה דהא בכתובה איכא טעמא דחינה כמ"ש בבלי דפרקין אמר רב אחא שר הבירה כו' ורב נחמן אמר ואפילו בעל חוב נמי שלא תנעול דלת וכו' א"כ ה"נ אדרב אחא דקאמר דכתובת אשה דוקא נפרעת שלא בפניו לא מקשי ירוש' אלא אדרב נחמן דקאמר דאפילו בע"א נפרעין שלא בפניו קמקשי ומשני הב"ע בשרבית אוכלת בו ולא עדיפי מיתמי דנזקקין להם בהכי עכ"ל הרב שדה יהושע והרב פ"מ ז"ל יע"ש וקרוב לזה פי' הרב קרבן העדה גם כן יע"ש ואין זה פי' מחוור לע"ד כלל חדא דמילתיה דרב נחמן לא אידכר בירושלמי כלל ואיך מקשי בפשיטות על דברי מי שלא הוזכר שמו שם ואדרבא שם בירוש' קודם לזה אמרו דכשם שאין נפרעין

מנכסי יתומים אלא כשרבית אוכלת בהם ה"נ בכתובת אשה גובין מהם משום מזונות ודחו טעם זה ואמרו דכתובת אשה משום חינה מפני שיהיו קופצין עליה לישאנה יע"ש וכיון דידע הירוש' טעם זה דחינה דמש"ה גובה כתובת מהיתומים מאי קא ק"ל הכא לענין נפרעת שלא בפניו כיון דמצי למימר דדוקא בכתובה משום טעמא דחינה אמרו שנפרעת שלא בפניו ואי אדרב נחמן קפריך כדברי הרבנים הנז' מאי קושייא הרי רב נחמן יהיב טעמא למילתיה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ועוד היכי משני תפתר בשטר שרבית אוכלת בו דלשון זה דתפתר לא שייך אלא בבא לפרש איזו מימרא סתומה והכא דברי רב נחמן מפורשין הן דבעל חוב נמי גובה שלא בפני הלוה משום נעילת דלת ואמתני' דמיירי בהדייא בכתובה לא שייך למימר תפתר בשרבית אוכלת בו דמאי שיאטיה דרבית בכתובה ולעיל מזה אמרו שם בירוש' אין נפרעין מנכסי יתומים אלא א"כ כשרבית אוכלת בהם וכתובה נמי גובין מהם משו' פסידא דמזונות או משום חינה יע"ש ומהתימה על הרב עדות ביהוסף בח"ב סי' י"ג דל"ו ע"ד דמשמע ליה דמ"ש בירוש' תפתר בשרבית אוכלת בהם קאי אמתני' דנפרעת כתובתה שלא בפניו וחוץ מכבוד גדולה חכמתו דבר זה אין לו שחר:

אשר על כן נלע"ד ברור דנוסחאות הירוש' בשמועה זו שבידינו משובשות הם וכבר הובא' סוגיא זו בירוש' בפ' כל הנשבעין עלה דמתני' דהפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה כו' ותמיהא זו דמתמה וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו ומאי דמשנינן עלה תפתר בשרבית אוכלת בו כו' מייתי לה התם אסוף סוגיא דמייתי הכא בירוש' לעיל מזה קודם פסקא זו דהנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה עלה קאמר ר"י בר בון כאן ביתום גדול כאן ביתום קטן ומסיימינן התם וז"ל הכא את אמר אין נשבעין על טענת חש"ו והכא את אמר אבל נשבעין לקטן ולהקדש בנפרעין מנכסי קטן ונפרעין מאדם שלא בפניו א"ר ירמיה תפתר בשרבית אוכלת בו וב"ד גובין רבית תפתר בערב לו מן הגוי אלדסא א"ל לר' מנא כו' וכולה סוגיא כדהכא יע"ש וכתב הרב פ"מ שם בביאורו וז"ל הכא את אמר כו' כלומר דמייתי סיעתא למילתיה דלפעמים נפרעין מנכסי קטן מהא דתנן לעיל בפ' שבועת הדיינין אין נשבעין על טענת חש"ו והדר קתני בסיפא אבל נשבעין לקטן ולהקדש אלא ע"כ ה"ק אבל נשבעין לקטן בנפרעין מנכסי קטן ורישא על טענת קטן קאמר דאין נשבעי' עכ"ל והשתא איכא למימר שפיר דתמיהת הירוש' דמתמה על זה וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו אהך מתני' דפ' שבועת הדיינים דקתני דנשבעי' לקטן הוא דקמתמה דאוקימנא לה בבא ליפרע מנכסי קטן שהרי קטן כשלא בפניו דמי כנודע ואהא משני תפתר בשרבית אוכלת בהן ובשערב לו מן הגוי דבכה"ג

דוקא נפרעי' מן הקטן לרב אסי ור' יוחנן כדאמרי' בהדייא מקמי הכי בירוש' ובש"ס דילן ר"פ שום היתומים דכ"ב יע"ש ועיין בבבלי פ' שבועת הדייני' עלה דהך מתני' דנשבעי' לקטן ולהקדש דמשני למתני' בגוונא אחרינא יע"ש:

ובכן נלע"ד לתקן סוגיית הירושלמי דפ' הכותב דאזלא ורהטא כולה כאותה דפ' כל הנשבעין ופסקא זו דוהנפרעת שלא בפניו עם מאי דאתמר עלה כיני מתני' והנפרעת שלא בפניו שייך בסוף הסוגייא בתר דמייתי ההיא דאלכסא ורב מתניה וצריך להוסיף בסוגייא זו הא דמייתי התם מתני' דפ' שבועת הדייני' לסיועי לר"י בר בון דלפעמים נפרעין מן הקטן ועלה הוא דמתמהינן וכי נפרעין מן האד' שלא בפניו ואמתני' דפרק ש"ה הוא דמתמה היכי קתני דנשבעי' לקטן וכדאמרן ומשני שפיר בשרבית אוכלת בו ובשערב לו מן הגוי ואין ספק לע"ד שכך היתה גירסת התוס' בסוגייא הירוש' הלזו דפרק הכותב וכן מבואר יוצא מדברי התוס' בגיטין פ' הנזקין דף ן' ע"ב ד"ה יתומים כיע"ש:

ובכן נשאר לנו לבאר ראיית ר"ח דמייתי מדברי הירושלמי הלז דלית הלכתא כר"ן דלפי האמור משמע לכאורה דאין מכאן ראיה לומר דהירוש' פליג אר"ן דשפיר איכא למימר דאף הירוש' אזיל ומודה לדר"ן דמשום טעמא דנעילת דלת נפרעין מן הלוה שלא בפניו ולגבי קטן דוקא הוא דהוצרכו בירושלמי לומר דאין נפרעין ממנו אא"כ רבית אוכלת בו דלגבי יתומים ליכא למיחש לטעמא דנעילת דלת וכמ"ש בש"ס דילן פ' הנזקין ד"ן ע"א עלה דמתני' דאין נפרעי' מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית דלא מסיק אדעתיה דמלוה דמיית לוה ונפלי נכסי קמי יתמי יע"ש אבל בשאר כל אדם דאיכא טעמא דנעילת דלת אפשר דמודה הירושלמי לדר"ן דנפרעין שלא בפניו אבל הדבר מבואר דעיקר ראית ר"ח הוא מדפריך בירוש' בהאי לישנא דוכי נפרעין מן האדם שלא בפניו דמשמע דבסתם אדם אין נפרעין ממנו שלא בפניו ומינה פריך אמתני' דפ' שבועת הדייני' דקתני דנשבעי' לקטן דקטן כשלא בפניו דמי ואי הוה ס"ל להירוש' דבשאר כל אדם נפרעי' שלא בפניו משום טעמא דנעילת דלת לא הו"ל לאתמוהי כי האי לישנא אלא הכי הו"ל לאתמוהי וכי נפרעין מן הקטן ומדמתמה כי האי לישנא ודחי בשרבית אוכלת בו וכשערב לו מן הגוי מבואר יוצא דס"ל לירוש' דבין בקטן בין בנפרעי' שלא בפניו לא משכחת לה אלא בכה"ג ומוכח נמי הכי מדמייתי עלה בירוש' ההיא דאלדסא ור' מנא ור' מתנייא דאמרו דמשלחי' בתריה דיונמטרין ותלת אגרי והוא שעמד בדין וברח כו' דכל זה שייך בבאים ליפרע מכל אדם שלא בפניו ודוק:

ועפ"י האמור ומדובר בהבנת הירוש' ובכונת ר"ח בין תבין דברי הרב המבי"ט בתשו' ח"א סי' רכ"ט והביא דבריו מרן החבי"ב בר"ס ק"ו בהגב"י שכתב וז"ל ונ"ל דלא פליג

הירושלמי אדר"ן דהא דמשמע בירוש' דאי לאו רבית לא היו נפרעין שלא בפניו איירי במלוה גוי דלא עשו בו תקנה והא דר"ן איירי בישראל דעשו לו תקנה שלא יטלו מעותיו וילך לו ובר מן דין כיון שבדינהן אין נפרעי' מן האדם שלא בפניו ישראל הבא מכחו הרי הוא כמותו עכ"ל:

ולכאורה דבריו באו משוללי ההבנה מאחר דראיית ר"ח הוא מדמתמה בירוש' בפשיטות וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו ולא אשכח פתרי אלא כשרבית אוכלת בו ובמלוה גוי וערב ישראל ואי הוה ס"ל להירוש' כר"ן דמשום טעמא דנעילת דלת נפרעין מן האדם שלא בפניו לא הוה צריך הירוש' לכל זה ומ"ש הרב דהירושלמי מיירי במלוה גוי היא היא עיקר הכרעת ר"ח דהירוש' לא ס"ל כר"ן מדהוצרך לאוקומי במלוה גוי ולא תרי' בפשיטות דנפרעין מן האדם שלא בפניו משום טעמא דנעילת דלת וא"כ מה מקום לדברי הרב בזה והיותר תימא על מרן החבי"ב והרב פ"מ בח"א סי' מ"א שהביאו דברי הרב המבי"ט הללו ולא נרגשו מזה אמנם לפי מ"ש דעיקר תמיהת הירוש' דמתמה וכי נפרעי' מן האדם שלא בפניו אינו אלא אמתני' דפ' שבועת הדייני' דמשמע מינה דנפרעי' מנכסי קטן וקטן כשלא בפניו דמי ועל זה הוצרך הירוש' לאוקומה למתני' בשרבית אוכלת בו ובשערב לו מן הגוי וכמ"ש בפרק הנזקין ד"ן ע"ש ועיקר ראיית ר"ח לאו מדהוצרך לאוקומי למתני' במלוה גוי ולא מוקי לה במלוה ישראל ומשו' טעמא דנ"ן הוה דהא בקטן ליכא להאי טעמא וכדאמרן אלא עיקר ראייתו היא מלישנא דירוש' דמתמה וכי נפרעי' מן האדם שלא בפניו דמשמע מינה דאפי' בסתם אדם אין נפרעין ממנו שלא בפניו אלא בשרבית אוכלת בו וכמדובר:

מעתה מבוארת היא כונת הרב דקדחי שפיר דאכתי אין מכאן ראיה דפליג הירוש' אדר"ן דאיכא למימר דאף הירוש' ס"ל כר"ן דהיכא דאיכא טעמא דנעילת דלת נפרעי' מן האדם שלא בפניו והא דמתמה בירוש' וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו מיירי בגוונא דליכא משום נ"ן כגון במלוה גוי דהשתא הו"ל דומיא דקטן דליכ' ביה טעמא דנ"ן ולא הוצרך הירוש' לפרש למילתיה כיון דעיקר מאי דמתמה וכי נפרעין כו' קאי אמתני' דנשבעי' לקטן דלגבי קטן הדבר ידוע דלית ביה משום נעילת דלת וכדאמרן ולהכי פריך סתמא והכונה לומר היכא דליכא טעמא דנ"ן בין בקטן בין במלוה גוי וכי נפרעי' שלא בפניו וקאמר דאה"ן דכל דליכא לטעמא דנ"ן אין נפרעין מן האדם שלא בפניו ומתני' דנשבעין לקטן תפתר בשרבית אוכלת בו ובשערב לו מן הגוי וה"ה נמי לנפרע שלא בפניו דכל כי האי גונא נפרעין ודוק היטב:

ובמ"ש עוד התוס' על דברי ר"ח דאיכא נמי בירוש' דמודו בין אמוראי דבבל ובין אמוראי

דארץ ישראל דמשלחי' בתריה תלת אגרות אי אתא טב ואי לא מחלטינן נכסיה ע"כ דמבואר יוצא מדבריהם דאף לר"ח דלא חייש לדר"ן ופסק דאין נזקקין לנפרע שלא בפניו ולא חיישי' לטעמא דנ"ן מיהו כל דאפשר להודיעו על ידי אגרות שיבא לב"ד ולא בא מזדקקינן ליה ונפרעין ממנו שלא בפניו וכ"כ הרב"ח בר"ס ק"ו והביא דבריו מרן החבי"ב בהגב"י דע"כ ל"פ הרי"ף עם ר"ח אלא בדלא אפש' לשדורי ולהודיעו דלהרי"ף נפרעין שלא בפניו כיון דלא אפשר לשדורי ולר"ח אם אי אפשר לשדורי אין נפרעין ממנו כל עיקר אבל היכא דאפשר לשדורי משדרינן ומודעינן ליה לכ"ע ונראה מדברי התוס' דגם ר"ח פסק כך יע"ש גם הרב פ"מ ז"ל בח"א ס"סי מ"א כתב כן בפשיטות וז"ל ומה שהרגיש מר בדברי מרן זקני שמדבריו משמע דלר"ח ז"ל אף בהודעה אין נזקקין לו לא ידעתי אנה ראה מר בדברי מרן זקני שסובר כן בדעת ר"ח ז"ל אם הוא ממה שהזכיר הודעה בדברי הרי"ף אי מהא לא איריא דאיהו לא נחית אלא למימר דלהרי"ף אף אם אי אפשר בהודעה דנחתינן לנכסיה לאפוקי מר"ח דהיכא דא"א בהודעה דלא נחתינן ובהא מילתא הוא דמחלק בין ר"ח להרי"ף אבל בהודעה מיהא ליכא מאן דפליג דלכ"ע נזקקין אף שלא בפניו עכ"ל:

וק"ל טובא בדבריהם דמדברי הירושלמי שהביאו התוס' ראיה לדבריהם מבואר דדוקא כשעמד בדין וברח הוא דמזדקקינן ליה לשדורי ולהודועי וכי לא אתא מחלטי' נכסיה אבל כשלא עמד בדין כלל אלא ברח מעיקרא קודם עמדו לדין לא מזדקקינן ליה כלל דהכי איתא התם אלדסא א"ל לר' מנא אנן עבדין טבאות סגי מנכון אנן כתבין די אתנמין אי אתא טבאות ואי לא אנן מחלטין נכסיה א"ל אוף אנן עבדין כן משגרין בתריה תלת אגרין אי אתא טב ואי לא מכרזינן נכסיה תלתין יומין אי אתא טב ואי לא אנן מחלטינן נכסוי א"ל הגע עצמך דהוה באתר רחיק א"ל אנן משלחין תלת אגרות חדא גו תלתין יומין וחדא גו תלתין יומין אי אתא טבאות ואי לא מחלטינן נכסוי אמר רב מתנייה והוא שעמד בדין וברח אבל אם לא עמד בדין וברח לא מחלטינן ולא מכרזינן עכ"ל לפי גירסת הרב שדה יהושע והרב קרבן העדה ז"ל:

וכתב הרב שדה יאושע ז"ל וז"ל אלדסא שם חכם גוי א"ל לר' מנא אנו עושים טוב ויפה מכם בדיננו לפי שאנו כותבין דיאנמין כלומר כתב ב"ד ללוה שיבא אם בא הרי טוב ואם לא בא (אנו מכרזין הנכסים ל' יום כדאיתא בפ' הגוזל ומאכיל ואח"כ) אנו מחלטין נכסיו ונותנין אותם למלוה השיב ר' מנא לאלדסא אף אנו עושין כן שולחין ג' אגרות ואם בא טוב ואם לאו אנו מכרזין ל' יום כדאיתא בפרק הגוזל ומאכיל ואחר כך אנו מחלטין אותם ונותנין אותם למלוה א"ל אלדסא לר' מנא הגע עצמך שהלוה במקום

רחוק אטו השלחו אחריו ג' פעמים א"כ ישהא הדבר מאד א"ל ר' מנא לגוי לכן אנו עושין כן שולחין אגרת אחת תוך ל' יום ואין אנו מצפין שתבא התשובה אלא בתוך ל' ימים הראשונים אנו כותבין השנית ואין אנו מצפין התשובה ואנו כותבין אגרת א' תוך ל' יום אם יבא טוב ואם לאו מחליטין אנו נכסיו ונותנין אותם למלוה והוא שעמד בדין וברח כו' כל כי הא דאמרי' מחליטין נכסיה דוקא בלוה שעמד בדין וברח אבל בלוה שלא עמד בדין אלא ברח קודם עמדו בדין לא מחליטינן ולא מכרזינן ולא מזדקקינן לנכסיו כלל משום דחיישינן לשובר ומשמע מהכא דאין נפרעין מאדם שלא בפניו כלל כשלא ברח אחר עמידתו לדין והגאונים ורבינו האיי ור"ח כתבו בתשו' הביאה בעה"ת וז"ל ואנו מעשים בכל יום לפנינו וחתכנו הדין שלא הורדנו בע"ח כו' והיינו טעמא שהם מפרשים דמילתיה דרבא בשם ר"ן דתלמודא דידן בשעמד בדין וברח כי היכי דלא נימא היכי שבקי גמ' דידן ופסקו כירוש' כדכתב רבינו האיי שם בתשו' שהביא ב"הת וז"ל ובתשו' לרבינו האיי מילתיה דר"ן ורבא מתקיים דבריהם בשעמד בדין וברח והרבה באים לפנינו ותובעים כך ואנו אומרים לא ראינו מקדמונינו ולא שמענו מי שעשה מעשה ופרע נכסי' מאדם רחוק ע"כ ומש"ה פסקו דלעולם אין נפרעין מאדם שלא בפניו אבל הרי"ף כתב כו' עכ"ל:

הרי מבואר דכל שלא עמד בדין כלל לא מזדקקינן להודיעו ללוה וליפרע שלא בפניו ואלו מדברי התוס' והרב"ח והפ"מ מבואר דאפי' בלא עמד בדין כלל כל שאפשר להודיעו מודעינן ליה ואי לא אתא נפרעי' ממנו שלא בפניו והיותר תימא אצלי על הרב שדה יהושע במ"ש דרבינו האיי ור"ח מפרשים מילתיה דרבא ור"ן דתלמודא דידן בשעמד בדין וברח דאע"פ שהרב התרומות בריש שער ט"ו כתב כן בהדיא בשם רבינו האיי מ"מ מדברי ר"ח שהביא שם מבואר דאפי' לא עמד בדין כלל כל שאפשר להודיעו מודיעין אותו ואפי' עומד במדינת הים וכמו שסיים וכתב וחתכנו הדין שלא הורדנו בע"ח בנכסי הלוה כשהוא במ"ה וצריכין אנו להודיעו שמא יש לו ראיה עכ"ל וכ"כ ג"כ הרב העיטור בדס"ג ע"ג בשם ר"ח יע"ש וגם מדברי התוס' מבואר כן דלר"ח אפי' לא עמד בדין כל שאפשר להודיעו מודיעין אותו ואם לא בא נפרעי' ממנו של"ב ואיך לא נרגש הרב ז"ל מזה ותו ק"ל טובא על הרב הנז' במ"ש בפירושו דאלדסא הוא שם חכם גוי שנה ושילש בזה וכ"כ ג"כ הרב קרבן העדה ז"ל בפי' יע"ש ואני אומר דשרי להו מרייהו שלא השגיחו בדברי התוס' שכתבו דבירוש' מודו בין אמוראי דבבל בין אמוראי דארץ ישראל דמבואר בדבריהם ז"ל דאלדסא הוא אמורא מבבל ור' מנא הוא מא"י ואנא ואתון דקאמר היינו בבל וא"י ולא דייני גוים ודייני ישראל כדקאמר הרב שדה יהושע והרב קרבן העדה ועיין

בפירוש הירושלמי לס' פ"מ ז"ל שפי' דאלדסא הוא שם אמורא מבבל והוזכר שמו בבבלי ר"פ אע"פ יע"ש והדין עמו כמ"ש בשם התוס' ז"ל אע"פ שמקום ראייתו מגמ' דידן כעת לא מצאתי בבבלי אבל הוא בירושלמי ר"פ אע"פ ועיין בחגיגה דח"י ע"א מעשה ומת אלדסא והספידו רבי טרפון יע"ש ותו ק"ל על דברי ר"ח שהביאו הרב התרומות והרב העיטור ז"ל שנראה מדבריו דאפי' אם הלוה רחוק מב"ד אפילו כמה ימים עד שנה ויותר ואפי' עומד באספמיא כל שאפשר להודיעו מודיעין אותו שהרי כתב דאפי' עומד במ"ה אין נפרעין ממנו עד שמודיעין אותו ואלו מדברי הירושלמי שכתבנו נראה דטפי מריחוק ט"ו יום ממקומו למקום ב"ד שהוא שיעור דרך רחוקה מב"ד של ירושלם לסוף גבול א"י כמו ששנינו בפ"ק דתעניות עד שיגיע אחרון שבא"י לנהר פרת והוא ט"ו יום כמ"ש רש"י שם יע"ש לא מזדקקינן ליה לשלוח לו אגרות דעלה דשאל אלדסא לר' מנא הרי שהיה באתר רחיק קא"ל ר' מנא דמשלחי' ליה תלת אגרין חדא גו תלתין וחדא גו תלתין ולפי מ"ש הרב שדה יהושע בפי' הכונה לומר דכל ט"ו יום שהוא שיעור הליכת האגרות עד שיגיע ליד הלוה מיד כותבין לו אחרת ונמצא שאין ממתינין לו ב"ד כי אם ס' יום ט"ו מהאגרות הראשונים וט"ו יום מהשניה ול' מהאגרת הג' שמא כשהגיע לידו שם לדרך פעמיו ומשמ' להדיא דטפי משיעור זה אין נותנין וממתינין לו וזה שלא כדברי ר"ח ז"ל שכתב דאפי' עומד במ"ה מודיעין אותו ומיהו לזה י"ל דהודעה זו שכתבו הרב התרומות והרב העיטור בשם ר"ח ז"ל אינה ענין להודעה זו שאמרו בירושלמי דמשלחין בתריה תלת אגרין דהתם ההודעה היא להזמינו לבא לדון עם המלוה בפני ב"ד וכההיא דפרק הגוזל ומאכיל דקי"ב ע"ב וכל שהזמינוהו ג' פעמים ולא בא נחתינן לנכסיה ומשום הכי קאמר רב מתניא דהיינו דוקא בשעמד בדין וברח הוא דנחתינן לנכסיה כשלא בא אמנם כשלא עמד בדין וברח אלא שהלך שם מעיקרא ואפש' שיש לו איזה עסק אין כופין אותו להביאו ממקומו וממתינין לו עד שיבא ועיין במ"ש הסמ"ע בסי' י"א סק"ג יע"ש:

אמנם הודעה זו שכתב ר"ח ז"ל היינו להודיעו ללוה לפרוע למלוה שלא בפניו מנכסיו שיש לו כאן ואם יאמר שיש לו ראיה לבטל השטר וכשיבא למקומו יטעון בפני ב"ד ויביא ראיותיו תו לא מזדקינן ליה וממתינין לו עד שיבא ממקומו ויביא ראיותיו לב"ד הילכך כיון שאין הודעה זו לכופו לבא לפני' מודיעין אותו אפילו לא עמד בדין וברח ואפי' עומד באספמיא וזה ברור לע"ד ובהכי ניחא שדברי ר"ח ודברי רבינו האיי ז"ל הם שפה אחת ודברים אחדים כי לכאורה היה נראה דפליגי אהדדי:

וע"פ האמור הנה נכון מיהו אכתי דברי התוס' ז"ל דפ' הכותב לא נתיישבו בזה דמשמ' מדבריהם דאף במי שברח קודם עומדו לדין כלל משלחין בתריה תלת אגרין להזמינו

לדין ואם לא בא נפרעין ממנו שלא בפניו ומדברי הירושלמי מבואר דלא איתמר האי מילתא אלא בשעמד בדין וברח אבל בשלא עמד בדין כלל אין כופין אותו בכך הן אמת שדברי התוס' ז"ל מקום יש בראש ליישבן דמ"ש ואיכא נמי בירושלמי דמשלחי' כו' דכונתם ז"ל ג"כ לומר דוקא בשעמד בדין וברח כמבואר בדברי הירושלמי ולא הוצרכו להאריך ולפרש הדבר שסמכו למ"ש בירושלמי בהדיא והוא שעמד בדין וברח וז"ש ואיכא נמי בירוש' כו' כלומר דאיכא גוונא דמשלחי' בתריה תלת אגרין והיינו בשעמד בדין וברח כמדובר ואף כי דבר זה לא ימלט מצד הדוחק מ"מ שבקיה למילתיה דדחיק ומוקי אנפשיה אמנ' דברי הרב"ח והרב פ"מ ז"ל שסתמו דבריהם בזה דמבואר דס"ל דאפי' בברח קודם עומדו לדין כלל אף לדעת ר"ח ז"ל על ידי הודעה מיהא כל שלא בא נזקקין ללוה ליפרע שלא בפניו צ"ע לע"ד שזה הפך דברי הירושלמי:

איברא שראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' שהביא מרן ב"י ז"ל בסי' ק"ו ובס' תולדות אדם סימן שנ"ט וכן להרב העיטור ז"ל בדס"ג ע"ג דגרסי בדברי רב מתניא דמייתי בירושלמי הכי והוא שעמד בדין וברח אבל לא עמד בדין וברח לית אנן מחלטין אלא מכריזין יע"ש וכן היא גירסת המפרש בס' פ"מ ז"ל יע"ש: ולפי גירסא זו אפשר לישב דברי הרב ב"ח ז"ל דכונת רב מתניה לומר דהא דמחלטין נכסיו למלוה אחר שילוח ג' אגרות דוקא בשעמד בדין וברח כלומר דכשהזמינוהו ב"ד לבא לדון לא אמ' לא אתינא אלא תשובתו היתה אתינא ומיהו ברח ולא אתא לב"ד אבל אם לא עמד בדין וברח כלומ' שלא רצה לעמוד בדין ואמר לא אתינא לית אנן מחלטין אלא מכריזין כלומר אין ממתינין לו אלא מיד מכריזין והכי אמרינן נמי בפ' הגוזל ומאכיל כיע"ש וכבר ראיתי להרב ב"ח עצמו שם בסי' ק"ו ס"ד דמשמע ליה כן בפי' דברי רב מתניה שכתב שם על דברי הרמ"ה וז"ל וסובר הרמ"ה דדוקא בדאמ' אתינא אבל במסרב כותבין אדרכתא מיד וכדלעיל בסימן צ"ח ומשמע כך מלשון הירושלמי עכ"ל ובהכי ניחא מה שהקשה הרב גד"ת ז"ל בדצ"ב סע"א על תשו' הרשב"א ז"ל שהביא מרן ב"י שם בסי' ק"ו דדבריו ז"ל סתרי אהדדי מרישא לסיפא דבתחילה מייתי פסק הרי"ף וכתב עליו דלזה דעתו נוטה ושכך הדין ואחר כך הוא עצמו מייתי מסקנת הירושלמי דקאמר ר' מתניה והוא שעמד בדין וברח כו' ומדמייתי ליה הרשב"א משמע דלהלכה הוא למימר דכל מאי דאמר השתא מהאגרות ומההחלטה הוא דוקא בשעמד בדין וברח אבל בשלא עמד בדין אין כאן מחליטין וזהו סברת רבינו האיי ז"ל ולא כדעת הרי"ף דלדידיה בכל מלוה דעלמא אפי' בלא עמד בדין מחליטין ודוחק גדול הוא לומר דסבר הרשב"א דרב מתניא פליג אמאי דאיתמר עד השתא ושפסק ז"ל דלא כוותיה דא"כ למאי מייתי הרשב"א כלל דברי רב מתניא ללא

הועיל עכ"ל וכעין זה קשה ג"כ בתשו' הרשב"א שבס' תולדות אדם סימן שנ"ט כיע"ש:
אמנם ע"פי האמור בכונת דברי רב מתניא לא קשיא מידי וכמובן ומ"מ האמת יורה דרכו דהגירסה הנכונה בדברי הירושלמי היא כגירסת הר' שדה יהושע והרב קרבן העדה וזה נראה שהיתה גיר' הרא"ש שכתב בתשו' כלל ע"ג ס"ג דלפי דברי הירוש' אין נזקקין לירד לנכסיו של אדם שלא בפניו אא"כ עמד בדין וברח כו' יע"ש הן הן דברי רבינו האיי ז"ל בתשו' שכתבו הרב התרומות בריש שער ט"ו והרב העיטור בדס"ג ע"ג שכתב דמלתיה דרבא ור"ן שאמרו דנפרעין מאדם שלא בפניו מתקיים דבריהם בעמד בדין וברח יע"ש ולפ"ז כל שלא עמד בדין כלל אין ב"ד יכולין לכופו ע"י אגרות לבא לב"ד אלא כשיבא למקומו ידון עמו וכמו שכן נראה ממ"ש הסמ"ע בסי' י"א סק"ג וכמו שכתבתי לעיל כן נראה לע"ד:
וראיתי למרן החבי"ב ז"ל בסימן ק"ו הגב"י אות ד' שתמה עמ"ש בהג"מיי פי"ג מה' מלוה בשם סמ"ג שדעת רבינו האיי ז"ל בספר השערים שלו כדעת הרי"ף דהלכתא כר"ן דנפרעין מן הלוה שלא בפניו משום טעמא דנעילת דלת וזה הפך מ"ש בתשו' שהביא הר"ב התרומות בריש שער ט"ו וגם בתשו' אחרת שהביא מרן ב"י ז"ל בסי' פ"ו מחודשים ג' יע"ש וראיתי דברי רבינו האיי ז"ל בס' השערים י"ד די"ז ע"א שכתב דהנפרע שלא בפני בע"ח כגון ראובן שלוה משמעון והלך וישב לו במ"ה והאריך הזמן ולא בא אם נתקיים השט"ח בפני ב"ד נשבע בעל השטר ויורד בנכסי בע"ח כדתנן בכתובות והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה ואמרו בגמ' בזולתה מן החוב אמר רב אחא שר הבירה כו' ור"ן אמר אפי' בע"ח שלא יהא כל אחד כו' ואתה נועל דלת בפני לווין עכ"ל ולולי דברי הסמ"ג וההג"מ אפשר היה לידחק ולומר שדברי רבינו האיי ז"ל בספר השערים לענין הלכה הן כדמוכח מתלמודא דידן וכמו שהוכיחו התוס' ז"ל בפ' הכותב אבל לענין מעשה העולם סמכו בזה על דברי הירושלמי ונדחקו לקיים דברי רבא ור"ן בשעמד בדין וברח כמ"ש בתשו' ועל כיוצא בזה אמרו מנהג מבטל הלכה אמנם הסמ"ג וההג"מ לא היה להם לייחס סברת רבינו האיי ז"ל עם סברת הרי"ף ז"ל כיון דלענין מעשה חולקים ועיין להרב עדות ביהוסף בח"ב סי' י"ג דל"ו ע"ב שנדחק לומר דאולי ס' השערים לאו מרבינו האיי בר נטרונאי ז"ל הוא כי אם מרבינו האיי בר דוד ז"ל יע"ש ועיין במרדכי פרק הכונס סי' ס"ה גבי בעיא אם עשו תקנת נגזל במסור וסלקא בתיק"ו שכתב בשם רבינו האיי גאון ז"ל בס' השערים דכל תיק"ו שבש"ס חולקים ושבתשובתו כתב דהמע"ה יע"ש ועיין להרב בני אהרן בסי' כ"ד ד"ל ע"ג שכתב דלכך לא נסתייע הרש"ך בתשו' סימן ק"פ מסברת רבינו האיי בתשו' לומר קים לי מפני שהסמ"ג וההג"מיי כתבו בשם

רבינו האיי ז"ל דקאי בשיטת הרי"ף יע"ש:

והנה ראיתי להרב ב"ח והביא דבריו מרן החבי"ב ז"ל בר"סי ק"ו שכתב דאף לסברת ר"ח ורבינו האיי בתשו' אם יש נאמנות בשטר שביד המלוה ואי אפש' להודיע ללוה מפני שהוא רחוק ממקום המלוה הרבה אז נפרעין ממנו שלא בפניו דע"כ לא כתבו הם ז"ל דאפי' איכא נאמנות בשטר אין נפרעין ממנו שלא בפניו דחיישי' לשובר כמ"ש הרב התרומות בריש שער ט"ו אלא היכא דאפשר להודיעו ללוה אבל היכא דאי אפשר להודיעו כי איכא נאמנות ודאי נפרעין ממנו שלא בפניו ולא חיישינן לשובר עכ"ל ואין דבריו מוכרחין וכמו שתמה עליו הרב עדות ביהוסף בסימן הנז' דל"ז ע"א וע"ב וגם מדברי מהראנ"ח זלה"ה בחלק ראשון סימן קט"ו והרב בני אהרן סימן כ"ד והרב פני משה זלה"ה ח"א סימן מ"א לא משמע הכי ועיין בתשו' להרב זרע אברהם חח"מ דע"ד ע"א ושם דפ"ב ע"א יע"ש: ומהרש"ך בח"א סימן ק"פ כתב שמדברי ה"ה ז"ל בפ"ד מה' שכנים ד"נ גבי אמר בעל העליה לבע"הב לבנות כו' נראה דהרמב"ן בשיטת ר"ח ורבינו האיי קאי ומתוך כך כתב דיכול המוחזק לומר קים לי יע"ש ומלבד מה שתמה עליו בזה הרב בני אהרן ז"ל בסימן כ"ד דאין מדברי ה"ה ראיה לזה דהתם ליכ' טעמא דנעילת דלת ומשום הכי אפשר דקאמר הרמב"ן ז"ל דאין נפרעין ממנו שלא בפניו וכ"כ הרב תיו"ט בר"פ הבית והעליה בטעמו של הרמב"ן וכ"כ מרן החבי"ב בסי' קס"ד הגב"י אות ג' יע"ש והרב בית דוד חח"מ סי' נ"ד דנ"ד ע"ד ד"ה והנה לא ראה דברי מרן החבי"ב והרב בני אהרן לע"ד יש להוכיח כן ממ"ש הרמב"ן בחי' פרק גט פשוט דקע"ד עלה דמתני' דאין נפרעין מן הערב תחילה דכל שאין הלוה כאן ואי אפשר להודיעו דנפרעין מן הערב וכ"כ הרב הנ"י שם יע"ש ואי איתא דס"ל להרמב"ן כשיטת ר"ח דכל שאין הלוה לפנינו ואי אפשר להודיעו אין נפרעין מנכסיו שלא בפניו א"כ גם מן הערב נמי לא הו"ל למפרע שהרי דין הנכסים של אדם ודין הערב שוים הם כמ"ש שם הרמב"ן דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה וכ"כ בהדיא הרב העיטור בדס"א ע"א דלדעת הרי"ף שפסק כר"ן דנפרעין מן הלוה שלא בפניו ה"ה נמי כי ליתיה ללוה נפרע מן הערב תחילה ובשבועה ובדס"ג ע"ג אחר שהביא דברי ר"ח ז"ל ורבינו האיי ז"ל שפסקו כדברי הירוש' כתב והילכך להאי סברא אין נפרעין מן הערב שלא בפני הלוה יע"ש. הרי מבואר יוצא מדבריו דדין הערב ודין נכסיו של אדם שלא בפניו שוים הם ועיין בס' עדות ביהוסף שם בסי' הנז' דנראה דאשתמיט מיניה דברי הרב העיטור אשר בדס"א ע"א ולא ראה כי אם דבריו שבדס"ג ע"ג ודא גרמא ליה שלא עמד היטב על כונת דבריו ז"ל ושם טענת בדבריו במ"ש והילכך להאי סברא אין נפרעין מן הערב וכתב שצ"ל מן האדם יע"ש וגם מה שנתקשה בהבנת

דבריו מרישא לסיפא אין מקום לקושייתו כלל שדבריו ברורים דאחר שכתב והילכתא כר"ן סיים ואמר ומסתברא הני מילי דמודעי' ומשדרינן קמיה הא לא"ה אין נפרעין וה"ג בירוש' כו' וכן השיב ר"ח כו' והילכך להאי סברא כו' וכל דבריו הללו בשיט' ר"ח אמנם דלדידיה ז"ל ע"כ לא קאמר ר"ן דנפרעין מן האדם שלא בפניו משום טעמא דנעילת דלת אלא לומ' דנזקקין ב"ד למלוה לכתוב לו אגרת ללוה למקום שהוא עומד ואפילו למ"ה ולומר לו שיפרע ללוה ואע"פ שאין ביד ב"ד לכופו לבא לדון אלא בריחוק ט"ו יום כמ"ש בירוש' ובשעמד בדין וברח מ"מ משום טעמא דנעילת דלת יכתבו למלוה אגרת ללוה שישלח לו פרעון החוב או יתן רשות למכור מנכסיו ומסתמא אם לא יש ללוה ראיה שפרעו ישמע לב"ד ויפרענו או יתן רשו' למכור בנכסיו ואם ישיב לב"ד שיש לו ראיה שפרעו וכשיבא לב"ד ידון עמו חוששין לדבריו עד שיבא דאין נפרעין מן האדם שלא מדעתו משא"כ לדעת הרי"ף שאין ממתינין לכתוב לו וליפרע מדעתו כי לדידיה כל שהלך טפי מריחוק ל' יום לדעת הרא"ש או ג' ימים לדעת הרשב"א בקצת מתשובותיו מיד נפרעין מנכסיו לדעתו ז"ל ובזה דברי הרב העיטור נכונים וברורים ואיך שיהיה הנה מדברי הרב העיטור ז"ל מבואר דדין הערב ודין הנכסים של האדם שלא בפניו שוים הן והן הן דברי הרמב"ן בפרק גט פשוט כמדובר וא"כ עכ"ל דהרמב"ן פליג אר"ח ז"ל וס"ל דהלכתא כר"ן וכדעת הרי"ף ומדברי ה"ה בה' שכנים אין הכרח לומר דפליג אהרי"ף וכמ"ש הרב ב"א ומרן החבי"ב ז"ל:

וראיתי להרב גד"ת בדצ"א ע"ד שדחה עוד ראיית הרב ש"ך מדברי ה"ה ז"ל דהתם שאני דליכא שטר ביד המלוה ואיכא למיחש לפרעון משא"כ בהא דר"ן בבא ליפרע מנכסי הלוה בשטר שבידו יע"ש והרב ב"א ז"ל ומרן החבי"ב דחו דבריו ז"ל בזה כיע"ש ומהתימה על הרב פ"מ ז"ל דבח"א סימן ז' די"ז ע"ג כתב וז"ל ומ"ש כת"ר דההיא דר"ן בדאיכא שטר מקויים אבל הכא דליכא שטר לזה אשיבך מלין כו' יע"ש ולא ידעתי מה צורך לו להרב להשיבו מילי דבלא"ה אין לחלק בהכי דא"כ אמאי מניחין אותו לבנות ביתו של חבירו ולדור שם וכמו שהכריחו הרב"א ומרן החבי"ב דמהאי טעמא לא ניתן ליאמר חילוק זה ועיין עוד להרב עדות ביהוסף שם יע"ש. עוד ראיתי להרב פ"מ ז"ל שם שכתב וז"ל ומ"ש כת"ר והקשה דברי הרשב"א שכתב דתלמודא דידן פליג על הירוש' כו' הנה שפתי לא אכלה כו' דע"כ לא קאמר ר"ן אלא בבע"ח דאיכא טעמא דנעילת דלת כו' אמינא לך יישר במה שהקשית על הרשב"א דבהא לא שייכא טעמא דנעילת דלת ובודאי דהא קשיא כו' עכ"ל ואתמהא למה זה הודה לבעל ריבו בזה דיפה הקשה ושבח דבריו והלא הוא בסי' מ"א כתב בפשיטות דאין לחלק בין היכא דאיכא טעמא דנעילת

דלת להיכא דליכא טעמא דנ"ן דחכמים לא נתנו דבריהם לשיעורים והביא ראיה מדברי הרשב"א הללו יע"ש וצ"ע:

עוד ראיתי להרב הנז' בסי' מ"א שכתב דהרמב"ן ובעל העיטור קיימי בשיטת ר"ח וכתב עוד וז"ל ולע"ד אף מוהר"מ שהביא המרדכי בס"פ הכותב הוא מסברתם שכתב על אותו המלמד כו' ואין לומר דשאני התם דלא שייך טעמא דנ"ן כו' דאכתי לא הו"ל לפלוגי בין חוב לחוב וכמו שהשוה הרמב"ן הביא דבריו ה"ה כו' אלא ודאי נר' מכאן דמוהר"ם בשיטת ר"ח קאי וה"ן משמע מסוף דברי המרדכי שהביא דברי הרי"ף דהיכא דאי אפש' להודועי ללוה דנפרעי' שלא בפניו ומשמע משם למי שיעמוד בכונת דבריו על בוריין דפליג אמאי דהביא בשם מוהר"מ עכ"ל ואחר שאלת המחילה הראויה לגדולת חכמתו לא הרמב"ן ולא בעל העיטור ולא מוהר"מ קיימי בשיטת ר"ח כי הנה הרמב"ן כבר הוכחנו מדבריו שבפ' ג"פ דקאי בשיטת הרי"ף גם הרב העיטור אעפ"י שמדבריו בדס"ג ע"ג משמע לכאורה דקאי בשיטת ר"ח כיע"ש הרי בדס"א ע"א כתב להיפך בהדייא דכל שאי אפשר להודיעו נפרעי' מן הלוה שלא בפניו דקי"ל כר"ן והא דירוש' דאתמר וכי נפרעי' מן האדם שלא בפניו דחאה הרי"ף עכ"ל יע"ש דמבואר בהדיא מדבריו שם דקאי בשיטת הרי"ף אלא שבדס"ג ע"ג הביא דברי ר"ח והירוש' וכתב מ"ש לפי סברתם וכמ"ש בהדייא הילכך לפי שיטה זו אין נפרעי' כו' אבל לדידיה ודאי לא ס"ל הכי כמו שגילה דעתו בדס"א ע"א כיע"ש גם מ"ש דאף מוהר"מ ס"ל הכי כו' אשתמיטתיה מיניה דמר מ"ש ההג"מ פי"ג מה' מלוה בשם מהר"ם שדחה דברי הירוש' ופסק כהרי"ף וכדאיתא בפ"א מה' ת"ת עכ"ל וברפ"א מה' ת"ת כתב בשם מוהר"מ דכיון דכפינן לאב ללמד את בניו תורה וחובה עליו להשכיר להם מלמד הו"ל כשאר בע"ח דעלמא ועבדינן בהאי מילתא כמ"ש הרי"ף בפ' הכותב דכי לא אפשר לשדורי ולהודעי עבדינן כר"ן עכ"ל וא"כ עכ"ל דאותה תשובה דפ' הכותב שנייא היא דליכא טעמא דנ"ן ומש"ה כתב שם דאין נזקקין לו ומה שהכריח הרב כ"מ ז"ל דליכא לפלוגי בין חוב לחוב מדברי הרמב"ן שהביא ה"ה בה' שכנים ומדברי הנ"י כבר כתבנו דמהתם ליכא למשמע מידי וכמ"ש הרב"א ומרן החבי"ב והרשב"א לבד הוא דאוקי הירוש' דאזיל בשיטה רב אחא שר הבירה אבל הרמב"ם והרמב"ן אין הכרח מדברי' שסוברים כן וא"כ איכא למימר דאפי' מהר"ם בשיטת הרמב"ם והרמב"ן קאי דמשמע להו דאיכא לפלוגי בין חוב לחוב וברור ועיין עוד להמרדכי בס"פ ג"פ שהביא תשו' מהר"ם דס"פ הכותב ודוק:

ומה שיש לעמוד עוד על דברי תשו' הרב פ"מ הלזו עיין בתשו' ס' דבר משה ח"ב סי' י"ד ד"ך ע"ד ד"ה הגם הלום יע"ש ובתשו' בעי חיי חח"מ ח"א סי' ס' שנדפס מחדש יע"ש

הכלל העולה דשיטת הסוברים דאין נפרעין מן האדם שלא בפניו הם ר"ח והתוס' בפ' הכותב ורבינו האיי בתשו' אמנם לבד מהני רבוותא לית מאן דסבר הכי:

ואת זה ראיתי להרב נתיבות משפט בדרס"ו ע"ד ד"ה והרא"ש עמד מתמיה על מ"ש הרא"ש בפ"ק דגיטין דהמביא גט מארץ ישראל אע"פ שלא נתקיים בחותמיו כיון שנשאת היא בו גם גובה כתובתה מב"ח ונחתינן לנכסיה דקרינן ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי אבל להוציא ממון מן היתומים ומלקוחו' חיישי' לזיופא והיינו דאמרי' בירוש' אף הלקוחות עוררין שלא תטרוף עכ"ל ותמה על זה הרב הנז' ותימא הוא דכיון דלגבי יתומים ולקוחות חיישי' למזוייף אמאי לא ניחוש ג"כ לנפרעת שלא בפניו וכ"ש הוא דאדרבא הנפרעת שלא בפניו חמור מנפרע מיתומים ומלקוחות דמן הדין אין גובין מנכסיו אלא בפניו אלא דמתקנת חז"ל הוא שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חבירו והולך למד"ה ולדברי רב אחא שר הבירה אינו גובה כלל ואלו מיתומי' ומלקוחות לכ"ע שורת הדין שתגבה מהם וכמ"ש הרשב"א בתשובת טענות אלו לענין אחר וע"ק דכיון דמנכסי עצמו גובה משום דקרינן ביה לכשתנשאי לאחר כו' א"כ גם מיתומים ולקוחות אע"ג דבעלמא נטעון להו מזוייף מ"מ הכא תגבה כתובתה מהם משום דקרינן ביה לכשתנשאי כו' ואפילו לכשת"ל דלא קרי' ביה לכשתנשאי כו' אלא לגבות מב"ח אבל לא לגבי משעבדי מ"מ כל זה אינינו שוה לישב דמיתומים מיהא תגבה אע"ג דבעלמא טענינן להו מזוייף דלגבי יתומים ודאי קרי' ביה לכשתנשאי כו' שהרי אמרו בגמרא ביבמות שהאשה שאמרה מת בעלי כיון שנאמנת לינשא גובה כתובתה מן היורשי' דקרינן בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי באופן שדברי הרא"ש אלו כעת לע"ד צ"ע עכ"ל:

ולע"ד גברא רבא חזינא ותיובתא לא חזינא דמה שהוקשה לו תחילה אמאי לא ניחוש לזיופא בנפרעת שלא בפניו דאדרבא חמיר טפי מנפרעת מיתומים ומלקוחות כו' אע"פ שהרשב"א בתשו' ח"א סי' אלף קע"א ורמזה הרב ד"מ בא"ה סי' ק' אות י"ד הכריח כדבריו וכתב דהירושלמי שאמרו מאי ערער ערער דלקוחות לאו דוקא קאמר דה"ה דב"ד מערערי' לנגבה שלא בפניו שלא תגבה כתובתה מנכסי בעלה כיע"ש. אפשר דהרא"ש דחיקא ליה למימר הכי בפי' דברי הירוש' דלקוחות דנקט לאו דוקא ומשמע ליה דאע"ג דבשאר בע"ח דעלמא חיישי' למזוייף לנפרע של"ב אם לא מטעמא דנעילת דלת הכא גבי כתובה ס"ל דלא חיישי' ב"ד להכי משום דאדרבא זכות הוא לבעל שלא יתחייב בשאר וכסות עד שיתברר הדבר וכההיא דאמר בר"פ שום היתומים דנפרעין מן היתומים כתובת אשה משום פסידא דמזונות כיע"ש משא"כ גבי לקוחו' דלדידהו ליכ' שום פסידא

בערעור דידהו כי חיישי' למזוייף ולהכי נקטו בירוש' ערעור דלקוחות דוקא ודוק:

גם מה שהוקשה לו עוד להרב איך כתב הרא"ש דלגבי יתומים חיישי' למזוייף כיון דלגבי דידהו קרינן בה לכשתנשאי לאחר כו' כדאיתא ביבמות כו' לא מצאתי מקום לדברי הרב בזה דפשיטא מילתא טובא דלא כתב הרא"ש דלגבי יתומים חיישי' למזוייף אלא לגבי בע"ח דעלמ' אבל לא לגבי גביית כתובה במביא גט ולא נתקיים בחותמיו דקאי ביה הרא"ש דהכא יתומים מאן דכר שמייהו דהא במביא גט קאמר ובעלה חי וכמו שהכריח הרשב"א בתשו' הנ"ל ואי בעלה מת מה נפשך היא גובה כתובתה דאי הגט מזוייף הרי היא אלמנה וגובה כתובתה מהיתומים ואם אינו מזוייף גובה כתובתה משום גרושה ואין כאן דין יתומים באופן שדברי הרב נ"מ בזה לע"ד צ"ע:

זאת תורת העולה דלדעת כל הראשונים הרי"ף והרא"ש והרמב"ן בפ' ג"פ ורבינו כאן בפרקין ובעל העיטור בדס"א ע"א והרב התרומות בריש שער ט"ו שכתבו ההג"מ בפי"ג מה' אלו ופ"א מה' ת"ת והסמ"ג ורבינו האיי בס' השערים והרשב"א בתשו' הביאה מרן ב"י בסימן קס"ו ותולדות אדם סי' שנ"ט ועוד בתשו' אחרת הביאה מרן בס"ס של"ה וה

הלכה ג

שורש דין אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ומפני **מה אינו נשבע היסת לפי שאינו נשבע היסת על עצמו של משכון אבל אם יש שם עדים כו' שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה אלא לפוטרו מממון כו**'. ע"כ. עיין לה"ה מ"ש שם ז"ל ולפי דבריו מ"ש רבינו מפני מה אינו נשבע היסת כו' אין כונתו בזה לתת טעם למה שאינו נאמן בהיסת במגו דלקוח שאם זו היתה כונתו הול"ל בקיצור מ"ש אח"ך שאין אומרים מגו לאפטורי משבועה אלא כונתו בזה הוא לתת טעם למה לא יפטר בהיסת כדין כל הנשבעין ונפטרין מאח' שמשכונו תחת ידו לזה כתב דכיון שאין טענתו על גופו של משכון אלא על הממון שלוקח הו"ל כנשבע ונוטל ומפני שעדיין הוקשה לו דאפי' שיהיה מן הנוטלין כיון דאית ליה מגו דלקוח למה לא יפטר בהיסת אפי' שבא ליטול לזה סיים וכתב דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה ועיין בדברי הרא"ש בר"פ כל הנשבעין שכתב וז"ל ומקצת הגאונים כתבו שהמלוה על המשכון שנאמן לטעון עד כדי דמיו במגו דלקוח דלא שקיל בלא שבועה חמורה ומנו לה בהדי הנשבעין ונוטלין וזה נוטה קצת לדברי הר"י הלוי דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ועוד אמרו הגאוני' טעם אחר כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחבריה לית ליה בלא שבועה חמורה והביאו ראיה מההיא דהמכיר כליו כו' עכ"ל כנראה דס"ל דטעם מיגו לאפטורי וטעם דלאו אגופיה דמשכון קטעין הם ב' טעמים מחולקים ומשום הכי כתב ועוד אמרו הגאונים

טעם אחר כו' והם דברים תמוהים דב' הטעמים הללו הכל אחד והא בלא הא לא סגי כמדובר ולא הו"ל להרא"ש למימר אלא דאין מדברי הגאונים הללו ראיה לדברי הר"י ן' מיגאש דאיכא למימר דדוקא בבא לישבע וליטול הוא דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה דההיא דהמלוה על המשכון בא ליטול הוא כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין דאי בא ליפטר הוא לא הו"ל לישבע בנק"ח אלא היסת כדין כל הנשבעין ונפטרין. ואולי אפשר דאף הרא"ש אזיל ומודה דאין שני הטעמים הללו מחולקים ומ"ש ועוד כתבו הגאונים טעם אחר כו' כונתו ז"ל דמשמע ליה דמקצת הגאונים שהביא תחלה שכתבו סתמא דמלוה על המשכון שנאמן במיגו דלקוח דלא שקיל בלא שבועה ולא נחתו עצמן להביא ראיה לדבריהם מההיא דהמכיר כליו היינו משום דמשמע להו דאף בבא ליפטר נמי כההיא דשבועת אפטרופין שכתב הר"י הלוי נמי אין אומרים מיגו לאפטורי משבועה וכמו שהוכיח הר"י הלוי מההיא דשבועת השומרים ולכן לא הוצרכו להביא ראיה לדבריהם ז"ל וכתבו סתמא דכיון דנאמן במגו דלקוח לא שקיל בלא ש"ח אמנם מקצת הגאונים האחרים משמע להו טעם אחר גבי מלוה על המשכון דוקא ולא בשאר נשבעין ונפטרין דמשום דבא ליטול דוקא הוא דלא מפטר במיגו משבועה אבל בבא ליפטר שפיר אמרינן מיגו ולכך הוצרכו להביא ראיה לחילוק זה ממתני' דהמכיר כליו כו' כנלע"ד ועיין להרב גד"ת בשער מ"ט רח"ב שכתב ע"ד הרא"ש הללו וז"ל משמע דהבין ז"ל דהם טעמי' מחולקים והטעם דלאו אגופיה דמשכון מספיק לעצמו ואתמהא דהא היא גופה קשיא דכיון דאי טעין אגופיה דמשכון היה נפטר בהיסת כי בא לאפוקי ממונא נמי נפטריה מש"ח אלא ודאי עיקר ויסוד הטעם הוא דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה עכ"ל:

ואחר המחילה לא דק דעיקר ויסוד הטעם שאינו נשבע היסת הוא מפני שבא ליטול וכי אקשי' עלה דאכתי הו"ל ליפטר בהיסת במגו צרכי' לטעמא דאין אומרין מגו לאפטורי משבועה ולא היה לו להקשות ע"ד הרא"ש אלא דב' הטעמים הא בלא הא לא סגי ואיך חילקן ודוק ועיין במ"ש הב"ח ז"ל בסי"א דאף הרא"ש ז"ל דס"ל בעלמא דמגו לאפטורי משבועה אמרינן כמו שכתב הטור לקמן סי' צ"ג גבי שבועת אפטרופין אזיל ומודה הכא גבי משכון לדברי הר"י הלוי ז"ל דדוקא כדי לפוטרו לגמרי משבועה אמרינן אבל היכא דעכ"פ חייב לישבע היסת לא יע"ש והביא דבריו מרן החבי"ב בכללי המיגו בסי' פ"ב אות קס"ז יע"ש. וכבר תמה הרש"ך בסקס"ט בעיקר דברי הב"ח הללו דנראה דאשתמיט מיניה דברי הרא"ש הללו שכתבנו דמבואר מדבריו דטעמא דמלוה על המשכון הוא משום דהוי נשבע ונוטל כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין יע"ש ומדברי הטור בסי"א

שכתב דהראב"ד כתב שגם עתה שנשבע שהלוהו עליו כדי דמיו אינו נשבע אלא היסת משמע דס"ל כדעת הראב"ד וכן נראה מדברי הסמ"ע בסוף סי' שפ"ד יע"ש וזה הפך דברי אביו הרא"ש ז"ל ועוד קשה דאף הראב"ד לענין הלכה אינו חולק ע"ד הרמב"ם והגאונים כמבואר בדברי הרב התרומות רח"ב ומדבריו בהשגות בפי"ד מה' טוען כמ"ש הש"ך בסק"ע וכיון שכן לאיזה צורך הביא דברי הראב"ד וצ"ע כיון דלענין הלכה אינו חולק ע"ד הגאונים וגם הרא"ש אביו נמי אע"פ דס"ל כהראב"ד דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן אזיל ומודה לדברי הגאונים בזה כמ"ש מרן ב"י בסי' פ"ט מחו' ט' יע"ש ועיין בבאר הגולה שהגיה בדברי הטור במקום הראב"ד רבינו אפרים יע"ש וצ"ע:

ואולם הרז"ה בס' המאור פרק כל הנשבעין ורבינו אפרים שהביא הרב התרומות חלק ב' שער מ"ט חולקים וכן ראיתי להרמ"ה ז"ל הובאו דבריו בשיטה המקובצת לבב"ק דקי"ד ע"ב עלה דמתני' דהמכיר כליו וספריו ביד אחר שכתב בהדיא דבמלוה על המשכון נשבע שבועת היסת יע"ש:

וכתב הש"ך בס"ק ס"ז בשם רי"ו ז"ל והביאו הב"י בסעיף כ"ג דכל היכא דיכול לטעון עד כדי דמיו צריך שבועה אפי' הנתבע טוען שמא ושכן משמע לקמן סי' קל"ה ס"א והיא דסימן קמ"ט סכ"ב שאני דבקרקעות לא שייך שבועת הגאונים וכיון דליכא אלא היסת לא תקנוה בשמא עכת"ד. ולא ידעתי מאי ראיה מייתי הרב מההיא דסימן קל"ה דהתם שאני דטענת שמא לאו טענה גרועה היא משום דלא הו"ל למידע כמבואר אבל כי טעין שמא במידי דהו"ל למידע כי הכא במלוה על המשכון דהלוה הו"ל למידע מנ"ל שמשביעי' למלוה ואם הש"ך ז"ל ס"ל דרי"ו לא קאמר דמשבעינן למלוה אלא במידי דלא הו"ל ללוה למידע אם כן קשה דעדיפא מינה הול"ל דאפילו הראב"ד ז"ל דפליג אסברת הגאונים גבי משכון היכא דהנתבע טוען שמא משום דאי אפשר לו לידע אזיל ומודה לסברת הגאונים דאין התובע נוטל אלא בשבועה מטעמא דכל דהאי ידע והאי לא ידע אינו נוטל אלא בשבועה ומה"ט אזיל ומודה הראב"ד ז"ל לעובדא דהנהו עזי דאכלי חושלי בנהרדעא דאינו נוטל אלא בשבועה וכמ"ש בהשגות ספ"ב מהלכות שכירות וכמ"ש בשמו הרב התרומות בשער מ"ט רח"ב וז"ל וכן כל מידי דהאי ידע והאי לא ידע לא גבו מיניה אלא בשבועה כדין כל מוציא הוצאות על נכסי אשתו וכדין המכיר כליו וספריו ביד אחר שנשבע כמה הוציא ויטול עכ"ל וצ"ע ודברי הראב"ד הללו לכאור' אשתמיטתיה להסמ"ע ז"ל לקמן בסי' קל"ה סק"ב שכתב דהראב"ד ז"ל דפליג על הגאונים בדין מלוה על המשכון וס"ל דנשבע היסת אזיל ומודה בעובדא דהנהו עזי דנשבע בנק"ח משום דהמיגו הוי מיגו דהעזה יע"ש דהראב"ד לא קא יהיב האי טעמא אלא עיקר טעמו הוא

משום דהנתבע לא ידע ואפשר דהיא היא דמשום דהאי ידע והאי לא ידע הו"ל השתא מגו דהעזה ומשום הכי לא יועיל המגו עוד ק"ק דלפי מ"ש לעיל בסי"ג סק"ב הא לא חשיב מגו דהעזה כיון דהשתא נמי דטעין דכ"וכ הזיקו ובא להוציא מיד חבירו הא נמי חשיב העזה כיע"ש ואף לזה י"ל דהאי טעמא אהני לאוקומי ממנא בידיה ולומר דזכה בתפיסתו דלא חשיב מיגו דהעזה מה"ט אמנם לענין לפוטרו משבועה חשיב שפיר מיגו דהעזה לומר דלא חשיב האי מיגו שפיר לפוטרו משבועה ועיין ג"כ להרב לח"מ בפ"ב מהלכות שכירות די"ב ובפ"ח מה' טוען שכתב ג"כ דהחולקים על הרמב"ם והגאונים וס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה יתרצו להיא דהנהו עזי ולההיא דהמכיר כליו דמשום דהוי מיגו דהעזה לא מפטר בהאי מיגו יע"ש ולא זכר ש"ר טעמו של הראב"ד ז"ל שכתבנו גם מ"ש דהמכיר כליו משום דהוי מיגו דהעזה לא מפטר בהאי מיגו עיין למורי הרב בס' שער המלך בפ"ד מה' גזילה הל' י"א שכתב דהאי טעמא ליתיה לרמב"ח דס"ל דמגו דהעזה אמרינן מש"ה קאמר בפ' כל הנשבעין דשבועת השומרים דחייב רחמנא לא משכחת לה אלא בהפקר בשטר דליכא מגו דהחזרתי או לא הד"מ ולדידיה ליכא למימ' דטעמא דההיא מתני' משום מיגו דהעזה ומשום הכי הוצרכו הרא"ש והר"ן ז"ל בפ' כל הנשבעין לתרץ ההיא דהמכיר כליו בטעמים אחרים דהרא"ש הודה לדברי הגאוני' דהיכא דבא ליטול דלא אמרינן מיגו לפוטרו משבועה והר"ן ז"ל הוצרך לומר דהתם שאני משום דכיון שיצא לו שם גניבה בעיר ובאו בני אדם ולנו בתוך ביתו ועמד והפגין בלילה ואמר נגנבו כליו של פ' כדאיתא התם הו"ל כאלו איכא עדים וראה דלא מהימן לומר אתה מכרתן לי יע"ש. ולא כתבו דהתם שאני דהוי מיגו דהעזה כמו שדחו הם עצמן להיא דשבועת השומרים לדידן דקי"ל דאפי' אפקיד גביה בלא שטר דאית ליה מיגו מיחייב בשבועה דהוי מיגו דהעזה וכן להיא דהנהו עזי דחה הר"ן דמיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן יע"ש אלא משום דאכתי ק"ל לרמב"ח דס"ל דמגו דהעזה אמרינן מה יענ' להיא מתני' משום הכי הוצרכו לבקש טעמים אחרים יע"ש:

ולע"ד י"ל דרמב"ח מפרש ההיא מתני' כדמפרש לה ר' אבא בר ממל בירוש' כמ"ש הר"ן ז"ל שם ולדידיה לא קשיא למה הוא נשבע דהא איכא טעמא כדי שלא יטפלו בע"הב עם הגנבים מיהו לפום גמרא דידן קאמר הלח"מ ז"ל דאין צורך לתירוץ הר"ן דהא איכא למימר טעמא דהוי מיגו דההעזה וראיתי להרב גד"ת בדרע"ח ע"ד שדחה ראיה זו שהביאו הגאונים מההיא דהמכיר כליו דהתם שאני דמשורת הדין אף אם מכרוהו לו אחרים יש לו להחזירו בלא דמים אלא דמשום תקנת השוק חייבוהו חכמים להגנב שיחזיר לו הדמים שהוציא וא"כ הואיל ואפילו בשבועה לא היה לו ליטול דין הוא

דהשתא מיהא דהנוטל לא יהא אלא בשבועה אע"ג דאיכא מיגו אבל בטענת משכון שטוען אתה חייב לי בכ"וכ שכפי טענתו הלא חייב מן הדין באותם דמים למה לא יועיל לו המיגו ליטול עכ"ל:

ואחרי המחילה הראויה שיחתו בזה איני מכיר דאיך תלוי מה שמצד הדין היה לו להחזירו בלא דמים לחייבו בשבועה השתא אפי' כי אית ליה מיגו דכיון דהשתא מיהא משום תקנת השוק מיחייב הוא להחזיר הדמים למה לא יועיל המיגו לפוטרו משבועה דהמיגו הוא כעדים דקושטא קאמר ועיין במ"ש עוד הר"ן בפ' כל הנשבעין וז"ל ואע"פ שאמרו בירושלמי אמר רבי אבא בר ממל בדין הוא שלא ישבע כו' ולמה אמרו ישבע שלא בעלי בתים מטפלין עם הגנבים כו' אלא דאין זה דרך גמרתינו כו' עד ולפיכך איני רואה מכאן ראיה עכ"ל. ודבריו צריכין ביאור דמשמע לכאורה מדבריו שלו היה דרך גמרתינו כדרך הירושלמי היה מקום לדברי הגאוני' להביא ראיה מההיא דהמכיר כליו כו' והא ודאי ליתא דאדרבא לפי דברי הירושלמי אין מכאן ראיה כלל דאיכא למימר דלכך לא פטרוהו משבועה במיגו כדי שלא יהיו מטפלים עם הגנבים וכן תירץ הרשב"א בחי שם בפ' כל הנשבעין וי"ל ודוק:

והנה בעיקר סברת הגאונים והרמב"ם ז"ל הלזו דס"ל דבמלוה על המשכון דנאמן לטעון עד דמיה דצריך המלוה לישבע בנק"ח כדין הנשבעין ונוטלין הקשו הרז"ה והרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל מברייתי' דמייתי הש"ס בפרק כל הנשבעין דמ"ו דקתני הנותן טליתו לאומן אומן אומר ב' קצצתי לי והלה אומר לא קצצתי אלא א' כל זמן שטלית ביד האומן על בע"ה להביא ראיה נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל כו' אלמא דברישא שהטלית בידו נוטל בלא שבועה והר"ן ז"ל תירץ דלא אמרו הגאונים כן אלא בבא לגבות חובו מן המשכון שכיון שבא ליטול כו' הא אלו רצה לשתוק ולהחזיק במה שבידו אינו נשבע ובריייתא דאומן בהכי איירי וכתב עוד ואפשר דאפילו בא אומן לגבות אינו צריך לישבע דהא לעיל בסמוך אמרינן וליתיב ליה בלא שבועה ומפרקינן כדי להפיס דעתו של בע"ה כו' ולא עוד אלא אפילו תאמר שמלוה על המשכון בא לשתוק ולהחזיק במשכונו צריך לישבע לדעת הגאונים אע"פ כן פועל שאני דכיון דחזינן בש"ס דיהבא ליה אגרא בלא שבועה אי לאו משום בע"ה כשתופס משכון אין בע"ה צריך פיוס דכיון דלא מהימן ביה שהרי הן חולקין בקציצה כבר הוא מפוייס כשהאומן מחזיר לו טליתו שמתיירא שמא יאמר החזרתי עכ"ל:

וראיתי להש"ך בסימן פ"ט סק"י ד"ה ואין דבריו נראין שכתב וז"ל ומ"ש דפועל שאני כיון דהיה ראוי לתת לו בלא שבועה אלא משום פיוס בע"הב תקנו לו שבועה כו' הוא

תמוה בעיני דע"כ לא בעי בש"ס למימר דליתב ליה בלא שבועה אלא גבי פועל כשאומר פרעתיך ומטעמם דב"הב טרוד בפועליו ואהא פריך התם וליתב ליה בלא שבועה אבל בקציצה הא אמרי' התם להדיא דמדכר דכירי לה ואף בשבועה לא שקיל וגם סוף דברי הר"ן שכתב אין בע"הב צריך פיוס דכיון דלא מהימן ליה כו' שמתיירא כו' אינן מובנין לי עכ"ל ואי מהא לא קשיא כלל דהא דאמרינן התם דקציצה מדכר דכירי אינשי היינו לרבנן דר"י אמנם ר"י פליג בזה וס"ל דאף בקציצה לא דכירי אינשי כדאיתא התם ואם כן הר"ן ז"ל דקאי אהך ברייתא דלפום קושטא אוקימנא לה כר"י דס"ל דקציצה נמי לא דכירי אינשי וכמו שכתבו התוס' בפרק חזקת דמ"ה ע"ב ד"ה נתנה לו כו' משו"ה כתב דכיון דיהבינן ליה אגרא בלא שבועה אי לאו משום פיוס בעל הבית כשתופס משכון אין בעל הבית צריך פיוס כו' כלומר דלא תקנו חכמים שבועה לשכיר אלא משום שבא ליטול מבע"ה מבלי שום חזרת משכון אצל בע"ה ומש"ה תקנו שישבע לפייסו לבע"ה אבל גבי אומן שתפוס במשכונו כשמחזיר לו משכונו לבע"הב מיד הוא מתפייס בו שעד עתה היה מתירא שמא יטעון החזרתי והיה מפסיד יותר משכרו של אומן הרבה ומש"ה לא הצריכו שישבע כיון דכבר הוא מפוייס ועומד במה שמחזיר לו משכונו: ובמלוה על המשכון אע"ג דאיכא חזרת משכון אפ"ה צריך שבועה לדעת הגאונים משום דכיון דנוטל כל דמיו אין בחזרתו פיוס לבעל המשכון דשיעור מה שנותן הוא לוקח משא"כ באומן שנותן שכר פעולה שהוא שיעור מעט ולוקח המשכון שהוא הכל דשוה הרבה זה נלע"ד כונת הר"ן:

ואולם ראיתי למורי הרב בס' שער המלך בפ"ד מה' גזילה די"א שתמה ע"ד הר"ן הללו במ"ש וז"ל דכיון דחזינן בגמ' דיהבינן ליה בלא שבועה אי לאו משום פיוס בע"הב כו' שהרי הוא כתב לעיל במאי דפריך בגמ' וליתיב ליה בלא שבועה וז"ל ליכא לפרושי כו' אלא ודאי ה"ק נהי דמדינא ודאי אפי' בשבועה לא שקיל הו"ל לתקוני דליתיב ליה בלא שבועה שהרי נושא נפשו על שכרו ושכרו מועט ואיכא למיחש לכדי חייו כו' יע"ש וכיון שכן הך טעמא לא אהני אלא בשטוען שכרתיך ונתתי לך שכרך דאיכא משום כדי חייו אמנם באומן אומר ב' קצצת לי ובע"הב אומר לא קצצתי אלא אחת דמיירי במוכר מקצת שהרי מוקמינן לברייתא כר"י ליכא בהו משום כדי חייו כדי שנאמר דנשקול בלא שבועה וכמ"ש הר"ן שם בסמוך אמאי דפריך בגמ' א"ה אפי' בקציצה נמי דה"ק דאע"ב דמשום כדי חייו שדיתיה אשכיר מ"ה בקציצה לא תקינו שישבע ויטול מפני שמחלוקותם של בע"הב ושכיר בקציצה אינו אלא דבר מועט ליכא למיחש משום כ"ח יע"ש וכ"כ עוד שם לדעת הרי"ף דבכופר בכל כגון שפרע אותו סלע שהוא מודה לו או

שא"ל הילך לא ישבע בע"הב לפי שלא תקנו חכמים בקציצה כלום כיון דליכא משום כדי חייו יע"ש עכ"ל:

ולע"ד י"ל דכונת הר"ן לומר דאע"ג דגבי אומן ליכא טעמא דכדי חייו כדי לפוטרו מהשבועה מ"מ איכא טעמא אחרינא לפוטרו מפני שהוא מוחזק במשכון ובע"הב חשיב כבא להוציא ממנו אלא משו' דמשמע להו להגאונים דהשתא דתקינו רבנן שבועה גבי שכיר מפני שבא ליטול ולהוציא מבע"הב כדי לפייסו אף במלוה על המשכון נמי אעפ"י שהוא מוחזק במשכונו כיון שאין טענתו על המשכון צריך לישבע משום דדמי קצת לשבועת שכיר שבא ליטול ואית לן למימר דלא פלוג רבנן לזה קאמר הר"ן דאפי' לדעת הגאונים יש לחלק בין אומן למלוה על המשכון דגבי מלוה על המשכון כיון דלוקח כל דמי המשכון מבע"הב אין בחזרתו שום פיוס לבע"הב הילכך צריך לישבע דומיא דשבועת שכיר כיון דדמי קצת לשכיר משא"כ גבי אומן דאעפ"י שאין טענתו על המשכון אכתי אין מקום להשביעו דומיא דשבועת שכיר כיון דבחזרת המשכון איכא פיוס לבע"הב שלוקח מעט שכר פעולתו ומחזיר לו הרבה ואין לך פיוס גדול מזה הילכך אין מקום לדמותו לשבועת שכיר כלל כנלע"ד ברור בכונת דברי הר"ן

והש"ך שם תריץ יתיב לעיקר הקו' מההיא דאומן דשאני התם דאפי' בלא תפיסת המשכון האומן נאמן להוציא מבע"הב בשבועה כדקתני בהדיא בברייתא נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל הילכך כי אית ליה לאומן משכון בידו סליק דרגא ליטול אף בלא שבועה משא"כ בדין מלוה על המשכון שכתבו הגאונים דכי לית ליה למלוה משכון בידיה אינו נאמן להוציא אפי' בשבו' הילכך כי אית ליה משכון מהני תפיסתו להיות נאמן בשבועה את"ד ז"ל ע"ש. וכדבריו תירץ הרשב"א בחי' לפ' כל הנשבעין דמ"ו יע"ש ויש לי לגמגם על תירוץ זה ממ"ש הש"ך גופי' בסי' זה ס"ק ס"ח וס"ק ק"ט בדעת רבינו והגאונים דס"ל דבמלוה על המשכון אע"ג דאיכא עדים וראה דלית ליה למלוה מגו כלל לא מגו דלקוחים ולא מגו דהחזרת אפ"ה מהני תפיסתו במשכון לטעון עד כדי דמיו בשבועה דכיון דניתן לו מתחלה בתורת משכון הוא מוחזק בו להיות נאמן עליו עד כדי דמיו יע"ש וכיון שכן קשה דבמלוה על המשכון וליכא עדים וגם לא ראה אמאי לא סלקינן דרגא השתא דאית ליה מגו בהדי תפיסה להיות נאמן עליו אפי' בלא שבועה: מיהו התירוץ לזה ברור דהמגו בהדי תפיסה לא יועיל לסלק דרגא ולפוטרו מהשבועה אלא היכא דמועיל טענתו ליטול בלא תפיסה כי ההיא דאומן דעיקר טענתו בלי שום מגו ותפיסה מהני שפיר הילכך כי תפיס במשכון ואית ליה מגו תוסיף תת כחו משא"כ במלוה על המשכון דבלא תפיסה לא מהני טענתו ליטול הילכך אפי' תפיס ואית ליה מגו אין כח במגו כזה לפוטרו משבועה.

אמנם עיקר דברי הש"ך במ"ש בדעת רבינו והגאונים דכי איכא עדים וראה אע"ג דלית ליה מגו דלקוחים או החזרתי דאפ"ה מהני תפיסתו במשכון לטעון עד כדי דמיו בשבועה לכאורה הם דברים תמוהים דא"כ כי ליכא עדים נמי שהמשכון בא לידו ואיכא הודאת בעל דבר שנתנו במשכון אפי' כי לית ליה למלוה מגו דלקוחים או החזרתי נמי אמאי לא מהימן מלוה לטעון עד כדי דמיו מה"ט גופיה דכיון דניתן לו מתחילה בתורת משכון הרי הוא מוחזק בו להיות נאמן עליו עד כדי דמיו ואלו מדברי רבינו ז"ל בפי"ג מה' מלוה ריש הל' ג' ומרן בש"ע בסעיף זה ולקמן סח"י מבואר דכל דלית ליה למלוה מגו דלקוחים או החזרתי לא מהימן לטעון עד כדי דמיו אפי' איכ' הודאת בעל דבר שנתנו לו מתחילה בתורת משכון ועיין בראש יוסף אות ן' ואות ס"א שדבריו צ"ע:

ולפי דברי הש"ך ק' מ"ש עדים מהודאת בעל דבר כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ואיכא למימר דאי ליכא עדים שבתורת משכון נתנו לו כיון דמצי לוה למטען דלאו בתורת משכון נתנו בידו אפי' כי הודה לו שבתורת משכון נתנו לו תו לא מהני תפיסתו לטעון עד כדי דמיו דאין כאן תפיסה אלא ע"פ הודאת בע"הב ואיהו הא קאמר דלא התפיסו בידו אלא על כ"וך והפה שאסר הוא שהתיר משא"כ כי איכא עדים שהמשכון בא לידו דלא עפ"י הודאת בעל דבר סמכינן הילכך מהני תפיסתו אפי' בלי מגו זה נ"ל ברור בדעת הש"ך ועיין במ"ש לקמן סעיף ח"י סק"ז על מ"ש הש"ך על הרב המפה ע"ש ודוק. ומה שיש לעמוד בזה ע"ד הסמ"ע והמש"ל ז"ל אכתוב לקמן בע"ה:

עוד כתב הש"ך דכל הנשבעי' ונוטלין אם הם מוחזקים ויש להם מגו נוטלין בלא שבו' בנק"ח ואין נשבעין רק היסת ושכ"כ רי"ו בשם רבי' בנ"ג ח"ג אמנם בשם הגאונים כתב דאפילו תפסו צריכין שבועה וכתב הרב דמ"ש בשם הגאונים ליתא דלפי מ"ש לתרץ ההיא דאומן לדעת הגאונים נמצא דאף הגאונים לא פליגי אהר"י בזה יע"ש: וזה גרם לו שלא ראה מ"ש הראשונים בשם הגאונים כי עתה מקרוב נדפס שיטה מקובצת לבבא בתרא ומצאתי כתוב שם דמ"ה ע"ב עלה דהך ברייתא דאומן בשם עליות ה"ר יונה וז"ל נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל כו' אמרו הגאונים דכל הנוטלין שהם נשבעים כגון מלוה על המשכון כו' ויש להקשות על דבריהם כו' ויש להשיב משום דלא דמיא שבועה דסיפא לדרישא כו' עוד יש להשיב כשהטלית בידו אפי' לא משתבע לא מפקינן מיניה שכ"כ הרב הגאון בכל הנשבעי' ונוטלין שהנטילה מן הדין ושבועה מתקנת חכמים כיון כגון הבא ליפרע מנכסי יתומים והפוגמת כתובתה וע"א מעידה שהיא פרועה בכל אלו אם נטלו בלא שבועה לא נחתינן לנכסייהו אלא משמתינן להו עד דמשתבעי הילכ' כשהכלים ביד האומן כיון שהוא תפוס ועומד ואין מוציאין מידו אפי' אם אינו נשבע

להכי תנא על בע"הב להביא ראיה ללמדנו שהוא מחזיק בה מן הדין עד שלא נשבע ואין מוציאין מידו אבל אחר שנתנה לו שאם נשבע נוטל ואם לא נשבע אינו נוטל להכי תנא בה נשבע ונוטל עכ"ל וכ"כ עוד שם בשם הרשב"א שכתב בשם רבו והוא הר' יונה כנודע יע"ש דל"ב ע"א ד"ה אמרו הגאונים כו' וע"ב ד"ה והילכך כו' בסוף העמוד יע"ש הרי שכתבו בהדיא בשם גאון דכל הנשבעין ונוטלין אפי' תפסו נמי צריכין שבועה אלא דלא מפקינן מינייהו אבל משמתינן להו עד דמשתבעי:

ועפ"י דברי הר' יונה הללו ממילא יתיישב מה שהקשה עוד הש"ך שם בדברי הטור שם ורבינו פי"א מה' שכירות הל' ח' שפסקו דכל זמן שהטלית ביד האומן האומן נשבע בנק"ח שהרי מברייתא מוכח בהדיא דברישא נוטל בלא שבועה ובין לתי' הרמב"ן דשאני אומן דקונה בשבח כלי ובין לתי' הר"ן לדברי כולם משמע מפשטא דברייתא דאומן א"ץ לישבע בנק"ח ועיין בנ"י פ' חזקת הבתים והרב תריץ יתיב לפום דרכו דלפום קושט' דאוקימנא לברייתא כר"י אבל לרבנן אין האומן נשבע ונוטל לכך פסקו רבינו והטור גם ברישא דצריך לישבע דומיא דמלוה על המשכון יע"ש. ועיין למורי הרב בס' שער המלך בה' גזילה די"ז ע"א יע"ש ועפ"י האמור בשם הר"י הנה נכון כמובן ועיין עוד למו"ה שם ע"ב דתריץ יתיב עוד קושיא זו עפ"י מ"ש הרמב"ן והרשב"א בשם הר"י ן' מיגאש דרישא דברייתא לצדדים קתני ובמה שתמה על תי' זה מההיא דפ' חזקת דמ"ה ע"ב מתיב רב' לסיועי לרב' כו' ומ"ש שם בשם מהריב"ל כן כתב ג"כ בשיטה הנז' שם בשם הרשב"א דל"ב ע"א ד"ה היכי דמי יע"ש ומה שתמה שם ע"ד הנ"י במה שפי' ברייתא דאומן דאתייא אפי' כרבנן דר"י וזה הפך סוגיא דפ' כל הנשבעין דאוקמוה לברייתא כר"י ולא כרבנן יעויין שם אפשר ליישב בדוחק דס"ל להנ"י דזו אחת מן הסוגייאות המתחלפות בש"ס והוצרך לזה מפני הדיוק שדייק הרשב"א דלמה ליה להש"ס לאורוכי כולי האי ולכך הוצרך לומר דהך סוגייא דס"ל דאפי' לרב ושמואל אתייא ברייתא כרבנן דר"י וכי קתני סיפא נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל דלא מיירי בקציצה אלא שמתעצמין על הפרעון ודוק:

עוד הקשו הרמב"ן והרשב"א והראב"ד הביא דבריו הרב התרומות בשער מ"ט ח"ב לשיט' הגאונים ורבינו ז"ל מההיא עובדא דרבה בר שרשם דפ' חזקת דל"ב דקאמר אי מהדרנא ליה ארעא כו' אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה אלא אכבשוה לשטר משכנתא אוכלה שיעור אזוזאי דמגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי מהימנא כו' והשתא לדעתם איך ניצול רב"ש מהשבועה הא הו"ל כהא דטוען על המשכון דלא מפטר במגו והש"ך בסי' קמ"ט ס"ק כ"ד תירץ קושיא זו עפ"י דרכו

שכתב דלדעת הגאונים כל הנשבעים ונוטלין אם הם מוחזקים ויש להם מגו אין משביעין אותם ורב"ש שטר היה לו על אותם המעות שהיה רוצה לגבות וכדמשמע התם וכמ"ש רשב"ם ושאר פוסקים בהדיא א"כ אפי' לא היה מוחזק היה נשבע ונוטל מן היתומים א"כ השתא שהוא מוחזק מודים הגאונים דפטור בלא שבועה בנק"ח יע"ש. וכבר כתבנו דהר' יונה והרשב"א כתבו בשם הגאונים דאפי' בנשבעין ונוטלין כשהן מוחזקים נמי צריכין שבועה כמדובר לעיל ועיין עוד בשיטה המקובצת לבב"ב דכ"ב ע"ג ד"ה אוכלה שיעור זוזי שכתו' שם בשם הרשב"א לתר' ההיא דרבה ב"ש לדעת הגאונים עפ"י מ"ש הראב"ד דהתם שאני שכבר אכל יע"ש ולא תירץ כתי' הש"ך אעפ"י שהוא בחי' לשבועות תריץ יתיב ברייתא דאומן עפ"י תירוץ הש"ך כמ"ש לעיל והיינו משום דהך תירוצא לא ניחא ליה למהריה בדעת הגאונים מאחר דאשכחן להגאונים דס"ל איפכא כמדובר:

והרב גד"ת בדפ"א ע"ד עלה לחלק ולומר דע"כ לא כתבו הגאונים אלא דוקא כשאין המגו מעלה ומוריד לענין הממון עצמו דבלא כח המגו יש לו להוציא או להחזיק אלא שאם לא היה לו כח המגו היה מחוייב שבועה ואתה בא לפוטרו מהשבועה מכח המגו כגון בההיא דמשכון פי"ג דמלוה שאם היו שם עדים שחפץ זה הוא משכון בידו ולא ידעו כמה אעפ"י שאין לו בזה שום מגו הוא נוטל הממון שטוען עליו אבל לא יטול אלא בשבועה וכשאין שם עדים דיש לו מגו דשלו הוא לא נימא יועיל המיגו מיהא לפוטרו משבועה וכן בההיא דשותפין פ"ט מה' שלוחים הל' ד' גבי שבועת השותפין והאריסין בין בעדים בין שלא בעדים הוא פטור מן הממון אלא שבעדים הוא מחוייב לישבע ובדליכא עדים רוצה להפטר מהשבועה מכח המגו משא"כ בההיא דרב"ש שטוען משכונא הן בידי ויש לי עליו חוב כ"וך שאם היה קול שהיה של יתומים אינו נאמן עכשיו כשאכלה שני חזקה בחיי אביהם מועיל המגו על עיקר הממון דכיון שכל עצמו של המגו הוא בא על תמצית הטענה עצמה אגבה יועיל ג"כ שלא ישבע דלא שייך לומר אין אומרים מגו לאפטורי משבועה כיון שאין אנו משתמשים ממנה בעצם ראשונה על פיטור השבועה את"ד והביא כלל זה מרן החבי"ב בכללי המגו שלו אות קס"ט יע"ש:

והנה אין ספק דהרב גד"ת משמע ליה בכוונ' דברי רבינו במ"ש שם בפי"ג מה' מלוה דאם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו עד כמה דאינו יכול ליטול אלא בשבועה כו' כמו שהבין הש"ך בס"ק ס"ח וס"ק ק"ט דאפי' איכא עדים וראה נמי דהשתא לית ליה למלוה מגו כלל לא מגו דלקוחים ולא מגו דהחזרתי דאפ"ה כיון שהוא מוחזק במשכון מהני תפיסתו להיות נאמן עליו עד כדי דמיו בשבועה ומש"ה כתב דכיון דביש לו עדים זוכה בטענתו בלי שום מגו כשאין לו עדים דיש לו מגו והמגו בא לפוטרו

מהשבועה דוקא כל כה"ג לא אמרינן מגו לאפטורי כיון דעיקר המגו לא בא אלא לפוטרו מהשבועה דוקא ומלבד שיש לדחות דאפשר דכונת רבינו הוא כמו שהבין הסמ"ע בס"ק מ"ח והרב מש"ל דבדליכא עדי ראיה דאיכא מגו דהחזרתי דוקא הוא דקאמר רבינו דנאמן מלוה עד כדי דמיו מטעם מגו אבל כי איכא עדים וראה דלית ליה מגו כלל לא מהימן מלוה: ואעפ"י שהש"ך דחה דברי הסמ"ע בזה דא"כ למה פשיטא ליה לרבינו טפי בדאיכא עדים על המשכון דלא מהימן אלא בשבועה כיון דהתם נמי לא מהימן אלא במגו דילמא מהימן נמי בלא שבועה בנק"ח אלא בהיסת במגו דהחזרתי ומאי אולמיה דיש עדים מאין עדים כמ"ש הסמ"ע דאין זה מגו טוב דניחא ליה לשקר בעיקר ההלואה טפי מלטעון החזרתי אין בזה טעם דילמא ניחא ליה טפי בזה מבזה כיע"ש:

כבר ביאר טעמו הרב מש"ל דרבינו אזיל לשיטתיה דס"ל דבטענת החזרתי צריך השומר לישבע בנק"ח כמ"ש בספ"ו מה' שאלה ופקדון וביאר טעמו מרן כ"מ בפ"ב מה' שכירות דכל טענה שטוען השומר כדי ליפטר צריך שבועה כיון שהודה שנעשה שומר ואף דה"ה פליג אהא וס"ל דבטענת החזרתי ישבע היסת לאו אליבא דרבינו קא"ל כו' אלא אליבא דידיה קא"ל דאיהו פליג על רבינו וס"ל כהראב"ד דהשיג עליו כיע"ש:

וראיתי למורי הרב בס' שער המלך בה' גזילה די"ז סע"ד שדחה דברי המ"ל שהרי מדברי ה"ה בספ"ו מה' שאלה ופקדון מוכח בהדיא שאף אליבא דרבינו אמרו שכ"כ שם ואולי מפני שנתן כאן סימנים אמר כאן רבינו שישבע בנק"ח וכן מפורש בהדיא בדברי רבינו שבפ"ב מה' שכירות ואדרבא דברי מרן הכ"מ שם צ"ע כמו שתמהו עליו הלח"מ והמש"ל גופיה שם ומהתימא עליו שנמצא סותר את עצמו ומתוך כך כתב הוא דטעמו של רבינו הוא כמ"ש הסמ"ע דמגו דהחזרתי לא הוי מגו טוב ומשום דהוי מגו דהעזה את"ד יע"ש:

והנה מ"ש דמגו דהחזרתי חשיב מגו דהעזה לא זכיתי להבין דבריו בזה דכיון דהשתא נמי דטעין דהלוהו כ"וך טפי ממ"ש הלוה הרי מעיז פניו בפני הלוה וא"כ הו"ל המגו ממעיז למעיז ואין כאן מגו דהעזה וסבור הייתי לומר דלהכי לא חשיב מגו דהחזרתי מגו טוב משום שמתיירא הוא לטעון כן שמא למחר יראו המשכון בידו וימצא שקרן למפרע אמנם הא ליתא כמבואר בדברי הסמ"ע סי' ס"ד סק"ד וסי' קל"ג סק"ה וכדברי הש"ך בסי' ס"ד סק"ד יע"ש: כי ע"כ נלע"ד דהעיקר כמ"ש המש"ל דרבינו אזיל לשיטתיה ומה שהקשה מורי הרב דאדרבא דברי רבינו בפ"ב מה' שכירות מבוארים הפך מ"ש מרן כ"מ אפשר ליישב דברי מרן כ"מ בהדק לשונו של רבינו שם בדי"ב שכתב וז"ל או שאמר כן היה אבל החזרתי לך ונסתלק השמירה ולא נשארה בינינו תביעה הרי הנתבע נשבע

שבועת היסת כו' דמה זה אריכות לשון שכתב הרב ונסתלקה השמירה ולא נשארה בינינו תביעה ולמה לא כתב בקיצור או שטען כן היה אבל החזרתי לך כו' אמנם כונת רבינו לומר שטענת השומר היא דמעיקרא כך היה תנאו עמו שבחזרת הפקדון יסתלק השמירה ולא ישאר לו דין שומר להשביעו אח"ך כשיתבע ממנו לא החזרתי לי ואדעתא דהכי קבל עליו שמירת הפקדון שלא לדון עמו כדין שומר אבל כשטוען סתמא החזרתי לך הפקדון אז הוה ליה ככל שומר דעלמא דחייב לישבע מן התורה וכמ"ש בסוף פרק ו' מהלכות שאלה ופקדון ושוב ראיתי להרב בני יעקב בתשובה סימן י"ב דר"ך ע"ב יישב כעין זה דברי מרן כ"מ ז"ל ועיין עוד שם ודוק. ומה שהוקשה לו למו"ה במ"ש המ"ל דאף ה"ה לא אמרה אליבא דרבינו כו' דמדבריו בספ"ו מה' שאלה מבואר דאף אליבא דרבינו אמרה כו' אפשר לומר דכיון דבלשון אולי אמרה למילתיה ה"ה ז"ל ש"מ דספוקי מספק"ל בדעת רבינו והמש"ל לא כתב דלאו אליבא דרבינו אמרה אלא עמ"ש ה"ה ז"ל בפשיטות בפ"ב מהלכות שכירות דבטענת החזרתי אין בו שבועת השומרים ע"ז כתב דלא כתב כן בפשיטות ה"ה ז"ל אלא אליבא דידיה ולא לדעת רבינו שהרי בספ"ו מהלכות שאלה כתב להפך וה"ה ז"ל שם לא החליט שאמרו שם לומר דשאני התם שנתן סימנים אלא בדרך אולי אמרה למילתיה ש"מ דמ"ש כאן בפשיטו' אליבא דידיה קאמר הכי ומ"ש עוד מ"וה ז"ל שהרב מ"ל סותר את עצמו כו' ראה זה מצאתי בגליון ספר מ"ל לא' מרבני קושט' הוא מהר"ן יאודה ן' יקר ז"ל כתב שם וז"ל עיין לעיל פ"ב מה' שכירות והדברים ההם הם מיסוד הרב כמוהר"א רוזאני"ש ז"ל ודברים אלו שבכאן הם מיסוד הרב המחבר ומכאן מודעא רבה לרוב הדברים שבאו בתוך דברי הרב המחבר שהם ממוהר"א הנז' אם המצא תמצא סתירה ממקום אחר שלא יקשה סתירת המאמרים עכ"ל ועיין בס' שם הגדולים אות היו"ד סי' צ"ד ובכן ע"פ דברי המש"ל בכונת דברי רבינו וכן למ"ש הסמ"ע ממילא נדחה קראו לה לכלל זה שהוציא הרב גדולי תרומה ז"ל מדבריו כמובן:

ולבר מן דין אף למה שהבין הגד"ת בהבנת דבריו ז"ל דכשיש עדים שבמשכון בא לידו אפילו איכא עדי ראיה דליכא מיגו כלל קאמר דנאמן מלוה עד כדי דמיו וכמו שהבין הש"ך אכתי כי ליכא עדים שבמשכון בא לידו ודאי דאין המלוה נאמן עד כדי דמיו אלא מטעם מיגו וכמבואר מריש דברי רבינו שם בפי"ג מה' מלוה ריש ד"ג ובדברי מרן בש"ע כאן בדין שלפנינו ולקמן סח"י דכל דלית ליה למלוה מיגו דהחזרתי או לקוח לא מהני תפיסתו במשכון כלום אפילו הודה הלוה שבתורת משכון בא לידו וכמ"ש אנן יד עניי לעיל ד"ה והש"ך כו' וכיון שכן איך כתב הרב ז"ל דהכא דאין המגו מועיל לעיקר הממון כו' משו"ה אית לן למימר דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כו' והלא עיקרו של מיגו

זה בעצם ובראשונה אינו בא אלא על הממון וכיון שכן אגבו הול"ל שיועיל ג"כ לשבועה ואע"פ דכשיש עדים שבמשכון בא לידו אע"פ דליכא מיגו מועיל טענתו לעיקר הממון ליטול מה יושיענו זה להיכא שאין עדים דאי לאו מיגו לא שקיל הא ודאי אתמהא וצ"ע:

ואת זה ראיתי לה"ה ז"ל בפ"ב מה' שכירות שכתב דהרמ"ה ז"ל הוא מכת הסוברים דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן בשום מקום ודלא כיש מפרשים שסוברים דדוקא בשבועת השומרים נאמר כלל זה יע"ש ובב"י ר"ס רצ"ו:

ולכאורה ק"ל דחזינא ליה להרמ"ה בפרטיו הובאו דבריו בש"מ לבב"ק דקי"ד עלה דמתני' דהכיר כליו וספריו שחולק בדין מלוה על המשכון כסברת הגאונים ורבינו וס"ל דנאמן לטעון עד כדי דמיו בשבועת היסת במגו דלקוח או החזרתי יע"ש ועכ"ל דמשמ' ליה להרמ"ה דגבי מלוה על המשכון דהמגו עקרו בא להחזיקו בממון אגבו נמי נפטר משבועה ודלא כהרב גד"ת שכתב דהכא לא בא המגו מעיקרא לממון ועיין למורי הרב שם בה' גזילה די"ז ע"ג שדחה כללו של הרב גד"ת ז"ל מדברי רבינו בפ"ט מה' טוען ד"ב ופ"ד מהלכות גזילה די"א דמבואר מדבריו שם דאפילו היכא דהמיגו מועיל לעיקר הממון ליטול ואי לאו המיגו דזה חייב לשלם אפילו הכי לא מהני ליה לפוטרו משבועה יע"ש:

וראיתי עוד למו"ה שם שרצה לומר בדעת רבינו דכל שהמיגו מועיל לפוטרו שלא לשלם אבל לא ליטול מהני ליה נמי לפוטרו משבועה בנק"ח ואינו נשבע אלא היסת ורצה לדקדק כן מדברי רבינו וה"ה בספ"ב מה"ש ובהכי ניחא ליה מה שהוקשה לו להגד"ת בדברי הראב"ד בהשגות פי"ד מהלכות טוען. ושוב דחה זה ממ"ש הר"ן פרק כל הנשבעין בשם הר"י ן' מיגאש עלה דקאמר רבא לרמב"ח שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה יע"ש באורך וסיים ומינה תברא למ"ש הג"דת ז"ל במכ"ש את"ד יע"ש. ואני אומר דמהא ליכא תברא לדברי הגד"ת דאע"פ שלפי מה שפי' הרב ז"ל בהא דפריך רבא א"כ שבועת השומרים דחייב רחמנא הכי משכחת לה מבואר דס"ל לרבא דאין חילוק בין היכ' שהמיגו בא לפוטרו משבועה גרידא להיכא שמועיל לפוטרו אף מממון ומש"ה הוצרך לאוקומה שבועת השומרי' בדאפקיד גביה בשטר מ"מ לפום קושטא דמילתא דאנן קיימא לן דשבועת השומרים איתיה נמי אפילו בדלא אפקיד גביה בשטר וקי"ל נמי כדקאמר רב ושמואל דכי אית ליה מיגו לבע"ה דלא שכרתיך מעולם דפטור בע"ה משבועה ואינו נשבע אלא היסת וכמ"ש רבינו בפי"א מה' שכירות ומהר"י ן' מיגאש בשיטתו בשבועות דמ"ז ע"ג ד"ה נקטינן השתא כו' יע"ש איכא למימר שפיר דמש"ה מהני גבי שכיר מגו לפוטרו משבועה אע"ג דבעלמא לא מהני משו' דהכא שאני

דכיון דהמגו מהני לפוטרו מממון מהני נמי לפוט' אף משבועה והכא נמי אפשר דהכי ס"ל מיהו ס"ל דאין לומר כן אלא בדרך פשרה כי היכי דלא תקשי לרב ושמואל משבועת השומרים אמנם רמב"ח דאפליג לשבוחי מילתא דרב ושמואל ואמר כמה מעליא האי שמעתתא דמשמע דהדין מוכרח בעצמו להכי אקשי ליה מאי מעליותא כו' וכמו שכ"כ הר"ן ז"ל לפי דרכו בפי' השמועה בשם רב שרירא גאון יע"ש ומיהו אפשר לומר דטעמא דגבי שכיר מהני מיגו לפוטרו לאו משום דמהני לפוטרו מממון הוא אלא משום דכיון דשבועה זו מדרבנן בעלמא היא ורוב פעמים יכול לברר שעשה עמו מלאכה בעדים לא ראו לתקן בזה כלום כמ"ש הר"ן ז"ל ועיין עוד במ"ש רבינו בפי"א מה' שכירות הל' ז' דהיכא דהבע"ה והשכי' חלוקים בקציצה אם הבע"ה כופר בכל כגון שאומר כ"וכ קצצתי לך וכבר נתתיו לך שהשכיר מודה במה שנתן או שאומר לו הילך אם אין עדי' כששכרו או שתבעו אחר זמנו דהשתא אית ליה לבע"ה מיגו דלא שכרתיך אינו נשבע בע"הב אלא היסת כיע"ש:

ולכאורה קשה דכל כה"ג הו"ל מיגו לאפטורי משבועה כיון דבדאיכא עדים ששכרו ולא ידעו כמה פסק נשבע בע"הב שבועה חמורה כמ"ש רבינו ז"ל שם וא"כ כי ליכא עדים ששכרו למה יפטר כיון דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ושוב ראיתי בחי' מהר"י ן' מיגאש לשבועות שנתן טעם לזה שלא יהא דין הקציצה חמור מדין נתתי והשכיר אומר לא נטלתי דהיכא דאית ליה מיגו לבע"ה נשבע בע"הב היסת ונפטר לענין קציצה נמי דינא הכי יע"ש. ומדהוצרך לומר טעם זה גבי קציצה משמע דגבי בע"הב אומר נתתי ושכיר אומר לא נטלתי דמפטר בע"הב בשבועה חמורה במיגו לאו היינו מטעמא שכתב הר"ן ז"ל משום דכיון דרוב פעמים יכול לברר בעדים לא ראו חכמים לתקן בזה כלום דא"כ האי טעמא גופיה שייך נמי בקציצה אלא משמע דס"ל כדאמרן מעיקרא דגבי בע"הב אומר נתתי ושכיר אומר לא נטלתי שאני דכיון דאהני המגו לפוטרו מממון מהני נמי לפוטרו משבועה משא"כ בקציצה דאפי' בלא מגו לא היה חייב אלא שבועה ונמצא שהמגו לא בא אלא לפוטרו משבו' לבד ולהכי אית לן למימר שלא יהא המגו פוטרו משבועה לכך הוצרך למתלי טעמא שלא יהא דין הקציצה חמור מדין נתתי ולא נטלתי ועיין בדברי הר"ן ז"ל שם בפרק כל הנשבעין שהביא דברי רבינו והר"י ן' מיגאש הללו בקיצור ודוק:

ודע דבענין שבועת האריסין והשותפין כתב רבינו בפ"ט מה' שלוחין הל' ד' והביא דבריו הטור בסי' צ"ג ס"ו וז"ל אע"פ שאין שם עדים שזה אריסו או שותפו אלא הוא מודה מפי עצמו כו' אבל לא גזלתי כלום הרי זה נשבע בנק"ח שאין אומרים מיגו לפוטרו

משבועה אלא לפוטרו מממון עכ"ל וכתב מרן ז"ל בכ"מ ובב"י שכ"כ הרא"ש בריש שבועת הדיינים בשם מהר"י ן' מיגאש ז"ל ורבינו נמשך אחר דעת רבו עכ"ל וז"ל מהר"י ן' מיגאש שהביא הרא"ש ז"ל ועוד כתב דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה כו' הילכך האי מאן דתבע ליה לחבריה לקמן לדינא וא"ל דשותפא דידי הוית ופליגנא בהדך תנאי עלך מקמי דנפלוג בהדך דתשתבע לי על שמא וקמודה ליה חבריה דשותפא דידיה הוה מיהו קאמר דלא אהני ליה בש"פ מעולם אע"ג דליכא סהדי בההיא שותפותא ואיכא למימר מיגו לא אפטר מההיא שבועה אלא משבעינן ליה עכ"ל:

וק"ל טובא בדבריו למה זה נקט מילתיה בשחלקו ובשהתנה עמו שישבע לו אחר חלוקה והרי אפילו לא חלקו נמי מצי לאשמועי' דדינא הכי דכיון דליכא עדים בעיקר השותפות הא אית ליה מיגו דלא נשתתפתי דמצי למפטר נפשיה וכמ"ש רבינו ז"ל. תו ק"ל דהשתא דנקט מילתיה בשחלקו ובשטוען שהתנה עמו שישבע לו אחר חלוקה אפי' איכא עדים בעיקר השותפות נמי הוה מצי לאשמועינן דאע"ג דאית ליה מיגו דלא התנית עמי דכי טעין הכי מפטר משבועה כמ"ש רבינו בפ"י מהלכות שלוחין ה"ב והטור בסי' צ"ג דט"ו והן דברי הרי"ף בס"פ כל הנשבעין אפ"ה מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ולמה זה ארכביה אתרי ריכשי שטוען שהתנה עמו שישבע אחר חלוקה ובדליכא סהדי שותפותא הא ודאי תימא לכאורה. וחששתי ומצאתי בחי' מהר"י ן' מיגאש עצמו שנדפסו מקרוב כתוב שם בתוך לשון זה שהביא הרא"ש וכנראה שהיא הגהה ע"ד הרב והכניסוהו בתוך לשון הרב וז"ל וקמודה ליה חבריה דשותפא דידיה הוה מספקא לי אמאי לא אמר כגון שלא חלקו וליכא עדים דהוי שותפיה ומשבע ליה על טענת שמא אע"ג דאיכא למימר מיגו ואמאי נקט מילתיה בחלקו מיהו קאמר דלא אהני ליה ככתוב בדברי הרא"ש יע"ש:

ונלע"ד דממילת מספקא לי עד מילת חלקו הוא לשון הגה שהכניסו אותה בתוך לשון הרב וכונתו להקשות ע"ד הרב מה שהקשינו בתחילת דברינו וברור. והנלע"ד דלהכי נקט מילתיה הרב ז"ל בכה"ג לאשמועינן דאפי' כי אית ליה תרי מיגו לאפטורי משבועה דהיינו מיגו דלא התנית עמי ומיגו דלא הייתי שותף עמך אפ

הלכה ד

שורש מלוה על המשכון ונאבד המלוה **על המשכון כו' שהרי המלוה חייב בדמי המשכון כו'**. נ"ב עיין במ"ש הסמ"ע סקכ"ט ובמה שהשיג על הע"ש והדין עמו ועיין להרב ראש יוסף אות ל"א ובמה שיש לגמגם על דבריו שם יע"ש:

ומ"ש עוד רבינו **אמר המלוה סלע הלויתיך עליו כו' ישבע הלוה שהרי הודה במקצת**

כו'. עיין להר"ן בס"פ שבועת הדיינים שכתב בשם הרמב"ן דטעמא דחשיב מודה מקצת הוא מפני שהוא מודה לו בעיקר החיוב שאפילו ישנו לפקדון בידו מ"מ הוא חייב לו באותו העודף שעל כדי דמיו ואם אבד נמי הוא חייב לו בהם אע"פ שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו כיון שהוא נאמן בכך בשבועה מודה מקצת הוא דתרתי מילי נינהו והודאה דיליה הודאה גמורה היא ומיהו דוקא בכה"ג הוא חייב מפני שהודה במקצת אבל בממון שחבירו נאמן עליו בשבועה ונתבע כופר בכל אין מחייבין אותו שבועה לומר כיון שהנתבע נאמן עליו בשבועה הרי הוא כאלו הודה עליו במקצת כו' דאינו דומה למשנתינו לפי שאין אנו מחייבין הלוה מפני שהמלוה נאמן בשבועה שאבד המשכון אלא מפני שהלוה עצמו הודה במקצת ההלואה ומיהו בין לית לך ובין לויתי ואיני יודע אם פרעתי מודה מקצת הוא שאע"פ שלא הודה כלום בפטור מ"מ מתוך תשובתו נתחייב הוא במקצת עכ"ל הרמב"ן ז"ל והביא דבריו הרשב"א בחי' יע"ש:

ואיכא למידק דמאי שנא מלוה על המשכון והלוה הודה במקצת דלא חשיב לוה מודה מקצת אלא עד דמשתבע מלוה שאבד המשכון מההיא דהאומר בין לית לך ובין איני יודע אם פרעתי שכתב הרמב"ן ז"ל דחשיב מודה מקצת מטעמא דכיון דהלוה טוען שמא הו"ל בריא בחיובא וספק בחזרה ואין המלוה צריך לישבע כלל כמבואר בש"ע סימן ע"ה ס"ט וא"כ ה"נ כיון דהלוה טוען שמא המשכיר ביד המלוה וחיוב ההלואה ברורה הו"ל ברי בחיובא וספק בחזרה ויהיה המלוה נאמן בלי שבועה והלוה יתחייב שבועה מודה מקצת מיד ואף שהר"ן כתב שם על דברי הרמב"ן הללו דהא דמלוה על המשכון ואומר ששלש דינרים הוה שוה דמי לאומר איני יודע אם הלויתני דפטור הלוה למאי דקי"ל כר"י ור"ן הדבר קשה דכיון דעיקר ההלואה ברורה שהלוה לו סלע א"כ כשיש ספק אם המשכון ביד מלוה או לא הו"ל כס' אם פרעו או לא וכאומ' הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך ולמה דימה אותו הר"ן לאומר איני יודע אם הלויתני:

ונראה לישב דדוקא גבי אומר איני יודע אם פרעתיך חשיב לוה בריא בחיובא וס' בחזרה וגובה המלוה בלי שבועה משום דטענת שמא של הלוה היא טענה גרועה שאלו פרעו הו"ל למידע אם פרעו או לאו הילכך נאמן מלוה בלי שבועה אבל הכא במלוה על המשכון אע"ג דהלוה בריא בחיובא וס' החזרה הוא מ"מ אין טענת השמא שלו גרועה כיון דהמשכון ביד המלוה אין הלוה יכול לידע אם נאבד המשכון או אם עדיין הוא קיים בידו של מלוה הילכ' כל כה"ג לא מהימן מלוה בלי שבועה ובהא אפליגו הרמב"ן והר"ן דלדעת הרמב"ן לא מהני האי טעמא דאין השמא גרוע להחשיב טענת הלוה כאומר איני יודע אם הלויתני דפטור לגמרי כיון דס"ס הכא עיקר חיוב ההלואה ברור והס' הוא

אם פרעו משא"כ באומר איני יודע אם הלויתני דהס' הוא בעיקר החיוב וגם לא דמי לאומר איני יודע אם פרעתיך דהתם השמא הוא גרוע והכא אינו גרוע הילכך משמע ליה להרמב"ן לומר דהכא מיהא אהני האי טעמא לחייב שבועה למלוה אמנם דעת הר"ן הוא דהכא כיון דטענת השמא אינו גרוע הו"ל ממש כההיא דהאומר איני יודע אם הלויתני דפטור הלוה לגמרי אם היה הדין נותן דחיוב הודאתו תלוי בחזרת המשכון אלא שלדעתו אינו תלוי זה בזה כמ"ש שם וז"ל ודברי הרמב"ן ז"ל אינם ברורים אצלי דאם איתא דבמשכון דלא שוה לוה לא מחייב למלוה מידי עד דמהדר ליה משכוניה כשהלוה מודה ואומר ששלשה דינרים היה שוה למה מחייב והרי אין כאן הודאת ממון אלא גורם לממון ולא עוד אלא אפי' נשבע אחרי כן שאינה ברשותו לוה פטור כיון שבעת ההודאה פטור כו' ועו' שלפי דבריו שהוא אומר שאינו חייב כלום למלוה עד דמהדר ליה משכונה כי מקשי התם בפרק המפקיד עליה דרב הונא דאמ' משביעין אותו שבועה שאינ' ברשותו ולא הוה ס"ד דמתני' במאמינו תיקשי ליה לוה אמאי חייב שהרי אין למלוה לישבע שאינה ברשותו אי ליתיה לדר"ה ונמצא לוה אומר איני יודע אי חייב אני לך כלום וא"נ איתא לדר"ה אמאי מיחייב לוה הא שבועה זאת לא ליפות כחו של מלוה היא אלא מפני חשש שמא עיניו נתן בה ונמצא לוה לפי הודאתו פטור מן הדין כל כמה דלא מהדר משכוניה ולמה נאמן המלוה בשבועה כדי לחייב הלוה שהוא פטור מן הדין אם איתא דהכי הוא ואע"ג דבאבידת המשכון מלוה בריא ולוה שמא הו"ל כאומר מנה לי בידך והלוה אומר איני יודע אם הלויתני דקי"ל כר"ן ור"י דפטרי בפ"ק דכתובות דף י"ד לפיכך אני אומר דבמשכון דלא שוה אפילו ידעינן בודאי דאיתיה בידיה דמלוה אע"פ כן חייב לוה לפרוע למלוה העודף שאע"פ שהמלוה עובר בלא תחמוד אפי"ה ממוניה אית ליה גביה דלוה דהיינו אותו העודף ואע"פ שאפשר שאין ב"ד נזקקין לכוף את הלוה כל זמן שהמלוה עובר בלא תחמוד היינו כדי לכוף את המלוה שלא יעבור על לאו זה אבל אין הלוה נפטר מחיובו וחייב בבא לצאת ידי שמים לפורעו את העודף דכיון דלא קי"ל כשמואל דאומר בגמ' אבד קתא דמגלה אבד אלפא זוזי אין חיוב ההלואה תלויה במשכון כלל אלא בשכנגדו ושויו עכ"ל:

הנה העתקתי רוב לשונו מפני שיש לע"ד לעמוד בדבריו בכל מה שתמה בזה על דברי הרמב"ן והן קדם אומר דק"ל טובא בדבריו הללו דלפי דעתו שסובר שכל שחיוב ההלואה תלויה בחזרת המשכון אין המלוה נאמן בשבועתו לחייב את הלוה דכל כה"ג הו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני דאע"פ שהמלוה טוען בריא והלוה טוען שמא פטור הלוה למאי דקי"ל כר"י ור"ן דפ"ק דכתובות אם כן היכי קאמר התם בפ' שבועת הדיינים

ופרק האומנין בברייתא ר"א דהמלוה את חבירו על המשכון ונאבד המשכון דישבע המלוה שנאבד ויטול מעותיו אלמא דמלוה נאמן בשבוע' להוציא מיד הלוה וההיא מיירי אפילו בדשוי משכון שיעור זוזי כדאמרינן התם בגמ' ולפי דעת הר"ן כל כה"ג שהמשכון שוה שיעור החוב חיוב ההלואה תלויה בחזרת המשכון ולמה לא יפטר הלוה כההיא דאומר איני יודע אם הלויתני וליכא למימר דהא מילתא ר"א קאמר לה ואנן לא קי"ל כר"א דהא ודאי בורכא היא דמאי דלא קי"ל כר"א הוא במאי דמשוי למלוה כש"ח ולא כש"ש אבל מ"מ מדר"א נשמע לדידן דהיכא דנאנס המשכון ישבע המלוה ויטול מעותיו וכמו שהכריח הר"ן ז"ל בתשו' סימן ך':

ואין ספק לע"ד כי זה הכריחו להרמב"ן ז"ל לומר דישבע המלוה ואח"ך יתחייב הלוה באותו דינר ולא דימה אותו להההיא דאומר איני יודע אם הלויתני וכמ"ש הר"ן משום דקשיתיה הא דר"א דברייתא ומתוך כך משמע ליה דכל כה"ג שעיקר החיוב של ההלואה ברור והספק הוא בפרעון המשכון כיון דאין השמא של הלוה גרוע אהני למחייביה למלוה שבועה וליטול ולא מפטר לגמרי באומר איני יודע אם הלויתני כיון דס"ס עיקר החיוב ברור והפרעון ס' כן נראה לע"ד ודברי הר"ן ז"ל צל"ע:

גם מה שהוקשה לו להר"ן בדברי הרמב"ן בתחילת דבריו דהכא אין כאן הודאה בממון אלא בדבר הגורם לממון ודימה זה להההיא דמשביע ע"א לע"ד אחרי שאלת המחילה הראויה לגדולת חכמתו אין דמיונו עולה יפה דהתם שאני דעדותו של ע"א אינו מחייבו ממון אלא שבועה והשבועה אינה ממון אלא גורם לממון אבל הכא הודאתו של הנתבע שהודה בחיוב הדינר הודאת ממון גמור הוא אלא שחיוב זה יש לו מקום פטור בחזרת המשכון וכל שלא החזיר לו המשכון חשבינן ליה כאלו פרעו אותו דינר למלוה ע"י עכוב המשכון וכשמחזירו לו הרי הוא חייב לו בדינר מפני הודאתו הילכך כיון דמקום פטור זה שיש ללוה תלוי ביד מלוה והוא נאמן בשבועה שלא פרעו קאמר הרמב"ן שפיר דחשיב הודאת הלוה בדינר הודאה גמורה בממון וכבר ראיתי למוהר"ם ז"ל בחי' אשר סביב להרי"ף שדחה ראית הר"ן הלזו שהביא מההיא דמשביע ע"א וכדאמרן יע"ש:

גם מה שהוקשה לו עוד דלפי דברי הרמב"ן ז"ל כי מקשה התם בפרק המפקיד עליה דר"ה ולא הוה ס"ד דמתני' במאמינו תקשי לן לוה אמאי חייב כו' וא"נ איתיה לדר"ה לוה אמאי חייב כו' הדבר ברור לע"ד דדעת הרמב"ן הוא דבלאו מילתיה דר"ה הוה ידע תלמודא שפיר דכל שמלוה בא להוציא ממון מיד הלוה ודאי דאין מוציאין מידו עד שישבע המלוה שבועה שאינה ברשותו וכדקתני ר"א בברייתא בהדיא ישבע מלוה ויטול ולהכי לא היקשה לו מידי ממתני' אמנם ר"ה דחדית לן דאפי' כשאין המלוה בא להוציא

מיד הלוה כי ההיא דשילם ולא רצה לישבע דאפ"ה משביעין אותו מטעמא דשמא נתן עיניו בה להכי ק"ל ממתניתין שפיר:

גם במ"ש הר"ן דאפילו נשבע המלוה אח"ך אכתי אין זה מודה מקצת כיון שבעת הודאתו היה פטור ודימה זה להההיא דמה שהנחת אתה נוטל כו' קשה שהרי בסוף דבריו כתב הוא ז"ל דבענין תובע מחבירו ן' הלואה ון' מחמת חבלה כל שעדיין לא נשבע הנחבל על חבלתו לא חשיב נתבע מודה מקצת לפי שעדיין אין לתובע אצלו ממון אלא גורם לממון דמי יימר דמשתבע מיהו לאחר שנשבע על חבלתו ועדיין התובע עומד על תביעתו ן' הלואה ונתבע כופר בכל מסתברא דחייב דהיינו דר' חייא קמייתא כו' ואע"פ שבעת תביעתו לא היו כאן עדים וחזינן לעיל שכל שיצתה הודאה מפי הנתבע בפטור אע"פ שאחר כך בא לו צד חיוב אינו מתחייב עליה נ"ל שאין למדין ממנה לנדון זה דשאני התם דעל הודאתו אתה מחייבו אבל בדר' חייא קמייתא על הודאת עדים אתה מיחייב ומה יעשה זה שבתחילת לא היו לו עדים ואחר כך באו עדים ונחבל נמי כשנשבע הרי אנו עדיו עכ"ל:

ולפי דבריו הללו אף במלוה על המשכון נמי שפיר איכא למימ' דכשנשבע מלוה על המשכון שאינו ברשותו מתחייב לוה השתא בהודאתו על הדינר מטעמא דרבי חייא קמייתא ומאי ק"ל ז"ל לדברי הרמב"ן ודימה זה להההיא דמה שהנחת אתה נוטל ויש לישב ודוק ועיין להר"ב שמואל בביאורו לסי' זה ד"ק ע"ב שעמד על תשוב' הר"ן במה שעלה על דעתו שם לומר דמלוה על המשכון וטוען ללוה שנאנס דפטור הלוה מחיובו כההיא דהאומר איני יודע אם הלויתני ושוב דחה זה הר"ן מבריית' דקתני ר"א ישבע ויטול מעותיו כו' והוקשה לו להרב הנז' דהיכי ס"ד דהר"ן לומר דהכא הוה ליה כאומר איני יודע אם הלויתני כיון דהלואת הלוה היא ברורה והס' הוא במשכון אי איתיה גבי דלוה והו"ל כאומ' איני יודע אם פרעתיך ותירץ הוא ז"ל דה"נ כיון דודאי נתן לו משכון ואי הוה ידעינן דאיתיה גבי לא הוה כייפינן ליה לפורעו השתא דלא ידעינן נמי אמרינן אין ס' אי איתיה גביה או לא מוציא מידי ודאי שנתן לו ולכן אמר הר"ן ז"ל דחשיב כאומר לא ידענא אם הלויתני כו' עכ"ל. ולא ביאר לנו הרב ז"ל לפום קושטא דמילתא שהכריח הר"ן מברייתא דר"א דנשבע ונוטל למה לא נאמר כן דהו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני ומאי שנא דהתם פטור והכא חייב ואי משום דברייתא קמ"ל דזה לא חשיב איני יודע אם הלויתני אלא כאומר איני יודע אם פרעתיך אם כן תקשי לן אמאי חייב המלוה שבועה שנאנס אפי' שבועה נמי לא תבעי מלוה כיון דהו"ל לוה בריא בחיובא וספק בחזרה מיהו לפי האמור ומדובר לעיל בדעת הרמב"ן ז"ל דהכא כיון דהשמא אינו גרוע להכי מחייב

המלוה שבועה הנה נכון ודוק ועיין עוד מ"ש הרב הנז' שם ע"ד דהר"ן ז"ל בתשו' הנז' ובחי' סובר כדעת הרמב"ן ז"ל דלא חשיב הלוה מודה מקצת בטוען ג' דינרים היה שוה עד דמשתבע מלוה שנאבד המשכון ואינו ברשותו הפך מ"ש בפי' ההלכות וכ"כ גם כן מהרש"ך בתשו' ח"א סי' קמ"ז יע"ש:

ולענין הלכה לא נ"מ מידי מהאי פלוגת' דהרמב"ן והר"ן לפום קושטא דמילתא דקי"ל כר"ה דצרי' המלוה לישבע שבועה שאינה ברשותו ושצריך שישבע אותה תחילה קודם שישבע הלוה שג' דינרים היה שוה שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון. מיהו שמעינן מדברי הר"ן ז"ל דאם המלוה לא רצה לישבע שבו' שאינה ברשותו אע"פ שאין כופין ללוה לפרוע הדינר היתר על המשכון מיהו בבא לצאת י"ש חייב הוא לפורעו וה"ה אפי' ידעינן בודאי שהמשכון ברשותו ואפשר שאף הרמב"ן מודה בזה להר"ן אלא דאיהו ס"ל דמשום דחייב בבא לצאת י"ש לא חשיב מודה מקצת עד שיודה בדבר שחייב בב"ד כן נראה לע"ד ועיין במה שאכתוב לקמן בע"ה:

ומ"ש עוד רבינו סלע הלויתיך עליו כו' ואחר כך ישבע מלוה ויכלול בשבועתו כמה היה שוה נ"ב עיין להר"ב ראש יוסף באות ל"א שכתב דנראה ג"כ שאם אמר המלוה איני יודע כמה היה שוה וכן הלוה דישבע המלוה שאינה ברשותו ויכלול בשבועתו שאינו יודע כמה היה שוה ויטול כל מאי דחזי ליה דאינו שוה יותר לפחות ממה שיראה לו והשאר שיש יותר בהלואה יטול עכ"ל וכונתו ז"ל שיכלול בשבועתו שאינו יודע בבירור ששוה יותר משיעור זה דחזי ליה לפחות וכתב עוד ואם אי אפשר לו לעמוד על זה אז לא יטול כלום ולא יתן כלום ומ"מ צריך המלוה לישבע שאינה ברשותו עכ"ל וכ"כ מרן החבי"ב בסי' ע"ב הג"הט אות י"ו וז"ל והיכא דתרויהו לא ידעי כלל מה היה שוה זה הפסי' הלואתו וזה הפסיד משכונו ואם האחד טוען על חבירו אתה ידעת ששוה כך ישבע היסת שאינו יודע ונפטר הרדב"ז ח"א סי' רכ"ח עכ"ל ועיין להרב בעל התרומות שער ל"ח ח"ג ס"א וס"ב:

ועיין למרן בש"ע שכתב עוד שם וז"ל ואם יש למלוה עדים שנאבד נוטל שקלו בלא שבועה ועיין מ"ש ה"ה ז"ל בפרקין שדין זה לא נתבאר בגמ' אבל פשוט הוא פ' הגוזל בתרא הלויתני ואיני יודע אם החזרתי לך חייב כשתובעו מלוה וכשאין עדי' שנאבד בדין הוא שיטול מלוה בלא שבועה אלא שכיון שצריך לישבע שאינ' ברשותו מדין גלגול יש לו לישבע כמה היה שוה יע"ש וא"כ כשיש עדים שנאבד שאינו צריך לישבע שאינה ברשותו פשוט הוא שנוטל בלא שבועה כלל כמ"ש ה"ה ז"ל וכ"כ הסמ"ע בסקל"ד ועיין להרב ראש יוסף באות ל"ג מה שגמגם על דברי מרן ב"י יע"ש:

ותמהני על הרדב"ז שכתב בתשו' ח"א סי' רכ"ח שאם המלוה טוען סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה טוען שיודע שהוא פחות מסלע אבל אינו יודע כמה הו"ל לוה מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם ואם נתחייב המלוה שבועה שאינה ברשותו וכגון שאינו מאמינו מגלגל עליו נמי שלא היה שוה אלא שקל ואם מאמינו נוטל בלא שבועה דאין נשבעין על טענת שמא ואם טוען הלוה איני יודע אם שוה יותר או פחות אין כאן הודאה במקצת ואין על הלוה חיוב שבועה לכשנאמר מתוך שיל"מ אלא נשבע המלוה שיודע כמה שוה ויטול כיון שזה יודע וזה אינו יודע וא"ת אמאי לא מנינן ליה בכלל הנשבעין ונוטלים וי"ל דלא מנינן התם אלא הנך דנשבעין ונוטלים מן התקנה אבל הכא אינו נשבע ונוטל מן התקנה אלא מדינא כיון שזה יודע וזה אינו יודע עכ"ל:

והנה מ"ש דכשהמלוה טוען סלע הלויתיך ושקל היה שוה והלוה טוען שיודע שהוא פחות מסלע אבל אינו יודע כמה דהו"ל לוה מחוייב שואי"ל אזיל בשיטת רבינו ודעימיה בזה וכמבואר לקמן ובש"ך ס"ק מ"ט ון' ועיין בס' אור יקרות בחי' על רבינו פ"ג מה' מלוה הל' ד' במ"ש הרב המגיה על דברי הרדב"ז הללו ולקמן בע"ה נעמוד על דבריו יע"ש. אמנם מ"ש עוד דאם טוען הלוה איני יודע אם שוה יותר או פחו' דנשבע המלוה שיודע כמה היה שוה ונוטל ומבואר מדבריו דשבועה זו היא אפי' במאמינו ושלא ע"י גלגול מדינ' חייב לישבע המלוה הוא תימא רבתי בעיני דמאח' שהלוה הוא בריא בחיובא וס' בחזרה למה יתחייב המלוה שבועה כלל והלא מבואר מדברי ה"ה שכתבנו דכל כה"ג המלוה נוטל בלא שבועה כלל כיון דהלוה הוא בריא בחיובא וספק בחזרה ואין התובע צריך לישבע אפי' היסת וכמבואר ג"כ לקמן בש"ע סימן ע"ה ס"ט ואין להתעקש ולומר דאף הרדב"ז לא כתב דישבע המלוה אלא ע"י גלגול דוקא דאם כן מאי קא ק"ל אמאי לא מני לה בכלל הנשבעין והנוטלין והוצרך לידחק בתירוצו לימא דמתני' לא איירי בשבועה שבאה דוקא ע"י גלגול ולבר מן דין ממ"ש תחי' ואם מאמינו נוטל בלא שבועה ואחר כך כתב ואם טוען הלוה איני יודע כו' נשבע המלוה מבואר דאפי' במאמינו קאמר והוא תימא אף למ"ש אנן יד ענייי לעיל בסמוך דדעת הרמב"ן לחלק בין ההיא דלויתי ואיני יודע אם פרעתי דהוי בריא בחיובא וס' בחזרה וגובה המלוה בלי שבועה משו' דהשמא של הלוה גרוע דהו"ל למידע אם פרע או לא פרע משא"כ בהא דהמלוה על המשכון ואינו יודע אם נאבד או לא אין השמא גרוע דלא הו"ל ללוה למידע אם נאבד או לא והילכך לדעתו ז"ל אין המלוה גובה מן הלוה בלא שבועה אכתי בנדון זה של הרב ז"ל דטענת השמא של הלוה הוא שאינו יודע כמה שוה המשכון אם הוא כדי שיעור ההלואה או פחות נראה דאף הרמב"ן אזיל ומודה דשמא זה גרוע הוא דהו"ל למידע

כמה שוה שאם יאבד המשכון יפטר מחיובו וכ"כ הרדב"ז ז"ל שם באותה תשובה דכל שיודע שאם יאבד חייב לישבע כמה שוה כשטוען שלא ידע כמה שוה הוי כעין פשיעה וכיון שכן דמי נדון ממש להההיא דלויתי ואיני יודע אם פרעתי דלכ"ע הו"ל בריא בחיובא וס' בחזרה וגובה מלוה בלא שבועה כלל. והחכם מצליח מורינו הכריח עוד דכל כה"ג דהס' הוא שאינו יודע שווי המשכון שמא גרוע הוא דהו"ל למידע ממ"ש הרדב"ז גופיה דכשהלוה טוען שיודע שהוא פחות מסלע אבל אינו יודע כמה דהו"ל מחוייב שואי"ל ומשלם ואם מאמינו שאינו ברשותו נוטל בלי שבועה דאין נשבעין על טענת שמא ואם איתא דשמא זה אינו גרוע משום דלא הו"ל למידע למה כתב הרב ז"ל דנוטל בלא שבועה משום דאין נשבעין על טענת שמא והלא דעת הרב ז"ל בסי' ס"ט ובסי' קל"ו דכל טענת שמא דלא הו"ל למידע נשבעין עליה וכ"כ מרן החבי"ב בשמו במהדורא בתרא סי' ע"ה הג"הט אות ח' ובסי' רל"ב הג"הט אות כ"א דר"ה ע"ב יע"ש אלא ודאי דמשמע ליה להרב דהיכא דטעין לוה דאינו יודע כמה היה שוה טענה גרועה היא משום דהו"ל למידע וכיון שכן לכ"ע הו"ל כההיא דאיני יודע אם פרעתיך דהו"ל ברי בחיובא וס' בחזרה וגובה מלוה בלא שבועה לכ"ע וא"כ איך כתב הרדב"ז דבטוען הלוה איני יודע כמה היה שוה צריך המלוה לישבע וצ"ע:

ודע דאף לדעת הר"ן שכתבנו לעיל דס"ל דכל שחיוב ההלואה תלויה במשכון כגון בששוה המשכון כנגד ההלואה אז אפי' המלוה טוען ברי באבידת המשכון והלוה טוען שמא הו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני ופטור הלוה למאי דקי"ל כר"ן ור"י דפ"ק דכתובות אפ"ה בדין זה שלפנינו מודה הוא ז"ל דהו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך דדוקא כשטענת השמא של הלוה היא באבידת המשכון דשמא לא נאבד ואיתיה בידיה דמלוה שמא זה אינו גרוע דלא הו"ל למידע בהא הוא דכתב הרב דדמי לאומר איני יודע אם הלויתני אבל הכא שטענת השמא של הלוה הוא שאינו יודע כמה שוי והיא טענה גרוע' דה"ל למידע כל כי האי גוונא דמי ממש לאיני יודע אם פרעתיך דהו"ל ברי בחיובא וס' בחזרה ודוק:

עוד כתב מרן בח"מ סי' ע"ב סי"ב ואם המלוה מודה מקצת כו' וישבע כו' ויכלול בשבועתו שאינה ברשותו כו' עיין להש"ך בס"ק מ"ו ולהרב ראש יוסף אות ל"ה ול"ו ול"ז ובדברי רבינו בפי' המשנה שהביא הנז' ומ"מ הנכון לענין הלכה למעשה שישבע תחילה שאינו ברשותו ואח"כ כמה היה שוה ועיין במה שאכתוב לקמן בס"ד:

ומ"ש עוד רבינו אמר הלוה כו' והמלוה אומר איני יודע כו' ישב' המלוה כו' וכולל בשבועתו שאינו יודע כו' ויפטר נ"ב עיין להרב ראש יוסף אות ל"ח ועיין במ"ש הש"ך

בס"ך מ"ז על מה שהשיג הסמ"ע על ע"ש ובמה שפי' כונתו וכונת דברי ה"ה יע"ש. וע"פ דבריו ממילא נסתלק מה שתמה הגד"ת בדקס"ו ע"ד ד"ה גם על דברי ה"ה ז"ל יע"ש ומ"ש עוד הש"ך דקושית הע"ש היא קושיא אלימתא ע"ד הטור ומה שתי' דהכא שאני דשבועה שאינה ברשותו היא דרבנן והילכך מגלגלין עליה כו' כן תי' ג"כ הסמ"ע בס' הדרישה שלו אות ו' וכנראה שלא ראה הש"ך דבריו שם ובהכי ניחא נמי אידך שכתב הטור בסי' צ"ג סכ"א דנשבע ע"י גלגול שבועה איני יודע דהתם מיירי בשעיקר השבועה היא דרבנן וכמ"ש הש"ך בס"ס צ"ד ס"ק י"ג יע"ש. ומיהו אכתי ק"ט מ"ש הטור בס"ס רכ"ג גבי תובעו ב' עבדי' בכסותם ומודה באחד ועל הב' אמר איני יודע דמתוך שאיל"מ יע"ש דמוכח מדבריו שם דמגלגלין טענת איני יודע אף על שבועת מודה מקצת דאורייתא. דמהיא דהתם הוכיחו החולקים על סברת הרא"ש דמגלגלין אף טענת איני יודע של הנתבע על עיקר השבועה כמ"ש הנמק"י בר"פ השואל וכבר עמדו בזה התי"ט בפ' השואל משנה ד' והגד"ת בדקס"ז ע"א וכנר' שהרבנים הנז' לא ראו דברי הטור בסי' צ"ד ס"ו שכתב בהדיא דאין מגלגלין טענת איני יודע של הנתבע והוצרכו לדקדק מדברי הטור רס"י ע"ה דנראה דס"ל כדברי הרא"ש אביו יע"ש:

וראיתי להסמ"ע בדרישה שלו ס"ס רכ"ג שעלה לישב דברי הטור שם בג' דרכים וחד מנייהו דשאני התם דהוי מחויב שואי"ל בין על העיקר בין על הגלגול הילכך מגלגלין כיון דטענה המגולגלת דאיני יודע דומה לעיקר הטענה הבאה עליה הגלגול משא"כ בסי' ע"ה וצ"ד דטענת הגלגול לא דמי לעיקר יע"ש וכעין זה ראיתי להרב מח"א בחי' על רבינו פ"ג מה' שאלה ופקדון הל' ד' שכתב על דברי הנמקי שהביא ראיה מההיא דעבדי' דמגלגלין טענת שמא של הנתבע וז"ל לא הבנתי זה דהתם שאני דבעיקר התביעה אינו יכול לישבע ודוק עכ"ל:

והן הן דברי הדרישה בישוב דעת הטור כמובן ואתמהא דנר' דאשתמיט מאלו הרבני' דברי הטור בס"ס צ"ד בשם תשובת אביו הרא"ש דכל מי שהוא מחויב שואי"ל בעיקר התביעה אם רצה התובע לגלגל עליה אינו יכול ודבר פשוט הוא דאין כאן גלגול שהרי לא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול עכ"ל הרי דהיכא דבעיקר התביעה אין כאן שבועה אין כאן גלגול כלל וא"כ ראית הנמק"י מההי' דעבדי' במכל דכן היא שאם כשעיקר התביעה אין כאן שבועה אלא מחויב שואי"ל ואפ"ה אמרי' דיכול לגלגל עליו טענה אחריתי ולעשותו מחויב שואי"ל כעיקר התביעה כ"ש כשבעיקר התביע' הרי הוא מחוייב שבועה דודאי יכול לגלגל עליו טענה אחרת ובשאינו יכול לישבע ודאי הוי מחוייב שואי"ל כיון דמחוייב שבועה הוא כעיקר התביעה הבאה

עליו גלגול וצ"ע ועיין בסמ"ע סי' צ"ד ס"ק י"ג ובש"ך ס"ק נ"ב ומרן החבי"ב סי' ע"ה הג"הט אות ס"ד ובסי' צ"ד הגב"י אות ח' והנכון בזה לע"ד מה שתי' עוד בדרישה דשנייא היא ההיא דסי' ע"ה וסי' צ"ד שהגלגול הוא תביעה בפני עצמה שאינה באה בפעם אחת דעיקר התביעה הוא שישבע שמתה כדרכה והגלגול הוא שישבע לו ששכורה מתה משא"כ בההיא דעבדי' בכסותם והנתבע מודה לו באחד עם כסותו ועל הב' אומר איני יודע וכן אם תבעו גדול בכסותו והוא מודה לו בקטן בכסותו דעיקר התביעה והגלגול בא בפעם אחת ובתביעה א' והו"ל דטוענו מנה והוא מודה לו בן' ובחמשים אומר איני יודע. וא"נ דשאני ההיא דעבדים דכיון דמדינא זוקקין נכסים שאין להם אחריות עם נכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן שבועה דאורייתא הו"ל עבדי' ככסות לגמרי וכאילו העבדים והקרקעות הן מטלטלין והרי תובע אותו בכולם והו"ל מחויב שואי"ל בכסו' ובעבדי' את"ד יע"ש וע"פ דברי הרב הדרישה יתיישבו ג"כ דברי ריי"ו שתמה עליהם הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"א דכונת ריי"ו לומר שאין ראיית הראשונים מההיא דעבדים ראיה לזה וכחילוק הדרישה:

ומ"מ אכתי לא הועלנו בזה למה שהקשה עוד הש"ך סי' ע"ב ובס"ס שמ"ד שדברי מרן בשולחנו סותרים זא"ז דבסי' צ"ד ס"ב וס"ט הסכים עם סבר' הרא"ש דאין מגלגלין טענת איני יודע של הנתבע ואלו בס"ס שמ"ד כתב להפך דמגלגלין טענת איני יודע של הנתבע. ולפי חומר הנושא נלע"ד דמ"ש מרן בס"ס שמ"ד דע"י גלגול ישבע השומר שאינו יודע אם שכורה מתה אין הכונה שישבע שבועה חמורה דאורייתא כמו שנשבע בעיקר התביעה בנקיטת חפץ אלא כונתו לומר שישבע על שתי התביעות בשבועה אחת ולא יצטרך להוציא שם שמים ב' פעמים אלא כולל ב' בבת אחת אלא שעל עיקר התביעה הוא נשבע בנקיטת חפץ בידו ועל הגלגול מניח החפץ מידו ואומר שבכלל שבועתו הוא נשבע שאינו יודע ששכורה מתה וכיוצא:

ועוד יש לישב והוא הנכון לע"ד דמ"ש הטור ומרן בסי' צ"ד ס"ב וס"ט דאין מגלגלין טענת איני יודע היינו לענין שלא יהיה ע"י הגלגול מחוייב שואי"ל וכן שאם לא היה חייב שבועה בלא"ה כגון שבועת השותפים לאחר שחלקו וכן לענין שלא יוכל להפכה על שכנגדו לכל ענייני' אלו לא מגלגלין אמנם כשגלגל עליו שום תביעה וטען איני יודע ונתחייב שבועת היסת ורצה הנתבע לישבע ס"ל להטור ולמרן דמגלגלין אותה לישבע בכלל השבוע' החמורה שעליה בא הגלגול ולא שישבע ב' פעמים זו בנקיטת חפץ וזו שלא בנקיטת חפץ דס"ס מזכיר שם שמים ב' פעמים ואדרבא דטבא ליה שיכלול אותה בשבועה אחת אע"פ שהיא בנקיטת חפץ ולא שישבע ב' פעמים ויזכיר שם שמים ב'

פעמים שזה חמור יותר לנתבע מנקיטת חפץ וה ברור אצלי ובזה יש לישב ג"כ דברי הטור ומרן שבסי' צ"ב סי"ג שכתבו שכולל בשבועתו שבועת איני יודע וכן מ"ש כאן בדין שלפנינו ואין צורך למ"ש בשם הש"ך והדרישה דס"ל למרן והטור דבשבועת דרבנן מגלגלין טענת איני יודע כנלע"ד אמת ויציב ומ"ש הרא"ש בפ' השואל דאין מגלגלין טענת איני יודע דמשמע דאין מגלגלין כלל ואפי' להשביעה בשבועה חמורה הרא"ש קאי אמתני' וקודם תקנת ר"ן דתקון שבועת היסת אטענת איני יודע וקאמר דמתניתין אשמועי' דאין מגלגלין טענת איני יודע כלל לישבע עליה בתורת גלגול אמנם לדידן דס"ס צריך לישבע ודאי דמגלגלין אותה ודוק:

אמנם אי קשיא לזה הא קשיא דבסי' רצ"ח ס"ב כתבו הטור ומרן בשם רבינו דהיכא דהמפקיד והנפקד שאינן טוענין שמא דנשבע הנפקד שבועת שאינה ברשותו וכולל בשבועתו שאינו יודע מה היה שוה הפקדון יע"ש הרי דאפי' בטוען איני יודע ובלא גלגול לא היה הנפקד חייב שהרי אין נשבעין על טענת שמא של התובע אפ"ה ע"י גלגול מיהא נשבעין וכבר תמה ע"ז הש"ך שם סק"ו והניחה בצ"ע יע"ש. איברא דלפי מ"ש הש"ך בסי' ע"ב ובסי צ"ג דבשבועה דרבנן מגלגלין אף טענת איני יודע ניחא ולא ידעתי אמאי הניחה בצ"ע וי"ל ודוק אמנם לפי מ"ש אנן יד עניי קשיא ומיהו יתיישב שפיר כל המקומות שהוקשה להש"ך ע"פ מה שכתבנו ולפי חילוק הש"ך אנו למדין דהכא גבי משכון אף אם המלוה והלוה טוענין שניהן שמא בשווי המשכון כשנשבע המלוה שאינו ברשותו יכלול ג"כ בשבועתו שאינו יודע כמה היה שוה וכמ"ש הטור ומרן בסי' רצ"ח ס"ב כמדובר ומן התימא על הרדב"ז בסי' רכ"ח והביא דבריו מרן החבי"ב בהג"הט אות י"א שכתב דהיכא דתרוייהו לא ידעי כמה היה שוה המשכון אין כאן שבועה אלא זה הפסיד הלואתו וזה הפסיד משכונו יע"ש ולפי דברי רבינו והטור בסימן רצ"ח מבואר דנשבע המלוה איני יודע על ידי גלגול וצריך עיון:

ודע שמדברי ה"ה ז"ל מבואר דקאי בשיטת הרמ"ה שהביא הטור בסי' ע"ה סט"ו דס"ל דמגלגלין טענת איני יודע של הנתבע על עיקר התביע' אלא שה"ה הוסיף לנו ביאור דאם על הטענה הראשונה התובע טוען שמא אינו נעשה הנתבע בטענת הגלגול מחוייב שואי"ל אבל מ"מ מהני הגלגול להשבי' שבועה חמור' כמו בעיקר התביעה אע"פ שהיא באה על טענת שמא של התובע כשבועת השומרי' דהוא נשבע שבועה שאינה ברשותו אע"פ שהיא באה על טענת שמא של התובע ואין ספק שהרמ"ה ג"כ אזיל ומודה לדברי ה"ה בזה שהרי ה"ה בספ"ג מה' שאלה ופקדון ובפ"א מה' טוען די"ג כתב שלזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א בפרק השואל וראיתי שהרמב"ן הובאו דבריו בשיטה מקובצת להר"ב

ז"ל דקצ"ד ע"ד הכריח דבר זה ממה ששנינו במתני' זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו ולרב הונא ורב יהודה דמוקי עולא אלישייהו דמתני' ע"י גלגול הני תרי בבי דסיפא דמתני' מיירי בחד טעמא בשאינו מאמינו לשואל שמתה כדרכה ולהכי צריך הוא לישבע שמתה כדרכה וע"י גלגול ששכורה מתה ואפ"ה בסיפא דקתני זה אומ' איני יודע וזה אומר איני יודע קתני יחלוקו ולא תני שישבע ע"י גלגול שאינו יודע שמתה כדרכה ומתוך שאיל"מ. ש"מ דכיון דהגלגול בא בטענת שמא של התובע לא אמרי' ביה מתוך שיל"מ ומה דלא תני שישבע שאינו יודע ע"י גלגול ולא שיהא מחוייב שואי"ל הוא משום דכיון דאומרים לו לתובע שאם יגלגל עליו שבועה זו ישבע ויפטר ולא הוי מחוייב שואי"ל ודאי שהתובע לא יגלגל עליו להפסיד כדי חלוקה לסומכוס דמתני' אתיא כוותיה את"ד הרמב"ן שם וכ"כ עוד שם לעיל מזה דקצ"ב ע"ד ד"ה זה אומר כו' כיע"ש. גם הר"ן והרשב"א ז"ל בשיטת הרמב"ן ז"ל קיימי כמו שכתב הר"ב שם דקצ"ד ע"ג וריש ע"ד יע"ש:

איברא שראיתי להריטב"א הביא דבריו הר"ב שם דקצ"ב ע"ד כתב ע"ד הרמב"ן וז"ל ואין זה נכון בעיני רבינו דכיון דהכלל הוא בידינו דכל מחוייב שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע משלם וחיוב גלגול שבועה אפי' בשמא דאורייתא היא למה אין אומרין בו משואי"ל משלם בטענ' שמא כמו בטענת בריא ויותר היל"ל כפי השיטה הראשונה דאפילו גלגול הבא בטענת בריא אין דין תורה אלא שישבע בטענתו כפי מה שטען אותה ואם טען איני יודע שישבע שאינו יודע ותו לא והנכון דהך סיפא מיירי בדאיכא עדים א"נ במאמינו וכל שהנתבע בא בטענת שמא ולא מצא בו התובע הכחשה ושיקרא מוקי לה תנא במאמינו כי היכי דליתני כולהו דיני וכדאמרן עכ"ל:

ולפ"ז אפשר דאף הרמ"ה קאי בשיטת הריטב"א ורבו דאף בטענת שמא של התובע מגלגלין אף לעשותו מחוייב שואי"ל ומסיפא דמתני' לא קשיא דאפשר דמפרש לה כהריטב"א דאף לרב הונא ור"י דמוקי עולא למתני' אליבייהו בשאינו מאמינו הייינו דוקא חלוקה דזה אומר שאולה וזה אומר שכורה אמנם סיפא דסיפא דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו מוקי לה במאמינו וכמ"ש הריטב"א ואזלה לה ראיית הרמב"ן ומ"מ מבואר הוא שדעת ה"ה אינו כדעת הרא"ש והטור ז"ל דס"ל דאין מגלגלין טענת איני יודע של הנתבע כלל אלא דעתו בזה כדע' הרמ"ה דמגלגלין וזה ברור ותמהני ממרן החבי"ב ז"ל שכתב בסימן ע"ה הגהת הטור אות ס"ה שדעת ה"ה ז"ל כדעת הרא"ש והטור ז"ל יעויין שם וצ"ע:

ואת זה ראיתי להרב לח"מ בפ"ג מה' שאלה ופקדון שכתב על דברי ה"ה ז"ל שם

וז"ל ה"ה תירץ לקושיא שהקשה דלא אמרינן מתוך שיל"מ היכא שעיקר השבועה באה על הספק אע"פ שהגלגול בא בריא וכתב שכן תירצו ז"ל משמע דהני מפרשי' מוקמי מתני' דהשואל באינו מאמינו שמתה כדרכה ומש"ה הוקשה להם ברישא דאמאי הוצרך לאוקומי לר"ן ביש עסק שבועה ביניהן הלא היכא שהשואל אומר איני יודע נימא דישבע ע"י גלגול ומתוך שיל"מ והוצרכו לתרץ דלא אמרינן הכי כו' וא"כ ק' להו מציעתא כו' אמאי פטור ישבע ע"י גלגול כו' ויותר קשה קו' זו בדברי הנמק"י ז"ל דמוקי מתניתין במאמינו ואח"ך כתב דמסיפא דמתני' דקתני זה אומר איני יודע וזה אומר א"י יחלוקו משמע דכשהגלגול הוא טענת שמא לא אמרינן מתוך שאיל"מ דאל"כ אמאי יחלוקו כו' ומאי קו' והא איהו מוקי מתני' במאמינו וצ"ע עכ"ל ודא גרמא ליה להרב ז"ל שלא ראה דברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן בחידושיהם שביארו הדבר והכרעתם מסי' דמתני' דאליבא דר"ה ור"י תרי בבי דסיפא מיירי בשאינו מאמינו ואפ"ה קתני סיפא דיחלוקו ולא תני דהוי מחוייב שואי"ל ע"י גלגול שבועה שמתה כדרכה ואה"נ דלרב נחמן ורב"י כולה מתני' מיירי במאמינו וכמו שכתב הנמק"י וכבר העתקנו לשון הרמב"ן ועיין עוד בשיטה הנז' ובזה אין מקום לתמיהת הלח"מ לא על דברי ה"ה ולא על דברי הנמק"י וברור ועיין בספר אור יקרות בחי' על רבינו דנ"ג ע"ב ועיין בתשו' מהרש"ך ז"ל ח"ג סימן י"ז:

וראיתי להרב גד"ת בדקס"ו ע"ג שהוקשה לו במ"ש הטור בסי' ע"ה סט"ו דהרא"ש קאי בשיטת הי"א דלא אמרינן בשבועה הבאה ע"י גלגול מחוייב שואי"ל כו' ותמה עליו דהיכן מצא כן להרא"ש ז"ל שהרי הרא"ש בר"פ השואל לא כתב כן אלא בדרך מצינו למדחי אמנם לפום קושטא דמילתא נראה דלא ס"ל הכי ועוד דאם היה סובר כן הי"ל לפרש דההיא דב' עבדים דלקמן דוקא אכסות חייב ולא אעבדים כדפי' רבינו עכ"ל:

ולא ידענא מאי קא ק"ל דמאחר דהרא"ש עדיפא מינה הסכים לומר דאין מגלגלין כלל טענת איני יודע של הנתבע שפיר קאמר הטור בשמו דס"ל כסברת הי"א דלא אמרינן בשבועה הבאה ע"י גלגול מחויב שואיל"מ כיון דלדידיה לא משכחת לה גלגול בטענת שמא איך יתכן שיהיה מחוייב שואי"ל ואם כונתו לומר דמשכחת לה כה"ג כגון שיהיה בעיקר התביע' משואי"ל כגון שתבעו מעיקרא מנה ואמר בין ידענא ובין לא ידענא ואחר כך גלגל עליו תביעה אחרת של מנה והודה בן' וכפר בחמשים דהשתא כיון דבטענת הגלגול טעין בריא מגלגלין אף לדעת הרא"ש וכיון דבעיקר התביעה הוי מחוייב שואי"ל אף בטענת הגלגול נמי אע"ג דכפר בבריא חשיב משואי"ל ואפשר דבזה מודה הרא"ש ז"ל לסברת הרמ"ה ז"ל דאף בטענת הגלגול אמרינן משואיל"מ הפך סברת י"א שהביא

הטור הנה אם זו היתה כונת קושייתו לא קשיא כלל שכבר הכריחו הסמ"ע בסי' ע"ה סק"מ ובסי' צ"ד סקי"ג והש"ך בסי' ע"ה סקנ"ב ומרן החבי"ב שם הג"הט אות ס"ד ובסימן צ"ד הגב"י אות ח"י דכל כה"ג שבעיקר התביע' הוי מחוייב שואי"ל אף לדעת הרמ"ה לא אמרינן בגלגול שכפר בבריא שיהיה משואי"ל אלא אמרינן בטענה שכפר בבריא נשבע ונפטר לכ"ע וכ"כ הטור בהדיא בשם תשו' הרא"ש דכל כה"ג שבעיקר הוי מחוייב שואי"ל אין כאן גלגול וע"כ לא פליגי הרמ"ה עם סברת י"א אלא היכא שבעיקר התביעה טעין הנתבע בריא ובטענת הגלגול טעין שמא וכיון שכן תו לא משכחת לדעת הרא"ש ז"ל כה"ג שיהיה מחוייב שואי"ל בטענת הגלגול כיון דכל כה"ג אין מגלגלין לדעתו ז"ל כלל וזה ברור לע"ד. ובמ"ש עוד דאם היה סובר הרא"ש כו' הי"ל לפרש דב' עבדים דקאי אכסות כו' אני תמיה דאטו לדידי' מי ניחא דכיון דהרא"ש סובר דאין מגלגלין טענת שמא של הנתבע תיקשי ליה היכי מגלגלין התם טענת העבד שהיא בשמא על טענת הכסות ואמרינן דהו"ל משואיל"מ על טענת העבד גם כן כיון דאין מגלגלין טענת שמא כלל וכ"ש התם דאעיקרא נמי טעין שמא וכמדובר לעיל ולמה תלה קושיא זו בדברי הטור וכבר העלינו קושיא זו מן היישוב בשם הדרישה ומ"מ דברי הגד"ת צ"ע:

ומן האמור ומדובר אתה תחזה בענין זה דגלגו' שבועה ג' סברות בדבר. הסברא האחת היא סברת התוס' בר"פ השואל והרא"ש שם והטור ומרן בסי' ע"ה וסימן צ"ד דכל שבתביעת הגלגול טוען הנתבע איני יודע אין מגלגלין אותה ולפי מ"ש אנן יד עניי כוונתם לומר שאין בגלגול זה כח לעשותו מחוייב שואי"ל וגם אין כח בגלגול זה לשלא יוכל הנתבע להפכה לשבועתו על התובע אלא מצי שפיר להפכה וכן אם תביעת הגלגול היא כעין שבועת הפקדון השותפין לאחר שחלקו דאם לא היה הגלגול היה פטור משבוע' אין כח בגלגול זה לחייבו שבו' וכמ"ש מרן בס"ס צ"ד ס"ט והש"ך שם אמנם אם תביעת הגלגול יש בה שבו' היסת על הנתבע ולא רצה להפכה אז כשנשבע כולל אותה עם השבו' הראשונ' אע"פ שהראשונה חמורה כדי שלא יצטרך לישב' ולהזכיר פעמיים שם שמים והן הן דברי הטור ומרן בדין זה שלפנינו שכתבו שישבע שבו' שאינה ברשותו ויכלול לה שאינו יודע כמה היה שוה וכ"כ ג"כ בסימן צ"ג סי"ג ובס"ס שמ"ד ואין צורך למה שנדחקו לזה הסמ"ע והש"ך ז"ל לחלק בין שבועה דרבנן לדאוריית' והניחו דברי מרן דס"ס שמ"ד בצ"ע ולפי האמור הנה נכון:

ומ"מ צריכין אנו לחילוק הסמ"ע והש"ך ליישב ההיא דסי' רצ"ח ס"ב וכמדובר הסברא השנית היא סברת הרמ"ה והרמב"ן והרשב"א והר"ן והנמק"י ז"ל שכתבו בר"פ השואל דאף בשטענת הגלגול טעין הנתבע איני יודע מגלגלין אותה ונעשה מחוייב שואי"ל וגם

אינו יכול להפכה ומיהו דוקא כשעיקר תביעת התובע היא בבריא אבל אם היא באה על שמא כשבועת השומרים ושבו' שאינה ברשותו ושבו' שמתה כדרכה אז אם בתביעת הגלגול טעין שמא אין בגלגול זה הבא על עיקר תביעת שמא כח לעשותו מחוייב שואי"ל אלא מהני הגלגול להשביעו אם היה פטור משבו' בלא"ה וכן להשביעו שבו' חמורה בעיקר התביעה הסברא הג' היא סברת הריטב"א ורבו ז"ל שהביא הר"ב בש"מ בפרק השואל דקצ"ב ע"ד דאף כשטענת הנתבע בגלגול היא איני יודע וגם עיקר תביעת התובע באה בטענת שמא אפ"ה מגלגלין ונעשה משואי"ל וגם מהני גלגול זה להשביעו אם היה פטור בלא"ה כגון שבועת השותפין לאחר שחלקו וכיוצא:

ולענין הלכה אם התובע מוחזק יכול להשביעו בכל ענין דמצי למימר קי"ל כהריטב"א ורבו ז"ל ואם הנתבע מוחזק מצי למפטר נפשיה ולומר קים לי כסברת הרא"ש ודעימיה ולפ"ז בדין שלפנינו נשבע שאינו ברשותו ויכלול בשבועתו שאינו יודע כמה שוה אם הנתבע שהוא המלוה מוחזק ואפי' שניהן טוענין שמא בשווי המשכון וכמו שהוכחנו מדברי הטור ומרן בסי' רצ"ח ס"ב ודלא כדמשמע מדברי הרדב"ז בסי' רכ"ח הביא דברי מרן החבי"ב הג"הט אות י"ו אמנם אם הלוה מוחזק כגון שתפס מן המלוה ברשות וטעין בריא שהיה שוה המשכון סלע והמלוה טוען איני יודע יכול הלוה לומר קים לי כהריטב"א ורבו דמגלגלין טענת איני יודע ונעשה מחו' שואי"ל ומשלם:

ומ"ש עוד רבינו **ויכלול בשבועתו שאינו יודע ששוה יותר כו'**. נ"ב עיין ש"ך סי' ע"ב סקמ"ח דאף ע"ג דעשו תקנת נגזל בפקדון כדלקמן סי' צ' ור"ס רצ"ח במפקיד עשו תקנה זו כדי שתהא הנגזל נזהר בשמירתו אבל הכא כיון שהלוה עליו בלא"ה יהא נזהר בשמירתו בשביל הלואתו ולפי זה יהיה המשכון בשק דינא הכי עכ"ל. וע"פ דבריו יתיישב ג"כ מה שהיה ק' לכאורה לשיטת הגאונים שכתב הטור בסי' צ' דס"ל דעשו תקנת נגזל בפקדון אפילו כשטוען הנפקד בריא שכך וכך היה שוה מה יענו למתני' דפרק שבועת הדייני' דקתני דהיכא דהמלוה והלוה ב' טוענים בריא נשבע המלוה כיע"ש ולפי שיטתם ז"ל היה לו ללוה לישבע וליטול כדין תקנת נגזל אמנם ע"פ מ"ש הש"ך הנה נכון וברור:

ומ"ש עוד רבינו **ואם השיב אני יודע כו' ואיני יודע כמה כו'**. נ"ב עיין במ"ש הש"ך בס"ק מ"ט ובסי' ע"ה סקע"ג יע"ש. ומ"ש עוד רבינו שהוא מחוייב שבועה ואי"ל כו' נ"ב עיין ש"ך סימן ע"ב סק"ן שכתב דהראב"ד פ"ה מה' שאלה השיג על זה דהא בעינן שיודה בדבר שב

פרק טו

הלכה א

שורש האומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים המלוה **את חבירו בעדים ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים בין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו**. הנה ה"ה שם והרשב"א בחי' לשבועות והר"ן בהלכות כתבו כן בשם מהר"י ן' מיגאש ז"ל ודקדקו כן מלישנא דמתני' דתני מנה לי בידך א"ל הן אל תתנהו לי אלא בעדים למחר אמר ליה תנהו לי נתתיו לך חייב הרי דאע"פ דכשאמר לו אל תתנהו אלא בעדים לא היה בשעת ההלואה אפי"ה קתני מתני' דחייב וכ"כ הרב התרומות בשער כ"ה ריש ח"ב אלא שלא הביא הראיה ממתני' ועיין להגד"ת ז"ל שם:

וראיתי עוד להרב התרומות שכתב וז"ל וההיא דאמרי' בפ' ש"ה עלה דההיא דפריך רב אחא ממאי דבשעת ההלואה קאי דילמא בשעת תביעה קאי כו' לא תדוק מיניה דלמעוטי התרה בו שלא בשעת הלואה הוא דאתא שאינה עת התראה דהא טעין כבר פרעיה מקמי הכי ובהכי קאתי השתא לבי דינא אבל התרה בו קודם התביעה שהוא קודם שטען זה שכבר פרעו ואע"פ שהוא שלא בשעת הלואה התראה גמורה היא ולא מצי בתר הכי למטען פרעתיך ביני לביניך עכ"ל ותמה עליו הרב גד"ת דמשמע מדבריו דלא מייתי להההיא דפריך רב אחא אלא כי היכי דלא תיקשי עליה מינה ובעי לתרוצה והרי כי דייקת בה איכא לאוכוחי מינה דאפי' בתר הלוואה מהני דאם איתא דדוקא בשעת הלוואה א"כ כיון דקאמר ממאי דבשעת הלוואה כו' אמאי קאמר תו דילמא בשעת תביעה לימא בסתם ודרך כלל דילמא שלא בשעת הלוואה אלא ודאי נראה דליכא גוונא דלא מהני התראה אלא בשעת תביעה וליכא למימר דלעולם כל שלא בשעת הלוואה לא מהנייא והא דלא קאמר הכי משום דא"כ מ"ט דת"ק דמיחייב דא"כ הא למאי דקאמר נמי דילמא בשעת תביעה קשה יותר היאך מיחייב ת"ק אפי' בשלא התנה והא סתמא שנינו ברישא דמתני' מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך כו' ואפי"ה מוקי לה באומר בין בשעת תביעה וא"כ כ"ש שיכול לומר דילמא שלא בשעת הלוואה עכ"ל:

ולע"ד זה שכתב הרב וליכא למימר כו' והא דלא קאמר הכי דא"כ מ"ט דת"ק דמיחייב כו' קושטא הכי הוא ומה שהוקשה לו ע"ז דהא למאי דקאמר נמי דילמא בשעת תביעה קאי יקשה יותר כו' אי מהא לא אירייא דע"כ לא מספ"ל אי מהני האי תנאי לאחר הלואה או לא אלא למאי דקי"ל כלישנא בתרא דרב אסי דאמר המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ואפי"ה קאמר דאם א"ל בפי' אל תפרעני אלא בעדים דצריך לפורעו בעדים ולא מהימן לומר פרעתיך ביני לבינך כיון שהתרה בו בפי' ע"ז דוקא מספ"ל מלתא

דדלמא לא מהני תנאו שהתנה בפי' אלא כשהתנה כן בשעת הלוואה דאגב זוזי משתעבד לוה בהאי תנאה אבל שלא בשעת הלואה הו"ל כאלו לא התנה כיון דלאו שעת שעבוד הוא ואין כאן אלא עדים דשעת הלואה וכבר קי"ל דהמלוה את חבירו בעדים א"ץ לפורעו בעדים וע"ז הוה בעי הר"ב התרומות לדיוקי מלישנא דרב אחא דאמר ממאי דבשעת הלואה קאי ולא קאמר ממאי דשלא בשעת תביעה קאי דדוקא בשעת הלואה משתעבד בהאי תנאה בין לת"ק ובין לריב"ב ובהכי קמפלגי דלת"ק כיון דנשתעבד בשעת הלואה צריך לקיים תנאו ע"כ ולא מהימן במגו ולריב"ב כיון דאית ליה מגו מהימן ולפי מה שפי' התוס' והרי"ף והרא"ש דפלוגתייהו בצריך לברר לת"ק אהני תנאו לחייב ללוה שלא יהא נאמן עד שיביא עדים לב"ד שפרעו ולריב"ב עד שיטעון פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם אבל שלא בשעת הלואה לכ"ע לא משתעבד אי ס"ל כל"ב דרב אסי דהמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים וכי קאמ' רב אחא דילמא בשעת תביעה קאי הכי קאמר ממאי דת"ק וריב"ב בשעת הלואה קמפלגי וכולהו ס"ל כל"ב דרב אסי דילמא בשעת תביעה קאי וקמפלגי בפלוגתא דלישנא קמא ול"ב דרב אסי דלת"ק ס"ל דהמלוה את חבירו בעדי' צריך לפורעו בעדים ומשו"ה ס"ל דאע"ג דהכא ליכא תנאי כיון דההלואה היה בעדים צריך לפורעו בעדים וריב"ב ס"ל כל"ב דרב אסי דא"ץ לפורעו בעדים ומעתה ל"ק היאך מיחייב ת"ק דכיון דס"ל דהמלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים שפיר מיחייב וגם מתני' נמי ל"ק דמצינן לאוקומה אף כת"ק דריב"ב ומתרצינן לה כדתריץ לה ל"ק דרב אסי דשאני הכא דמעיקרא המניה דלא אוזפיה בעדים ומ"מ שמעינן מהא דרב אחא דאי ת"ק וריב"ב כולהו ס"ל כל"ב דרב אסי דהמלוה את חבירו בעדים א"ץ לפורעו בעדים ליכא לאוקומי פלוגתייהו אלא כשהתנה עמו בשעת הלואה הו"ל כאלו לא התנה כלל ומהימן ומשו"ה נקט האי לישנא ממאי דבשעת הלואה קאי כו' ולא קאמר סתמא ממאי דשלא בשעת תביעה קאי ולזה דחה הר"ב התרו' דשעת הלואה דנקט רב אחא ל"ד דכל שלא בשעת תביעה שעת הלואה קרי לה וכ"כ ג"כ הרשב"א בחי' לשבועות בשם מהר"י ן' מיגאש ז"ל יע"ש ודוק:

ובהכי ניחא לי ג"כ דברי הלח"מ ברפט"ו מה' מלוה דעמ"ש ה"ה ז"ל בשם הרמב"ן דאפי' התרה בו המלוה אל תפרעני אלא בעדים אם מיחה בו הלוה בפי' לא אפרע בעדים דמחאתו מחאה כל שהיה ההתראה לאחר ההלואה וכתב ע"ז וז"ל וק"ק א"כ כשאמרו בגמרא על ברייתא דבעדים הלויתיך בעדים פרע לי דילמא בשעת תביעה קאמר למה הוצרכו לדחות כן בגמ' לימא אע"ג דהיה תנאי לאחר ההלואה מיהו לא קבל הלוה ההתראה ומשו"ה אמר ריב"ב דיכול לומר פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם למ"ה וי"ל

דא"כ היה משמ' דטעמ' של ת"ק היה מפני התנאי שהתנה מש"ה חייב דהתנאי קיים וזה אין סבר' דיהני תנאי זה כיון דהיה אחר ההלואה ולא קבל הלוה עכ"ל ולכאורה לפי מ"ש הרב גד"ת אין מקום לתירוץ זה דהא למאי דקאמר השתא דילמא בשעת תביעה קאי יקשה יותר היאך מחייבי ת"ק אפי' בשלא התנה ומיהו לפי האמור ומדובר מהא ל"ק כלל דהא דקאמר דילמא בשעת תביעה קאי מילתא אחריתי הוא דקאמר רב אחא דילמא ס"ל לת"ק דהמלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים וכל"ק דרב אסי. מיהו לדידן דס"ל כל"ב דרב אסי דא"צ לפורעו בעדים ואין מקום לחובו אלא כשהתנה עמו בפירוש אל תפרעני אלא בעדים א"כ אם התנאי היה אחר ההלוא' ומיחה הו"ל כאלו לא התנה ואין כאן מקום לחייבו כיון דא"צ לפורעו בעדים והרב קמ"ר דחה תירוצו של הלח"מ ז"ל וז"ל ותירוץ זה לא ניתן ליאמר שהרי מצינו כמה מרבוותא דס"ל דאפי' היה תנאי אחר ההלואה ומיחה אין מחאתו מחאה יע"ש. ושיחתו ז"ל איני מכיר דאטו גברא אגברא קרמית דלדעת הרמב"ן שפיר תריץ יתיב הלח"מ דמשמ"ל דסברת הני רבוותא לאו דסמכה היא ולא מצי הש"ס למימר דפליגי בהכי ת"ק וריב"ב דפשיטא ליה להש"ס דבהא ליכא מאן דמחייב כיון שמיחה ולא קבל התראתו ומשו"ה הוצרך לומר דבשעת תביעה פליגי. ועיין עוד במה שיישב בס' הנז' לעיקר קו' הלח"מ וז"ל ולק"מ דאם איתא דריב"ב מיירי כשמיחה הלוה א"כ איך קאמר יכול לומר לו פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה והלא לא קיבל התנאי ולא היה צריך לומר פרעתיך בפני עדים מעיקרא עכ"ל באופן כי לעיקר קו' הרב גד"ת על דברי הרב התרו' עלו ובאו ג' תירוצים בדבר מה שתירץ איהו גופיה לקמיה ומה שתירץ הלח"מ ע"ד הרמב"ן ומה שתי' הרב קמ"ר ז"ל:

ודע דבעיקר האי מילתא דהתרה בו לאחר ההלואה שלשה מחלוקות בדבר דלדעת מהר"י ן' מיגאש והרמב"ם ז"ל כתבו ה"ה והר"ן דאפי' מיחה הלוה ולא קיבל התראתו מחייב הלוה לקיים תנאו ולא מהימן לטעון סמכתי על מחאתי ופרעתיך ביני לבינך אי משום טעמא דעבד לוה לאיש מלוה כמ"ש ה"ה ז"ל ואי מטעם הר"ן ז"ל דכיון שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים אנן סהדי דלא פרע ליה אלא בעדים וכשמודה ולא קיבל התראתו זו ראיה דרוצה לשקר אח"כ כיון דלא עביד איניש דפרע ליה כל שהתרו בו כן ודלא כהש"כ בסק"ט שכתב דלפי טעמו של הר"ן כל שמיחה הלוה יכול לומר סמכתי על מחאתי כיע"ש ולית' לע"ד דהרי הר"ן ז"ל אחר שכתב דלהר"י ן' מיגאש והרמב"ם ז"ל אפי' מיחה הלוה לא מהני מחאתו כתב הטעם הזה דאנן סהדי כמבואר בהדיא דמהני ה"ט לחייבו אפי' בשמיחה ולא קיבל התראתו וכבר עמדתי בזה בה' טוען ונטען פ"ו ה"ה לעיל בד"ה והנה יע"ש:

וראיתי להרב מש"ל שכתב על טעמו של הר"ן וז"ל ויש להשיב ע"ז דאי טעמא הוי הכי כי א"ל אל תפרעני אלא בפני פ"ופ ואמר פרעתיך בפני ב' אחרים והלכו או מתו יהא נאמן כיון דלא שייך אנן סהדי ואי מטעם שעבוד ניחא עכ"ל ובקצורי לא זכיתי להבין למה זה לא שייך הכא נמי טעמא דאנן סהדי דכיון שהמלוה מקפיד שיפרענו בפני אלו העדים שייחד דוקא אנן סהדי דאינו עשוי לפורעו בפני אחרים דחושש הוא שמא ילכו להם אותם אחרים ולמחר יחזיקנו המלוה כלוה ואינו משלם משא"כ אם היה פורע לו בפני העדים שייחד דאפי' ילכו להם אין מקום למלוה להחזיקו כלוה ואינו משלם דמה היה לו לעשות יותר אם הלכו להם ועיין בס' קמ"ר מה שתירץ עוד לזה יע"ש: ומיהו כבר הוכחנו לעיל בד"ה והנה דטעם זה דאנן סהדי שכתב הר"ן אין שאר הפוסקים מודים בו אלא לדידהו ז"ל עיקר טעמא דתנאי זה משום תנאי נאמנות נגעו בו ומה שהוקשה לו להר"ן דאי לא משום טעמ' דאנן סהדי במה נשתעבד לאחר ההלוא' כבר כתבנו דתנאי נאמנות הוי כמחילת ממון דלא בעי קנין להשתעבד כמ"ש המרדכי בשם ראבי"ה והביא דבריו הש"ך בסי' ע"א סק"ז וזה דעת הרא"ש והטור בסי' ר"ב יע"ש איברא דלפ"ז יש לתמוה לכאורה על ה"ה דמאחר דהוא ז"ל שם בפט"ו מה' מלוה ה"ג דקדק מדברי רבינו וס"ל דאפי' בסתם נאמנות לאחר ההלואה בעי קנין וכמ"ש הש"ך ז"ל שם היאך ייחס בדעתו ברפט"ו דס"ל כדעת רבו דמהני תנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים אפילו לאחר ההלואה ואפי' מיחה הלוה בו ולא קבלו ומיחייב לקיימו והרי לפי האמור ומדובר תנאי זה כיון דמשום נאמנות נגעו בו לדידיה ז"ל לא מיחייב לקיימו אם לא ע"י קנין ואיך הפה יכולה לדבר דאפי' מיחה ולא קיבל דמיחייב הלוה בקיומו זה דבר מתמה לכאורה:

והנלע"ד דמשמע ליה לה"ה ז"ל דשנייא היא נאמנות בפי' מתנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים דבנאמנות בפי' אף שיטעון פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו לא מהימן עד שיביא עדים בפנינו שפרעו וכמבואר מדברי הרמב"ם שם בפט"ו ה"ג ומדברי הטור בר"ס ע"א וכ"כ הגד"ת ז"ל דקי"ח ע"ד והרב ראש יוסף בר"ס ע"א אות ב' הלכך בנאמנות כזה ס"ל להרב ז"ל בדעת הרמב"ם דבעי קנין להשתעבד בו הלוה כשהוא לאחר ההלוואה אמנם בתנאי דאל תפרעני אלא בעדים דהנאמנו' הוא לענין אם יטעון פרעתיך ביני לבינך דוקא אבל אם יטעון פרעתיך בפני עדים והלכו או מתו מהימן הלוה כל כה"ג אפי' בלי קנין ואף אם מיחה הלוה מיחייב לקיימו מטעמא דעבד לוה לאיש מלוה ולפ"ז נלע"ד דלדעת ה"ה ז"ל לא מהני לאחר הלואה אלא דוקא תנאי דאל תפרעני אלא בעדים סתם דאז מצי למיטען פרעתיך בפני אחרים והלכו או מתו כמדובר אבל אם התרה בו לאחר ההלואה אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דכל כה"ג אי טעין הלוה פרעתיך בפני אחרים ומתו

לא מהימן כמבואר בדברי הרמב"ם שם לא מיחייב ליה בתנאי זה בלא קנין וכ"ש אם מיחה בו ולא קבלו דכל כה"ג הו"ל כנאמנו' בפי' דלא מהני לאחר ההלואה לדעת ה"ה אם לא ע"י קנין כנלע"ד:

ודעת הרמב"ן דלאחר ההלואה אם מיחה הלוה ולא קיבל התראתו לא מיחייב בקיום התנאי ומצי למיטען סמכתי על מחאתי ופרעתיך ביני לביניך אבל אם שתק ולא מיחה בפי' מיחייב בקיום התנאי כאלו קבלו בפי' ולא מצי למיטען פרעתיך ביני לביניך וכבר עמדנו לעיל ובהכי ניחא כו' במה שדקדק הלח"מ ז"ל ע"ד הרמב"ן ז"ל הללו יע"ש. ודעת הרא"ש ז"ל דכל לאחר ההלואה אפי' שתק הו"ל כמיחה בפי' עד שיקבל עליו בפי' לקיים תנאו של מלוה ואם מיחה אפי' בשעת הלואה מהני מחאתו אבל אם שתק בשעת הלואה חשיב כמקבל תנאו בפירוש:

וראיתי להרב גד"ת בדקט"ו רע"ב שכתב וז"ל ואיכא למידק דבשלמא להרמב"ן דכל שלא מיחה הלוה בפי' הוייא קבלה ומהנייא ההתראה ניחא דדחי רב אחא ההיא דריב"ב דילמא בשעת תביעה קאי כו' ולא מוקי לה סתם בהתרה אחר ההלואה משום דכי נמי הוייא שלא בשעת הלוואה הא קתני סתם בעדים הלויתיך בעדים פרע לי כו' ולא קאמר דהשיב הלוה אפרע שלא בעדים וכל שלא מיחה הוי כמקבלו אבל להרא"ש דכל שלא בשעת הלוואה שתיקתו לאו היינו הודאתו דצריך לקבל בפי' אמאי לא אוקי רב אחא בהכי ולא היה צ"ל בשעת תביעה כו' יע"ש:

ולע"ד הא לא קשיא ולא מידי לפום מאי דמשמע מדברי הרא"ש שם לקמיה גבי מה שהקשה וז"ל ותימה לעיל דפריך לשמואל ממתני' כו' שהוא ז"ל מפרש לפלוגתייהו דרב אשי ושמואל דפליגי בצריך לברר או אין צריך לברר דלרב אשי לא מהימן עד שיביא עדים שפרעו ולשמואל כל שטוען פרעתיך בפני עדים והלכו להם נאמן א"כ ריב"ב דאמר יכול לומר פרעתיך בפני פ"ופ אפי' אי מיירי לאחר הלואה ושתק משמע דס"ל דשתיקה דלאחר ההלואה הוייא כקבלה בפי' ולהכי צריך שיטעון פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם כשמואל דאי לא חשיב כקבלה אפי' לא יאמר אלא פרעתיך ביני לביניך נמי מהימן וכיון שכן איך יאמר דבשעת הלואה כ"ע מודו דצריך שיביא עדים דמה חילוק יש בין בשעת הלואה לשלא בשעת הלואה הא כיון דשלא בשעת הלוואה ושתק ס"ל לריב"ב דחשיב כקבלת תנאו בפי' ואפי"ה ס"ל דיכול לטעון פרעתיך בעדים והלכו ואין צריך לברר הכי נמי בשעת הלואה דחשיב כקבלה מהני טענתו שפיר ואי"ץ לברר ומשו"ה הוצרך לומר דילמא בשעת תביעה קאי ודוק:

ולענין הלכה כבר בירר הדברים כל הצורך הרב מש"ל ז"ל כאן והעלה דהיכא דהתנה

עמו בשעת הלואה אל תפרעני אלא בעדים ושתק הלוה בזה לכ"ע תנאו קיים ואינו נאמן לטעון פרעתיך ביני לביניך ואין בזה חולק ואם מיחה ולא קבל התראתו אע"ג דלדע' מהר"י ן' מיגאש והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרמ"ה וה"ה לא מהני מחאתו בשעת הלואה מ"מ לדעת הרא"ש ובנו הטור והתוס' שהביא ריי"ו נ"ג ח"ב ס"ל דמהני מחאתו וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו ומצי למטען פרעתיך ביני לביניך: וכ"ש אם היה התנאי אחר ההלואה ומיחה הלוה ולא קבל התראתו דאף לדעת הרמב"ן מהני מחאתו ויכול לומר קי"ל כהרמב"ן והרא"ש והטור והתוס' שהביא ריי"ו ואף הרמב"ם ומהר"י ן' מיגאש ס"ל הכי לדעת ריי"ו ז"ל ומצי למטען ביני לביניך ודלא כמהרש"ך בח"ב סי"א:

ואם התנה לאחר ההלואה ושתק הלוה אע"ג דלדעת רוב המפרשים תנאו קיים מ"מ לדעת הרא"ש והתוס' שהביא ריי"ו ז"ל והטור שתיק' דלאחר הלואה לא הויא קבלה ויכול המוחזק לומר קי"ל כוותיהו ומצי למטען פרעתיך ביני לביניך:

ואם נתחייב לחבירו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים והלוה מיחה כתב הרא"ש דלא מהני מחאתו וסברא זו היא מוסכמת מהכל כמ"ש המ"ל ז"ל יע"ש:

כתב מרן ז"ל בש"ע חו"מ סי' ע' ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן כו' הש"ך ז"ל בס"ק י"א כתב ג' טעמים למה לא יהא נאמן במגו דפרעתיך בעדים והלכו להם למ"ה האחד הוא תירוץ הרא"ש שכתב דאין זה מגו טוב דיותר נח לו לטעון פרעתיך ביני לביניך ושכחתי ההתראה ממה שיאמר פרעתיך בפני פ"ופ והלכו כי יאמרו העולם הרוצה לשקר מרחיק עדיו. התירוץ הב' מה שכתב ה"ה שאין כאן דין מגו שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מיחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר דלא קיימיה וכיון דלא נתברר שפרע אמרי' ליה מיחייב את לקיומי תנאך עכ"ל: ותירוץ זה כתב הש"ך דצ"ע: ואנן יד עניי כבר ביארנו לעיל ד"ה ואין ספק כו' כונת דברי ה"ה ז"ל כיע"ש התירוץ השלישי מה שכתב מר"ן הב"י ז"ל וזה לשונו ולי נראה עוד דכיון דא"ל אל תפרעני אלא בעדים אנן סהדי דלא פרעיה אלא בעדים והיכא דאיכא אנן סהדי ליכא מגו יעו"ש: ותמהני על מרן למה זה תלה הדבר בסברת הכרס ולא זכר שר שכ"כ בהדיא הר"ן בפי' ההלכות כאשר יראה הרואה וצ"ע:

ודע שהרב מש"ל כתב דאם המלוה מודה שפרעו הלוה מקצת החוב בינו לבינו והלוה טוען שפרעו כולו אז נאמן הלוה שכבר נתבטל הטעם דאין הלוה עשוי לפורעו שלא בעדים שהרי הודה המלוה שפרע מקצת החוב שלא בעדים וכה"ג כתבו רבוותא ז"ל בקובע זמן לחבירו ונתברר שפרע מקצתו בגו זימניה אע"פ שתבע המלוה השאר בגו זימניה נאמן הלוה לומר פרעתי שכבר אבטיל החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שהרי

פרע מקצתו בגו זימניה עכ"ל:

ונראה לע"ד דלדעת כל המפרשים ז"ל שכתבנו לעיל ד"ה והנה כו' דמשמ"ל דעיקרו של חיוב תנאי זה לאו מטעם אנן סהדי הוא אלא מטעם נאמנות דהימניה לוה למלוה הוא א"כ לדידהו ז"ל אין חילוק דאפי' הודה המלוה שפרע מקצת החוב בינו לבינו אכתי הנאמנו' על שארית החוב במקומו הוא עומד ולא מהימן לוה לומר שפרעו כולו וכמ"ש הטור בסי' פ"ד בדין פוגם שטרו דאינו נפרע אלא בשבועה וז"ל בד"א כשאין בו נאמנו' אבל יש בו נאמנות אע"פ שלא פי' בין בכולו בין במקצתו אלא האמינו סתם נאמן ונוטל בלא שבועה עכ"ל הרי שכתב דאפילו בפוגם שטרו הנאמנות במקומו עומד וכדבריו כתבו הר"ב התרו' והרא"ש בתשו' כמ"ש מרן בב"י שם יע"ש וזו היא ג"כ סברת הרמב"ם כמ"ש ה"ה בפט"ו מה' מלוה ה"ו ד"ה ואם התנה כו' וז"ל ומדברי רבי' יש ללמוד דנאמנו' סתם מועיל בין בכולו בין במקצתו וכ"כ ז"ל בין בנאמנות לוה בין בנאמנות מלוה עכ"ל ועיין להרב גד"ת ז"ל דק"ח ע"ד יע"ש ואף שהר"ב התרומות שם כתב דאיכא מ"ד דנאמנות סתם לא מהני למקצתו נראה דסברת יחיד היא ולא מצי המוחזק לומר קים לי ועיין להרב החבי"ב בכללי הקים לי אות נ"ב שכתב דסברת יש אומרים סברת יחיד היא יע"ש וכ"ש סברת איכא מ"ד וברור:

והנה זה שכתב הרב מש"ל ז"ל וכה"ג כתבו רבוותא ז"ל בקובע זמן לחבירו כו' סברת הני רבוותא שכתב ז"ל הם ה"ה ברפי"ד מה' מלוה שכתב וז"ל אבל אני חוכך בדין פוגם שטרו דהא איבטיליה לה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לגבי האי שהרי פרע והלה מודה לו במקצת עכ"ל היא ג"כ סברת רבינו האיי שכתב הטור בסי' פ"ד וז"ל ורבינו האיי ז"ל כתב שאפי' בזמנו לא יפרע אלא בשבועה יע"ש אמנם הרמב"ם והרב התרומות בשער כ"א ח"ה ס"ו ס"ל דאף בפוגם שטרו לא איבטילה חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו כיע"ש והשתא משמע ליה להרב ז"ל דכי היכי דאפליגו הני רבוותא לענין פוגם שטרו אי אבטילה הך חזקה דאין אדם פורע ת"ז לענין אי צריך שבועה בעל השטר ה"ן איפליגו לענין מלוה ע"פ וטען הלוה שפרע הכל בגו זימניה והמלוה מודה לו במקצת דלדע' רבינו האיי וה"ה אבטיל' החזקה ונשבע הלוה היסת ונפט' כדינו ולדע' הר"ב התרומות לא אבטיל' החזק' ולא מהימן לוה לומר שפרע הכל בגו זימניה ובכן יליף מינה הרב מש"ל ז"ל שפיר להך מילתא דאל תפרעני אלא בעדים לדעת רבינו האיי וה"ה ז"ל דאם מודה המלוה שפרעו מקצת החוב שלא בעדים דאבטיל טעמא דאנן סהדי ונאמן לומר שפרעו הכל בינו לבינו ונשבע היסת ונפטר:

ואולם ראיתי להרב מש"ל ברפי"ד שכתב וז"ל מ"ש ה"ה ז"ל אבל אני חוכך בדין פוגם

שטרו כו' אם פסקו של ה"ה לחייב שבועה למלוה ניח' ואם לפוטרו כמלוה ע"פ ללוה בשבועתו ק"ל פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטיל חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא כי היכי דאבטיל חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ה"נ אבטיל שטרך בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב ואפשר לדחות כו' יע"ש הרי דהרב שם טפי ניחא ליה למימר דבמלוה ע"פ אזיל ומודה ה"ה ז"ל דלא איבטילה החזקה לענין דמהימן לוה בשבועת היסת אלא לענין פוגם שטרו דוקא אמרה למילתיה דבעי מלוה לאשתבועי כדינו ולפ"ז אין מקום למ"ש הרב כאן דאם מודה המלוה שפרע מקצת החוב בינו לבינו דאיבטי' טעמ' דאנן סהדי ונאמ' הלוה לומ' שפרע הכל בינו לבינו כו' דלעני' זה שיהא הלוה נאמן בשבועתו לא אמרו הני רבוותא ז"ל ועכ"ל דהשתא משמע ליה להרב באפשר לדחות שכתב שם ברפי"ד ואף לענין לפוטרו ללוה במלוה ע"פ בשבועתו אמרה למילתיה ה"ה ז"ל:

ומ"מ לפי הצד הזה שצידד הרב ז"ל דדוקא לענין שחייב המלוה שבועה אמרה ה"ה ז"ל למילתיה עכ"ל דבמלוה על פה שמודה המלוה שפרע מקצת בגו זימניה שבועה מיהא בעי המלוה דאי בלא שבו' נמצא דמלו' ע"פ עדיף טפי משט' דאלו בפוג' שטרו לא גבי מלוה בלא שבו' וגבי מלו' ע"פ גוב' בלא שבוע' ודב' זה לא יתכ' לאומרו ואין השכ' מחייבו א"ו כדאמרן ואם הדב' כן ק"ל אמאי לא מני תנא דמתני' בכלל הני דנשבעין ונוטלין עוד אחרת והיא זאת מלוה ע"פ שהודה המלוה שפרע מקצתו בגו זימניה והלוה אומר שפרע הכל בגו זימניה דנשבע המלוה וגובה השאר ואף למ"ש התוס' והר"ן בר"פ כל הנשבעין והביא דבריהם שם הרב תי"ט ז"ל דלא מני תנא דמתני' אלא הני דנשבעין ונוטלין מה שאינו ברשותו של נשבע כו' הך דהכא נמי הול"ל דאפי' דקאי ברשותו של לוה שקיל מלוה בשבו' וכעין זה ק"ל למ"ש רבינו בפ"ג מה' שכנים ה"ב דהתובע לחבירו ליתן חלקו בגובה הכותל שהוסיף על ד"א וחבירו אומר נתתי אינו נאמן אלא חבירו נשבע בנקיטת חפץ שלא נתן לו ונוטל ממנו כדין כל הנשבעין ונוטלין עכ"ל ומשמע מדבריו דאפי' לא אמר אשתבע לי ב"ד משבעין אותו כיע"ש וא"כ אמאי לא מני לה תנא בהני נשבעין ונוטלין ואף שהרמב"ן והרמ"ה נחלקו בזה על הרמב"ם כמ"ש הטור בסי' קנ"ז לא נחלקו עליו מה"ט דלא מצינו דמני לה תנא בהדי דנשבעין ונוטלין וכעת צריך ישוב לע"ד ועיין להרדב"ז ש"ל בח"א סי' רכ"ח:

ואת זה ראיתי להרב לח"מ ברפי"ד מה' מלוה שכתב על דברי ה"ה ז"ל וז"ל וקשה דא"כ לימא בגמרא חילוק זה דאיכא בין פוגם שטרו לשאינו פוגם שטרו דפוגם אפילו תוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה משא"כ בשאינו פוגם עכ"ל ולע"ד לא קשיא כלל דחזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו פלוגתא היא בגמר' בפ"ק דב"ב ד"ה ע"ב דאביי ורבא ס"ל

דאין זו חזקה דעביד איניש דפרע בגו זימניה ואמרינן עלה דר"פ ורב הונא עבדי עובדא כאביי ורבא יע"ש וכיון שכן לא ידעתי מאי קא ק"ל להרב ז"ל דההיא דבעי תלמודא בפ' שבו' הדיינין דמ"א ומה בין זה לפוגם את שטרו לר"פ הוא דבעי דקאמר התם האי מאן דמפיק שטרא אחבריה כו' אם אמר ליה אשתבע לי דלא פרעתיך משבעין ליה ועליה דידיה קבעי תלמודא ומה בין זה לפוגם את שטרו והשתא לדידיה דר"פ דלית ליה הך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו היכי מצי לחלק בין פוגם לשאינו פוגם לענין תוך זמנו כיון דאף בשאינו פוגם והוא תוך זמנו נמי לדידיה דרב פפא ודאי כי אמר אישתבע לי משביעינן ליה כיון דלית ליה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וצ"ע:

ולענין הלכה בעיקר דין זה שכתב הרב משל"ל נלע"ד דלפי מ"ש אנן יד עניי דלדעת כל הפוס' דמשמע להו דעיקרו של חייוב תנאי זה לאו מטעם אנן סהדי הוא דמחייב הלוה אלא מטעם נאמנות המלוה דהמניה לוה לגבי דידיה הוא דמחייב ולדידהו אין חילוק דאפי' שהודה המלוה שפרע מקצת החוב בינו לבינו אכתי הנאמנות על שארית החוב במקומו הוא עומד כמדובר אע"פ שהודה להרב מ"ל דלטעמא דאנן סהדי שכתב הר"ן ז"ל כל שהודה המלוה שקבל מקצת החוב אבטיל האי טעמא דאנן סהדי ומהימן לוה לומר שפרע אף שארית החוב אכתי כיון דלא מצינו לו חבר להר"ן ז"ל בסברא זו ובטעמו נר' דאין הלוה מהימן לטעון פרעתי כל החוב ביני לבינו אלא המלוה נאמן לטעון שלא פרעו אלא מקצת החוב בלבד דנאמנותו במקומו עומד על השאר וכמ"ש הטור בסי' פ"ד בדין פוגם שטרו וכמדובר לעיל ולבר מן דין נלע"ד דאפי' לטעם אנן סהדי שכתב הר"ן ז"ל אכתי כיון דטעם זה דאבטיל טעמא דאנן סהדי בפריעת החוב מקצת החוב שכתב הרב מ"ל ז"ל לא למדו אלא ממ"ש ה"ה ז"ל ורבינו האיי ז"ל גבי חזקה אין אדם פורע תוך זמנו גבי פוגם שטרו ומלבד שמדברי ה"ה ז"ל אין ראיה כ"כ לפי מה שצידד הרב גופיה ברפי"ד וכמדובר עוד זאת דאפי' להצד האחר שצידד הרב בכונת דברי ה"ה ז"ל ס"ס לאו במלתא פסיקתא אמרה ה"ה ז"ל אלא כמסתפק אמרה למילתיה ובלשון אני חוכך והניח הדבר בצ"ע ועיקר קו' הרב המגיד מתיישב שפיר ע"פי מ"ש מהרימ"ט ז"ל הביא דבריו מרן החבי"ב בסי' פ"ד הגב"י ז"ל אות ו' ובסי' ע"ח מהדורא בתרא הג"הט אות ב' דלא מפני שראינו שפרע מקצת החוב בגו זימניה לפנים משורת הדין נאמר שפרע הכל דאדרבא איכא למימר דהוא הקדים לו המקצת הזה שנזדמן לו כדי שלא יכופנו על השאר בזמנו יע"ש ועיין להרב מחנה אפרים ה' גביית חוב סי' ז' דכ"א ע"ד שהביא ראיה לדברי הרמב"ם באופן דר' האיי ז"ל יחיד הוא נגד הרמב"ם ז"ל והר"ב התרומות ואין לומר קים לי כסברת יחיד כמ"ש מרן החבי"ב בכללי הקי"ל אות ט"ו:

ולבר מן דין ומן דין עיקר סברת רבי' האיי ז"ל הלזו שהבי' הטור בסי' פ"ד תמה הש"ך שם בסק"ב אנה מצא כן הטור בדברי רבינו האיי ואדרבא המעיין בב"הת שער כ"א וה"ה רפי"ד מה' מלוה יראה דרבינו האיי לא פליג רק בלקוחות אבל בפוגם שטרו ועד א' מודה להרמב"ם עכ"ל ועיין למרן החבי"ב שם הגב"י אות ז' שנדחק בכונת הר"ב התרומות כמ"ש וכן מצוי בתשו' לרבי' האיי דמלקוחות לא גבי אלא בשבועה דמשמע דמלוה גופיה גובה שלא בשבועה כונתו שדבר זה דמלקוחות מצוי בתשו' אבל מסברא דנפשיה אפי' מלוה גופיה אינו נפרע אלא בשבו' יע"ש ומלבד הדוחק הזה אכתי לא העלה ארוכה לדברי ה"ה שאם רבינו האיי היה סובר כן אף בלוה גופי' כשכתב אני חוכך בדבר הי"ל שכ"כ רבינו האיי ז"ל ואם לאו דמסתפינא הייתי אומר שסברת רבינו האיי שכתב הטור בסי' פ"ד אינה ענין למ"ש ה"ה אני חוכך כו' ולא מטעמא דאבטילה חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו כתב הטור בשם רבינו האיי ז"ל דאפילו תוך זמנו לא יפרע אלא בשבו' אלא טעמו של רבי' האיי הוא דמשמע ליה דחזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו לא מהני לפוטרו למלוה אף משבועה דשבועה מיהא ס"ל דבעי וכמו שכן הוא דעת הרא"ש בפ"ק דב"ב והביא דבריו הטור בסי' ע"ח שכתב וז"ל וכתב הר"י ן' מיגאש שגם מהמלוה נפרע בלא שבו' וכ"כ הרי"ף בתשו' וא"א הרא"ש כתב שצריך שבועה שבא ליפרע מהלוה עצמו אע"פ שאם בא ליפר' מהיתומים אין צריך שבועה שאני התם שאין אדם מכחישו אבל הכא שהלוה טוען שפרע צריך לישבע עכ"ל:

ובכן אפשר שהן הן הדברים שכתב הטור בסי' פ"ד בדין פוגם את שטרו והוא מעיד שהוא פרוע בשם רבינו האיי ז"ל דאפי' טוען שפרעו בתוך זמנו דלא יפרע אלא בשבועה דסתמא מיירי כשטענתו היא עם הלוה בעצמו שטוען שפרעו וכיון דלא מהני חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו לפוטרו למלוה משבועה אפי' במלוה ע"פ ואפי' בשאינו מודה על מקצת החוב שפרעו בזמנו כ"ש בפוגם שטרו דצריך שבו' כדינו:

איברא שראיתי להש"ך בסי' ע"ח סקט"ו והרב גד"ת בדצ"ד ע"ב דמשמע להו ז"ל כמ"ש הרא"ש והטור שצריך שבועה כשבא ליפרע מהלוה עצמו היינו שבו' דלאחר פרעון שטוען הלוה פרעתיך ב"פ אחד בתוך הזמן וא' אחר הזמן דבעלמא משבעינן ליה כה"ג כההיא דפ' הכותב דאמרי אי פקח אידך כו' ואי קודם פרעון קאמר מהי תיתי לאשבועי היסת דלא נתקנה שבועת היסת אלא דוקא ליפרע ולא להוציא ופירוש זה פירש גם כן בדברי הרב התרומות שכתב בשי"ו ח"ב סימן ה' וז"ל זה שפסקנו שגובה בלא שבו' אם הוא בתוך הזמן דוקא כי לא אמר לוה למלוה אישתבע לי אבל אי אמר ליה אשתבע לי משתבע היסת דלא עדיף חזקה דגו זימניה לאפטורי היסת ואע"ג דאיתיה תוך זמן די לנו

אם פוטרין אותו משבו' המשנה כדין מפיק שטרא או משבו' הבא ליפרע מנכסי יתומים אבל מהיסת לא ינצל ובזה נסתפק הה"ר יאודה וכתב דאיכא מ"ד משתב' היסת ומפטר ואיכא מ"ד חרם סתם ור"ח ז"ל אמר דדחיקא מילתא לדחויי משבו' דרבנן כמאן דמפיק נו' ובודאי ליכא לספוקי בהאי מילתא כי בודאי אין על המלוה שום שבו' כלל וכן דעת הרי"ף בתשו' וזה טופסה מה ששאלתם אם גרש אשתו כו' יש לו להשביעה או לא כך ראינו שזו אינה טענה לפי שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים וקי"ל הטוען פרעתיך בתוך זמנו אינו נאמן אלא נותן לה כתובתה ויחרים סתם אבל אם טען פרעתיך אחר הגירושין טענתו יפה שאפי' שפרעה ותטול ותשבע כדין כל מי שיש בידו שטר וטעין שפרעו עכ"ל ומשמע להו להרבנים בפשיטות דמ"ש הר"ב התרומות ובשם ההר"י דמשתב' היסת היינו שבו' דלאחר הפרעון ולדעת בע"הת אף שבו' זו לא בעי ושזה דעת הרי"ף בתשו' וכתב עוד הרב גד"ת דאע"ג דמתשו' דמייתי מהרי"ף משמע דמהשבועה דקודם פרעון איירי מ"מ יראה שהענין בעצמו אמיתי והרי"ף על השבו' המורגלת קאמר שהיא שבו' המשנה דאלו שבו' היסת פשיטא דאין לה מקום קודם פרעון וכתב עוד ולפ"ז אתי שפיר מ"ש ההר"י ז"ל משתבע היסת ומפטר ואי להשביע קודם הפרעון איירי מאן דכר שמיה דמפטר וצריך להגיה ולכתוב במקומה ונפרע או ונוטל וכיוצא אבל במה שכתבתי אין צורך להגיה דבשבועה דלאחר הפרעון עסקינן שהיא להפטר כו' ושוב מצאתי שכ"כ הרמב"ם בפ"ז מה' שכירות עכ"ל:

ועפ"י יסוד זה אשר בנו הרבנים הנז' בכונת הרב התרומות והרא"ש והטור דבשבועה דלאחר הפרעון קמיירי דקודם הפרעון ליכא היסת הוקשו להם לשון המרדכי והג"א שכתבו דכי טעין פרעתיך תוך זמני אין צריך שבו' אא"כ אמר לו אשתבע לי שלא פרעתיך בזמני אז צריך שבועת היסת עכ"ל וכתבו ז"ל דמילת היסת היא משובשת דהיכא דטעין אשתבע לי דפרעתיך בזמני צריך לישבע שבועת המשנה והיינו דינא דר"פ דפ' ש"ה דמ"א והש"ך כתב דהמרדכי קרי לשבועת המשנה היסת ועוד הוקשה לו מ"ש הב"ח שהטור ז"ל לא כיון יפה בדעת הרא"ש דהרא"ש בשבועה דלאחר הפרעון קמיירי וכתב דהשיג על הטור שלא כדת דגם הטור ז"ל זו היתה כונתו וגם ע"פ יסוד זה תמה על הרב המפה דבסימן זה הסכים לסברת האומרים דא"צ שבועה והיינו ודאי שבו' דלאחר הפרעון דאל"כ ע"כ לסברא ראשונה דצריך שבועה היינו קודם פרעון וסברא זו לא נמצא בשום פוסק ובהרא"ש איתא שצריך לישבע היסת והיינו ע"כ לאחר הפרעון דלעולם לא תמצא היסת קודם פרעון אלא ע"כ לאחר הפרעון קאמר וכיון שכן קשה דבסימן שי"ז סתם כהמחבר דצריך ליישבה אחר הפרעון והצריכה עיון יע"ש

ולע"ד אחרי שאלת המחילה מעוצם רבנותם ז"ל לא כן אנכי עמדי כי יסוד זה שעשו ממנו עיקר דכיון דלא מצינו היסת אלא דוקא להפטר ולא להוציא אין מקום לפרש דבריהם אלא לאחר הפרעון ולא קודם. לא ידעתי מנין להם זה העיקר ומי גילה להם סוד זה דלא נתקן היסת בכ"מ ואפי' להוציא וכנדון זה של הרב התרו' והרא"ש שכתבו בהדייא דנשבע היסת ולא מפני שלא מצינו היסת להוציא במקום אחר מוכיח שלא נתקן להוציא דאיכא למימר שהוא מפני שאין צורך בו שכבר נשבע שבועת המשנה בנשבעין ונוטלין אבל בכל כיוצא בזה דאין כאן שבועת המשנה ואיכ' חזקה דמסייע למלוה נשבע היסת כמו שנשבע הלוה בעלמ' להפטר ולא ידעתי מה יענו הרבני' למ"ש הר"ב התרו' בשכ"ה ח"ב ס"ב גבי אל תפרעני אלא בעדים שכתב וז"ל גם פסק הרב ן' מיגאש דכיון דאפסיקא הלכתא דצריך לפורעו בעדים הואיל והתרה בו לא שנא דטעין פרעתיך ביני לביניך לא שנא דטעין פרעתיך בפני עדים ומתו או הלכו בכולהו שקיל מלוה ממוניה מיניה דלוה בלא שום שבועה ואפילו היסת דאפסיד אנפשיה כו' דכיון דאתרי ביה צריך להביאם ויעידו לו בכך ע"כ: וכתב עוד גם כתב הרב ן' מיגאש ז"ל אם רצה לחזור ולתבוע המלוה אחר שיתבענו בפנינו שלקח ממנו מעות כ"וכ שלא כדין יכול לתובעו ומחייבין המלוה לישבע היסת על טענתו כדין מנה לי בידך אין לך בידי ונפטר משבועתו עכ"ל : הרי מבואר מדברי מהר"י ן' מיגאש הללו דשייך שבו' היסת אף קודם הפרעון ממ"ש דשקיל ממוניה מיניה דלוה בלא שום שבועה ואפילו היסת כו' ושבועה זו ודאי דקודם הפרעון היא המבוא' ממ"ש אח"כ דלאחר הפרעון יכול הלוה להשביעו ואם איתא לדברי הרבנים הנז' דלא שייך שבועת היסת קודם פרעון מה צריך לו להר"י ן' מיגאש לומר דאינו נשבע אפי' היסת אלא ודאי דאף קודם פרעון שייך שבו' היסת ולזה כתב דכאן אינו צריך שבו' כלל ואפילו היסת מפני שכך התרה בו ואיהו אפסיד אנפשיה כמ"ש ז"ל :

גם מדברי הרי"ף והרא"ש בפ' ש"ה דמ"ט והביא דבריה' מר"ן בב"י ז"ל בסי' פ"ב ס"ג שכתבו עלה דאמר ר"פ בגמ' ואי אמר ליה אשתבע לי משתבע ליה וז"ל אע"ג דאיכא מ"ד דשבועה זו שבועת היסת היא אנן מסתברא לן כמ"ד שהיא כעין דאורייתא דומיא דפוגם שטרו כו' מבואר דס"ל דשבועת היסת נמי שייך נמי בבא ליטול שלא כדברי הרבנים הנז' דאי לא הו"ל לדחות סברת איכא מ"ד מה"ט דשבועת היסת לא נתקנה אלא להיפטר אלא ודאי דאי מהא לא אירייא דכי היכי דנתקנה להפטר נתקנה נמי היכא דאיכא שטר או חזקה דמסייע לתובע ועיין למרן החבי"ב שם בסי' פ"ב הג"הט אות י"ג ודוק:

גם מדברי ר"ח שהביא הר"ב התרומות שם שכתב ור"ח אמר דדחיקא מילתא לדחות

משבועה דרבנן כמאן דמפיק שטרא אחבריה כו' מבואר בהדייא דבשבוע' דקודם הפרעון קמיירי דלדעת הר"ר יאודה ז"ל נשבע היסת ולדעת ר"ח ז"ל דדחיקא ליה מילתא לדחויי משבועה דרבנן דהיינו שבועת המשנה כמאן דמפי' שטרא אחבריה דאמר ר"פ בפש"ה דכי א"ל אישתבע לי קודם פרעון משבעינן ליה כעין של תורה ואי לאחר הפרעון קמיירי הרר"י ז"ל מי איכא למ"ד דמשבעינן ליה היסת ומאי שיאטיה דההיא דמפיק שטרא הכא אלא ודאי כדאמרן גם ממ"ש הר"ב התרו' שכ"ט ח"ב ס"ג בשם הר"י ן' מיגש ורבינו אפרים והביא הטור דבריהם סי' צ"א ס"ד וז"ל והפועלים נשבעין היסת לבע"הב ונוטלין ומבואר טעמם שם בב"י ז"ל יע"ש: מבואר בהדייא הפך דברי הש"ך והגד"ת ז"ל ואף שהרי"ף והרמ"ה נחלקו שם וס"ל דנשבעין כעין דאורייתא היינו משום דס"ל דזה בכלל שכיר נשבע ונוטל דמתני' היא אבל בעלמא אה"ן דס"ל דנשבע היסת ונוטל וכנדון זה של הרא"ש ז"ל: ועיין להרב גד"ת שם דקל"ב ע"א ה"ה אך ק' שתמה על הר"י ן' מיגאש דלא מצינן היסת אלא להפטר כו' יע"ש ולדרכו ז"ל הוא מהלך וכבר כתבנו שאין הכרח לעיקר זה שבנה עליו דייק גם מדברי הר"י הלוי הללו שכתב הר"ב התרו' מבוארין ג"כ דברי ר' אפרים שהביא אחריו הר"הת שם דהולך הוא בשיטתו של ר"י ן' מיגאש וכמובן למעין שם והתימא על הש"ך שבסי' קכ"א ס"ק מ"ז שהציע דעתו של רבינו אפרים לענין אחר ונדחק בישוב לשונו כיע"ש וכל זה גרם לו יסוד זה אשר בנה דאין שבו' היסת אלא ליפטר ולא זכיתי לרדת לעומק דעתו מה יענו שפתי דעת לדברי הר"י ן' מיגאש שהביא שם הר"ב התרומות כמבוארין דבריו ז"ל דשבו' היסת זו היא קודם פרעון כמבואר שם וצ"ע:

איברא שמדברי הרמב"ם ורבינו פ"א מה' טוען הלכה ו' שהביא הש"ך שם בסי' קכ"א משמע לכאורה דס"ל דלא משכחת שבועת היסת לעולם אלא ליפטר ולא להוציא שהרי כתב וז"ל ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל בלבד זה שנהפכה עליו שבועה ע"כ. ואם הדברים כפשטן ק"ט על מ"ש ה"ה על זה וז"ל וזה כדברי הר"י ן' מיגאש ודברים ברורים הם עכ"ל: שהרי מצינו להר"י ן' מיגאש במקומות הנז"ל שכתב דאיכא שבועת היסת בנשבע ונוטל גם ק' ממ"ש רבינו פ"א מהל' שלוחין ה' ז' וכמו שהקשה מרן כ"מ שם יע"ש ועיין להרב גד"ת דקל"ב ע"ב יע"ש אם לא שנאמר כמ"ש הרב ז"ל ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו כו' דדוקא כגון זה קאמר דאפי' לית ליה שטר או חזקה דמסייעו אפי"ה נוטל בלא שבו' המשנה משום שנהפכה עליו השבו' וצ"ע ועיין להש"ך בסי' פ"ז סקל"א ועיין לרבינו והרע"ב בפי' המשנה פ"ק דכתובות משנה ה' גבי היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' ר"ג ור"א אומרים נאמנת שכתבו דנאמנת בשבועת היסת

יע"ש אלמא אע"פ שהיא הנוטלת נשבעת היסת הפך דברי הרבנים הנז' איברא שרבינו בחבורו שם לא כתב אלא שיש לו להחרים חרם סתם וכ"כ כל הפוסקים שם וכמ"ש הרב תוי"ט ז"ל שם כיע"ש ועיין להרב התרו' בשער כ"ו ח"א ס"ד דמבואר מדבריו דס"ל כהר"ם בפי' המשנה ועיין להש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"א:

ומ"מ אפי' אם נודה להרבנים הנז' שזה דעת רבי' מיהו אין זה דעת הר"י ן' מיגאש ורבינו אפרים ושאר רבוותא שכתבנו אלא לדידהו ס"ל דנתקנה שבועת היסת אף להוציא וכמדובר ובכן הדבר ברור אצלי דמ"ש הרב התרומות בשי"ו גבי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו בשם הרר"י ז"ל דכי אמר לוה למלוה אשתבע לי דמשתבע ליה היסת בשבועה דקודם הפרעון קמיירי וע"ז דוקא נחלק עליו הר"ב התרומות והביא ג"כ דברי הרי"ף בתשו' דס"ל דקודם הפרעון אין על המלוה שום שבועה כלל וכמבואר מדברי הרי"ף באותה תשובה דעל שבועה דקודם הפרעון קמיירי וכמ"ש הר"ב גד"ת והש"ך ומדכתב הרי"ף דאין עליה אלא חרם סתם דקדק הר"ב התרו' דס"ל דאף שבועת היסת אין משביעין אותה קודם פרעון ודלא כהרר"י ז"ל דמשביעין אותה היסת קודם פרעון ומה שהוכיחו עוד הרב גד"ת והש"ך ז"ל ממ"ש הרר"י ז"ל מישתבע היסת ומפטר דמיירי בשבועה דלאחר הפרעון דאי קודם פרעון מיירי מאן דכר שמיה דמפטר כו' אינה ראיה כלל דמפני שאין אנו מצריכין אותו לישבע שבועת המשנה כדין מאן דאפיק שטרא לחבריה וא"ל אשתבע לי דלא פרעתיך דמשביעין אותו שבועת המשנה וכאן לדעת הרר"י ז"ל אע"ג דא"ל אישתבע לי לא משביעין ליה אלא שבועת היסת ושלא כדעת ר"ח שכתב בתר הכי דמשבעינן ליה שבועת המשנה לזה כתב דמשתבע המלוה היסת ומפטר כלומר ומיפטר בכך משבועת המשנ' וכלשון הזה כתב הר"ב התרו' ג"כ סמוך ונר' וז"ל ואע"ג דאיתיה תוך זמן די לנו אם פוטרין אותו משבו' המשנה כו' אבל מהיסת לא ינצל ע"כ והן הן הדברים שכתב בשם ההר"י ז"ל ומיפטר וכמדובר מיהו אף לדעת הר"ב התרומות והרי"ף דלא משבעינן ליה כלל אין ספק אצלי דאף לאחר שפרעו בפנינו רצה לחזור ולתבוע לו שלקח ממנו מעות שלא כדין יכול לתובעו ומחייבינן למלוה לישבע היסת על טענתו כדין מנה לי ביד וכמ"ש הר"ב התרו' בשער כ"ה בשם הר"י ן' מיגאש ז"ל בדין אל תפרעני אלא בעדים ולא כתב שום חולק עליו בזה יע"ש. ודעת הרא"ש והטור ז"ל הוא דאף כי לא טעין לוה אשתבע לי דלא פרעתי' נשבע המלוה היסת קודם פרעון דאהנייא החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לענין שלא יהא הלוה נאמן בשבו' להיפטר אלא מלוה יהא נאמן אבל שבועת היסת מיהא בעי וע"ז כתב הטור שדעת הר"י ן' מיגאש והרי"ף ז"ל בתשו' הוא שאינו צריך שבו' כלל אלא חרם סתם מחרימין אבל

לדעת הרא"ש צריך שבוע' והיינו ודאי שבוע' היסת כמ"ש בהדיא הרא"ש ז"ל בפ"ק דב"ב ד"ה וז"ל ואי טעין פרעתיך בגו זימניה אע"ג דאינו נאמן יראה שצריך לישבע שבועת היסת כיון שטוען טענת בריא אבל ביתמי לא משבעינן ליה מספק עכ"ל וכ"כ רבינו ירוחם ז"ל בהדיא בנתיב ג' ח"ב וז"ל קובע זמן לחבירו בעדים ובא לתובעו תוך זמנו ואמר פרעתי תוך זמני אינו נאמן ונשבע היסת שלא פרע ויטול כ"כ הרא"ש ז"ל מיהו אף לדעת הר"י ן' מיגש והרי"ף לאחר הפרעון ודאי דמצי ליה לאשתבועי למלוה ובזה לא דבר הטור מפני שלדעתו ולדעת אביו הרא"ש ז"ל נשבע המלוה קודם פרעון אבל אין ספק שלדעת הר"י ן' מיגאש והרי"ף לאחר הפרעון אם רצה הלוה להשביע למלוה משביעו כדין מנה לי בידך וכמ"ש הרב

טען ואמר כן עשיתי ופרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה או מתו הרי זה נאמן ונשבע שבועת היסת ונפטר. ע"כ: נ"ב זו היא סברת רבינו וה"ה שלא חלק עליו וסברת הרא"ש והטור והר"ן ורי"ו נתיב ג' ח"ב וזה נראה דעת ב"הת ז"ל וזו היא גם כן דעת ריא"ז בש"הג כיע"ש ועיין למהריב"ל בח"א דקל"ד ע"א שכתב בשם הר"ן ז"ל הפך שיטה זו ואולי הוא הרב הנמקי יע"ש ואולם הרי"ף חלוק ע"ז וס"ל דאינו נאמן עד שיביא עדים בפנינו שפרעו וזו היא שיטת מהר"י בן מיגאש כמ"ש הרב בע"הת בשער כ"ה יע"ש וזו היא ג"כ סברת הר' יונה כמ"ש מרן ב"י בסי' קל"ג ס"ו וזו ג"כ שיט' הראב"ד בהשגות ושי' הרמב"ן והרז"ה בס' המלחמות ושיטת הרשב"א בחי' לשבועות יע"ש וכתב עוד שם שזו היא ג"כ שיטת ר"ח ז"ל דגריס בגמ' כגי' הרי"ף דאינו נאמן יע"ש:

ולכאורה קשה דהרא"ש ז"ל בסוגיין גבי ההיא דאל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון דקדק מפירושו של ר"ח דגריס לעיל בההיא דאל תפרעני אלא בעדים שאם אמר פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה דנאמן כגי' הרמב"ם ולפי עדותו של הרשב"א דגריס אינו נאמן קשה מה יענה למה שדקדק הרא"ש ז"ל מפירושו בההיא דאל תפרעני אלא באפי ראובן ושמעון דממה שפי' במ"ש שם להכי קא"ל ראובן ושמעון כי היכי דלא לדחייה דהכונה כי היכי דלא לידחיה לומר פרעתיך בפני עדים והלכו למ"ה משמע דדוקא כי אמר ראובן ושמעון לא מצי לדחויי ליה בהכי אבל כי אמר אל תפרעני אלא בפני עדים סתם מצי לדחויי ליה ולמימר פרעתיך בפני עדים והלכו למ"ה ונאמן ואיכא למימר דאע"ג דגריס ר"ח ז"ל אינו נאמן מיהו ס"ל כמ"ש הר"ן ז"ל דהכי קאמר אינו נאמן לגמרי אלא יהבינן ליה זימנא ונטרינן ליה עד דאתו וכ"כ הטור בשם הר' ישעיה ז"ל דאי טעין הלכו למ"ה אין אומרים לו דלפרעיה מיד ולכי אתו עדים ואמרו דפרעיה מהדר ליה אלא ממתינין לו עד שיבואו כו' יע"ש והשתא היינו דאיכא בין אומר אל תפרעני אלא בעדים סתם

לאומר אל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון דאלו בעדים סתם ממתינין לו עד שיתברר שמתו העדים ואינן יכולין לבא ועוד או עד הזמן שנתנו לו ב"ד להבאת העדים ולא באו אז מחייבינן ליה אבל באומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ לא נטרינן ליה אלא תכף ומיד מחייבינן ליה דלהכי קא"ל פ"ופ כי היכי דלא לידחייה עד שיתברר הדבר ודוק ונמצא דר"ח והרב ישעיה בשיטה אחת קיימי דכי טעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה נטרינן ליהו עד שיתברר הדבר שלא יבואו להעיד ומחייבינן ליה ללוה אז וזו היא ג"כ סברת הראב"ד בס' תמים דעים סי' רל"ז יע"ש:

ודעת רשב"ם והתוס' בפ' חזקת דמ"ה דאי טעין פרעתיך בפני פ' ופ' והלכו להם למ"ה נאמן לגמרי אפי' נתברר שמתו אח"כ אבל אי טעין מעיקרא פרעתיך בפני פ"ופ ומתו אינו נאמן יע"ש: וזה נראה דעת המרדכי שם סי' תקס"ג וכן יש לדקדק מלשון הסמ"ג עשין צ"ד דלא נקט אלא הלכו למ"ה: ועיין למרן מלכא בס' בתי כהונה ח"א ד"ה ע"ג במ"ש על דברי רבינו דנקט ב' החלוקו' הלכו למ"ה ומתו יע"ש. ויותר נראה לומר דבכל חלוקה יש חידוש וכמ"ש הרב גופיה שם דאין לומר זו אף זו בדברי הפוסקים וכמ"ש מרן החבי"ב בכללי הפוסקים אות פ"ח ועיין להרב שער יוסף דף ה' ע"א עד ע"ג יע"ש. וזו היא ג"כ דעת הרמ"ה וכמ"ש הרב גד"ת דקט"ו ודקי"ו יע"ש. ועיין להרב ראש יוסף בסי' זה דקמ"ח ע"א וע"ב אות ל"ו ואות ל"ז ושם אות מ"א שדבריו תמוהים וצ"ע. ויותר יגדל התימה על הרב פרישה שכתב ע"ש רבינו ישעיה דסברא זו הביאה ה"ה ז"ל בשם הרשב"א וטעמו של הר' ישעיה הוא דאל"כ למה לא יהא נאמן לומר פרעתיך ביני לבינך במגו דפרעתיך בפני פ"ופ עכ"ל ולא כן אנכי עמדי דלפי טעמו אם ימותו אח"כ העדים ולא יתברר שפרע לא יתחייב לשלם וזה אינו לע"ד אלא דגירסת הר' ישעיה בגמ' היא כגירסת הרי"ף דאינו נאמן ואין זו סברת הרשב"א שהביא ה"ה והחילוק ביניהם רב כמ"ש גד"ת ז"ל בדקי"ו יע"ש:

ולענין הלכה אם הלוה מוחזק יכול לומר קי"ל כסברת כשיטת רבינו ודעמיה דאפי' טעין פרעתיך בפני עדים ומתו או הלכו למ"ה דמהימן ועיין להר"ם מינץ בסי' ס"ט דקכ"א ע"א שכתב וז"ל והא קי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ואי א"ל אל תפרעני אלא בעדים יכול לומר לו פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה ונאמן כך גרסי' ברוב הספרים בגמ' וגם האלפס דגורס אינו נאמן חזר בו בס' השערים שער י"ג כו' יע"ש. ונראה דאשתמיט מיניה דמר דהרי"ף בעל השערים הוא בן בנו של רב אלפס כמ"ש בתשו' למהר"ם סי' קצ"ה וסי' ר"ט ובהג"מיי בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' מ"ה וסי' נ"ה ועיין למרן החבי"ב בסי' פ"ז הג"הט אות ס"ו דספוקי מספק"ל מילת' אם בעל השערים הוא

הרי"ף ומדברי מהר"ש הלוי שהביא שם נראה דמפשט פשיטא ליה שהוא הוא ועיין עוד למרן החבי"ב בסי' קע"ו הגב"י אות ג"ן ובס' יד מלאכי בכללי הרי"ף אות ך' יע"ש:

ומ"ש עוד רבינו **וכן אם אמר אל תפרעני אלא בפני ת"ח כו' ואמר בפניהם פרעתיך כו' ה"ז נאמן**. ע"כ. הנה הרב גד"ת בדקי"ו ע"ג וע"ד דקדק מדבריו ז"ל מדנקט בחלוקה זו דאם אמר פרעתיך בפניהם דנאמן ובחלוקה השנית באומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ דאם אמר פרעתיך בפני אחרים אינו נאמן ולא עריב ותני שתי חלוקות יחד בפני ת"ח או בפני פ"ופ אם אמר פרעתיך בפניהם נאמן ואם בפני אחרים אינו נאמן שמעינן דס"ל דבחלוקה דבפני ת"ח אפי' הביא עדים אחרים בפנינו אינו נאמן וכ"ש כשאינן לפנינו משא"כ באומר בפני פ"ופ דכשהביא עדים אחרים לפנינו נאמן וטעמא דכשאומר בפני ת"ח כוונתו מבוארת לפסול שאר עדים שאינן ת"ח וכ"כ שה"ג בשם ריה"ז וכתב דלפ"ז היה יכול הרמב"ן לדחות ראית הרי"ף שהביא מההיא דאומר אל תפרעני אלא באפי בי תרי דתנו הלכתא דהתם שאני דאפי' אייתי סהדי לקמן לא מהימני ונדחק בתירוצו יע"ש:

ולע"ד אין זה נכון אלא שדעת רבינו דאף בחלוקת דת"ח אם הביא עדים אחרים אפי' אינן ת"ח מהימני ומאי דלא כייל שתי החלוקות יחד איכא למימר דבכל חדא חידושא אשמעינן דבאומר אל תפרעני אלא בפני ת"ח הוה ס"ד לומר דאפי' אמר פרעתיך בפניהם והלכו למ"ה לא מהימן דמחזי כשקרא כיון שעיקר התנאי שהתנה המלוה בהכי הוא כדי שיפרע בפני עדים המצויין בעיר לא עביד דפרע הלוה בפני ת"ח שהלכו וריע טענתיה ולהכי אשמועי' דמהימן כיון דס"ס אומר שפרעו בפני ת"ח ובחלוקה דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ אשמועינן חידוש' דאי אמ' פרעתיך בפני אחרים והלכו דאינו נאמן ולא אמרינן כיון דאותם פ"ופ שאמר המלוה עבידי נמי ללכת למ"ה ולא אמר פ"ופ אלא מפני שידועים אצלו וה"ה אחרים נמי קמ"ל דאפי"ה לא מהימן. ומה שדקדק עוד ממ"ש רבינו כך יראה מדין הגמ' כו' נראה דכוונת רבינו ז"ל לומר מה שהוקשה להם להרשב"א והר"ן לדעת הרי"ף מהא דקאמר הש"ס כי היכי דלא לידחייה דלגי' הרי"ף הול"ל כי היכי דלפסול שאר עדים. ועיין להש"ך לקמן ס"ק ח"י שגם הוא ז"ל דחה דברי הרב גד"ת הללו והעלה דלדעת הרמב"ם אף בחלוקה דת"ח אם הביא עדים אחרים שפרעו נאמן. ולענין הלכה ודאי דכל שהביא עדים אחרים בפנינו שפרעו בפניהם לא מפקינן מיניה מטעם קי"ל כהרמב"ם ודעימיה דלא מפסלי שאר עדים ואם המלוה מוחזק לא מפקינן מיניה מטעם קי"ל כהרי"ף ודעימיה :

איברא דמאחר דלדעת רבינו ודעמיה לא נפסלו שאר עדים לעדות זו משמע לכאור' דבאנו למחלוקת אחר דאיפליגו בו אבות העולם בפ"ב דכתובות דכ"א ע"ב גבי ג' שישבו

לקיים את השטר וקרא ערער על חד מהם כו' דלדעת רש"י והרי"ף גבי ההיא דפרכינן עלה אי ערער דגזלנות' תרי ותרי נינהו ופרש"י והרי"ף דלא מתכשר גברא כיון דהוו תרי ותרי ולדעת ר"ח והרא"ה ז"ל העד כשר דאזלינן בתר חזקה דגופא ואוקמינן להו אחזקתיהו ומוציאין ממון ע"פ עדותן ולא מהני חזקת ממון יע"ש:

ובכן אם המלוה מוחזק לסברת הרי"ף ורש"י ודעמיה מצי למימר קי"ל כהרי"ף ודעימיה דנפסלו שאר עדים לעדות זו אמנם לסברת ר"ח והרא"ה ז"ל לא מצי המלוה למימר קי"ל כהרי"ף ודעימיה דפסלינהו לשאר עדים משום דחזקת כשרות עדיף מחזקת ממון ולא פסלינן להו לעדים ומפקינן להו מחזקתייהו ודין תרי ותרי שוה למחלוקת הפוס' וכמבואר בתשו' למהרש"ח סי' כ"ד יע"ש ומיהו נר' דאכתי יפה כח המוחזק דמצי למימר קי"ל כהרי"ף ודעימיה דשאר עדים פסולים וקי"ל כרש"י והרי"ף דסברי בעלמא דחזקת ממון אלימא ולא מהני חזקת כשרות ואף דהשתא הו"ל ס"ס וכתב מהריב"ל בכמה מקומות דבס"ס מפקינן מיד המוחזק מ"מ הרואה יראה שכל גדולי האחרונים נו"ן חלקו עליו בזה ואף מהריב"ל לא עמד בשמועתו וכ"ש דהיכא דהתרי ספיקי הוו בפלוג' דרבוותא דבכגון דא אף מהריב"ל ספוקי מספק"ל טובא והדברים עתיקים אמנם הרב פ"מ בח"ב סי' ק"ו כתב דע"כ ל"ק רש"י והרי"ף דחזקת ממון עדיף מחזקת כשרות אלא דוקא גבי תרי ותרי לפי דאם נאמר דחזקת כשרות עדיף לפסול את העדים המעידים שהוא גזלן ונוצי' אותם מחזקתם אבל במחלוקת הפוסקים אליבא דכ"ע חזקת כשרות עדי' ולפ"ז בנ"ד נראה דלכ"ע יכול המלוה אם הוא מוחזק לומר קי"ל כמאן דפסל שאר עדים ואף שדברי מהרש"ך שם נראה שחלוק בזה על הרב פ"מ וכמ"ש הרב מש"ל בפ"ד מה' מלוה הל' ו' דמ"ו ע"ג יע"ש מ"מ כ' בכתבי הקדש למרן מלכא הרב המופלא כמהרח"א זלה"ה שכתב וז"ל מצאתי לראשונים דס"ל כמ"ש הפ"מ וז"ל הרב המעיל בפי' על ההלכות הובאו דבריו בש"מ לה"ה מהר"ב פ"ב דכתובות דכ"ח ע"ג ד"ה כתוב בהשלמה שכתב הרי"ף דחזקת ממון עדי' מחזקת הגוף דוקא בבריא ובריא אבל בברי ושמא קי"ל דהיא מהימנא משום חזקה דגופא וטעם הדבר דבברי ובריא לא אזלינן בתר חזקה דגופא שאם נכשיר הב' נפסל הב' אחרים כו' יע"ש הרי הדבר מבואר כמ"ש הרב פ"מ ודבר ה' בפיהו אמת שכיון לדעת הראשונים ותיתי לי שאם ה"ה מהרש"ח היה רואה דברי הראשונים אלו שכתבנו גם הוא ז"ל היה מחלק כן ואף שהרב מש"ל כתב דמדברי הרשב"א שהביא הב"י ח"מ סי' ל"ד מחו' ב' יש להוכיח הפך האמור מ"מ הרואה יראה שאפש' שאין משם הוכחה ואף הרב ז"ל לא ברירא לה מילתא טובא ולא קאמר אלא שיש קצת הוכחה יע"ש עכת"ד הרב זלה"ה. באופן דבנ"ד לפי האמור ומדובר תורה

יוצאה דאף אם המלוה מוחזק יכול לומר קי"ל כמאן דפסל לשאר עדים בעדות זו ולא מפקינן מיניה והרואה יראה דבנ"ד שאין פיסול שאר עדים משום פיסול עבירה וכיוצא ק"ו הדברים דמצי למימר קי"ל כמאן דפסל לעדות זה דלא מפקינן להו מחזקתייהו לגמרי ואפשר דאפי' מאן דפליג בההיא דתרי ותרי דס"ל דאזלינן בתר חזקת הגוף לגבי חזקת ממון בהא מודה דלא אזלי' בתר חזקתייהו כיון דלא מפסלי לגמרי אלא לעדות זו דוקא וזה נראה דעת הש"ך בס"ק י"ו שכתב דאם תפס התובע אפי' בפני עדי' מצי למימר קי"ל כהרי"ף ודעימיה ולא זכר ש"ר פלוגתא דרבוותא בההיא דתרי ותרי אי חזקת ממון עדיפא או חזקת הגוף עדיפא ודוק:

ודע דלדעת הרי"ף דאיפסילי להו שאר עדים לעדות זה כתב הש"כ בס"ק ט"ו דאם תנאי זה היה אחר ההלואה צריך שיהיה קנין בדבר דומיא דנאמנות כבי תרי כמ"ש לקמן בס"ד יע"ש ולא ידעתי אמאי לא כתב הרב כן אף לדעת רבינו אע"ג דלא איפסילו שאר עדים כל דטעין שפרעו בפני אחרים והלכו למ"ה דלא מהימן אם התנאי היה אחר ההלואה צריך קנין שהרי כתב ה"ה בפט"ו מה' מלוה הל' ג' דלדעת רבי' אפי' בסתם נאמנות דלא מפסלו שאר עדים אם תנאי הנאמנות היה לאחר ההלואה בעי קנין ועיין במ"ש לעיל בד"ה וראיתי להרב משל"ל כו' יע"ש:

ודע שמהריב"ל בח"א סי' ק"א כתב דהמיחד עדים שיעידו עליו הרי הוא כמבטל ופוסל שאר עדים ועיין במה שתמה עליו מרן החביב בהגב"י אות ח"י ועיין בס' ב"ד די"א ע"א ד"ה שוב ראיתי:

ומ"ש עוד רבינו ז"ל **א"ל אל תפרעני אלא בפני פ"ופ כו'**. כ"כ מרן ה' הלואות סי' ע' ס"ג א"ל אל תפרעני אלא בפני פ"ופ וא"ל פרעתיך בפני אחרים אם באו אותם עדים כו' פטור ע"כ והרבים עומדים בשיטתם עיין בש"ך בסקי"ו והרי"ף ודעימיה חולקים ע"ז וס"ל דפסילי כלהו סהדי דעלמא והכריח הרי"ף כן מעובדא דההוא דא"ל לחבריה כי פרעתן אל תפרעני אלא באפי בי תרי דתנו הלכתא אזל פרעיה באפי סהדי אחריני כו' וא"ל ר"ן כיון דקמודית דקבילתנהו פרעון מעליא הוי ע"כ ומדהוצרך ר"ן להודאתו של מלוה דקבילתנהו ש"מ דסהדי אחריני לא מהימני אפי' כי אתו קמן לאסהודי יע"ש והרמב"ם שם והרשב"א בחידושיו והר"ן ז"ל דחו הכרח זה ע"פי גירסת ר"ח ז"ל דגריס בההוא עובדא אזל פרעיה בין דיליה לדיליה ולכך הוצרך ר"ן לומר כיון דמודית דקבילתנהו כיון שלא היו עדים בדבר יע"ש:

וראיתי להלח"ם ז"ל שם ולהרב גד"ת בדקי"ו ע"א שהקשו דאפי' לגי' הרי"ף ז"ל נמי אפש' לפרש דהש"ס הוא דקאמר דאזל פרעיה באפי סהדי אבל כשבא לפני ר"ן לא הביא

העדים לפניו מפני שלא היו שם וכמו שכן פי' ר"ח גופיה לעיל בעובדא דאל תפרעני אלא באפי ראובן ושמעון דקאמר אזל פרעיה באפי סהדי אחריני שאין העדים לפנינו אלא הלוה הוא דקאמר הכי וא"כ מה הכרח מצא הרי"ף בהאי עובדא טפי מעובדא דלעיל והצריכו עיון יע"ש. והרואה יראה שהיא תמיהא רבתי על הרי"ף בעיקר ראייתו ועל הדוחים ראייתו של הרי"ף ע"פ גירסת ר"ח אמאי לא דחו דאף לגירסת הרי"ף אינה ראיה כלל. ולפי חומר הנושא אפשר לע"ד לומר דבעובדא דלעיל כיון דמסיים רבא עלה דההוא עובדא וקאמר להכי א"ל ראובן ושמעון כי היכי דלא לדחייה ולפי' ר"ח ז"ל היינו לומר דלא לדחייה בטענת שקר שפרעו בעדים והלכו למ"ה הילכך לא הוצרך הש"ס לפרש דאין העדים לפנינו דממיל' ממילתיה דרבא דקאמר עלה משתמע דהכי הוה עובדא. אמנם בהאי עובדא דליכא גילוי דאין העדים לפנינו ופשטא דלישנא משמע שיש כאן עדים אחרים ואפ"ה הוצרך לומר ר"ן כיון דקמודית דקבילתנהו משמ' דהעדים פסולים הם לעדות זה כנלע"ד:

ואולם הא ק"ל דאפילו לפי' הרי"ף דגריס אזיל פרעיה באפי סהדי ומפרש דאיתנהו לסהדי קמן אכתי יש לדחות ראית הרי"ף מההוא עובדא דאיכא למימר דלהכי הוצרך ר"ן להודאתו של מלוה דהודה דקבילתנהו משום דאפשר דהעדים לא ראו אלא פריעת ההדמים שקבל המלוה מן הלוה סתמא ומלוה קטעין דקבלם סתמא אבל בלבו היה לקבלם לשם פקדון שאם המלוה היה טוען שפי' ללוה בפי' שאינו מקבלם אלא בתורת פקדון ושהעדים לא ידעו זה אלא ראו מסירת המעות סתמא אז היה המלוה נאמן כמ"ש רש"י בד"ה כיון דקמודית כו' דמשום דדברים שבלב אינן דברים הוא דחייביה ר"ן אבל אם פי' לו בפי' דקבילתנהו לשם פקדון משמע דמפטר והיינו דקא"ל ר"ן כיון דקמודי' דקבילתנהו כלומר סתמא ולא פירשת לו בפי' ללוה דלשם פקדון קבילתנהו פרעון מעליא הוי ובכן אזלא ליה ראית הרי"ף אפי' לפי' גירסתו ואפשר דהרי"ף ז"ל משמע ליה דכל דאיכא סהדי דמסהדי קמן שפרעו סתמא לא מצי מלוה טעין שפי' לו ללוה דלשם פקדון קבלה דא"כ הו"ל לפרש כן בפני העדים ורש"י ז"ל אפשר דלא גריס אלא כגירסת ר"ח ז"ל אזל פרעיה בין דיליה לדיליה ומש"ה פי' דדברים שבלב אינן דברים הא אלו היה אומר שפי' לו כן נאמן כיון דליכא סהדי אבל כי איכא סהדי לא מהימן עד שיעידו כן העדים. ובכן מ"ש הסמ"ע והש"ך לקמן ס"ה דאם אמר בשעת שקיבל המעות בהדיא שלשם פקדון מקבלם ונאנסו דלא הוי פרעון יע"ש אינו אלא לפי מ"ש מרן בש"ע שאין עדים בפנינו אבל כי איכא עדים לא מהימן מלוה ונשבע הלוה היסת ונפטר ועיין במש"ל בס"ה בעה"י:

והנה הרשב"א בחי' לשבועות כתב דלישנא דאזל פרעיה באפי סהדי דייק כפי' הרי"ף ז"ל דמשמע דאיתנהו לסהדי קמן כו' ואביי נמי בהכי דלעיל הו"ל לאפלוגי עם רבא לגי' הספרים דגרסי אינו נאמן והיא גי' ר"ח ז"ל דהשתא במייחד לו עדים אמר אביי דנאמן באומר לו סהדי סתם לא כ"ש וא"ת א"כ מאי קאמר רבא כי היכי דלא לדחייה י"ל דלא לדחייה אצל עדים אחרים דלא מהימני ליה קאמר א"נ משום שהוא אינו פוסל כל שאר עדים בפי' אלא כדי שלא ידחנו אצל אחרים שדרכן לצאת וללכת למ"ה אמר כן וממילא איפסילו שאר עדים לפרעון זה עכ"ל. ותירוץ זה הב' אינו נוח לי דלפי גירסת ר"ח והיא גי' הרי"ף דגרסי בההיא דלעיל דכי אמר אל תפרעני אלא בפני עדים וא"ל פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה אינו נאמן א"כ מה צורך לו למלוה להתנות אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דבהכי מפסלי שאר עדים אי משום שלא ידחנו אצל אחרים שדרכן לצאת וללכת למ"ה הרי יכול להתנות לו סתמא אל תפרעני אלא בפני עדים ואם ידחנו לומר שפרעו בפני עדים שהלכו למדינת הים אינו נאמן לפי' גירסתו ועיין להר"ן ז"ל שתירץ כתירוץ ראשון של הרשב"א ז"ל:

ודע שעל מ"ש הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה' מלוה דכל שהביא עדים לפנינו שפרעו אפילו אמר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ פטור כתב הראב"ד ז"ל שנראין דברי הרי"ף דאמר פסלינהו לכ"ע לגבי האי פרעון וכי אתו אחריני ואמרי קמן פרעיה מצי אמר סטראי נינהו יע"ש וכתב הש"ך סקי"ו דכונת הרב ז"ל לומר דדוקא כי טעין סטראי נינהו אז מהני מה שפסלו כל שאר העדים חוץ מפ"ופ אבל כי מכחיש ואמר להד"מ לא מהני מה שפסל שאר עדים כו' ומשם למד הרב ז"ל דאף בנאמנות בפי' כבי תרי לא מהני נאמנותו אלא כשיאמר לעדים סטראי נינהו אבל אם יכחישם ויאמר להד"מ לא מפטר בהכי יע"ש:

גם לקמן סי' ע"א סקי"ב כתב כן גם שם סק"ג כ"כ וכתב עוד שם כמ"ש הסמ"ע סקנ"ח וסק"י דאפילו בלא טענת סטראי נאמן להכחיש העדים כו' ליתא ועוד דאפשר דגם הסמ"ע ל"ק אלא במכחיש העדים בלא טענת סטראי דעלמא שאינו מכחיש העדים כלומ' שאפי' אמרו העדים בפי' שעל חוב זה פרע לו המעות הללו נאמן להכחיש אותם ולומר סטראי נינהו ועל חוב אחר קבלתים וכ"ש כשלא אמרו העדים בפי' על חוב זה פרע לך אלא אמרו סתמא ראינו שפרע לך דאז יכול לומר סטראי כיון דאינו מכחיש אותם אבל באומר להד"מ אף הסמ"ע אזיל ומודה דלא מהני נאמנותו ועיין עוד להש"ך בסי' נ"ח סקי"א ד"ה ומ"ש הסמ"ע שחזר וכת' כן בפשיטות יע"ש:

ולע"ד אף שדבריו נכונים בישוב דברי הראב"ד למה שתמה עליו ה"ה ז"ל מיהו מדברי

הר"י בן מיגאש שהביא הר"ב התרומות בשער כ"ה ח"ג ס"א גם הרשב"א בחי' לשבועות דמ"א מבואר דס"ל דכל שאמרו העדים שעל חוב זה פרע לו ומלוה מכחישן ואומר להד"מ אפי' אחר שפרע בשניהם אינו חוזר ונפרע ממנו ע"פ עדותן דאחר שהביא דברי הרי"ף דכל שאומר א"ת אלא בפני פ"ופ פסלינהו לשאר סהדי כתב וז"ל ויש מי שהורה שאחר שפרעו פעם אחד יכול לתובעו אותו ממון וגובה אותו ע"פ אותן עדים שאע"פ שאינן נאמנין על הפרעון כיון שכבר פרעו נאמנין הן להעיד עליו אחר שפרעו שהרי לא נפסלו אלא לאותו עדות של אותו פרעון וההר"י הלוי כתב בפי' דאי אתו הני סהדי ומסהדי השתא דפרעי' קמן דאית ליה ללוה גבי מלוה הנהו זוזי דיהי' לוה קמייהו לא תימא כיון דפרעי השתא דאיסתלק שעבודא דהנהו מיניה סהדותא דהני אחריני השתא סהדותא אחרינ' הוא אלא אפי' אסהידו ביה השתא נמי כיון דמסהדי דבתורת פרעון דההוא הלואה יהבינהו ניהליה סהדותייהו לאו סהדותא הוא לגבי פרעון דההוא הלואה כפסולים דמו הילכך מישתבע ליה השתא מלוה לבתר דפרעיה דליכא גביה מהנהו זוזי דקא טעין דיהביה ניהליה מעיקרא מידי ומפטר עכ"ל והרשב"א בחי' כתב וז"ל ויש מי שאומר שאף ע"פ שאינן נאמנין שלא לפורעו אחר שפרעו חוזר וגובה ממנו ע"פ אותם עדים שהרי לא נפסלו אלא לאותו פרעון ונראה שהרב אב ב"ד ז"ל סבור כן שהוא ז"ל כתב שמה שנהגו לכתוב בנאמנות ותהא נאמן עלי כשני עדים לעולם מטעם זה אין כותבין דאל"כ מאי לעולם אבל זה מן התימא שא"כ מה הועיל נאמנותו ופסלות העדי' יגבה וחוזר ומשלם אפוכי מטרתא למה לן והר"י הלוי ז"ל כתב כיון דמסהדי דבתורת פרעון דהאיך יהבינהו ניהליה סהדותייהו לאו סהדותא הוא דלפרעון דההיא כפסולי' דמו הילכך משתבע השתא המלוה שבועת היסת דליכא מהנהו דקא טעין מעיקרא ולא מידי ומפטר עכ"ל : וכלשון הזה כתב הר"ן בפרק ש"ה הביא דבריו מרן ב"י לקמן סי' ע"א ס"ו גם הטור ז"ל כתב כלשון הזה בשם הר"י ן' מיגאש ז"ל יע"ש:

והנה לפי דברי הש"ך צ"ל דאף הר"י ן' מיגאש לא כתב דאף לאחר הפרעון לא מהימני סהדי אלא דוקא בדטעין מלוה מעיקרא סטראי נינהו אבל כי טעין להד"מ אף הר"י ן' מיגאש ז"ל אזיל ומודה דלאחו' הפרעון מהימני סהדי לומר דנפרע מלוה מעיקרא חוב זה ופלגינן דבורייהו כאלו אמרו יש למלוה אצלך מעות ולפ"ז הרב אב ב"ד שהביא הרשב"א וסברת י"א החולקים על הר"י בן מיגאש ס"ל דאף בטענת סטראי נמי מהימני סהדי לאחר הפרעון לומר כבר פרעך מעיקרא חוב זה ולא מצי טעין איהו השתא סטראי וכבר זה קשה לשמוע לע"ד דכל כי הא הו"ל להרב התרומות ולהרשב"א והר"ן והטור לפרש דלא כתב כן הר"י ן' מיגאש אלא בדטעין המלוה טענת סטראי אבל אי טעין

להד"מ אזיל ומודה לדברי החולקים ומדכתבו סתמא משמע דאף בטענת להד"מ לא מהני העדאת העדים כל שעיקר עדותן הוא שפרעו וזה מכחישן שלא היו דברים מעולם ושלא פרעו ועוד שמדברי הר"י ן' מיגאש מבואר דדוקא כי אמרי העדים דבתורת פרעון דההוא הלואה יהבינהו ניהליה לא מהימני תו העדים לעולם אפילו לאחר הפרעון לומר פרעתיך שני פעמים אבל כי אמרי העדים ראינו שנתן לך מעו' סתמא כיון דלא אמרי שהיה בפרעון הלואה זו לא מצי מלוה להכחישן וכל שפורע לו השתא יכול לתובעו אותם מעות שנתן לו בפני עדים ואפשר דאף קודם הפרעון מצי למפטר נפשיה ולטעון פרע לי תחילה המעות שנתתי לך בפני עדים שהן מלוה אצלך ולא מצי המלוה למטען הנך סטראי נינהו שהיה חייב לי וזה הפך דברי הש"ך שכתב דכיון דפסל לשאר עדים אפילו כי פלגינן דבורייהו מצי למטען סטראי נינהו ומדברי הר"י הלוי לא משמע הכי אלא כל שהעדים מעידים שחייב לו מעות נפטר מפרעון זה:

ואפשר ליישב לדעת הש"ך דכונת הר"י הלוי לומר דדוקא כי מסהדי סהדי דבתורת פרעון סתם יהבינהו ניהליה לא מהימני לעולם בין בטענת סטראי בין בלהד"מ דהו"ל כאלו אמרו בפירוש דעל פרעון זה יהבינהו ניהליה וכמ"ש הטור בסימן נ"ח אבל כי מסהדי בפירוש דבתורת הלואה יהבינהו ניהליה או שאמרו ראינו שנתן לך מעות סתם שיעור חובך אף הר"י בן מיגאש אזיל ומודה דלא מהימן אלא דוקא לומר סטראי במיגו דמצי אמר במתנה יהבינהו ניהלי וכ"כ הטור בסי' נ"ח ע"ש הר"י הלוי יע"ש ודוחק:

ומ"מ מסתמיות דברי הפוסקים שהביאו דברי הר"י הלוי ולא פירשו דהיינו דוקא בדטעין סטראי מבואר לע"ד דאף בדטעין להד"מ נמי מצי מכחיש את העדים ע"פ נאמנותו ומ"ש הש"ך דפלגינן דבורייהו לא משמע כן מדברי הר"י הלוי אלא כל שעיקר עדותן הוא דפרעו מצי להכחישן אפילו בטענת להד"מ דלהכי אהני נאמנותו לפסול שאר עדים על הפרעון ונראה שדעתו ז"ל דהכא לא שייך למימר פלגינן דבוריה משום דצריך לגרוע ולהוסיף בדברי העדות שהן אומרים שפרעו חוב זה ואנו אומרים שלא פרעו אלא שנתן לו מעות בהלואה והר"ז דומה למ"ש הרב ד"מ בסימן ל"ד אות י"א בשם תשו' הרשב"א והריב"ש סי' של"ד דבאומר אני זניתי עם אשתך לא שייך למימר פלגינן דבוריה יע"ש וכ"כ הסמ"ע שם סקס"ד יע"ש:

וא"כ ה"נ דוכוותא ועיין להטור בא"ה סי' צ"ו סי"ג שכתב דבאומר ע"א שהיא פרועה צרי' כשיפרע פעם אחרת לומר בפני העדים שהמעות הראשונים יהיו הלואה דאי לא כשאומרת האשה שהיו המעות ההם מכתובה אחרת נאמנת ולא אמרינן פלגינן דבוריה ודוק ואף במ"ש הש"ך לדעת הראב"ד איכא למשדי ביה נרגא לומר דמ"ש וכי אתו עדים

ואמרי קמן מצי אמר סטראי נינהו לחידושא נקטיה דאע"ג דטענת סטראי לכאורה טענת גרועה היא דלא מהימן אלא במיגו דלהד"מ דאיכא למימר דמיגו כי האי מיגו דהעזה הוא וכמ"ש הסמ"ע בסימן נ"ח סק"י אפ"ה כל דאית ליה נאמנות כבי תרי מהימן וכמ"ש הסמ"ע שם יע"ש. גם הרב גד"ת בדק"ז ע"ב כתב דאפשר דכוונת הראב"ד לומר דינא אחרינא דכי אתו עדים ואמרי קמן פרעיה סתם ואינן מעידין על פרעון חוב זה בהדיא דהשתא לא מצי למימר דלא מהימני ליה דדוקא להההוא פרעון פסלינהו אז מצי אמר סטראי יע"ש ואע"פ שזה דוחק דכיון שהעדים מעידין דבתורת פרעון נתנם לו ובעלמא כי לית ליה נאמנות לא מצי אמר סטראי דחשיב כאלו מעידים שבתורת פרעון על חוב זה קבלם השתא דאית ליה נאמנות אם איתא דמצי להכחישן ולומר להד"מ מה צורך לו להראב"ד לומר דמצי אמר סטראי נינהו לימא דמצי אמר להד"מ כאלו מעידין על עיקר החוב אלא ודאי דכונת הראב"ד הוא כמ"ש ודוק. ומ"מ מבואר יוצא מדברי הגד"ת ז"ל שכל שהעדים מעידים שעל חוב זה קבלם מצי לוה למימר להד"מ שלא כדברי הש"ך. גם מהרשד"ם בח"מ סימן קי"ב וס"סי נ"א כתב בהדיא דכל שיש לו נאמנות כבי תרי אע"ג שעדים מעידים שפרעו יכול לטעון סטראי נינהו במיגו דלהד"מ יע"ש:

ולענין הלכה מאחר שהרשד"ם והסמ"ע והגד"ת חולקים על דברי הש"ך ולפ"ז לדעת הרי"ף וסיעתיה דכל שאמר א"ת אלא בפני פ"ופ אפסיל שאר עדים כמו בנאמנות : תורה יוצאה דאפילו הביא העדים ואמרו בפירוש שפרעו חוב זה מצד מלוה להכחישן ולומר להד"מ א"נ סטראי נינהו ולא פלגינן דבורייהו לומר שיש לו למלוה מעות של לוה אצלו ואע"פ שלדעת הרב אב ב"ד ויש מי שאומר שהביא הרשב"א בתר דפר' ליה לוה למלוה השתא קמן הדר מחייבינן ליה לחזור ולפורעו ללוה ע"פי העדים הללו המעידים שכבר פרעו: מיהו אנן בדידן דאית לן כללא דקים לי אם המלוה תפוס משל לוה לא מצינן לחיובי למלוה כלל דמצי טעין קי"ל כהרי"ף ודעמיה דכל שהתנה א"ת אלא בפני פ"ופ אפסילו שאר עדי' וקים לי כסברת הר"י הלוי ודעמיה דאפילו בתר דפרעיה לא מהימני סהדי למימר שכבר נפרע פעם אחרת ומצי טעין להד"מ או סטראי וכסברת הרשד"ם והסמ"ע והגד"ת ז"ל שכתבנו ועיין במ"ש לעיל אי שייך בזה ההיא דאפליגו רבוותא בעלמא אי אזלינן בתר חזקת הגוף לגבי חזקת ממון או לא יע"ש. מיהו היינו דוקא כשהעידו העדים שפרעו סתמא א"נ שפרעו בפירוש חוב זה אז הוא דמצי להכחישן ולומר להד"מ א"נ סטראי נינהו אבל אם העדים מעידים ראינו שנתן מעות שעור חובך בהלואה אז לכ"ע לא מצי להכחישן לעדים בטענת לא הד"מ או סטראי ואם אמרו ראינו שנתן לך מעות שיעור חובך סתמא לדעת הר"י הלוי ורבינו שכתב הטור בסימן נ"ח יכול

לומר סטראי נינהו במגו דבמתנה יהבינהו ניהלי אבל לא מצי למטען להד"מ ומכאן אתה למד לענין נאמנות ככל האמור ומדובר ועיין עוד במ"ש הש"ך בדין זה סקח"י בשם הש"הג דבאומר אל תפרעני אלא בפני ת"ח אפילו הביא עדים אחרים בפניו שפרעו בפניהם לא מהימני ואין כן דעת הרמב"ם והש"ע וכמ"ש לעיל יעויין שם:

וראיתי למור"ם בהגהה שכתב מיהו המלוה יכול לומר שעל חוב אחר קבלם אע"פ שפרעו בעדים כו' מדבריו מבואר דאף לדעת הרמב"ם ודעימיה כתב המרדכי דמהימן לומר סטראי נינהו אבל הש"ך בס"ק י"ט ומרן החבי"ב בהגב"י אות י"ז העלו דדוקא לשיט' הרי"ף ודעמיה הוא דכתב המרדכי דנאמן לומר סטראי נינהו אבל לשיטת הרמב"ם ודעימיה לא מהימן לומר סטראי נינהו והכי מסתבר ועיין במ"ש לעיל:

ודע דלשיטת הרי"ף ודעמיה דס"ל דבאומר א"ת אלא בפני פ"ופ איפסילו שאר עדים נחלקו הרז"ה והרמב"ן ז"ל והביא פלוגתייהו הרב בעל התרומות בשער כ"ו והר"ן ז"ל דלהרז"ה ז"ל אף בהודאה נמי שעדים מעידים שבפניה' הודה מלוה שפרעו לא מהימני כי היכי דלא מהימני כשמעידי' שבפניהם פרעו ומבואר מדברי הרז"ה בס' המאור והר"ן ז"ל שם דה"ה בנאמנות כבי תרי נמי דינא הכי אמנ' הרמב"ם הוד' לו להרז"ה בענין נאמנות כבי תרי דוקא אבל באומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ כתב דמהמני שאר עדים לענין הודאה ועיקר פלוגתייהו תלוי בפי' ההוא עובדא דפ' ש"ה דמ"א ע"ב דקאמר ר"ן כיון דקא מודית דקבלתינהו כו' מאי אמרת לקיומי תנאך זיל אייתינהו כיע"ש בספר המאור והמלחמות ודברי הרי"ף בתשובת שהביא הר"ב התרומות שם הויין תיובתייהו שכתב בענין נאמנות כבי תרי דאע"ג דלא מהימני סהדי לענין פרעון בפניהם מהימני בענין הודאה ולדברי שניהם בנאמנות מיהא לא מהימני בענין הודאה ועיין להרב גד"ת בדקכ"א ע"ב שהכריח עוד כן בדעת הרי"ף בענין אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דנאמנין בענין הודאה כמ"ש הרמב"ן ממ"ש בהל' וז"ל טעמא דקא מודה ליה הא לא קא מודה ליה אע"ג דאיכא סהדי דפרע לא מהימן ע"כ ומהני מילי מוכח דס"ל בהא דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ דבענין הודאה מהימני כהרמב"ן ולא כהרז"ה דאם איתא דע"כ בעינן דאיתנהו דאייתנהו כי היכי דליהוי סהדי פרעון דתנו הלכתא היכי קאמר טעמא דאודי כו' הו"ל לאתויי עיקרא דמילתא דא"ל זיל אייתינהו דהא אנא ורב ששת כו' דמשמע הא אם לא פרע בפניהם דתנו הלכתא לא מהימן אלא ודאי נר' בהדיא מדקאמר טעמא דאודי דעיקר הדבר הוא משום דאודי וסגי בהכי אפי' שלא בפני ת"ח אע"ג דבפרעון בעינן ת"ח לפי סברתו ז"ל וממילא דמאי דקאמר זיל אייתינהו מילתא בעלמא הוא ועפ"ז כתב הרב דיש לגמגם על מרן ב"י בס"ס ע' שהעתיק בקיצור דברי הר"ן בזה הלשון וכתב

הר"ן שי"א דלדעת הרי"ף ה"ה אם באו עדים והעידו שהודה בפניהם אינם נאמנים וי"א דכה"ג מודה הרי"ף דנאמנים ע"כ ומדקאמר וי"א דבהא מודה הרי"ף נראה בהדיא דהבין הרב דלפי הי"א הראשונים סובר הרי"ף דאינם נאמנים וזה תימא הואיל וקאמר טעמא דאודי כו' ולא קאמר טעמא דאמר זיל אייתינהו כו' כדאמרן עכ"ל:

ואני אומר דאיברא ודאי שאם כוונת הר"ן במ"ש י"א שאם באו עדים כו' אינם נאמנין הן דברי הרז"ה לבד שפיר קמתמה הרב דאי אפשר לומר דהרז"ה ז"ל ס"ל הכי כדעת הרי"ף מאחר דלדידיה ס"ל דההיא דקאמר ר"ן זיל אייתינהו לאו מילתא בעלמא הוא דקא"ל אלא לקייומי תנאיה דוקא הוא דקא"ל הכי מאי דלא משמע כן מדברי הרי"ף כמ"ש הרב ז"ל ועכ"ל דהני י"א שכתב הר"ן לאו לדידיה דהרי"ף כתבו כן אלא סברת עצמן הוא דס"ל הכי ודלא כדמשמע ליה למרן דלדעת הרי"ף כתבו כן אמנם אפשר דסברת הני י"א שהביא הר"ן ז"ל לאו סברת הרז"ה היא אלא סברת הראב"ד היא שהביאה שם הר"ב התרומות וז"ל והראב"ד תפס על הראיה הזאת שכתב ואמר דהא מילתא לאו כלום הוא דלאו חליצה הוא דבעי פרסומי מילתא אלא הכי קאמר ליה מאי אמרת לקייומיה תנאיה זיל אייתינהו כו' כלומר ואי לא מצית לאייתינהו ולא מפייס' עד דמקיים תנאה דידך לדידך הוא דאפסיד ולא מצית למתבעי מידי:

ולענין שאלת לא דמיא ההיא מילתא להההוא מעש' דר"ן דהאי כיון דא"ל לא תפרעון אלא באפי דתנו הלכתא אי לאו דאודי כ"ע הוו פסלי גביה לגופיה דפרעון ואי הדר האי גברא וכפר ביה בדר"ן ובחד מעלמא דהוו גביה מצי כפר אבל במאן דא"ל לחבריה מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא הכי א"ל אי אמרי תרי פרעת ואת מכחשת ותימר לא נפרעתי תהא אתה נאמן ובפרעון דמצי מכחיש להו אבל בהודאה דנפשיה לא דאיהו מהימן יותר מק' עדים ועל הודאה דנפשיה לא המניה טפי מסהדי עכ"ל מבואר יוצא מדברי הראב"ד הללו דההוא דקא"ל ר"ן זיל אייתינהו לאו דוקא הוא אלא מילתא בעלמא הוא וכדברי הרמב"ן אמנם לא מפני שאין צורך כלל לקיים תנאו מפני שכבר הודה באפי ר"ן הוא דקא"ל דאין צריך לקיים תנאו אלא מפני שעדיין הוא עומד בהודאתו שכבר קבלם הוא דקאמר שאין צורך לקיים תנאו אבל אם הוא כפר בהודאתו ודאי הוה מהימן טפי מסהדי ודוקא בענין אל תפרעני אלא בפני פ"ופ הוא דלא מהימני סהדי אבל בנאמנות כבי תרי אזיל ומודה הראב"ד לדברי הרי"ף דמהימני סהדי דלא האמינו למלוה טפי מסהדי אלא דוקא לענין הכחשת פרעון ולא לענין הודאה משא"כ באומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דכל עוד דלא מייתי הני פ"ופ לא מהימני כ"ע בשום נאמנות לא בפרעון ולא בהודאה והשתא כפי סברת הראב"ד הלזו איכא למימר

דהרי"ף נמי בשיטה זו קאי ומ"ש בתשובת דמהימן לענין הודאה הוא דוקא בנאמנות ולא בענין אומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ וניחא נמי מה שלא הכריח הרי"ף בהלכות מדקאמר זיל אייתינהו כו' דלדעת הראב"ד ז"ל נמי ההיא מלתא בעלמא קא"ל דלא כפר בהודאתו שהודה קמיה דר"ן והיינו דקאמר כיון דקבלתינהו אבל אי הוה כפר בהודאתו אפשר דמהימן לדעת הרי"ף ובזה נוחים דברי הר"ן ונוחים ג"כ דברי מרן ב"י ז"ל ואין צורך למה שנדחק הגד"ת ז"ל:

עלה בידינו דשלש מחלוקות בדבר זה דלדעת הרז"ה באומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ אף בהודאה לא מהימני שאר סהדי וכן בנאמנות דינא הכי. ולדעת הראב"ד בנאמנות ולדעת הרמב"ן ז"ל בנאמנות לא מהימני אבל באומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני מהימניה מהימני אבל באומר אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' מהימני ודעת הרי"ף ז"ל אינו מבואר בזה כמאן ס"ל דאע"ג דמתוך דבריו בתשו' נראה דס"ל דבנאמנו' מהימני סהדי כענין הודאה מיהו בענין אל תפרעני אלא בפני פ"ופ אפשר דס"ל דלא מהימני דומייא דפרעון וכשיטת הראב"ד ואפשר לומר דלדידיה ס"ל דכי היכי דמהימני סהדי בהודאה בענין נאמנות הכי נמי מהימני בענין אל תפרעני אלא בפני פ"ופ וכמו שדקדק מדבריו בהלכות הגד"ת וכמ"ש לעיל. ובכן לענין הלכה אם המלוה תפס מן הלוה והביא הלוה עדים שהודה בפניהם המלוה שכבר נפרע קודם תפיסתו יכול המלוה מדין לומר קי"ל כמ"ד דאף בהודאה איפסילו סהדי כענין אל תפרעני אלא בפני פ"ופ. מיהו בנאמנות היה נראה לכאורה לומר דלא מצי טעין קי"ל מאחר דלדעת הרי"ף בתשוב' והראב"ד מהימני סהדי בענין הודאה ואף דלדעת הרז"ה והרמב"ן אף בנאמנות לא מהמני סהדי בהודאה אפשר לומר דאינהו אי הוה שמיע להו דהרי"ף בתשובה כתב דמהימני הוו הדרי בהו אלא דיש לומר דאפי' שמיע להו פליג עליה וא"כ בכל גוונא יכול המלוה לומר קי"ל והכי מסתבר כן נלע"ד וכ"כ מרן החבי"ב בסי' ע"א הג"הט אות יו"ד בשם מהרשד"ם והרי"א והרדב"ז ועיין להש"ך שם סק"ח:

הלכה ב

אזל פרעיה ביניה לבין דיליה כו'. כ"כ מרן ז"ל אמר לו אל תפרעני אלא בפני פו"פ כו' פרעו בינו לבינו ונאנסו המעות כו' ודברים שאומר זה אינן דברים ע"כ : עיין במ"ש הסמ"ע ס"ק ח"י והש"ך ס"ק כ"ב דאם אמר בשעה שקבל המעות בפי' שלשם פקדון מקבלם ונאנסו לא הוי פרעון יע"ש. והרב ט"ז נחלק עליהם וכתב דאף לרש"י דוקא כששתק הלוה אבל אם הלוה א"ל שלשה פקדון נותנן לו בפי' בתר לוה אזלינן דהא קי"ל בסי' ק"ך דפרעון בע"כ שמה פרעון ומ"ש הסמ"ע דכאן כיון שהתנה תחלה אל תפרעני

אלא בפני פ"ופ וקיבל תנאו כל שאין אותם עדים לפנינו הוי כמלוה תוך זמנה דלא הוי פרעון ליתה דכיון שתנאי זה לא התנה רק להיות בטוח שלא יוכל לומר פרעתי והלכו למ"ה א"כ כל שפרעו אפי' בינו לבינו הרי הוא בטוח ואין לו הפסד והביא ראיה לזה מפ' מי שאחזו דע"ד דאמרינן התם בראשונה היה נטמן יום י"ב חדש כדי שיהא הבית חלוט לו התקין הלל שיהא שובר הדלת וזורק לו מעותיו כו' ואם איתא דכי אתני אל תפרעני אלא בפני פו"פ יכול הוא לומר איני מקבל המעות אלא בפניהם מה הועיל הלל בתקנתו הלא המלוה יכול להתנות עמו שלא יפרע לו אלא בפני אלו דוקא כו' יע"ש ומלבד מה שדחה על הראיה הלזו המגיה לס' הנז' בהגהתו כיע"ש אנכי לא ידעתי מאי ראיה דאטו לדידיה מי ניחא והלא לדעת רש"י והרי"ף ודעמייהו דס"ל דבאומר א"ת אלא בפני פ"ופ אפסילו להו שאר סהדי אכתי מה הועיל הלל בתקנתו שהרי יכול המלוה להתנות שלא יפרע לו אלא בפני פ"ופ ואם יפרענו בע"כ בפני אחרים לא מהימני לגבי דידיה וא"כ ביום י"ב חדש יכול להטמין עמו אותם פ"ופ וליכא תקנתה בפרעון בע"כ ועכ"ל דהתם שאני דליכא הלואה אלא מכירה ודוקא בהלוואה מהני תנאי זה דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ דכי טעין פרעתיך בפני אחרים ריע טענתיה ולא מהימן ומשו"ה כתבו הסמ"ע והש"ך דלא מצי לפורעו בינו לבינו בע"כ דמצי טעין מלוה דילמ' למחר אשכח מפרעון זה ואטעון עליך שלא פרעתני אפי' בע"כ ואגבה ממך שלא כדין הילכך כל דליתנהו הני סהדי יהיו המעות פקדון ואז לא אחוש שאשכח כיון דהם במקום מיוחד ולא הוציאם לצרכי. משא"כ בההיא דמוכר בית בבתי ערי חומה דכי אתני מוכר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ אין מקום לתנאי זה כיון שמיד שפרעו מחזיר לו ביתו לא יוכל לטעון שיקיים תנאי שמא ישכח דמעשיו מוכיחין שפרעו וא"כ מ"הט יכול לפורעו בע"כ דליכא טעמא למוכר לסרב שלא יפרע לו אלא באפי הני סהדי. ועיין עוד בדברי הרב המגיה לס' הנז' שאף על פי שדחה ראייתו הודה לדבריו בעיקר הדין יע"ש. ולא כן אנכי עמדי אלא נראה לע"ד דדינו של הסמ"ע אמת ויציב מהטעם שכתבנו מיהו בהלוואה שהיא תוך זמנו נראה דהדין עם הרב ט"ז ז"ל דיכול לפורעו בע"כ דלא מצי טעין אל תפרעני אלא בזמן שהתנתי שמא אשכ' ואתבע לך תוך זמני ותטעון שפרעתי ולא תהיה נאמן ואקח ממך שלא כדין דמלבד דלא עביד דתבע גו זימניה וכי תבע ליה מי זה אמר שיטעון הלוה שפרעו ולא יטעון אכתי לא יגיע זמנך וכשיגיע הזמן יטעון פרעתיך ומהימן ודוק. ועיין בזה בתשו' הרדב"ז ח"א סימן קס"א וכמ"ש בכוונת רש"י ז"ל ודבריו צ"ע:

שורש האומר לחבירו אל תפרעני אלא בפני עדים או בפני פלוני ופלוני **יש נוסחאות מן הגמ' שכתוב בהן שהאומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים כו'**. הנה מרן בש"ע

ח"מ סי' ע' ס"ג כתב וז"ל אל תפרעני אלא בעדים כו' וכתב שם הסמ"ע סקי"א מכאן עד סוף הסימן מיירי דאמר כן בפני עדים דאל"כ הוא נאמן במיגו דלא התנה עמו כן ועפ"ר ובפרישה כתב בלשון הזה כל מ"ש רבינו מכאן ע"ס הסימן מיירי שאמר ליה כן בפני עדים וכן כתב ה"ה פט"ו מה' מלוה דאל"כ לעולם יהא נאמן במגו דאי בעי אמר לא התנית עמי שום תנאי וכמ"ש רבינו גבי נאמנות בשם בע"הת ד"ס ע"א ע"ש עכ"ל גם הרב ש"ך בסק"ח הודה לדברי הסמ"ע בזה כיע"ש ולפי דבריהם מבואר יוצא דכי א"ל אל תפרעני אלא בעדים וליכא עדים על תנאי זה מצי הלוה לומר פרעתיך ביני לבינך ומהימן במגו דלא התנית עמי כלל:

ולע"ד אינו נראה לי כן כי מדברי המ"מ שדייקו הם ז"ל להאי דינא מינייהו הוי תיובתא ואין ספק שהרבנים הנז' דייקו כן ממ"ש ה"ה עמ"ש הראב"ד בגירס' שהוא קיים שפיר הגרסאות בגמ' שהגירסא שגריס נאמן מיירי בדליכא עדים בשעת התנאי שאז נאמן במגו והגיר' שגריס אינו נאמן מיירי בדאיכא עדים על תנאי שאז ליכא מיגו וע"ז כתב ה"ה וז"ל וחוץ מכבודו אין השכל רוצה בקיומו באלו השמועות דע"כ פלוגתא דתנאי ואמוראי התם בשיש עדים על התנאי הוא דאי בשאין עדים מי איכא מאן דלית ליה מיגו והא מיגו דאורייתא הוא וא"כ ע"כ רבא דאמר הילכתא שנאמן לומר הלכו להם לפי הנוסחא הישנה בשיש עדים על התנאי הוא דאי כשאין עדים הלכה מכלל דפליגי והא ודאי כ"ע מודו עכ"ל ונר' דמשמע להו להסמ"ע והש"ך דה"ה מפר' הסוג' לפי הנוסחא זו ישנה שגריס נאמן לדעת הראב"ד ז"ל כמו שפירשה הר"ן לדעת רבינו דרב אסי ושמואל ל"פ באי טעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם דבהא לכ"ע ואפי' רב אסי מודה דמהימן אלא עיקר פלוגתיהו הוא בדטעין סתמא פרעתיך ביני לבינך דלרב אסי לא מהימן במיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם ולשמואל מהימן בהאי מיגו וע"ז כתב ה"ה דודאי בשיש עדים על התנאי הוא דפליגי כו' דאי בשאין עדים לא הוה פליג ר"א כיון דאית ליה מיגו דלא התנית עמי ודאי דנאמן במיגו שלא התנית עמי דמיגו דאורייתא הוא וכיון שכן מאי קאמר רבא הלכתא דאי אמר פרעתיך נאמן ומפרש לה הראב"ד בדליכא עדים דמי איכא מאן דפליג בדליכא עדים דלא מהימן במיגו דלא התנית עמי והלא אף רב אסי אזיל ומודה בהא זו היא כוונת דברי ה"ה לפי דעת הסמ"ע והש"ך ומשום הכי הוכיחו מדבריו דכל שהודה הלוה שהתרה בו המלוה שלא יפרעהו אלא בעדים ולא קיים תנאו אלא פרעו בינו לבינו דמהימן במיגו דלא התנה עמו כלל כיון שלא היו עדים בשעת התנאי ומפיו של לוה אנו חיים שכן מבואר יוצא מדברי ה"ה לפי האמור דאפי' שהוא מפ' דר"א לא מיירי אלא באומר פרעתיך ביני לבינך קאמר דמשום דאיכא עדים בשעת התנאי הוא

דקאמר ר"א דלא מהימן משום דלית ליה מיגו דלא התנית עמי אבל כי ליכא עדים בשעת התנאי אף רב אסי מודה דמהימן לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דלא התנית עמי כלל כנלע"ד כונת הסמ"ע והש"ך בדעת ה"ה:

ואם כנים הדברים יש לדון בדבריהם דא"כ ק"ט על ה"ה דאיך הפה יכולה לדבר דרב אסי אזיל ומודה כי ליכא עדים על התנאי דנאמן במגו דלא התנית עמי דא"כ השתא דאיכא עדי' על התנאי יהא נאמן לרב אסי לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו שפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם למ"ה וכסברת שמואל אלא מאי אית לך למימר דהא לא חשיב מיגו שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מיחייב נפשיה במ"ש שלא קיים התנאי וכיון שלא נתברר שפרע אמרי' ליה מיחייב את לקייומיה תנאך וכמ"ש ה"ה אח"ז בסוף הלשון לדעת רבי' וכיון שכן מה"ט נמי כי ליכא עדים בשעת התנאי אע"ג דאית ליה מיגו דלא התנית עמי כלל איכא למימר דס"ל לרב אסי דלא מהימן לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דלא התנית עמי משום דאמרינן ליה מחוייב את לקיומי תנאך כיון דאיהו מחוייב בקיום התנאי וא"כ מאי קא ק"ל לה"ה לגירסת הראב"ד ופירושו מדקאמר רבא הילכתא מכלל דפליגי דהא איכא למימר דמשום דרב אסי פליג משו"ה קאמר הילכתא:

ולכאורה היה אפשר לו' דאי מהא לא אירייא דע"כ לא קאמר ה"ה דכל שהוא מודה שלא קיים התנאי שלא משגחינן אמיגו אלא דוקא היכא דאיכא עדים על התנאי שאין המיגו בעיקר התנאי בעצמו אלא בענין אחר דמצי אמר פרעתי בפני עדים והלכו להם שאין טענה זו סותר התנאי מעיקרו אלא היה רוצה בקיומו ואומר שקיימו כל כה"ג דוקא קאמר ה"ה שלא משגחינן אמיגו ואמרי' ליה מיחייב את לקיומו תנאך כל שהוא מודה שלא קיימו ואמר שפרעו בינו לבינו אבל הכא שהמיגו הוא בעיקר התנאי בעצמו דאי בעי אמר לא התנית עמי כלל כל כה"ג סמכינן שפיר אמיגו ולא אמרי' ליה מיחייב את לקיומי תנאך וטעם גדול יש בדבר דכל שהמיגו הוא בעיקר התנאי הרי עיקר חיוב תנאי זה לא נתחייב אלא ע"פ עצמו שהודה שכך התנה עמו ואיהו גופיה הא קאמר שפרעו והפה שאסר הוא הפה שהתיר ואיך נתחייב אותו אחר שאמר שפרעו מאחר דאיהו דמיחייב נפשיה קפטר נפשיה משא"כ כשיש עדים על עיקר התנאי דעיקר חייובו בא לו ע"פ עדים ואיהו מיחייב נפשיה מעיקר' אלא עדים הוא דמחייבו ליה הילכך אפי' מצי פטר נפשי' בטענה אחריתי כיון דהשתא מיהא קמודה דלא קיים התנאי אמרי' ליה מיחייב את לקייומי תנאך וכבר עלו לחלק חי' זה הסמ"ע והש"ך בסי' ע"א סק"ד וסק"ה לדעת הרב המפה בענין אי אמרינן מיגו על נאמנות יע"ש. וכדבריהם מצאתי

ראיתי בתשו' המיוחסות סי' צ"ז והובאה תשו' זו בס' תולדות אדם סי' רמ"ט ד"ן ודנ"א וכמ"ש לקמן בע"ה יע"ש ומבואר יוצא מתוך תשו' הנז' דאף תנאי דאל תפרעני אלא בעדים דמיחייב הלוה בקיומו מטעם נאמנות נגעו בו דעיקרו של תנאי הוא שקיבל הלוה שיהא המלוה נאמן עליו לומר שלא נפרע כל כמה דליכא עדים המעידים שפרעו והעלה הרשב"א בתשו' הנז' דיש לחלק בין היכא דהיו עדים בשעת התנאי שהמיגו הוא בטענה אחרת ולא בעיקר התנאי דאז לא סמכינן אמיגו להיכא דליכא עדים בעיקר התנאי דאז סמכינן אמיגו כיון שהמיגו הוא בעיקרו של תנאי ואיכא טעמא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר יע"ש:

ואין ספק אצלי כי זו היתה כונת ה"ה ז"ל במ"ש דמש"ה לא מהימן הלוה לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו להם שהרי הוא מודה שלא קיים התנאי כו' ואמרינן ליה זיל קיים תנאך כו' יע"ש. ולכאורה דבריו באו משוללי ההבנה וכמו שתמה עליו הרב גד"ת בדקט"ו ע"ג והש"ך בסקי"א יע"ש אבל כונתו ז"ל לע"ד הוא דמשמע ליה לה"ה דעיקרו של תנאי זה מטעם נאמנות הוא שהאמין הלוה למלוה עליו שלא פרעו כל עוד שלא פרעו בעדים ומה"ט כל שהלוה מודה שלא פרעו בעדים אפילו אית ליה מיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו להם לא משגחינן אמיגו דמשו' דטענתו סות' הודאתו שהוא מודה שהאמינו עליו כל עוד שיפרענו שלא בעדים משא"כ כשהתנה עמו אל תפרעני אלא בפני פ"ופ אע"פ שנפ' כונתו שהאמינו עליו כל עוד שלא יפרעהו בפני פ"ופ כל שהביא עדים אחרים שפרעו בפניהם נאמן מפני שזה לא האמינו בתנאי זה אלא עליו כלומר שאם אומר לך פרעתיך בפני אחרים תהיה אתה נאמן עלי שלא פרעתיך בפניהם כל עוד שאין העדים בפנינו אבל כשהעדים בפנינו ומעידים שפרעו בפניהם לזה לא האמינו כיון שלא פי' נאמנות כבי תרי בפי' ובכן אפשר לו' שאף ה"ה לא קאמר שכל שהוא מודה שלא קיים התנאי אפי' אית ליה מיגו דפרעתיך בפני אחרים דמצי אמרי ליה קיים תנאך אלא דוקא היכא דאיכא עדים על התנאי שאין המיגו בעיקר הנאמנות משא"כ כי ליכא עדים על התנאי דאז אית ליה מיגו על עיקר הנאמנות מהימן מטעמא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמ"ש הרשב"א בתשו' הנז' והסמ"ע והש"כ:

האמנם דבר זה לא ניתן ליאמר כלל לע"ד בכונת ה"ה ז"ל כמבואר למעיין בתשו' הנז' להרשב"א שכתב לדעת הר"ב העיטור אפי' כי ליכא עדים בשעת התנאי שהמיגו הוא בעיקר הנאמנות אפי"ה לא מהימן מטעמא דטענתו סותר הודאתו שהרי אפי' בכתב יד בנאמנות ואין כתב ידו מקויים אלא על פיו דאית ליה מיגו בעיקר הנאמנות לומר אין זה כתב ידי ס"ל להרב העיטור דאינו נאמן לומר פרעתי מה"ט דטענתו סותר הודאת כ"י

וכבר הביא סברת הר"ב העיטור הלזו הטור ז"ל בסי' ס"ט סי"ב וכתב שבע"הת נחלק בזה יע"ש ואנו מצאנו ראינו לה"ה ז"ל בפי"א מה' מלוה ולוה ה"ג שהסכים הוא ז"ל לסברת הרב העיטור שכתב וז"ל ואם יש בכת"י נאמנות למלוה העלה בעל העיטור שאפילו לא הוחזק כת"י בב"ד אינו נאמן לומר פרעתי עכ"ל. מבואר שדעתו כדעת הרב העיטור וכ"כ הרדב"ז בתשו' החדשות ח"א סימן תקל"ד שזה דעתו של ה"ה בדעת רבינו ג"כ מדלא כתב שמדברי רבינו אינו נראה כן יע"ש ועיין בח"א ס"סי קמ"ו.

גם ליכא למימר דאף לדעת הרב העיטור דוקא בכת"י או בשטר דאיכא טעמא דשטרך בידי מאי בעי הוא דכתב דכי איכא נאמנות אפי' אינו מקויים לא מצי טעין פרעתי אבל במלוה ע"פ אזיל ומודה דאפי' איכא נאמנות נאמן במיגו דלא התנית עמי כלל וכמ"ש הסמ"ע בסי' ע"א סק"ב יע"ש דהא ליתא לע"ד דמלבד דהטעם שכתב הרב העיטור דאינו נאמן משום דטענתו סותר הודאתו וכ"כ הרשב"א בתשו' הנז' מבואר דה"ה והוא הטעם במלוה ע"פ ועיין בדברי הרב התרומות בשער י"ג ח"ב ס"ג וברישׁ שער כ"ה ס"ב ובשער י"ז ח"א ס"ב ובבעל העיטור דס"ה ע"ד. ושוב מצאתי להראב"ד בספר תמים דעים בהשגותיו על הרי"ף סימן רל"ז שכתב דאף במלוה על פה ואתני בהדיה אל תפרעני אלא בעדים אי אמר פרעתיך בפני עדים והלכו להם נאמן במיגו דלא התנית עמי אבל אי אמר פרעתיך ביני לבינך לא מהימן משום דהו"ל תנאי ממון והם אתני בהדיא שאל יפרעהו אלא בעדים עכ"ל יע"ש. ואין ספק דהראב"ד בשיטת הרב העיטור קאי וס"ל דכל כה"ג דטעין פרעתיך ביני לבינך לא מהימן במיגו משום דטענתו סותר הודאתו שהרי האמינו עליו עד שיפרעהו בעדים וכשאומ' שפרעו בעדים והלכו להם דמהימן אין כאן סתירה למה שהאמינו שהרי הוא האמינו עליו ולא לגבי עדים וכיון דאית ליה מיגו שקיים תנאו הו"ל כאלו באו עדים לפנינו שפרעו וברור וע"ע בתשו' להראב"ד הביאה מרן החבי"ב במ"ב סימן ס"ט הגהת הטור אות ז' גבי כתב יד שאינו מקויים שכתוב בו שלא באונס והודה הלוה שהוא כתב ידו אלא שכתבו באונס שכתב הראב"ד שאינו נאמן אע"ג דאית ליה מיגו דאין זה כתב ידי משום דטענתו סותר הודאתו יע"ש.

הרי מבואר דלסברת הרב העיטור ז"ל לא שנא בין כתב יד למלוה ע"פ כל שטענתו סות' הודאתו לא מהימן במיגו אפילו שהמיגו הוא בעיקר התנאי או הנאמנות. ומן האמור ומדובר אתה תחזה דמאן דאית ליה סברת הרב העיטור לא שנא בין נאמנות סתם לא שנא בנאמנות כבי תרי כל שטענתו סותר הודאתו לא סמכינן אמיגו שהרי תנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים לדידהו ז"ל מטעם נאמנות נגעו בו כמבואר מתשובות הרשב"א והראב"ד הנז' וה"ה שכתבנו ונאמנות זה אינו אלא נאמנות סתם דאי אתו תרי סהדי

ואמרי דפרעו לא מהימן המלוה ואפ"ה ס"ל להראשונים ז"ל הללו דלא סמכינן אמיגו אפילו בנאמנות בזה כיון דסותר הודאתו ומכאן תשובה להסמ"ע והש"ך ז"ל בסי' ע"א סק"ד וסק"ה ולמהרימ"ט בח"א סימן ס' דע"א ע"ד שכתבו דאף הרב העיטור לא אמר דלא סמכינן אמיגו נגד נאמנות אלא בנאמנות דבי תרי ולא בנאמנות סתם יע"ש ואשתמיט מינייהו תשו' הרשב"א הנז' שכתבנו ודברי הראב"ד והרב המגיד ז"ל וכמדובר ולקמן נאריך עוד בזה בס"ד.

ומאחר עלות דלדעת הרב העיטור וסיעתיה אף במלוה על פה כי איכא נאמנות על פי הלוה עצמו אפי"ה לא מצי טעין פרעתי ביני לבינך וזו היא שיטת הראב"ד וה"ה ז"ל הדרא קושיא לדוכתא על ה"ה שאם הוא מפרש הסוגיא לדעת הראב"ד על הדרך שפירשה הר"ן ז"ל לדעת רבינו וכדמשמע ליה להסמ"ע והש"ך אין מקום לתמיהתו איך קאמר הלכתא מכלל דפליגי מאחר דמיגו דאורייתא הוא כו' דהרי הוכחנו דכל כה"ג לא סמכינן אמיגו וכמדובר. ותו ק"ל טובא דאם ה"ה ז"ל מפרש הסוגיא לדעת הראב"ד ומשמע ליה דכי ליכא עדים בשעת התנאי אפילו רב אסי מודה דמהימן לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דלא התנית עמי כלל א"כ אדקשיא ליה להרב ז"ל לגירסת הראב"ד מלישנא דרבא דאמר הלכתא מכלל דפליגי כו' עדיפא מינה הו"ל לה"ה למדחי ולמימר דאין מקום לגירסא זו דא"כ למה ליה לרבא למימ' דאי אמר ליה פרעתיך בפני פו"פ והלכו להם דמהימן דמשמע דוקא דכי טעין הכי מהימן אבל אי טעין פרעתיך ביני לבינך לא מהימן ואמאי לא מהימן אפילו כי טעין פרעתיך ביני לבינך במיגו דלא התנית עמי והלא מיגו דאורייתא הוא וה"נ הוה ליה להקשות מלישנא דרבא דאמר דאם א"ל א"ת אלא בעדים צריך לפורעו בעדים ולא מהימן במיגו.

כי על כן נלע"ד דאף ה"ה אזיל ומודה דכל כה"ג לא חשיב מיגו להאמינו ומהטעם שכתב לקמיה דכיון שהוא מודה שלא קיים תנאו אמרינן ליה זיל קיים תנאך וכמו שפירשנו כונתו ז"ל. ומ"ש הכא ע"ד הראב"ד דע"כ פלוגתא כתנאי ואמוראי כשיש עדים על התנאי דאי בשאין עדים מי איכא דלית ליה מיגו והא מיגו דאורייתא הוא כו' ואין ספק שהרב ז"ל משמע ליה דרב אסי ושמואל עיקר פלוגתייהו בצריך לברר טענתו בב"ד הוא דלרב אסי אפילו שטוען פרעתיך בפני פ"פ והלכו להם לא מהימן עד שיביא עדים לב"ד שפרעו והיינו דקאמ' צריך לפורעו בעדים כלומ' צריך לברר שפרעו בעדים ולשמואל כי טעין הכי מהימן ועל זה כתב ה"ה דודאי פלוגת' דאמוראי בשיש עדים על התנאי הוא ומש"ה קאמר רב אסי דאפילו טעין פרעתיך בפני פ"פ והלכו להם לא מהימן דכיון דלית מיגו ריע טענתיה אבל כי ליכא עדים בשעת התנאי אף רב אסי אזיל ומוד' דנאמן לומר

פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם במיגו דלא התנית עמי וכיון שכן מאי הלכתא דקאמר רבא כו' דמי איכא מאן דפליג בהא דודאי לכ"ע נאמן במיגו זה נלע"ד כונת ה"ה ז"ל.

ולפ"ז אין מקום למה שדייקו הסמ"ע והרב ש"ך מדבריו ז"ל דס"ל דאפי' כי טעין פרעתיך ביני לבינך דנאמן במיגו דלא התנית עמי כלל דליתא דע"כ לא קאמר הראב"ד וה"ה דנאמן במיגו אלא דוקא כי טעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו במיגו דלא התנית עמי דאין טענתו סותר הודאתו שהרי הוא מודה שקיים תנאו ופרעו בעדים וכמ"ש הראב"ד בספר תמים דעים וכמ"ש לעיל אבל כשאומר פרעתיך ביני לבינך לא מהימן במיגו משום דטענתו סותר הודאתו ונמצא הרב העיטור והראב"ד וה"ה בשיטה אחת קיימי הפך מ"ש הסמ"ע והש"ך ז"ל.

ואי קשיא לך אם איתא דה"ה אזיל ומודה דכל דטעין פרעתיך ביני לבינך אפילו דליכא עדים בשעת התנאי לא מהימן במיגו דלא התנית עמי ועיקר קושייתו על הראב"ד ז"ל אינו אלא מפני שהוא מפרש עיקר פלוגתייהו דרב אסי ושמואל בדטעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם וכמדובר א"כ תיקשי מי הגיד לו לה"ה שפי' סוגיא זו לדעת הראב"ד כן הוא אדתקשי עליה מה שהוקשה לו הלכתא מכלל דפליגי כו' כיון דשפיר מצי למימר דהראב"ד לפי גירסתו ופירושו דמפר' לה בדליכא עדים בשעת התנאי מפרש נמי עיקר פלוגתייהו דרב אסי ושמואל ע"ד שפירשה הר"ן ז"ל לדעת רבינו דאף רב אסי אזיל ומודה לשמואל דאי טעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם דמהימן אלא כי טעין פרעתיך ביני לבינך לרב אסי לא נאמן במיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם ולשמואל מהימן בהאי מיגו וע"ז פסק רבא הלכתא כרב אסי דדוקא כי טעין בהדיא פרעתיך בפני פו"פ והלכו מהימן אבל כי לא טעין אלא פרעתיך ביני לבינך לא מהימן במיגו דפרעתיך בפני פו"פ כדס"ל לשמואל דהשתא ליכא למימר כמ"ש ה"ה דודאי בדאיכא עדים הוא דפליגי דאי לא יהא נאמן במיגו כו' דכל כה"ג דטעין פרעתיך ביני לבינך כבר כתבנו דאפילו אית ליה מיגו דלא התנית עמי אף ה"ה אזיל ומוד' דלא חשיב מיגו כיון שהוא מודה שלא קיים תנאו וטענתו סותר הודאתו ואם כן שפיר מצינן לפרושי כולה סוגיא בדליכא עדים על התנאי וכמ"ש הראב"ד כיון דעיקר פלוגתייהו דאמוראי דהיינו רב אסי ושמואל בדטעין פרעתיך ביני לבינך הוא דאפילו אית ליה מיגו לא משגחינן ביה וכאמור וכבר ראיתי בספר נדפס מחדש זה שמו זרע יצחק בחי' למסכת שבועות העלה מן הישוב דברי הראב"ד ז"ל ע"פי שיטה זו יעויין שם.

ולע"ד נראה דה"ה ז"ל מיאן בזה דאע"פ שפירוש זה נכון ומקובל לדעתו ז"ל בדעת רבינו וכמ"ש הר"ן היינו משום דלדעת רבינו מפרשינן כולה סוגיא בדאיכא עדים בשעת

התנאי דהשתא ליכא מיגו דלא התנית עמי כלל אלא מיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם ואיכא לפרושי דהיינו דקאמר שמואל יכול לומר לו פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם כלומר ומהימן לטעון פרעתיך ביני לבינך במיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה ורב אסי פליג אשמואל וס"ל דלא מהימן בהאי מיגו ופסק ר"פ כרב אסי: אמנם לדעת הראב"ד דמפרש לה בדליכא עדים בשעת התנאי ס"ל להרב המגיד ז"ל דאין מקום לפרש פלוגתייהו בהכי כיון דליכא עדים בשעת התנאי ואיכא מיגו דלא התנית עמי כלל אם איתא דרב אסי ושמואל בדטעין פרעתיך ביני לבנך קמפלגי דלרב אסי לא מהימן במיגו דלא התנית עמי ואף לא במיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו להם ולשמואל מהימן בהאי מיגו א"כ למה נקט שמואל טעמא דיכול לומר פרעתיך בפני פ"ופ והלכו ולא נקט טעמא דיכול לומ' לא התנית עמי כלל דעדיף טפי האי מיגו דהו"ל הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ועוד דמיגו דפרעתי' בפ"ע והלכו להם לא חשיב כל כך כמ"ש הרא"ש דיאמרו העולם הרוצ' לשקר מרחיק עדיו ומשו"ה הכריח הר' דלגי' הראב"ד ופי' דמפרש לה בדליכא עדים ע"כ שהוא מפ' פלוגתא דר"א ושמואל בדטעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו דלר"א לא מהימן במיגו דלא התנית ולשמואל מהימן בהאי מיגו וע"ז הוקש' לו שפיר כיון דבהכי הוא דפליגי דוקא עכ"ל דבאיכא עדים בשעת התנאי הוא דאי לא מ"ט דר' אסי אטו ליה ליה מיגו שהוא דאורית' וכיון שכן מאי הלכתא דקאמר ר"פ מכלל דפליגי ודוק.

ומ"מ אע"פ שה"ה נראה שמיאן לפרש הסוגייא לדעת הראב"ד על הדרך הזה מה"ט דהו"ל לשמואל למתלי טעמא במיגו דלא התנית עמי כלל מיהו אנן בדידן מצינן לתרוצי לדעת הראב"ד דשפיר מפרש לה על הדרך הזה ולא קשייא מדשמואל דלא תלי טעמא במיגו דלא התנית עמי דאיהו אפשר דמפרש דלשמואל אפי' כי איכא עדים בשעת התנאי ס"ל דאפי' דלית ליה מיגו דלא התנית עמי כלל כיון דאית ליה מיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם דמהימן ומשו"ה נקט האי טעמא דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם ופליג ארב אסי דלא מיבעייא היכא דליכא עדים בשעת התנאי דאית ליה מיגו דלא התנית עמי אלא אפי' כי איכא עדים בשעת התנאי יכול לומר לו פרעתיך בפני פ"ופ ומהימן בהאי מיגו ואנן לא קי"ל כשמואל אלא כרב אסי דדוקא כי טעין פרעתיך בפני פ"ופ וליכא עדים בשעת התנאי מהימן וכדפסק ר"פ הילכתא לפי' גירסת הראב"ד ופירושו ובהכי ניחא מה שהוק' לו להלח"ם ג"כ לדעת הראב"ד דאם כדבריו אמאי איתותב שמואל ממתני' דאל תקנהו לי אלא בעדים חייב כו' לימא דמתני' מיירי בדהתנה בעדים ושמואל איירי בהתנה בינו לבינו ואע"ג דמתני' סתמא מיתנייא ובכל גוונא משמע מ"מ טפי

עדיף לאוקומי מתני' באוקמתא כי היכי דלא להוי שמואל בתיובתא ממאי דתריץ תנאי היא דאין זה תירוץ כדפריך רב אחא והצריכה עיון יע"ש אמנם ע"פ האמור דשמואל אף בדאיכא עדים בשע' התנאי מיירי אף לדעת הראב"ד ז"ל מדתלי טעמא בהאי מיגו ולא במיגו דלא התנית עמי כלל וכמדובר שפיר פריך ליה ממתני' ואסיק בתיובת'. ועיין להרב בד"ת בדף קי"ו ע"ב שהוק' לו ג"כ כקושיית הלח"ם והחזיק עוד קושייא זו באומרו דמתני' ודאי בדאיכא עדים קמיירי כיע"ש. ומ"מ קושיית הלח"ם היא שעמדה על ה"ה אמאי לא הכריח דרב אסי ושמואל ודאי בעדים קמפלגי דאי בלא עדים אמאי איתותב שמואל ממתני' ואין ספק כי זו היתה כונת קו' הלח"ם.

ועפ"ז אין מקום למ"ש הרב קרית מלך רב על קו' הלח"מ דאם איתא דשמו' איירי בהתנה בינו לבינו נמצא דרב אסי דאמר צריך לפורעו בעדים בהכי מיירי והא ליתא דא"כ ליהוי נאמן במיגו אלא ודאי דרב אסי ושמואל בהתנה עמו בפני עדים הוא עכ"ל ואי קושיית הלח"מ הוא ע"ד ה"ה אין מקום לדבריו וכמובן ועיין עוד בס' הנז' מה שהוקשה לו על גירסת הראב"ד ודבריו הם כדברי הסמ"ע והרב ש"ך ז"ל וכבר כתבנו מה שנלע"ד.

העולה ממ"ש דלדעת ה"ה דוקא בדטעין פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם נאמן במיגו דלא התנית עמי כיון דאין טענתו סותר הודאתו שהוד' שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים וקיבל תנאו והמניה עליו אבל כי טעין פרעתיך שלא בעדים אפילו אית ליה מיגו דלא התנית עמי לא מהימן משום טענתו סותר הודאתו וכסברת הרב העיטור והראב"ד ז"ל ושלא כדברי הסמ"ע והש"ך שדייקו מדברי ה"ה דאפי' כי טעין פרעתיך שלא בעדים מהימן במיגו דלא התנית ומרן החבי"ב בהג"הט אות י"ב ג"כ נחלק על הסמ"ע וכתב דאם איתא לדבריו לא הוו הפוסקים שתקי מינה ולכן אני אומר דאפילו לא התנה כן בפני עדים לא מהימן דאנן סהדי דמאחר דהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים לא היה פורע לו שלא בעדים דמה"ט גופיה המלוה גובה בלא שבועה כדכתבו הר"ן ומרן ב"י ז"ל עכ"ל. ולפי האמור ומדובר עדיפא מינה היה לו להרב ז"ל לתמוה על דברי הסמ"ע דמדברי ה"ה מבוא' יוצא הפך מה שדקדק הסמ"ע מדבריו וכמדובר.

ומ"מ לענין הלכה נלע"ד דדין זה במחלוקת הוא שנוי ויכול המוחזק לומר קים לי. והן קדם אומר דמה שכתב מרן החבי"ב ז"ל בפשיטות דלא מהימן מטעם אנן סהדי שכתבו הר"ן ז"ל ומרן ב"י לע"ד אי מהא לא אירייא דאפשר דע"כ לא כתבו הם דכל שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים איכא טעמא דאנן סהדי ואף במיגו לא מהימן ואף שבועה לא בעי אלא דוקא היכא דאיכא עדים על התראתו דכיון דיכול המלוה לברר התראתו ע"פ עדים לא עביד איניש דפרע בלא עדים מטעמא דירא שלא יחזיקנו בפני אחרים

כלוה ואינו משלם כיון שיש לו עדים על התראתו אבל כל דלית ליה עדים אין כאן חזקה זו דמי יחזיק אותו בכך אי משום הודאתו הכל יודעים ואומרי' הפה שאסר הוא הפה שהתיר והכי דייק לשון הר"ן שכתב וז"ל ויש שתמהו ולאחר הלואה במה נשתעבד כו' ואין זו קושיא שאין הענין מטעם שעבוד אלא כל שהלואו בעדים למ"ד צריך לפורעו בעדים א"נ שא"ל אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה עשוי לפרוע בלא עדים ואי טעין ואמר פרעתיך בפני עדים שקורי קמשקר שכיון שהמלוה יכול לברר הלואתו ע"פ עדים א"נ התרה בו אין הלוה עשוי לפורעו אלא בעדים כדי שלא יחזיקנו המלוה כלוה ואינו משלם עכ"ל ומלשון זה שכתב שכיון שהמלוה יכול לברר כו' א"נ שהתרה בו כו' משמע דכל שאינו יכול לברר הלואתו או התראתו ע"פ עדים למר כדאית ליה אין כאן חזקה זו דלוה ואינו משלם ודוחק לומר דדוקא לחלוקה דהלואתו הוא דכתב הרב ז"ל דצריך לברר בעדים אבל לחלוקה דהתראתו מיירי אפילו בדלית ליה עדים והא כדאיתיה והא כדאיתיה דשיעור הלשון לא משמע הכי ועוד דזיל בתר טעמא כדאמרן ועיין בר"סי ע"ח גבי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שכתבו הטור ומרן בש"ע שאם אין עדים על ההלואה או על קביעות הזמן דמהימן הלוה לומר שפרע בגו זימניה נגד החזקה במיגו דלא הד"מ או לא קבעת לי זמן יע"ש אלא דמהתם ליכא ראיה כל כך שהרי אם טען ג"כ לאחר זמנו שפרעו תוך זמנו נאמן במיגו דפרעו לאחר זמנו דאמרי' מיגו נגד חזקה שלא להוציא מיד המוחזק כדאיתא התם ואלו הכא אפי' אית ליה מיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו לא סמכינן אמיגו מהטעם שכתב הר"ן דמיגו במקום אנן סהדי לא אמרי' ולקמן נעמוד בזה בס"ד וא"כ אפשר דלטעמא דאנן סהדי אפי' כי ליכא עדים על התראתו נמי איתיה להאי טעמא דאלים טפי מחזקה מיהו אפי' אם נודה למרן החבי"ב דלטעם אנן סהדי שכתב הר"ן ז"ל אפי' בדליכא עדים על התראתו אכתי איתיה להאי טעמא נלע"ד דאין לדחות דברי הסמ"ע ע"פ שיטה הר"ן הלזו כי לע"ד אף למ"ש לעיל דהראב"ד ובעל העיטור וה"ה ס"ל הפך דברי הסמ"ע אכתי מידי פלוגתא לא נפקא כמו שאבאר.

והנה עיקר טעם זה דאנן סהדי שהמציא לנו הר"ן מדברי כל הפוסקים מבואר דלית להו האי טעמא כלל אלא לדידהו עיקר טעמא דמיחייב הלוה לקיים תנאי זה לפורעו בעדים הוא משום דהו"ל כאלו האמין עליו את המלוה עד שיפרעהו בעדים וכמבואר בתשובת הרשב"א בס' תולדות אדם סי' רמ"ט ר"ן רנ"א והיא במיוחסות סי' צ"ז וכן מבואר בהשגות הראב"ד על הרי"ף בס' ת"ד סי' רל"ז ובדברי ה"ה פט"ו מה' מלוה וכמדובר לעיל וה"נ מוכח מדברי הרא"ש בפ' כל הנשבעין שכתב שם וז"ל ואם אמר פרעתיך שלא בעדים אפי' שבו' לא בעי' דהא המניה בדבוריה עכ"ל וכ"כ בהדייא מהרימ"ט בתשו' ח"א סי'

ס"ב דע"ד ע"ג שזה טעמו של הרא"ש ממ"ש דהא הימניה בדבוריה יע"ש ועיין להרב ראש יוסף באות כ"ט ואות ל' יע"ש וכ"נ ג"כ ממ"ש הרא"ש בפ' ז"ב והביא דבריו הטור בסי' כ"ב שכת' דמהמנה עלי כבי תרי לא בעי קנין דכל תנאי שבממון תנאו קיים דומיא דהאומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים דאין צריך קנין אלא קבלה עכ"ל ואי ס"ל דבאו' אל תפרעי אלא בעדי' לא מחייב אלא מטעמא דאנן סהדי אין דמיונו של הרא"ש עולה יפה אלא ודאי דס"ל דהתם נמי מטעם נאמנות הוא ומשו"ה דימה זה לזה ואף מדברי הרב ב"ח שם ס"ד מבואר דעיקר טעם הרא"ש גבי אל תפרעני אלא בעדים מטעם אנן סהדי הוא ולא מטעם נאמנות דאלו כן הוה בעי קנין לאחר ההלואה יע"ש כבר דחה דבריו הש"ך בר"ס ע"א סק"ז והעלה דלדעת הרא"ש אף בנאמנות לא בעי קנין דכל כה"ג חשיב כמחיל' ממון כמ"ש המרדכי בפ' ז"ב בשם ראבי"ה ז"ל יע"ש והדין עמו שהרי הוכחנו מדברי הרא"ש דלא ס"ל ה"ט דאנן סהדי שכתב הר"ן ועוד דאי ס"ל הכי כשהוק' לו להרא"ש שם בפ' כל הנשבעין אמאי לא יהא נאמן ליטעון פרעתיך ביני לבינך במגו דפרעתיך בפני פ"ופ ומתו והוצרך לתרץ דאין זה מיגו טוב כו' אמאי לא תירץ כתירוץ הר"ן דמיגו במקום אנן סהדי לא אמרינן אלא ודאי דלא ס"ל ה"ט דאנן סהדי כלל וכן מבואר מדברי הרשב"א בחי' לשבו' יע"ש וזה נלע"ד ג"כ דעת הרמב"ן שכתבו הר"ן וה"ה דס"ל דכל שמיחה הלוה ולא קבל התראתו של מלוה מחאתו מחאה יע"ש ואי הוה ס"ל כטעמו של הר"ן כי מיחה נמי הול"ל דמיחייב לקיים תנאו של מלוה דאי לא שקורי קא משקר ולהכי לא מקבל התראתו של מלוה כדי לשקר בטענתו דאי מהימן הוא אינו עשוי לפורעו בלא עדים ואמאי מיחה ולא קיבל התראתו אלא שראיתי להש"ך בסק"ט שכתב דלפי טעמו של הר"ן כל שמיחה הלוה יכול לומר סמכתי על מחאתי ופרעתי לו שלא בעדים וליכא למימר בהא אנן סהדי עכ"ל ואין נלע"ד כן דאדרבא כשמיחה מעיקרא מחזי טפי שרוצה לשקר ולהכי אית לן למימר דלא מהני מחאתו כנלע"ד ועיין במ"ש לעיל עוד בזה יע"ש וזה נר' ג"כ דעת התוס' שכתבו בפ' חזקת דמ"ה ד"ה המפקיד כו' שכתבו דטעמא דמ"ד דצרי' להחזיר בעדים דהו"ל כאלו אמר ליה בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים הילכך לא מהימן במיגו דאיהו אפסיד אנפשיה עכ"ל ואי ס"ל דכשאמר לו בהדייא אל תחזיר לי אלא בעדים עיקר טעמא דמחייב אינו אלא משום אנן סהדי מה זה שכתבו דאיהו אפסיד אנפשיה דלפום טעמא דאנן סהדו מאי דלא מהימן הוא משום דאמרי' שקורי משקר הוא אלא ודאי דס"ל דטעמא דצריך לפורעו בעדים הוא דאיהו קביל עליו נאמנות המלוה וס"ל דאפי' במיגו לא מהימן משו' דהכי קביל עלי' וא"כ טענתו סות' הודאתו וזהו שכתבו דאיהו אפסי' אנפשיה שהאמינו עליו כמובן

ועיין ג"כ להב"הת בשער כ"ה ח"ב שכתב ג"כ כלשון התוס' וז"ל גם פסק הרב ן' מיגאש דכיון דאפסיקא הלכת' שצריך לפורעו בעדים כו' בכלהו שקיל ממונה מיניה דלוה בלי שבועה ואפי' היסת דאיהו אפסיד אנפשיה דכיון דאתרי ביה צריך להביאם ויעידו לו בכך עכ"ל.

ובכן מאחר עלות דלדעת כל הפוסקים לבד הר"ן משמע להו דעיקר תנאי זה דאל תפרעני אלא בעדים לא מחייב ביה לוה אלא משום דאיהו קביל עליה נאמנות המלוה עד שיפרעהו וכאילו המניה בפי' דמי. מעתה באנו למחלוקת הרב העיטור וסיעתיה עם הרב התרומות וסיעתיה אי סמכינן אמיגו נגד נאמנות דלדעת בעל העיטור שהביא בסי' ס"ט גבי כתב יד ובסי' מ"ו גבי שטר נאמנות ולא נתקיים אע"פ שהמיגו הוא בעיקר הנאמנות דאי בעי אמר אין זה כתב ידי או שטר זה מזוייף הוא ולא לויתי ממך לעולם ולא האמנתי' אפ"ה כל שהודה שזה כתב ידו ושהשט' אינו מזוייף והאמינו עליו תו לא סמכינן אמיגו משום דטענתו סותר הודאתו דכיון דהמניה למלוה שלא פרעו היאך נאמין ללוה שפרעו הפך תנאו. ובשיטה זו קיימי הראב"ד בס' ת"ד סימן רל"ז וה"ה כאן וכמדובר לעיל. אמנם הרב התרומות בשער י"ג ח"ב סי' ג' ובריש שער כ"ה ס"ב והביא דבריו הטור בסי' מ"ו ובסי' ס"ט נחלק על זה וס"ל דכל כה"ג סמכינן אמיגו מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר כיון דלא ידענו דהמניה למלוה אלא ע"פ של לוה ואיהו גופיה דמיחייב נפשיה בעיקר הנאמנות הא קאמר דפרעיה ואין כאן משום טענתו סות' הודאתו דאפש' שהאמינו ואפשר שפרעו ולא מפני שהודה שהאמינו הודה שלא פרעו כדי שנאמר טענתו שפרעו סות' מה שהאמינו ובשיטה זו קיימי הרשב"א בתשו' שבס' תולדות אדם סי' מט"ר ר"ן רנ"א והיא במיוחסות סי' צ"ז. והרא"ש בפ' חזקת דמ"ה ובפ' כל הנשבעין כמו שהכריח מדבריו מהרימ"ט בח"א סי' ס"ב דע"ד ע"ג וזה נראה דעת התוס' בכתובות פ' האשה ד' ח"י ע"א ד"ה אין צריך לפורעו בעדים יע"ש.

זאת תורת העולה שדין זה שכתב הסמ"ע דכל שהודה הלוה ע"פ עצמו דכן התנה המלוה עמו אל תפרעני אלא בעדים דמהימן לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דלא התנית עמי דבר זה במחלוקת הוא שנוי דלדעת הרב העיטור ודעימיה לא מהימן ולדעת בע"הת ודעימיה מהימן וא"כ יכול המוחזק לומר קים לי.

ודע שאף הר"ב התרומות לא אמר דסמכינן אמיגו אלא כשהמיגו הוא בעיקר הנאמנות אמנם אם בעיקר הנאמנות היו עדים והמיגו הוא שלא בעיקר הנאמנות כגון פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם אף הרב התרומות ז"ל נראה דאזיל ומודה דלא מהימן וכמ"ש הסמ"ע והש"ך ז"ל בסימן ע"א ס"ק ד' וס"ק ה' בדעת הרב המפה דלא תיקשי דידיה אדידיה יע"ש

וכ"כ בהדיא הרשב"א בתשו' הנז"ל דאחר שדחה דברי הר"ב העיטור והסכים לסברת הרב התרומות הוק' לו מההיא דאל תפרעני אלא בעדים דלא מהימנינן ללוה לטעון פרעתיך שלא בעדים במיגו דפרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם לפי הגירסאות דגרסי כי טעין הכי מהימן ותריץ יתיב דשאני התם שהיו עדים בשעת התנאי שאין המגו בעיקר התנאי והנאמנות יע"ש מבואר יוצא מדברי הרשב"א הללו דאף בנאמנות סתם שאינו כבי תרי כי הא דאל תפרעני אלא בעדים דכי אתו סהדי שפרעו מהימן הלוה אפי' הכי אם המגו הוא שלא בעיקר הנאמנות לא מהימן אף לדעת הר"ב התרומות ועיין להרב התרומות בשער י"ג ח"ב סי' ב' ובדברי הגד"ת שם יע"ש ואם המיגו הוא בעיקר הנאמנות בהא הוא דאיפליגו הרב העיטור והבע"הת ותמהני מהסמ"ע ומהרימ"ט בח"א סי' ס' דע"א סע"ג שדעתם דלכ"ע כשהנאמנות אינו כבי תרי סמכינן אמיגו אפי' אינו בעיקר הנאמנות וכ"כ מרן החבי"ב בסי' ע"א הגב"י אות ו' ואשתמיט מינייהו דברי הרשב"א הללו גם מאי דמשמע ליה להסמ"ע דנאמנות כבי תרי אפי' המיגו הוא בעיקר הנאמנות לא סמכינן אמיגו לדעת בע"הת נמי והכריח כן מתוך דברי תשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י יע"ש הנה מתוך התשו' אשר בס' תולדות אדם שכתבנו יראה הרואה דליתא גם מהרימ"ט פשיטא ליה הכי דכל שהמיגו הוא בעיקר הנאמנות אפי' בנאמנות כבי תרי סמכינן אמיגו לדעת בע"הת יע"ש ועכ"ל דאותה תשו' שהביא מרן ב"י בשם הרשב"א בסי' ע"א דמינה דייקו הסמ"ע ומהרימ"ט לחלק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי לאו דוקא נקט לשון זה דכיון שהאמינו כב' עדים אלא קושטא דמילתא נקט וכמ"ש הש"ך ז"ל בסימן ע"א סק"ד וזו היא שיטת מהר"מ הלוי בתשו' סי' ע"א שהביא מהרימ"ט שהעלה דלדעת הרב התרומות אף בנאמנות סתם לא סמכינן אמיגו אם לא כשהוא בעיקר הנאמנות ואע"פ שראיותיו אינן מכריחות וכמו שדחה מהרימ"ט שם מ"מ עיקר דבריו נכונים כמו שהוכחנו מתוך תשו' הרשב"א שבספר תולדות אדם גם מהראנ"ח בח"א סי' קי"ו נר' דהכי משמע ליה יע"ש.

והרא"ש נראה שחולק על סברת הרב העיטור והבע"הת ואיהו בדידיה ס"ל דסמכינן אמיגו במקום נאמנות אף אם המיגו אינו בעיקר הנאמנות שהרי בפרק חזקת דמ"ה ובפ' כל הנשבעין והביא דבריו מהרימ"ט בסי' ס"ב דמ"ד ע"ג כתב וז"ל והשתא דקי"ל המפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים אם אמר אל תחזיר לי אלא בעדים ואמר החזרתי לך שלא בעדים ה"ז נשבע ונאמן במיגו דאי בעי אמר נאנסו ע"כ והרי כאן דכי אמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים המניה למפקיד לגביה דידיה כנאמנות סתם וכמו שהוכיח מהרימ"ט שם ממ"ש הרא"ש בפ' כל הנשבעין מכי אמר לו פרעתיך שלא בעדים אף שבו'

לא בעי דהא הימניה בדבוריה כ"ז שלא יביא עדים ואפי"ה כתב הרא"ש דמהימן לומר החזרתי לך במיגו דנאנסו אע"ג דמיגו דנאנסו אינו בעיקר הנאמנות דמדלא כתב דמהימן במיגו דלא התנית עמי ודאי דמיירי בשיש עדים על התנאי וא"כ מבואר בהדיא מדברי' דאפי' איכא עדים על התנאי נאמן במיגו דנאנסו ובפ' כל הנשבעין נמי כתב וז"ל וא"ת ויהא נאמן לומר פרעתיך שלא בעדים במיגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פ"ופ והלכו להם וי"ל דאין זה מיגו טוב ויותר נח לו לומר פרעתיך ביני לבינך ושכחתי התראתך ממה שיאמר פרעתיך בפני פ"ופ דיאמרו העולם דהרוצה לשקר מרחיק עידיו עכ"ל אלמא משמע דאם הוא מיגו טוב היה נאמן במיגו אע"ג דאין מיגו זה בעיקר הנאמנות.

ולפ"ז יש לתמוה טובא על הרב המפה ז"ל שבסימן ע"א ס"א וס"ב הסכים לשיטת הבע"הת ז"ל דכל שאין המיגו בעיקר הנאמנות לא סמכינן אמיגו וכמ"ש הסמ"ע והש"ך ז"ל ואלו בסי' קע"ג כשהביא מרן בש"ע דברי הרא"ש גבי פקדון דאף כשהתנה עמו המפקיד אל תחזירהו לי אלא בעדים דמהימן לומר החזרתי לך במיגו דנאנסו לא הגיה עליו והודה לדבריו ולפי שיטת הבע"הת שהסכים הוא ז"ל בסימן ע"א הול"ל שהוא חולק על דין זה ואפשר היה לחלק בין נאמנו' מפורש לנאמנות כי הא דא"ת אלא בעדים ואינו מפורש בהדיא הנאמנות אמנם מהרימ"ט ז"ל שהביא ראיה מדברי הרא"ש דס"ל דאמרינן מיגו אפי' בנאמנו' משמ' דס"ל דאין לחלק בהכי.

וראיתי להש"ך בסי' קע"ג סק"ג שכתב ע"ד מרן ז"ל דלפי הטעם שכתב מרן ב"י ז"ל גבי הלואה דכל שהתנה אל תחזירהו לי אלא בעדים לא מהימן לטעון החזרתי לך שלא בעדים במיגו דהחזרתי לך בפני פ"ופ משום דאנן סהדי דלא פרע כיון שהתרה בו ובמקום אנן סהדי לא אמרינן מיגו א"כ הכא אינו נאמן במיגו דנאנסו וכן משמע מתוס' בפ' ח"הב דמ"ה ע"א ד"ה המפקיד כמ"ש בשם ר"ח דטעמא דמ"ד דהמפקי' אצל חברו בעדים דצריך להחזיר לו בעדים דמי כאלו אמר בהדייא אל תחזיר לי אלא בעדים הילכך לא מהימן דאיהו אפסיד אנפשיה כו' ואע"ג דכתבו אח"כ אבל אין נר' דאפי' מאן דאית ליה צריך להחזיר בעדים אי איכא מיגו נאמן היינו במפקיד סתם אבל באומר בפי' אל תחזיר לי אלא בעדים נראה דגם למסקנת התוס' אינו נאמן במיגו וא"כ דברי המחבר צ"ע עד שוב מצאתי במרדכי ובהגהת אשירי וז"ל כתב ראבי"ה אם התרה [בדשויה] ראה ואמר אל תחזיר לי אלא בפני פ"ופ שאל"כ איכא למימר מיגו דהחזרתי לך וכן עיקר.

ולע"ד איכא למימר דאף הר"ן לא כתב להה"ט דאנן סהדי אלא דוקא גבי הלואה ומשום ה"ט שכתב הר"ן דכל שהתרה בו כו' אינו עשוי לפורעו שלא בעדים כדי שלא יחזיקנו כלוה ואינו משלם. ודוקא לוה קפיד על כך דלמחר וליומא אחרינא יצטרך להלוות ולא

ימצא מי שילונו מאחר שהוחזק כלוה ואינו משלם. וא"נ בלוה איכא טעמא דעבד לוה לאיש מלוה וא

הלכה ג

שורש נאמנות שהאמין לוה למלוה התנה **המלוה עם הלוה שיהא נאמן כו' הר"ז נוטל בלא שבועה**. ענין תנאי נאמנות אם הוא מטעם מחילה ומתנה או מטעם קי"ל בגויה דלא משקר עיין להרב נ"מ דקע"ד ע"א ד"ה איברא שהעלה שמטעם מחילה ומתנה מועטת היא ועיין להש"ך סימן ע"ב סקי"ג ולהרב ראש יוסף באות י"ב יע"ש ועיין להש"ך סי' ע"ב ס"א שכתב דאפילו בנאמנות סתם מיירי כמ"ש הסמ"ע והב"א וכן מבואר בבעל התרומו' שער כ"ו ח"א ס"ד והסכים עמו הרמב"ן והביאו הב"י שם סי"ג וכ"כ ה"ה בפרקין הל' ג'.

וראיתי להר"הת שכתב וז"ל ואע"פ שמצינו בגמ' לשון נאמן בנשבעין ונוטלין כגון נאמנות דר"ג ור"א בפ"ק דכתובות וכיוצא בהן התם דינא קתני דהיא נאמנת ולא הוא ושבוע' דרמיא עליה מדין הנוטלין איתא אבל כל שמאמין חבירו עליו בלא שבועה האמינו דכיון דהימניה פסליה לטענה דידיה לטעון פרעתי ונאמן עליו בדבריו בלבד כו' יע"ש. והנה זה שהביא הרב ז"ל מנאמנות דר"ג ור"א בפ"ק דכתובות אין ספק שהיא מאותה ששנינו היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך נאנסת כו' וכן היא אומ' מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את ששנינו במתני' דר"ג ור"א אומרים נאמנת ור"י אומר לא מפיה אנו חיים כו' ומשמע ליה להרב דלר"ג ור"א אינה נאמנת אלא בשבועה ולהכי הוצרך לומ' דהתם דינא קתני דהיא נאמנת ולא הוא מיהו שבועה דרמיא עליה מדין נשבעין ונוטלין איתא ומשמע נמי דשבועה זאת היא שבועת המשנה ולא שבועת היסת כמבואר.

ותמהני שלא מצאתי סברא זו לשום א' מהפוסקים שהרי רבינו בפי"א מה' אישות הלכה יו"ד וי"א פסק כר"ג ור"א וכתב ויש לו להחרים סתם שאין הדבר ודאי לו כו' וכתב ה"ה וז"ל ומ"ש ויש לו להחרים בו ר"ל שאין כאן חיוב שבועה לה כיון שהוא אינו טוען טענת בריא אבל יש כאן חרם סתם מתקנת הגאונים עכ"ל וכ"כ הטור בא"ה סימן ס"ח וש"ע שם יע"ש. איברא שרבינו ז"ל בפי' המשנה וכן הרע"ב כתבו דיש לו להשביעה שבוע' היסת וכבר ראיתי להתיו"ט שם שתמה עליהם דכיון שאינו טוען עליה בבריא אין כאן מקום לשבועה ואפילו היסת שלא מצינו אלא בברי כמ"ש הר"ם במז"ל בסוף מס' נדרים ואפילו בסברא הנז' בש"ע סימן ע"ה סי"ז דמשביעין בשמא היכא דיש רגלים לדבר הכא מאי רגלים לדבר איכא אדרבא אוקי איתתא בחזק' בתולה כל זמן שתוכל עכ"ל. ואשתמיט מיניה דברי הרב בעל התרומות הללו דמבוארים דבריו דאף משביעין

אותה שבועת המשנה ככל הנשבעין ונוטלין ועיין להרב התרו' בשער ל"ו ח"ג ס"ג שכתב דאפילו היכא דאיכא רגלים לדבר אין משביעין על טענת שמא וכ"כ הש"ך משמו בסימן ע"ה סקס"ג יע"ש וא"כ לא יכולתי להלום דבריו שכתב כאן וצל"ע.

עוד כתב הש"ך דהטעם שנאמן המלוה בלא שבועה בנאמנות סתם ואפילו במלוה ע"פ ולא אמרינן דלא האמינו אלא בשבועה דמדינא היה הלוה נשבע ונפטר ואהני נאמנותו לשישבע המלוה ויטול וכמ"ש הש"ע בסכ"א במלוה שהאמין ללוה כו' הסמ"ע נדחק בטעם הדבר והטעם מבואר בבעל התרומות שם בשם הרמב"ן ז"ל דמשמעות הלשון הוא בלא שבועה דכיון דהמניה פסליה לטענתיה דידיה ונאמן הלה בדבריו לבד וכ"כ הב"ח וה"ה דסתם נאמנות בלא שבועה משמע כו' אבל במלוה שהאמין ללוה מסתמא לא האמינו אלא לבטולי שטרא עכ"ל ועיין להלח"ם בפרקין ד"ג שהוקש' לו כדברי הסמ"ע והרב מש"ל שם כתב שהתירוץ קל להבין וציין להב"ח ת יע"ש.

והרואה יראה שאין בדברי בע"ת טעם מספיק לקושית הסמ"ע ואפשר שטעמו ז"ל הוא דכי המניה לוה למלוה כיון דמעיקר דינ' אין המלוה נאמן ואפילו בשבועה כיון דהמניה סתמא ולא פירש שנאמנותו הוא דוקא בשבועה אין סברא לומ' שלא האמינו אלא לחצאין דאם כן הי"ל לפרש משא"כ בנאמנות מלוה ללוה כיון דמעיקר דינא כל שהלוה נאמן ליפטר הוא על ידי שבועה כשהאמינו אם כן המלוה סמך על עיקר הדין שהוא על ידי שבועה ולהכי לא הוצרך לפרש ודוק ועיין להרב נ"מ דל"א ע"ב ד"ה עוד כו'.

וראיתי עוד להרב מש"ל ז"ל שם שכתב וז"ל עיין בתשו' הרא"ש כלל ע"א ס"ה במ"ש אבל אם טוען שמעון על יאודה נתתי לך ן' זהובים כו' שדברים מגומגמים הם גם מ"ש למעלה בענין סטראי וגם מ"ש לעיל אפילו הודה יאודה אינם מובנים בעיני עכ"ל. ולע"ד דברי הרא"ש בכל אותה תשובה מבוארים הם כי מפני שהשואל נסתפק כשהאמין הלוה למלוה ולב"ך אם מהני נאמנות באי כחו לשלא יוכל להשביע לשליח המלוה שבא בהרשאתו או לא לזה השיב הרא"ש שאם טענת הלוה לשליח המלוה הוא נתתי לך ן' זהובים שתוליך לראובן שאני חייב לו כו' כלומר שעיקר טענת הלוה הוא שהוא עשאו שליח מעיקרא שיוליך לראובן חמשים זהובים כיון שאין טענתו שפרעו בשביל ראובן המלוה אלא שהוא מעצמו עשאו שליח והוא לא קיים שליחותו אין כאן טענת נגד הנאמנות דהנאמנות הוא שלא יוכל לטעון פרעתי חוב זה למלוה או לב"ך הבאים מדעת המלוה אבל כשטוען נתתי לך כ"וכ שתוליך ולא קיימת השליחות הו"ל כאומר מנה לי בידך בפקדון ויכול להשביע המלוה הבא בהרשאתו בטענה זו וכתב עוד ואם טען שמעון פרעתי לך חמשים זהובים בשביל ראובן אפילו הודה יאודה וגם ראובן פטור

יאודה וראובן יגבה ממנו כי מצי למימר סטראי נינהו ע"כ כלומר דבטוען פרעתי לשליח המלוה הבא בהרשאתו מלבד שאינו יכו' להשביעו כשמכחישו שהרי האמין למלוה ולב"ך שלא יוכל לטעון פרעתי אף גם זו אפילו יודה השליח והמלוה שקבל ממנו ן' זהובים יכול המלוה והשליח לומר סטראי נינהו וחוזר וגובה ממנו משא"כ בטוען נתתי לך כ"וכ שתוליך כו' מלבד דאינו נאמן להכחישו אף גם זו אינו נאמן לומ' סטראי נינהו כיון דאין כאן נאמנות כל שטוען נתתי לך שתוליך כמדובר וכתב עוד בסו' התשו' וז"ל שוב שאלתני שנית כי נסתפקנו בשבועה כו' כלומר שהשואל עדיין מסופק אם יכול להשביע לשליח המלוה הבא בהרשאתו אפילו בטענת אני עשיתי אותך שליח מעיקרא להוליך הן' זהובים למלוה ולא קיימת השליחות והשיב לו הרא"ש ז"ל וז"ל ואיני מבין כאן שום שאלה שיהיה ראוי להסתפק בה ראובן וכל הבאי' בהרשאתו גובין משמעון בלא שבועה כל זמן שטוען פרעתי לראובן או לשלוחו שבא בהרשאתו אבל אם טוען שמעון על יאודה נתתי לך ן' זהובים להוליכם לראובן בחוב שאני חייב לו אבל אתה באת אלי בשליחות ראובן שאתן לך ן' זהובים מחוב שהייתי חייב לו ונתתים לך עכ"פ צריך יאודה לישב' כו' עכ"ל ומ"ש אבל אתה באת אלי כו' כונתו אבל האמת אתה באת אלי בשליחות ראובן אלא שאני לא נתתים לך בשביל שליחות ראובן אלא בשביל שליחותי וכיון שלא קיימת שליחותי תן לי או תשבע זה נ"ל ברור בכונת דברי הרא"ש ודוק.

ונמצינו למדים מתשו' זו לפי האמור ומדובר דהמאמין את המלוה ולב"כ כל הבא בהרשאת המלוה לתבוע אינו יכול הלוה לטעון לו פרעתיך בשביל המלוה אבל יכול לטעון לו אני עשיתי אותך שליח שתוליך מעו' למלוה ולא קיימת שליחותי או תשלם או תשב' שלא עשיתיך שליח או שקיימת שליחותי ולעולם המלוה חוזר וגובה ממנו ומבואר הוא דאם אינן באים לתבוע בהרשאת המלוה יכול הלוה להשביע לכל מי שיטעון באת אלי בשליחות המלוה ופרעתיך בשבילו ופשוט הוא ועיין בש"ך סימן ע"א סקכ"ט וצ"ע וסע"ה לקמן נעמו' עוד בזה.

ודע דבנאמנות סתם אם יטעון הלוה פרעתיך בפני פ"ופ והלכו למ"ה לא מהימן וכמ"ש הרב גד"ת בדקי"ח ע"ד והרב ראש יוסף בסימן ע"א ס"ב יע"ש והכי דייקי לשון רבינו והטור ומרן שכתבו בדין זה אבל אם הביא עדים שפרעו נאמן משמע דוקא כשהביא עדים אבל כי טעין הכי לא מהימן דאי לא עדיפא מינה הוה ליה לאשמועינן דאפילו טעין הכי מהימן ואע"פ דבתנאי דאל תפרעני אלא בעדים אי טעין הכי מהימן לדעת רבינו והטור ומרן בסימן נ"ג אע"ג דהתם נמי עיקר החיוב תנאי זה אינו אלא מטעם נאמנות שהאמין הלוה את המלוה עליו וכמו שהוכחנו לעיל מ"מ החילוק ברור דהת' עיקרו של

תנאו הוא על הלוה שיפרעהו אותו בפ"ע וכל שלא יפרעהו בפ"ע שיהיה המלוה נאמן הילכ' כשטוען הלוה קיימתי התנאי שוב אין כאן נאמנות אבל כשהתנאי הוא שיהיה המלו' נאמן כל עת שיאמ' שלא פרעו משמעו' התנאי הוא שיהיה המלוה נאמן נגד הלוה לעולם עד שיברר הדבר בעדים ועיין להרב ראש יוסף שם ובהכי ניחא מה שהקשה הרב גד"ת ז"ל בדקי"ח ע"א על הרב התרומות.

כתב מרן ז"ל בב"י סימן ע"א מחו' ט"ז וז"ל וכתב הרא"ם בפרק הכותב דפ"ז ע"ב סי' ח"י בשם הראב"ד דפיטור סתם לא מהני לעד אחד מעידו שהוא פרוע דנהי דהמניה יות' מנפשיה טפי מע"א לא המניה והרא"ש חול' עליו שם וכתב רבינו ירוחם בנ"ו ח"ט שדעת ר"ח ז"ל כדעת הרא"ש ונ"י כתב בשם הריטב"א שדעת הרמב"ן כדעת הראב"ד ז"ל עכ"ל. ולא ידעתי למה זה הוצרך להביא דברי רבינו ירוחם שכתב דר"ח קאי בשיטת הרא"ש מאחר שהרא"ש גופיה שם בפרק הכותב כ"כ בשמו שכתב וז"ל וכן פי' ר"ח לעיל גבי מרענא לשטרא אפומיה דנאמנות בסתם מועיל נגד ע"א עכ"ל. ועיין להרא"ש לעיל דפ"ה ע"א סימן ה' גבי ההיא דאחייביה שבועה בב"ד דרבא שכתב וז"ל ור"ח פי' דנפקא מינה היכא שהיה בשטר נאמנות סתם כו' ומועיל נאמנות זה בסתם שע"א אינו יכול להשביעו עכ"ל. ועיין לשיטה המקובצת להרב ז"ל דצ"ט ע"ד ושם דק"ו ע"ד שכתב בשם הרשב"א ז"ל דקאי בשיטת הראב"ד ז"ל יעויין שם.

ומיהו הא ק"ל לשיטת הראב"ד ז"ל בנאמנות סתם במלוה ע"פ אמאי גובה המלוה אפילו בשבועה וכ"ש בלתי שבועה נימא דכי המניה לגבי נפשיה כע"א המניה דמשביעו שבועה דאורייתא דאלו לא האמינו היה נשבע שבועת היסת ונפטר והשתא האמינו כע"א מעידו שלא פרעו דנשבע שבועה דאורייתא וי"ל דסברא הוא דכיון דהאמינו לגבי נפשיה להשביעו אף האמינו לפורעו בלתי שבועה וכגון מ"ש מהרימ"ט בח"א סימן ס"ב דמ"ג ע"ג על דברי מהר"מ הלוי לענין נאמנות סתם והביא עדים דלא חשיב כתרי ותרי יע"ש ומ"מ אם האמינו כע"א בפי' נלע"ד דגרע מנאמנות סתם ואם היא מלוה ע"פ לא מהני נאמנותו אלא להשביעו ללוה שבוע' דאורייתא ואפילו איכא ע"א דמסייע ללוה נמי דינא הכי ואם הוא מלוה בשטר נוטל המלוה בלא שבועה כמ"ש הש"ך שם בסס"ק ב' יע"ש ודוק.

ולענין הלכה מאחר דרבים הם הסוברים כשיטת הראב"ד דלא מהני נאמנות סתם לפוטרה משבועה ע"א יכול הלוה לומר קי"ל ואיני משלם עד שתשבע ואם הוא מלוה ע"פ מפטר ליה בלתי שבועה כע"א המסייעו ואע"פ שמדברי מרן החבי"ב בכללי הקי"ל אות ס"ט ובסימן ע"ה הג"הט אות פ' נראה דאין לומר קי"ל בכה"ג כבר עמדנו על זה

לעיל בפ' הנז' ה"א יע"ש ועיין למרן החבי"ב בסי' ע"א הגב"י אות ג' שכתב כן בשם הרדב"ז יע"ש ועיין להש"ך שם סק"ב. וכתב מרן החבי"ב עוד שם אות ד' דאפילו לדעת הרא"ש ז"ל דנאמנות סתם מהני לפוטרו משבועת ע"א לוה שהאמין למלוה במלוה ע"פ והביא הלוה עד אחד שפרעו לא מהני הנאמנות כלל אלא הלוה פטור אפילו משבועת היסת לדעת הפוסקים דע"א המסייע לנתבע פוטרו משבועת היסת בני שמואל עכ"ל ועיין בספר נתיבות משפט ד"ל ע"ג שביאר דבריו יע"ש ובמה שתמה הש"ך שם והסמ"ע סק"ג על תשו' הרא"ש כלל ס"ח סימן י"ט עיין למרן החבי"ב שם ולהרב נתיבות משפט ד"ל ע"ג ובמה שדחה עוד הש"ך על דברי הסמ"ע במה שהכריח דנאמנו' סתם מהני נגד עד אחד מדחזינן דמהני נאמנות כבי תרי נגד ב' עדים ע"פ מ"ש הרב התרומות בשער כ"ז אין דבריו מבוארים כל הצורך ועיין בתשו' מהרימ"ט ח"א סימן ס' שכתב מוהר"ם הלוי וז"ל כדברי הסמ"ע ומהרימ"ט שם סימן ס"א דע"ג ע"ד דחה דבריו וכתב דעיקר טעמ' דנאמנות כבי תרי מהני נגד עדים לכ"ע הוא משום דאין סברא שיהיה נאמנותו לחצאין משא"כ בנאמנות סתם דכי אמרינן דהמניה לגבי דידיה לבד ולא לגבי ע"א אין כאן נאמנות לחצאין דלמי שהאמינו אצלו האמינו לגמרי ודוק ועיין למרן החבי"ב הגב"י אות ב'. ונאמנות סתם אי מהני לענין פוגם שטרו עיין בסי' פ"ד וכן אי מהני לנפרע שלא בפניו עיין בסימן ק"ו וכן אי מהני לבא ליפרע מנכסי יתומים קטני' עיין בסימן ע"א סי"ב ובטור ופ"ע סימן ק"י ואם הם גדולים עיין בטור סימן ע"א סכ"ט ול' ובש"ע סי"ז ובסימן ק"ח בטור ס"ה וס"ו ובש"ע שם ס"ג וכן אי מהני נאמנות סתם לגבות מהלקוחות עיין סימן ע"א סכ"ט ול' בטור וסי"ט בש"ע ועיין להרב ראש יוסף בסימן ו' ובדברי הראב"ד שהביא הר' בשיטה מקובצת בפרק הכותב דק"ו ע"ד שכתב וז"ל ומיהו כתב דדוקא על אפיטרופיא ופוגמת קא מינה מן הסתם וה"ה לענין הבא ליפרע מנכסי יתומים כו' יע"ש ומה שהקשה הרב ראש יוסף דבמשנה הקודמת שנינו שצריך שיאמין אותה בפני' אף על יורשיו יע"ש לא קשיא דאפשר דהראב"ד מפרש לה בשבא להאמינה אף על אפוטרופיא שנעשית לאחר מיתת בעלה וכפי' הב' שהביא הרב ז"ל שם דק"ה ע"ד עלה דמתני' אבל יורשיו משביעין אותה יע"ש ומ"ש הרב ראש יוסף שם דנ"ל דדוקא לענין שבועת פרעון האמינו אבל לא לענין פוגם ולא לע"א ושארא דדיי לנו שיהיה נאמן בזה אבל על שאר חייבי שבועות שבמשנה מנין לנו כו' יע"ש לא זכיתי להבין כונתו דכיון דכל אלו השבועות שבמשנה אינו אלא משום חשש כיון שהאמינו על אחת למה לא נאמר שהאמינו על כולם ועיין להריב"ש בסימן ק"ח הביא דבריו מרן ב"י בא"ה סימן צ"ח עמ"ש הטור ומ"ש בירושלמי כו' שכתב וז"ל בנדון זה אין כאן פיטור לא ממנו ולא

מיורשיו דמתני' תנן כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך כו' ולשון זה כולל אפוטרופו' ומה שנשאה ונתנה בתוך הבית ופגימת כתובה אבל בלשון שרגילין עתה הסופרים שכותבים בכתובות איני רואה שיהא נכלל בלשון ההוא מה שנעשית אפוטרופא בחיי בעל שהם כותבין וכל זמן ששטר כתובה יוצא כו' תהא נאמנת לומר לא נתפרעתי בלא שום שבוע' כו' ולשון זה אינו כולל שום נאמנות על מה שנשא' ונתנה בחייו שלא יוכל להשביע' כו' עכ"ל יע"ש.

ואפשר דכונת הרב ראש יוסף ג"כ היתה על הנאמנות שכתוב כלשון הזה אין לכלול בו ג"כ פוגם וע"א ושארא דדוקא בלשון נקי נדר ושבועה דמתני' נכלל הכל ודוק ונאמנות אי מהני לטעון תמורת המנהג עיין למרן החבי"ב ז"ל סימן ע"א הג"הט אות כ"ח יע"ש ועיין בתשו' הרדב"ז שציין מרן החבי"ב שם אות כ"ט ול' ל"א יע"ש.

וראיתי למור"ם במפה שם שכתב וז"ל ודוקא בדאיכא עדים כו' אבל כו' נאמן במגו כתב הסמ"ע שם סק"ב דאפי' בעל העיטור דפליג כמ"ש הטור סימן ס"ט ובר"ס מ"ו מודה הכא בהאמינו כי דוקא ביש עליו שטר או כתב יד שיש בו נאמנות ואינו מקויים כתב בעל העיטור דאינו נאמן לומ' פרוע דא"כ לא הי"ל שטר כזה בידו כו' משא"כ בע"פ עכ"ל וליתא לע"ד אלא לדעת בעל העיטור אפילו בע"פ נמי דינא הכי וכמו שכתבתי לעיל בפרקין ה"נ בד"ה גם כו' יע"ש.

ומ"מ נראה דאף לדעת הר"ב העיטור ז"ל אי טעין פרעתיך בפני עדים והלכו למ"ה או מתו דמהימן דכיון דאית ליה מיגו בעיקר הנאמנו' א"כ אנן סהדי דקושטא קטעין דפרעו בפני עדים וכיון שכן לא מהני הנאמנות דאיהו לא אמניה לגבי סהדי שהרי הראב"ד דקאי בשיטת הר"ב העיטור ז"ל וכמ"ש לעיל כתב בהדייא דכי טעין פרעתיך בפני עדים והלכו אי אית ליה מיגו בעיקר הנאמנו' נאמן כי טעין שקיים תנאו כמ"ש בהשגתו לפרקי' ובס' תמים דעים סי' רל"ז וכתבנו לשונו לעיל שם בפרקין ד"ה גם וד"ה ודע דאף כו' אלא שאני מסתפק בזה דאפשר דע"כ לא כתב הראב"ד אלא גבי תנאי דאל תפרעני אלא בעדים דכל דטעין לוה פרעתיך בעדי' ואית ליה מיגו בעיקר התנאי אין זה טענתו סותר הודאתו שעיקר הודאתו הוא שהתנה עמו לפורעו בעדים והרי הוא אומר שקיים תנאו אבל בתנאי דנאמנות שעיקרו של תנאי הוא דכל שלא יברר בעדים שפרעו המלוה נאמן אצלו שלא פרעו ויתחייב לפורעו א"כ אפי' אית ליה מיגו בעיקרו של תנאי אכתי הו"ל טענתו סותר הודאתו עד שיביא עדים שפרעו וכל עוד שלא יביא עדים שפרעו צריך לקיים תנאו לפורעו ודעתי נוטה יותר לזה שאם נאמר דהיכא דאית ליה מיגו בעיקר תנאו מהימן ע"כ לומר דטעמא דלא מיקרי טענתו סותר הודאתו והוא

משום דעיקר תנאי נאמנותו היה עד שיביא עדים או עד שיכריח שפרעו בעדים וכשיש לו מיגו הו"ל כמכריח שפרעו בעדים ומה"ט לא מיקרי טענתו סותר הודאתו כיון שכך היה תנאו להכריח שפרעו בעדים והרי הכריח.

ולפ"ז אף אם יביא עדים ששמעו מפי עדים אחרים שפרעו בפניהם מהני נמי לבטל נאמנותו שאין לך הכרח גדול מזה שפרעו בפני עדים ומדברי כל הפוסקי' שכתבו דאינו נאמן לבטל נאמנותו עד שיביא עדים שפרעו משמע בהדייא דבעינן עדים גמורים ולא עד מפי עד והכי נמי משמע מסוגיין דפ' שבועת הדיינים דף מ"ב שהרי לאביי ורבא אפי' כי אייתי סהדי דפרעיה קמייהו לא מהני לבטל נאמנותו ואע"ג דר"פ אותיב עלייהו דלגבי סהדי לא המניה וקי"ל כותיה אין סבר' דלר"פ מהני אף בעד מפי עד ופליגי מן הקצה אל הקצה הילכך עכ"ל דסתם נאמנות משמעותו הוא שיהא נאמן עד שיביא עדים קמן דפרעיה קמייהו וכיון שכן כל שלא הביא עדים לא קיים תנאו ואפי' אית ליה מיגו בעיקר התנאי הו"ל טענתו סותר הודאתו כנ"ל.

ולענין הלכה כיון דלדעת בעה"ת ז"ל ודעימיה מהני מיגו זה לא מפקי' מיד הלוה ואפילו נשבע על הדבר כמ"ש מרן החבי"ב שם בהגה"ט אות ז' ומיהו לדעת הרב העיטור ז"ל אם המלוה מוחזק והודה הלוה שהאמינו לעולם משבועה קלה וחמורה אינו יכול להשביעו אף שבועה דלאחר פרעון מה"ט דטענתו סותר הודאתו משא"כ להרב בע"ת ז"ל דנראה דאם המלוה מוחזק אע"ג דלא מהני מיגו להוציא מידו מ"מ מהני להשביעו למלוה אע"ג דהודה דאין ליה נאמנות לעולם וכיון שכן יכול המלוה לומר קי"ל כבעל העיטור ודעימיה ופטור משבועה דלאחר פרעון כיון דהודה הלוה שהאמינו לעולם וטענתו השתא סותר הודאתו.

ומ"ש עוד רבינו אבל אם הביא עדים שפרעו אינו נוטל כלום נ"ב נלע"ד דוקא שפרעו בפניהם אבל אם הביא עדים ששמעו מפי עדים אחרים שפרעו בפניהם ודלא מהני דהו"ל עד מפי עד ואכתי נאמנותו במקומו עומד וכמ"ש בסמוך יע"ש ודע דהיכא שהביא עדים שפרעו אם אח"כ תפס המלוה מוציאין מידו כמ"ש מוהרימ"ט בח"א סי' ס"ב דע"ג ע"ג ודלא כמוהר"מ הלוי ז"ל שם דס"ל דנאמנות סתם מהני כשני עדים והו"ל כתרי ותרי דאי תפס מלוה אין מוציאין מידו יע"ש.

הלכה ד

התנה כו' כשני עדים אע"פ שהביא עדים שפרעו גובה בלא שבועה. וכ"כ מרן בש"ע סי' ע"ב ועיין במ"ש הש"ך בסימן ע"א סק"ג דדוקא כי טעין המלוה סטראי נינהו אבל אי טעין להד"מ לא מהימן כיון דיוכל לתובעו אח"כ נתתי לך כו"ך מעות ולא יוכל להכחיש

שהרי יש כאן ב' עדים ונהי דהעדים לא יהיו נאמנים על הפרעון מ"מ יהיו נאמנים שקיבל ממנו כ"וך מעות דפלגי' דבורייהו כו' עכ"ל ולא כן אנכי עמדי וכמ"ש לעיל בפרקי' הלכה א' ד"ה ודע דלדעת הר"י בן מיגש ז"ל ודעימיה אפי' כי טעין להד"מ אינו יכול לתובעו אח"כ ע"פ עדים הללו כל שהן מעידים שנתנם לו בתורת פרעון חוב זה וכן הוא משמעות לשון כל הפוסקים ז"ל ומ"ש דפלגי' דבורייהו מלבד מ"ש שם דלא פלגי' בכי ה"ג עוד זאת דכל עוד שאין מעידים שנתן לו בתורת הלואה אלא ראינו שנתן לו סתם כ"וך מעות אין כאן עדות לחייבו דדילמא יהבינהו ניהליה במתנה וכ"כ הרא"ש בתשו' סימן ע"א ס"ה וכן מבואר בפ' הכותב דפ"ט ע"א דקאמר ומוקים להו להנך קמאי במלוה ועיין בטור א"ה סי' צ"ו יע"ש ומ"ש עוד הש"ך וז"ל ואף שהסמ"ע סי' נ"ח סק"י כת' כו' ואפשר גם הסמ"ע לא קאמ' אלא דאפילו מכחיש העדים בלא טענת סטראי דעלמא שאינו מכחיש העדים נאמן להכחיש העדים שמעידים בפי' על פרעון כגון שיכחישם ויאמר סטראי אבל מטענת להד"מ לא מיירי עכ"ל פי' דבריו דסטראי דעלמא הוא כשהעדים מעידים סתם שראו שנתן לו מעות ולא העידו בפי' שנתנן על חוב זה שאז כשטוען המלוה סטראי נינהו אינו מכחיש בפי' את העדים וסטראי דקאמר הסמ"ע מיירי אפילו במכחיש את העדים בפי' כגון שהעדים אומרים בפי' על חוב זה קבלם וברור ולענין הלכה כבר גלינו דעתינו לעיל.

וראיתי למור"ם בסי' ע"א שכתב וז"ל ואפילו היה ללוה מיגו כו' לא מהמנינן ליה במיגו כו' נ"ב עיין במ"ש הסמ"ע סק"ה והש"ך בסק"ד ומה שהעלה הש"ך ז"ל דכל דאית ליה מיגו בעיקר הנאמנות כגון שלא היו עדים על הנאמנות דאפי' הודה הלוה דהאמינו כבי תרי ופרעו דנאמן במיגו לדעת בעה"ת ז"ל ודלא כהסמ"ע והב"ח ז"ל הדין עמו וכמו שהוכחנו לעיל סי' ע' ס"ג דח"י ע"א ד"ה ודע יע"ש מיהו מ"ש עוד דכשיש עדים על הנאמנות סתם כגון שהאמינו סתם שכשילוינו יהיה נאמן עליו אע"פ שיש לו מיגו דלא הלויתני לא מהני האי מיגו כיון שיש עדים על הנאמנות סתם והוא מודה שלוה אלא שאומר שפרעו ואין זה מיגו בעיקר הנאמנות יע"ש בהא לא כן אנכי עמדי וכמ"ש לעיל בפרקי' ה"ב ד"ה ודע שהש"ך סי' ע"א כו' ומה שתפס עיקר חילוק הסמ"ע ז"ל ליישב דברי הר"ב המפה שלא יהא נסתר מחמתו בין כשהמיגו הוא בעיקר הנאמנות לכשאינו בעיקר הנאמנות הוא אמת ויציב וכמו שהוכחתי לעיל ה"ב ד"ה והרא"ש ז"ל נראה כו'.

ולענין הלכה כבר כתבתי בסמוך דיכול המוחזק לומר קי"ל כבעה"ת ז"ל ודעימיה ולא מפקי' מיד הלוה כל שאין עדים בעיקר הנאמנות ואם יש עדים אע"ג דאית ליה מיגו דפרעתי מפקינן מיניה אף לדעת בע"הת ז"ל ומיהו כבר כתבתי לעיל ה"ב ד"ה והרא"ש

דלדעת הרא"ש והתוס' בפ' חזקת דמ"ה ובפרק כל הנשבעי' דאמרי' מיגו אף כשאינו בעיקר הנאמנות ותמהתי על מ"ש הר"ב המפ"ה ז"ל והעלתי שם ד"ה העולה דיכול הלוה לומר קי"ל אף בשיש עדים על עיקר הנאמנות יע"ש ועיין למרן החבי"ב בהגה"ט אות ו' שהביא דברי מוהרימ"ט והסמ"ע ז"ל יע"ש.

ומ"ש עוד רבינו **אבל אם אמר לו הרי אתה נאמן עלי כג' כו' אם פרעו בפני ד' ה"ז פרוע.** בפ' שבועת הדיינין דמ"ב ע"ב ההוא דא"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי כו' אזל פרעיה באפי תלתא אמ"ר פפא כבי תרי המניה כבי ג' לא המניה א"ל רב הונה בריה דרב יהושע לר"פ אימור דאמרי רבנן דאזלי' בתר רוב דעות ה"מ לענין אומדנא דכמה דנפישי בקיאי טפי אבל לענין עדות מאה כתרי ותרי כמאה פרש"י אימור דאמרי כו' ה"מ לענין אומדנא דשומא כדאמרי' במס' ע"ז פ' השוכר א"ל בדשיימי בי תלתא אפי' תרי מיגו תלתא כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בי תלתא כדשיימי בי ד' וכ"ש כדאמרי בי ד' ע"כ ואמרי' תו לישנא אחרינא מתקיף לה ר"ה בריה דר"י תרי כמאה ומאה כתרי ואי א"ל כבי תלתא ואזל פרעיה באפי ד' כיון דנחית לדעות נחית לדעות ע"כ.

ואיכא למידק ללישנא קמא מאי קאמר כי אזלי' בתר רוב דעות לעניין אומדנא כו' הא באומדנ' נמי לא אזלינן בתר רוב דעות אלא משום דנחית לדעות אבל כי לא נחית לדעות לא אזלי' בתר רוב דעות דמה"ט מחלקי' בין היכא דאמר כדשיימי בי תלתא להיכא דאמר כדאמרי בתלתא וכיון שכן הכי הו"ל לרב הונא לאקשויי אימור דאמרי רבנן דאזלי' בתר רוב דעות היכא דנחית לדעות אבל היכא דלא נחית לדעות לא אזלינן בתר רוב דעות בין באומדנא ובין בעדות ואפשר לומר דללישנא קמא משמע ליה דאין לחלק בין נחית לדעות ללא נחית אלא דוקא בענין אומדנא דהיכא דאמר כדשיימי בי תלתא אמרי' דלא נחית אלא לב"ד דהכי משמע לישנא דכדשיימי טפי אבל בענין עדות אפי' אמר מהימן עלי כתלתא או כארבעה כיון דעיקר תנאו הוא שיהא נאמן עליו כהעדאת עדים ובעדות קי"ל דתרי כמאה ומאה כתרי לא דייקינן לישניה דקאמר כג' או כד' לומר דנחית לדעות אלא מפרשי' לישניה כאלו אמר תהא נאמן עלי כעדים גמורים וכ"ש היכא דקאמר תהא נאמן עלי כבי תרי דודאי לא נחית לדעות ולפ"ז כי קאמר ר"ה אימור דאזלי' בתר רוב דעות לענין אומדנא היינו היכא דקאמר כדאמרי בתלתא ולא היכא דאמר כדשיימי דהתם הו"ל כאלו פי' כדשיימי ב"ד ובתרי מיגו תלת דיי ולא בעי' עד דאמרי תלתא ודוק ואם כנים הדברים כמ"ש ק"ל להרי"ף והרא"ש והר"ב התרומות בשער כ"ו ח"א ס"ב שפסקו כלישנא אחרינא דאף בענין עדות יש חילוק בין היכא דנחית לעדות בין היכא דנחית לדעות ואפ"ה כתבו מאי דאתמר בל"ק כי אמרי רבנן דאזלינן בתר רוב דעות ה"מ לענין

אומדנא אבל לא לענין עדות יע"ש והן דברים סותרים זא"ז.

והנכון יותר לע"ד דל"ק דר"ה הכי קפריך דהא דאזלינן בת"ר דעות ולא משגחי' במיעוט היכא דמכחישי' אהדדי הוא לענין אומדנא דשומא דבין היכא דאמר כדשיימי בי תלתא בין היכא דאמר כדאמרינן בתלתא או ד' אע"ג דשמוהו שיעור אנשים שהתנה המוכר אם באו טפי מהני והכחישו לקמאי בשומא אזלי' בת"ר דבתראי דאמרי' כיון דנפישי בקיאי טפי אבל לענין נאמנות דעדות דתרי ומאה כי הדדי נינהו כיון דהמניה בתרי כאלו המניה במאה דמי וכי אתו מאה ומכחשי ליה לא משגחי' בהו ולישנא אחרי' דר"ה ל"פ אלישנא קמא לענין זה אלא דאיהו קאמר דהכי אקשי ליה לר"מ ומשום דלל"ק לא פריש ר"ה לענין עדות בין נחית לדעות ללא נחית אתא לישנא בתרא למימר דר"ה חילק בהכי בהדיא ועיין בטור וש"ע סימן ר"ו וכעת לא מצאתי הדבר מפורש בפוסקים לענין אומדנא היכא דאתו בתראי והכחישו לקמאי בשומא אם נפישי טפי מקמאי אי אזלינן בתר בתראי כיון דנפישי טפי או לא מיהו הך סוגיין דאמרן הכי מוכחא דבתראי עיקר כדאמרן ועיין בחי' הריטב"א למסכת ע"ז פרק השוכר דע"ב ע"א ודוק.

כתב הש"ך סימן ע"א סק"ה דהיכא דפרעו בפני ד' הוי כד' מעידים שהוא פרוע ואין מי שיכחישם וא"כ אפילו במלוה בשטר השטר בטל ודקדק כן מסתמיות דברי הפוסקים שכתבו שאם פרעו בפני ד' הר"ז פרוע ולא חילקו בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אמנם בס' משפטי שבועות לר' האיי גאון ז"ל כתב דנאמן זה שבידו שטר הנאמנות כנגד חשבון העדים שכפר וחשבם עליו ואם פרעו בפני יותר מן הכתובים אם הם יותר ע"א מחייבו שבועה ואם הם ב' מחייבין אותו ממון והעלה שצריך להחמיץ הדין בזה וצ"ע עכ"ל. ולע"ד נראה דיש לסייע שיטת ר' האיי מאותה הסברא שכתבו התוס' בסוף חולין דקמ"ו ע"א ד"ה לא צריכא כו' על שם ריב"א בהא דקי"ל דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דמ"מ אם עבר על לאו לא לקי כיון דיש כח בעשה לדחות הל"ת ולא אמרינן השתא דאיכא עשה בהדי ל"ת אלים כחו של הלאו שאם בטלו אפילו כדי לקיים עשה אחר לקי יע"ש וכתב הרב מש"ל בהל' שופר שסברא זו מוסכמת ואף שנראה שרשב"ם ור"ת באותה סוגייא דפסחים דמ"ז הם חולקים הוא ז"ל עשה שלום ביניהם יע"ש וכתב בספר דברי אמת לנ"ח ע"ג שמהריק"ו בשורש קל"ט כתבה לסברא זו בשם גדולי המפרשים יע"ש והר"ז דומה ממש להא דר' האיי דכיון דהמניה המלוה לגבי תלתא ולא לגבי ד' כי אתו ד' לא אלים העד הד' כוחיהו דתלתא קמאי לדחות נאמנותו של המלוה בסהדותייהו אלא נאמנותו לגבי תלתא במקומו עומד ככחו אז כחו עתה דומיא דעשה דוחה לא תעשה דבמקומו עומד כח העשה לדחות הל"ת אפילו כשנתחדש אצל הל"ת עשה אחר שמפניו

נדחה כח העשה הקודם מיהו רבינו ז"ל בפי"ג מה' שחיטה הל' י"ט נראה דפליג אסברת ריב"א ז"ל הלזו שכתב גבי שילוח הקן דאפילו לטהר את המצורע לקי יע"ש וכ"ב בספר בני דוד שם ובס' דינא דחיי דק"ע ע"ג ובספר מגילת ספר יע"ש ועיין עוד להרב דברי אמת ז"ל שם שכתב דהתוס' בפרק קמא דקידושין דל"ד חולקים על סברת ריב"א הלזו ובשיטת רבינו קיימי יע"ש ולא כן אנכי עמדי כמ"ש בח"א ס' י"ט פ"ג ה"ח.

ולענין הלכה נראה דנכון לפשר בענין זה עוד כתב הש"ך שם סק"ו דאם א"ל תהא נאמן עלי כב"ד של ג' או ב"ד סתם פשיטא דעדיף מא"ל תהא נאמן עלי כבי תרי ואפי' הודאה או פרעון בב"ד לא מהני כל שתבעו בפני ב"ד אחר ואפילו לדעת הר' ישעיה והרשב"א ז"ל לקמן ס"ח עכ"ל וכן כתב מרן החבי"ב ז"ל בהגהת הטור אות ט"ו יע"ש ומיהו שובר מהני גם בזה.

כתב מרן בש"ע שם ס"ב הא דמהני נאמנות בלא קנין דוקא בשעת הלואה אבל כו' ולא קנו מיניה לא משתעבד נ"ב דין זה כתבו הטור בשם הרמ"ה ז"ל וכתב הב"ח שם וז"ל כלומר בנאמנות כבי תרי קאמר דמהני בלא קנין דוקא בשעת הלואה אבל לאחר הלואה ולא קנו מיניה לא משתעבד בנאמנות כבי תרי אבל בסתם נאמנות אין צריך קנין אפי' שלא בשעת הלואה כדלעיל בסימן כ"ב ס"ד וסימן ס"ט סי"א כו' עכ"ל ובסי' ס"ט סי"א עמ"ש הטור בשם כה"ג גבי כתב יד בנאמנות דא"ץ קנין כתב ג"כ וז"ל ונראה דס"ל דאפי' האמינו שלא בשעת הלואה נמי א"ץ קנין דאלו בשעת הלואה ליכא למ"ד דצריך קנין כיון דע"מ כך נשתעבד מיהו דוקא בס' נאמנות אבל בהאמינו כבי תרי צריך קנין שלא בשעת הלואה כיון שקיבל עליו פסול כבי תרי דאדם קרוב אצל עצמו וכמ"ש הרמ"ה הביאו רבינו לעיל סי' כ"ב ולקמן בסי' ע"א עכ"ל וכ"כ ג"כ מרן החבי"ב ז"ל בהגה"ט אות ה' למה שהוק' לו בדברי הטור ממ"ש כאן בשם הרמ"ה ז"ל למ"ש לקמן בס' כ"ו בשם בעה"ת סתם דלענין נאמנות א"ץ קנין וז"ל ונר' דהרמ"ה מיירי בנאמנות כב' עדים ולכן כל שאינו בשעת הלואה וקנו מידו לא משתעבד אבל בעה"ת מיירי בנאמנות דנפשיה דההוא אפי' לאחר הלואה א"ץ קנין ולמדתי זה מדברי רי"ו ז"ל כו' ושוב מצאתי להב"ח בסי' זה ס' כ"ו שכתב כן עכ"ל וז"ל הב"ח ז"ל כתב מהרמ"א בהגהותיו סט"ו דהא דמועיל נאמנו' בלא קנין דוקא שאמר כן בשעת הלואה כמו שנתבאר בס"ב כו' ושרי ליה מאריה דבס"ב הם דברי הרמ"ה שהביא רבינו ואינן אלא בנאמנות כבי תרי כו' אבל בנאמנות סתם דמיירי הכא אפי' שלא בשעת הלואה משתעבד בלא קנין כמבואר לשם בסי' כ"ב ובתחי' סי' זה ופשוט הוא עכ"ל.

ואין ספק אצלי דהב"ח ז"ל מפשט פשיטא ליה דדברי הרמ"ה בנאמנות כבי תרי

דוקא קמיירי מלשונו שכתב הטור בסי' כ"ב ס"ד וההוא דא"ל לחבריה מהימנת עלי כו' דוקא דא"ל הכי בשעת הלואה או לאחר הלואה וקנו מיניה אבל לא קנו מיניה לא כיון שקיבל עליו פסול כבי תרי דאדם קרוב אצל עצמו עכ"ל ומדסיים וכתב כיון שקיבל עליו פסול כבי תרי משמע ליה בפשיטות דבנאמנות כבי תרי מיירי. ואני בעוניי אחר שאלת המחילה הראויה לכבודו לא כן אנכי עמדי שהרי בתחי' לשונו משמע דבנאמנות סתם קמיירי דקאמר וההוא דא"ל לחבריה מהימנת עלי כל אימת דאמרת לא פרענא כו' וזה נאמנות ס' הוא ומה שסיים וכתב כיון שקיבל עליו פסול כבי תרי כונתו מבואר דנאמנו' ס' נמי לפורעו בלא עדי נאמנות כבי תרי הוא שהרי ע"א אינו מחייב אלא שבוע' דאורייתא וזה שהאמי' עליו לפורעו כאלו אתו ב' עדים ואמרו לא זזה ידינו מתוך ידו וראינו שלא פרעו הוא וכ"כ בהדיא מוהר"מ הלוי הובאו דבריו במוהרימ"ט ח"א סי' ס"א דנאמנות ס' מהני לגבי עצמו כב' עדים כל שאינו מכחיש לאחרים יע"ש וכן מבואר ג"כ מדברי ה"ה ז"ל בפירקין הל' ג' דהרמ"ה אמרה למילתיה אפי' בנאמנות ס' וכמ"ש הש"ך בסק"ז יע"ש ובכן הדבר ברור לע"ד דהטור ומרן שהביאו דברי הרמ"ה סתם ולא פירש בנאמנות כבי תרי אף בס' נאמנות נמי ס"ל שכל שלא בשעת ההלואה בעי קנין ומ"ש לעיל בסי' ס"ט גבי כתב יד דא"צ קנין וכן לקמן סכ"ו סתם ולא חילקו בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה כי זה הכריח ג"כ למרן החביב ולהב"ח ז"ל לפרש דבריהם כאן בנאמנות כבי תרי דוקא. הא ל"ק כלל דהתם בנאמנות הכתוב בשטר או בכתב יד קמיירו הטור ומרן דאיכא למ"ד שהביא בע"הת בשער י"ג ח"ב ס"ב אפשר דס"ל דכל שאינו מפור' בהדיא שהיה הנאמנות בקנין לא מהני ויכול לומר שלא קנו ממנו והיה לאחר ההלואה אמנם בע"הת והטור ומרן ז"ל שהביאו דבריו ס"ל דאפי' אינו מפורש בהדייא מהני משום דמסתמא תלינן שאמר כן בשעת הלואה כמ"ש הסמ"ע שם סקכ"ט והש"ך סקל"ה ואה"נ שאם ידוע בבירור שאמר כן לאחר הלואה ולא קנו מיניה אז אין מועיל הנאמנות כמ"ש הרבנים הנז' א"נ אפשר לומר דאפי' ידוע בבירור נמי ס"ל דמהני דכיון דכתב ליה ס' ולא פי' שהיה לאחר ההלואה גמר ומשתעבד נפשיה דאי לאו דשעבד נפשיה לא היה כותבו בשטר או בכ"י על סמך שימצא עדים לברר שהיה לאחר ההלואה ובלא קנין וזה נר' דעת הר"ב ראש יוסף בהגהותיו אות ה' יע"ש איברא דמדברי הרב התרו' בשער י"ג מבואר שטעמו ז"ל דל"ב קנין הוא משום דס"ל דנאמנות ל"ב קנין כלל כמ"ש בש' כ"ו ולדידיה משמע דל"ש בין מלוה בשטר למלוה ע"פ או בין נאמנות דשעת ההלואה לאחר הלואה או נאמנות סתם לכבי תרי כמ"ש הש"ך בסק"ז וכדעת הרא"ש שהביא הטור סימ' כ"ב דבכל גוונא לא בעי קנין.

ושו"ר בתשו' הר"ב סי' כ"ה ד"פ ע"ג שכתב וז"ל ונר' דבסי' ע"א מיירי הטור בעיקר קבלת הנאמנות דשלא בשעת הלואתו צריך קנין דאל"ה במה נשתעבד אבל בסי' ס"ט מיירי בכתב יד כו' דכל דחתם ידו על הנאמנות הו"ל כמודה שקיבל הנאמנות כראוי. מיהו בס' התרומות כתב וז"ל כו' נר' דס"ל לבע"ת דחתימת ידו מחייבתו ולא צריך קנין כלל וכיוצא בזה כתב הרשב"א בתשו' על הודאה בחתם ידו והשטר בגוף של עכ"ם דאפי' לא ידע לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא עתה בכל מ"ש בו כיון שלא חשש לקרותו והרי הוא חיוב בכל אותו חיוב אעפ"י שלא לוה מדר"י דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב כלו אעפ"י שלא היה חייב לו וקי"ל כר"י עכ"ל הר"ב יע"ש מיהו אע"פ דדעת הרב הוא דבע"ת עיקר טעמו הוא דס"ל דכל דאיכא חתי' ידו בשטר או בכת"י אע"פ שידענו שלא היה קנין בדבר מתחייב ומשמע ג"כ מדבריו שזה ג"כ דעת הטור שהביא דבריו בסי' ס"ט ומשמע מדבריו דבין לדעת בע"ת ובין לדעת הטור במלוה ע"פ לא משתעבד בלא קנין לע"ד אינו כן אלא עיקר טעמו של הרב בע"ת הוא משום דס"ל דאף במלוה ע"פ נאמנות לא בעי קנין וכמ"ש הש"ך בסק"ז ומ"מ הטור ומרן שהביאו דברי הרמ"ה כאן ודברי בע"ת בסי' ס"ט ובסי' ע' סכ"ו אפשר לומר דס"ל דיש חילוק בין כתב הנאמנות בכתב בין כשהוא בע"פ על הדרך שכתבנו בשם הסמ"ע והש"ך או בשם הרב בצלאל והרב ראש יוסף מיהו דברי הר' ראש יוסף והר' בצלאל בדעת הטור ומרן לא נראה להרב המפה והסמ"ע והש"ך ז"ל וה"נ מוכ' מדהביאו הטור ומרן דברי הרמ"ה ז"ל סתם ולא פירשו דמיירי בשהיה הנאמנות בע"פ דוקא דאז יש לחלק בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה ומדהביאו דבריו סתם משמע דאף בשטר או בכת"י יש חילוק בין שעת הלואה לשלא בשעת הלואה ודוק.

והנה הש"ך בסי' ע' סק"ז וסקל"ו הודה להרב ב"ח בחדא ופליג עליה בחדא דמאי דמשמע ליה להרב שדעת הרמ"ה והטור דוקא בנאמנות כבי תרי הוא דמחלקים בין שעת הלואה לשלא בשעת הלוא' הודה לו במודים דרבנן. מיהו מאי דמשמע ליה שאף דעת מרן בש"ע כן לא הודה לו דמדהביא בב"י דברי ה"ה ז"ל על דברי הטור מבואר בהדיא דס"ל דאף בנאמנו' סתם אמרה הרמ"ה למילתיה כמבואר מדברי ה"ה ועפ"ז יצא לישע הרב המפה בהגה שם סט"ו שדבריו הם על דברי מרן ז"ל יע"ש.

ולע"ד הדבר ברור שאף דברי הרמ"ה והטור הם בנאמנות סתם כמו שהוכחנו מלשון הטור בסי' כ"ב. ומהתימא על ג' הרועים הללו הרב"ח ומרן החביב והש"ך שלא דקדקו יפה בדברי הטור בסי' כ"ב שאלו עמדו על כונת דבריו ז"ל שם לא היו כותבי' כן וראיה לדברינו דברי ה"ה וצ"ע ועיין למהר"ח עשאל בתשו' אשר לו בס' זרע אברהם חח"מ סי'

ה' דע"ה ע"ג יע"ש. ודע שה"ה בפרקין הל' ג' אחר שהביא דברי הרמ"ה ז"ל כתב ולשון רבינו מורה כן שאמר התנא כו' ולא אמר אחר הלואה כמו שאמר למעלה עכ"ל כלומר דבתחילת הפרק גבי תנאי דאל תפרעני אלא בעדים פי' דבריו בין שא"ל בשעת הלואה בין שא"ל אחר שהלוהו ומדלא פי' הכא גבי נאמנות זה משמע דבשעת הלואה דוקא קאמר כדעת הרמ"ה וברור ואיכא למידק לכאורה דכיון דתנאי דאל תפרעני אלא בעדים נמי לא מחייב בקיום התנאי הלוה אלא מטעם נאמנות דכל שלא קיים התנאי המלוה נאמן עליו וכמו שהוכחנו לעיל ה"ב ד"ה והנה שזה דעת כל הפוסקים לבד הר"ן ז"ל דמשמע ליה דמטעם אנן סהדי הוא דלא מהימן כמדובר מ"ש תנאי נאמנות דלא מחייב הלוה לאחר הלואה אלא בשקנו מידו ומ"ש תנאי דאל תפרעני אלא בעדים דאפי' התנה עמו לאחר הלואה ואפי' מיחה בו הלוה מחייב לקיומי תנאיה ואי לאו מהימן המלוה כמ"ש ה"ה שם בריש הפרק יע"ש ונר' דשאני נאמנות בפי' דאלו פרעו בפני עדים והלכו להם למ"ה לא מהני טענתו לומר פרעתיך בפני עדים והלכו להם עד שיביא העדים שפרעו בפניהם וזה שעבוד גדול הוא הילכך לאחר הלואה בעי קנין כדי שישתעבד בשעבוד זה משא"כ בתנאי דאל תפרעני אלא בעדים שאלו פרעו בפני עדים והלכו להם למ"ה מצי טעין שפיר פרעתי בפני עדים והלכו להם ומהימן לשיטת רבינו ז"ל ודעימיה הילכך כיון דאין כאן שעבוד אלא לפורעו בפני עדים מתחייב שפיר בלא קנין ומשום טעמא כל דהו דעבד לוה לאיש מלוה ועיין במש"ל בד"ה ודע כו' וכמ"ש לעיל ה"א ד"ה וראיתי ועיין להר' ראש יוסף באות ה' שדעתו דאין חילוק לדעת רבינו בין תנאי דנאמנו' לתנאי דאל תפרעני אלא בעדים יע"ש וכנראה דאשתמיט מיניה דברי ה"ה כמדובר.

ולענין הלכה כתב מרן החבי"ב בהג"הט אות ה' דבנאמנות כב' עדים סתם מרן כהרמ"ה ושכן נראה לו עיקר ואפי' המוחזק א"י לומר קי"ל כהרא"ש שכתב הטור בס' כ"ב מפני שהוא יחיד בדבר הזה כו' ועיין במרדכי פ' שבועת הדיינים כו' עכ"ל ולא זכר שר שגם הבעה"ת קאי בשי' הרא"ש וכמ"ש הש"ך בסק"ז וגם ראבי"ה שהביא המרדכי פרק ש"ה הביא דברי הב"ח בסעי' ב' קאי ג"כ בשיטתו של הרא"ש וכיון שכן שפיר מצי המוחזק לומר קי"ל וכן כתב ג"כ מרן החבי"ב עצמו בהגב"י אות ה' בשם הרדב"ז הילכך בין בנאמנות סתם בין בנאמנות כבי תרי אם יש עדים מעידים שהאמינו לאחר ההלואה בלא קנין אם הלוה מוחזק מצי טעין פרעתי ואם הוא כת"י מישתבע היסת ומיפטר ואם הוא בשטר מצי טעין אשתבע לי כאלו לא היה שם נאמנות. אמנם אם אין הדבר ברור שהיה הנאמנות לאחר הלוא' מסתמא תלינן שהיה בשעת הלואה כל שכתוב בשטר או בכת"י וכמ"ש הסמ"ע והש"ך ס"ק כ"ט וכ"כ הרדב"ז בתשובות החדשות ח"א סימן

תקל"ד ומהריב"ל ז"ל חלק ראשון סימן ק"ג וכן כתב הרב בצלאל בסימן כ"ה דע"ג ואם הוא בע"פ ויש עדים בדבר שהאמינו בסתם או כבי תרי אם היה בשעת הלואה אפי' בלא קנין נראה דמשתעבד לכ"ע אבל מרן החביב בסי' ס"ט הג"הט אות כ"ז ובמהדור' בתרא שם אות ג' כתב דאפ"ה יכול המוחזק לומר קי"ל וכבר כתבתי דבריו לעיל פי"א ה"ג ד"ה כתב הש"ך כו' ואם היה לאחר הלואה ובלא קנין אם הלוה מוחזק מצי טעין קי"ל כרבינו והרמ"ה ודעמיהו ולא מהני נאמנות בלא קנין ומשתבע היסת ומפטר ועיין להרב נתיבות משפט ד"ג ע"ג מיהו אי תפס מלוה אח"כ מצי טעין קי"ל כהרא"ש וראבי"ה ובע"הת דנאמנות כזה מהני ומיפטר בלא שבועת היסת וכן אם באו עדים שפרעו כבר והנאמנות כבי תרי אפי' שהיה לאח' הלואה בלא קנין אם תפס מלוה מצי לומר קי"ל כדעת הראשונים הנ"ל דאיפסול הנהו סהדי ודע דאם הנאמנו' הוא לבטל טענת שמא כ"ע מודו דלא בעי קנין מוהר"ת עשאל בתשו' אשר לו בס' זרע אברהם חח"מ דע"ה ע"ג.

ודע דלמ"ד דנאמנות לאחר הלואה בעי קנין ואפי' בנאמנות סתם היה נר' לכאו' דבדבר דלא מהני קנין כגון דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו קצוב לא מהני נמי נאמנות בזה וכ"ש נאמנות כבי תרי דהוי כמתנה כמ"ש הש"ך סקי"ג בשם הב"ח וכ"כ הרב ראש יוסף באות י"ב יע"ש אמנם ראיתי למוהרימ"ט בח"א סי' ס' שכתב דנאמנו' אפי' בדבר שאינו קצוב מהני ויהיב טעמא למילתיה יע"ש ונר' שדעתו ז"ל דנאמנות סתם לאחר הלואה וכן נאמנות כבי תרי אע"ג דצריך קנין משו' דחשיב כמתחייב לתת לחבירו דבר מ"מ כיון שאינו מתחייב לתת לו מתנה גמורה אלא מפני עדותו שמעיד שחייב לו מן הדין הוא שמתחייב לא חשיבא מתנה לומר לא סמכה דעתיה ולכך מהני אף בדבר שאינו קצוב ומ"מ צריך קנין על מה שמתחייב לתת בעדותו של זה שאינו מועיל כפי הדין אם לא מפני הודאתו וקבלתו עליו ודוק.

ולענין הלכה ודאי דמהני נאמנות בדבר שאינו קצוב כמו שכתב הרב ז"ל וכן נראה מתשו' הרא"ש שהביא הטור סי' ע' סכ"ב והביאו הרב המפה שם לענין נאמנות כמה הוציא מהוצאות ושוחדים יע"ש וכ"כ מוהרי"א סוף סימן ר"ך יע"ש.

עוד כתב מרן בש"ע סימן ע"א ס"ג וז"ל הא דמהני נאמנות נגד עדים כו' אבל אם העידו בפנינו הודה שפרעו כו' וכתב הש"ך שם סק"ח וז"ל ומ"ש שדעת הרמב"ם והרא"ש כר"י ן' מיגש נראה דקאי אדלעיל שכתב הטור ודוקא כו' אבל הודאה כו' וכ"ז הוא לשון הר"י ן' מיגש וכ"כ ריו"ו נ"ג ח"ג להדייא בשם הר"י ן' מיגש וכן פי' הב"ח רק שמסיים וכן פי' מהרמ"א ולא עמדתי על סוף דעתו בזה שהרי מהרמ"א פי' להפך וז"ל בד"מ וא"א הרא"ש כתב כדברי הר"י בן מיגש צ"ע דמה שייך דברי הר"י לכאן דאפשר דאף ר"י ן'

מיגש מודה דלענין הודאה נאמנים וכדברי החולקים בהא ולכן נראה דדעת הטור מדלא חילק הרא"ש וכתב סתם כדברי ר"י ן' מיגש משמע ליה דאין לחלק בין הודאה להלואה עכ"ל ומ"מ דברי מהרמ"א לא נהירין כלל מכמה טעמי למעיין בטור וגם אשתמיטי' דברי רי"ו הנז"ל וגם אשתמיטיה קצור פסקי הרא"ש בפ' שבועת הדיינים סימן ך' כו' יע"ש.

ואין ספק דס' ד"מ מוטעה נזדמן לפניו ומפני כך עמד מתמיה על הרב"ח ז"ל ועל דברי הרמ"א שבס' ד"מ אשר לפנינו מבוארים דבריו כדברי הב"ח ז"ל וכדברי כל הראשונים הנ"ל דעל מ"ש הטור וא"א הרא"ש כת' כדברי הר"י כו' כת' וז"ל וצ"ע דמה שייך דברי הרר"י בן מיגש לכאן ואפשר דמאי דקאמר ודוקא שהעדים מעדים כו' גם מדברי הרר"י ן' מיגש הוא דאף ר"י בן מיגש קאמר דלענין הודאה נאמנים וכדברי המחלקים בהא.

אך ק' א"כ מנ"ל להב"י דהרא"ש ס"ל כדעת הר"י ן' מיגש לענין דבריו הראשונים כמ"ש לעיל בדבריו דלמא מ"ש הטור וא"א הרא"ש כתב כדברי הר"י בן מיגש לא קאי רק אם יש חילוק בין הודאה להלואה ולכן נראה שדעת הב"י דמדלא חילק הרא"ש וכתב סתם כדברי הר"י ן' מיגש משמע ליה דאכל דבריו קאי עכ"ל.

הנה דבריו הללו מבוארין המה כדברי הב"ח ז"ל וגם הוא ז"ל ראה בדברי הרא"ש אשר לפניו דברי הר"י ן' מיגש כמו שנראה מדברי רי"ו ומקיצור פסקי הרא"ש וזהו שכתב ולכן נראה שדעת הב"י דמדלא חילק הרא"ש וכתב כדברי הר"י ן' מיגש כו' ובכן אין מקום לכל מ"ש הש"ך בדברי הד"מ ודוק. ואחרי מופלג חדשים מקרוב נדפס ס' ברכי יוסף וחזה הוית בסי' ג' ד"ד ע"א ד"ה ואולם השיג ג"כ על הש"ך בזה יע"ש.

ורבינו בפרקין הל' ד' כתב וז"ל זה שהאמין המלוה בב' עדים מה תקנתו כשיפרע יקרע השטר או יעיד זה המלוה על עצמו שביטל כל שטר שיש לו ע"פ או יעיד על עצמו שלא בפני הלוה שקבל כל חוב שיש לו אצל פ' עכ"ל וראיתי להרב מש"ל שם שכת' וז"ל לא ידעתי מה זה שכתב רבינו שלא בפני הלוה דמאי אירייא שלא בפני הלוה או בפני הלוה דכל עצמו לא בא אלא לומר דהודאה מילתא אחריתי היא ולא נכנס בתנאי הנאמנות וזה לישב בדוחק שהכונה אפילו שלא בפני הלוה ולא אמרינן שלא להשביע את עצמו הודה שלא נאמר אלא גבי נתבע אבל לא גבי תובע עכ"ל וביאור דברי' אלו עיין למרן ב"י בסימן ל"ב ס"ג במ"ש שם בשם המרדכי והגהות עי"ש ואני בעוניי אי לאו דמסתפינא הו"א דשלא בפני הלוה דוקא קאמר דאפשר דרבינו ז"ל בשיטת הראב"ד קאי שכתב בע"ת שער נ"א והביא דבריו מרן החבי"ב סי' ל"ב הגב"י אות ג' דס"ל שגם בתובע שייך לומר שלא להשביע את עצמי עכ"ל יע"ש ומיהו ס"ל לרבינו כמ"ש הר"ב פ"מ ח"א סימן ח' דע"כ לא מהני טענה זו דשלא להשביע אלא כשהמודה מודה לשום אדם שיודע האמת

כגון אותו קב רשו דפ' ז"ב דכ"ט שהודה ואמר מאן מסיק בי אלא פלניא ופלניא שכפי דבריו אותו פו"פ היו יודעי' שלא היה חייב להם ומ"ה כי טעין שלא להשבי' א"ע הודתי נאמן אבל ודאי שאין אדם מודה שלא להשבי' באיזה צד שיחשו' אותו האיש שמודה לו בכל דעתו שחייבים לו כיצד כגון שהודה ליורשי' אני חייב למורישכם מנה שאותם היורשים אינם יודעי' אלא שומעין הודאתו יחשבו בכל לבם שהוא אמת נכון הדבר לא מחית איניש נפשיה בכה"ג שלא להשביע את עצמו ואם הודה בכה"ג ודאי דהודאתו הודאה גמורה הוי וטענתו שלא להשביע מגן שוייא ונסתייע לזה ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל צ"ד יע"ש והשתא איכא למימר דלזה דקדק רבינו וכתב או יעיד על עצמו שלא בפני הלוה לומר דדוקא כשתהיה הודאתו בפני אחרים שחושבים בכל לבם שהוא אמת מהני הודאתו דלא מצי טעין להשביע דלא מחית איניש נפשיה כה"ג משו' שלא להשביע אמנם אם הוד' בפני הלוה לא מהני הודאתו דמצי טעין שלא להשביע את עצמי נתכונתי כיון שהוא יודע האמת שלא קבלתי ממנו ואע"פ שמדברי רבינו רפ"ז מה' טוען והביא דבריו הטור בסי' פ"א סי"ח מבוא' דאדרב' כל שהודה בפני הלוה עצמו אין מקום לטענת שלא להשביע כו' איכא למימר דשאני הכא דהודאה של פרעון במקום נאמנות כבי תרי היא וכל כה"ג איפכא מסתברא כמובן ואולם לא נחה דעתי בזה משום דעיקר סברא זו של הרב פ"מ לאו דסמכא היא וכמ"ש בס' בתי כהונה ח"ב דנ"ב ע"א וכמ"ש עליו רבו מוהרימ"ט ז"ל יע"ש ועיין להרב מש"ל רפ"ז מה' טוען עוד ומה שעלה על דעתי ליישב בזה כן בקדש חזתיו בביאו' הסמ"ג למהרא"ש ז"ל דש"ז ע"ד הנר' דאשתמי' מיניה מהרב מש"ל ז"ל מדלא העלהו בזכירו.

והנה מדברי רבינו הללו דקדקו ה"ה והטו' והבע"ת בשער כ"ו ח"ד סי' א' דקאי בשיטת המפרשים דהודאה מילתא אחריתי היא וכ"כ מוהרא"ש בביאורו על הסמ"ג שם שזה ג"כ דעת הסמ"ג שכתב כלשון רבינו יע"ש וראיתי להש"ך שדחה דבריהם וכתב דיעיד על עצמו בפני ב"ד קאמר והכי דייק ל' ויעיד על עצמו יע"ש כלומר דמדנקט לשון עדות ולא נקט ל' הודאה משמע טפי דבפני ב"ד קאמר ואין זה נכון לע"ד דא"כ הו"ל לאשמועינן הכי בפרעון גופיה ומה שנדחק הש"ך וכתב דבא לומר אפי' היכא שפרע לו כו' אינו נוח לי דכל עצמו של רבינו לא נחית אלא לבקש תקנת בבא לפורעו עכשיו ול' יעיד שדקדק הוא ז"ל לא ידעתי מה יענה למ"ש עוד רבינו או יעיד זה המלוה על עצמו שביטל כל שטר שיש לו על פ' דההיא ודאי אפי' בפני עדים קאמר דביטול הוי כמחי' דלכ"ע מילתא אחריתי היא ודוק.

ודע דבהודאה בפני ב"ד כתב הרשב"א בתשו' סימן תתקכ"ב והביא דבריו מרן החבי"ב

הג"הט אות י"ד שיש מגדולי המורים וכן דעת הר"ם הלוי ז"ל דיכול לחזור ולומר להד"מ ומסתייעין מההיא דגרסינן פ' ש"ה גבי לא תפרעון אלא באפי דתנו הלכת' אתא לקמיה דר"ן כו' והוא ז"ל דח' דבריהם וכתב דכל שהודה בפני ב"ד אין לאחר הודאה שבפני ב"ד כלום וההיא דר"ן מילתא בעלמא הוא דקא"ל אם אתה חפץ שיתנם לך זיל אייתינהו יע"ש גם בחי' לפ' ש"ה כתב כן בשם יש מביאים ראיה ובשם הרב המאור דאף בהודה בפב"ד יכול לחזור ולכפור והוא ז"ל דחה דבריהם יע"ש. וראיתי להרב גד"ת בדקכ"א ע"ג שכתב שדבר זר הוא לומר שיוכל לכפור על פרעון שקבל בפני ב"ד והיאך מצי טעין בתר הכי בב"ד גופיה לא נתפרעתי הא ודאי לא אפשר עכ"ל ולדידי אי מהא לא ארייא דודאי באותו ב"ד עצמו שהודה כשיכפור לא מצי מחייבי ליה ללוה כיון דאינהו ידעי בהודאתו של מלוה מיהו נ"מ אי תבעיה בפני ב"ד אחר אותו ב"ד אחר מחייבי ללוה לפרעו ע"פ נאמנו' ולא מהני עדות ב"ד זה שמעידים שפרעו או שהודה בפניהם דלשיטת הראשו' הנז' הו"ל כאילו אמר לו בפי' תהא נאמן עלי כב"ד דלכ"ע כל שתבעו בפני ב"ד אחר לא מהני עדות ב"ד דהודאה או פרעון וכמ"ש הש"ך בסק"ו ודוק.

ועיין בס' ברכי יוסף שנדפס מחדש בסי"ג ד"ג ע"ד במה שגמגם עוד עמ"ש הגד"ת דקכ"ב ע"א שהרשב"א בתשו' והר"מ ס"ל כהר' ישעיא יע"ש. ודע דגדולי המורים אלו שכתב הרשב"א בתשו' הוא ניהו הראב"ד שכתב הרב בע"הת שער כ"ו ח"ד סי' א' דס"ל גבי אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דכל שלא פרעו בפני אותו פ"ופ אפילו הודה בב"ד לא מהני וכתב דלהכי א"ל ר"ן להההוא גברא זיל אייתינהו משום דאי הדר האי גברא וכפר ביה בדר"ן ובחד מעלמא דהוה גבי מצי כפר יע"ש ומיהו בהא חלוק הראב"ד עם הרז"ה דלדעת הרז"ה בין באומר מהימנת עלי כבי תרי סתמא בין באומר כל אימת דאמרת לא פרענא ס"ל דלא מהני הודאתו בב"ד אמנם לדעת הראב"ד אם אמר לשון זה דכל דאימת לא פרענא אז מהני הודאתו אפי' הודה בפני עדים וכ"ש בפני ב"ד דלשון זה משמע דדוקא כשעיקר טענת העדים היא שפרעו אז תהא נאמן לומר לא פרענ' אבל הודאה מילתא אחריתי היא ובזה לא האמינו ואין לך אלא מה שהתנה בלשון תנאו משא"כ במאמינו סתמא או שאמר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ אז פסל לכ"ע לגופיה דפרעון דגביה ואפי' בטענת הודאה בב"ד וכ"ז מבואר בדברי הראב"ד שהביא הרב בע"הת ז"ל שם.

ולענין הלכה נלע"ד דאם כתב תהא נאמן עלי כבי תרי סתמא ולא אמר כל אימת דאמרת לא פרענ' כיון דלדעת הראב"ד והרז"ה כל כה"ג לא מהני הודאתו ואפי' בב"ד אי תפס המלוה מצי למי' קי"ל כהני רבוות' דסברי דהודאה אפי' בב"ד ל"מ אמנם אם פי' בתנאו כל אימת דאמרת לא פרענא והודה בב"ד מפקי' מינה ולא מצי למימר קי"ל כהרז"ה

דיחיד הוא בדבר וכן מבואר מדברי הרדב"ז בח"א סימן קס"ט שכתב דהמלוה את חברו והתנה עליו שיהיה נאמן עליו בעדים כל זמן שיאמר שלא תקנתו שיעשה ג' ב"ד ויפרע לו בפניהם וזה פשוט עכ"ל. מיהו אם הודה בפני עדים בין כתב סתמא מהימנת עלי כבי תרי בין כתב כל אימת דאמרת לא פרענא אי תפס המלוה מצי טעין קי"ל כה"ר ישעיא והרז"ה והרמב"ן והרשב"א דהודאה בעדי' ל"מ לגבי נאמנו' כבי תרי כי היכי דל"מ עדות בפנינו פרעו וכ"כ מרן החביב בהג"הט אות י' והש"ך בסק"ח וכך העלינו אנן יד עניי לעיל ה"א בסוף ה"א.

ודע דכת"י ופנקס שנתקיימו כעדים מעידים שהודה דמי ובאנו למחלו' הראשוני' אי הודאה בפני עדים מהני או לא כמ"ש מוהרא"ש ז"ל סימן פ"ב ומרן החביב הגה"ט אות ח' יע"ש ועיין ברכי יוסף ד"ד ע"א ד"ה וזוהי שקשים כו' וכל זה בשלא גילה דעתו בנאמנותו שהאמינו אף לגבי עדי הודאה או לגבי ב"ד שאם גילה דעתו שהאמינו לכל ודאי מהימן כמ"ש הסמ"ע בסק"ז והש"ך סק"ט והחבי"ב אות ט' וט"ו יע"ש ואם כתוב בשטר הנאמנות והאמינו בכל מה שיאמר המלוה הר"ן גילה דעתו שפסל אפי' עדי הודאה ומחי' כמ"ש הרשד"ם בתשו' סימן נ"ג והרדב"ז ח"א סימן קס"ט החבי"ב הגה"ט אות י"ב יע"ש ונלע"ד דלמ"ד דבנאמנות כבי תרי סתמא ל"מ לגבי הודאה בב"ד דהודאה בב"ד אלימא טובא ה"ה נמי דס"ל הכי במאמינו בכל מה שיאמר וכבר כתבנו דלדעת הרז"ה והראב"ד אף לגבי ב"ד מהני נאמנות כזה ומצי המוחזק לומר קי"ל ודע דבנאמנות כבי תרי ל"מ להכחיש עדים או שטר אחר שמעידי' שפרעון זה יהיה באופן כ"וך כמ"ש הר"י אדרבי בתשו' סימן קט"ו והביא דבריו החבי"ב בהגה"ט אות י"א יע"ש ודע דהיכא דאיכא עדים שהודה שפרעו ומת המלוה לא טענינן ליתמי להד"מ כמ"ש מרן החבי"ב בהג"הט אות י"ו ע"ש הרב משפט צדק ועיין במ"ש בשורש כתב יד סעיף ה' ד"ה ואם הוא תוך זמן כו' וכן אם העידו שמחל לו נאמנים.

והנה טענות מחילה נחלקו לג' חלוקות החלוקה הראשו' היא כשעדים מעידים בפנינו שמחל לו החוב בפניהם דבזה כתב הרב בע"הת בסו' שער כ"ו והביאו דבריו הטור ומרן סי' ע' דנאמנים ובהא כ"ע מודים וכמ"ש הרב ש"ך שם סק"י יעויין שם ובכן אני תמיה על מהר"י אדרבי בתשובה סימן רי"א דף קכ"ח ע"א שכתב וזה לשונו ואף על גב דאיכא מ"ד דאין צריך נאמנות לענין מחילה מפני שהוא כמו טענת אמנה ורבית התם ה"ט משום דשטרא לאו למחילה קאי וכמ"ש הרמב"ן הביאו הב"י בסי' פ"ב כו' אבל בנ"ד מודה דלטענ' מחילה צריך נאמנות כו' משום דכבר קיבל ראובן מעות חזקת בתו ולא שדי זוזי בכדי כו' יע"ש ולא ידעתי מה צורך לו לחילוק זה דבלא"ה כיון דנאמנות דנדון

שאלתו מיירי שהאמינו כבי תרי שפיר אצטריך אף למחי' דאפי' אייתי סהדי דמחל לו אפ"ה הוא נאמן לגבי עדי' והשתא דאיכא סהדי שמחל לו ליכא למ"ד דדמי לאמנה ורבית דע"כ לא כתבו כן הני רבוותא אלא בדליכא סהדי דמחל והלוה הוא שטוען אבל בדאיכא סהדי ליכא למ"ד דדמי לאמנה ורבית וי"ל ודוק. החלוקה השנית בטוען טענת מחילה נגד שטר בין בנאמנות ובין בלתי נאמנו' וליכא עדים בדבר שמחל לו אי משבעינן למלוה כטוען על השטר מקויים השבע לי שלא פרעתיך ובזה אפליגו רבוותא הר"ב העטור והרמב"ן כמ"ש הבע"ת שער כ"א ח"ב ס"ב והביא דבריו הטור סי' פ"ב סע"ז ומרן בש"ע סי"א ודעת הר"ב העיטור הוא דאין משביעין אותו ואפי' ליכא נאמנות דטענת אמנה או רבית ודע' הרמב"ן הוא דמשביעין אותו ולזה נר' דנוטה דעת הבע"הת והטור ומרן והר"ב המפה וזה נר' דעת הרלנ"ח בתשו' סי' ק"ט והרמ"ג בתשו' סי' צ"א שכתב מרן החבי"ב שם בסי' פ"ב הג"הט אות מ' ולפ"ז יכול המוחזק שהוא הלוה לומר קי"ל כהרמב"ן ולעכב הפרעון עד שישבע המלוה ודלא כמהר"ש הלוי שכתב מרן החבי"ב שם דס"ל דאין משביעין אותו מפני שהרמב"ן יחיד בדבר יע"ש. החלוקה השלישית בטוען טענת מחילה על מלוה ע"פ אי מהימן בשבועת היסת ליפטר מהממון היכא דלית ליה מגו דפרעתי כגון במלוה שהיא תוך זמנה או היכא דהאמינו למלוה.

הנה בזה אפליגו הר"מ הלוי ומהרימ"ט בתשו' ח"א סי' ס"א וס"ב דלדעת מהר"מ הלוי מהני טענה זו אף ליפטר כטענת פרעון בזמנו ולדעת מהרימ"ט לא מהני טענה זו ליפטר אם לא היכא דמצי טעין פרעתי יע"ש. והנה הראיה שהביא מהרימ"ט בסי' ס"ב מפ"ק דבתרא גבי ההיא דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו כבר דחאה מרן החבי"ב בסי' ע' הג"הט אות כ"ב יע"ש. ועוד אחרת ראיתי לו בחח"מ סי' מ' דמ"ה ע"ב ד"ה ומנא תימרא כו' שהביא ממ"ש הרא"ש בפרק שבו' הדי' בשם הרמב"ן דיותר גרוע טענת מתנה מטענ' סטראי יע"ש והא לא מכרעא למ"ד דע"כ לא כתב הרמב"ן דטענת מתנה טענה גרועה היא אלא בשכבר הוא חייב לו דאינו עשוי לתת לו מתנה ולא לשלם לו החוב שחייב לו ועוד דמחזי כרבית אמנם במה שחייב לחברו וטוען מחלת לי בזה לא כתב הרמב"ן דטענה גרועה היא וזה ברור לע"ד ומדוקדק בל' הרא"ש שם ודוק ומדברי הש"ך בסימן קכ"ו ס"ק מ"ה משמע דקאי בשיטת מוהרימ"ט אמנם הראנ"ח ח"א סימן כ"א קאי בשיטת הר"מ הלוי כמ"ש מרן החביב סימן ע' הג"הט אות כ"ב וסימן פ"ב הגה"ט אות מ"א ולזה הסכים דעת מרן החביב שם.

ולענין הלכה אין ספק דיכול הלוה לומר קים לי ליפטר מאחר דהר"מ הלוי ז"ל ומוהראנ"ח ומרן החבי"ב הכי ס"ל כן נראה לע"ד.

ודע דמור"ם בסי' ע"א נתן טעם מפני מה בטענת מחילה נאמנים העדים מפני דאין הנאמנות אלא למה שהאמינו עליו ולא יותר כגון כו' וכן כתב הטור בי"ד בשם תשו' הרא"ש ריש כלל ע"א וביארו דברי התשו' עיין להרב ראש יוסף באות כ"א ועיין עוד בתשו' הרא"ש כלל ן' סימן ז' ובתשו' הריב"ש סימן ק"ח שכתבו כן יעויין שם.

וראיתי עוד להרא"ש בתשו' הנז' דכלל ן' שכתב וז"ל ואפי' אין כאן עדות שראו השטרות אחרי מות אביהן מאחר שהיא מודה שקרען אחרי מות אביהן חייבת לפרוע ככתוב למעלה דאין כאן מיגו לפוטרה כיון שהיא מודה שהזיקה להם חייבת לשלם עכ"ל וקשה דמאחר שהיא טוענת שקרעתן בצווי הבעל שציוה אותה לקורען כמ"ש בשאלה שם למה לא תהיה פטורה במגו דאי בעי קלתיה דאף על גב דהרא"ש כתב שם מקמיה הכי דכל שלא הופקדו בידה אינה נאמנת לומר פרועים הם במגו דאי בעי קלתיה איכא למימר דדוקא כשהם קיימים בידה לא מהני מגו זה לקורען לכתחיל' דכיון דלא הופקדו בידה אין המיגו מועיל להיות דינה כשליש לשתהיה נאמנת אלא דינה כדין ע"א המעיד על שטר מקויים פרוע הוא דלא מהימנינן ליה לקרוע השטר על פיו אמנם כשקרען וטוענת כך ציוה לי בעלי ואית לה מיגו דאי בעי קלתיה איך נחייב אותה ע"פ הודאתה מאחר שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכעין זה כתב הש"ך בסימן ע"ה ס"ק מ"ג גבי חוטף דבר מחברו דנאמן לומר שלי הוא אם לא ראוהו עדים עתה בידו במגו דהחזרתיה לך יע"ש ויש לחלק דשאני בנדון תשובת הרא"ש דכיון שאם היו השטרות קיימים בידה היה צריך ליתנם ליורשי' ולא נאמנת לקורען אע"ג דאית לה מיגו דאי בעי קלתיה השתא נמי שקרען חייבת משום הודאתה אע"ג דאית לה מגו משא"כ בנדון הש"ך דעיקר טענתו היא שהחפץ שלו הוא ודידיה חטף אלא שעיקר דברי הרא"ש במ"ש שהיא נאמנת לקורען אע"ג דאית לה מגו נראה שהטור ר"סי נ"ה וס' מ"ה סע"י חולק עליו ורבינו ירוחם נ"ו ח"ה הביא דבריו מרן ב"י ברס' נ"ה ג"כ חולק עליו בזה וכמ"ש הב"ח שם ועיין להש"ך שם סי' כ"ו סק"ה ד"ה והנה הרא"ש כו' ולמרן החבי"ב בסי' מ"א הגה"ט אות כ"ד יע"ש ועיין עוד להרא"ש בתשו' כלל ס"ח סכ"ב ועיין להטור ומרן ברס' מ"ז ודוק ועיין במ"ש עוד בזה לקמן ה"ו יע"ש ובמ"ש לעיל בפי"א ה"א.

כתב הש"ך בסקי"א בשם תשו' הרשב"א סי' אלף וב' שאם כתוב בשטר ובנאמנות על עיקר המעות לא האמינו אלא שלא יטעון אמנה או רבית אבל פרעתי נאמן ובסימן תתקצ"א כתב שאם כתוב שתהא נאמן בכל

הלכה ה

הרי שפרעו כו' ואם כפר ישבע שבועת היסת כו'. וכן הם דברי הר"י ן' מיגש שהביא הטור סימן ע"א ס"ו וכן הוא דעת הרב בע"הת שער כ"ו ח"א סימן ג' ושם ח"ג סימן ב' וכ"כ הרב גד"ת דקי"ח ע"ב והביא דבריו מרן החבי"ב הגב"י אות ז' ודלא כמרן בב"י שכתב שבע"הת לא הכריע.

אמנם דעת ר' האיי ז"ל הוא דאם פרעו בפני עדים וצרי' לפרעו שנית שמביא העדים שפרעו בפניהם ומוציא ממנו והרשב"א ז"ל בחי' לשבועות דמ"א ע"ב גבי ההיא דאל תפרעני אלא באפי פו"פ כתב שהרב אב"ד סבור כר' האיי והוא ז"ל תמה עליהם דא"כ מה הועיל נאמנותו ופסלות העדים יגבה וחוזר ומשלם אפוכי מטרתא ל"ל וכ"כ הר"ן ז"ל שם הביא דבריו הב"י בס"ו וכ"כ הרב המגיד ז"ל שם ועיין להרב ראש יוסף אות י"ב ובפרישה סעי' ו' והש"ך ס"ק י"ג כתב וז"ל כתב הב"ח וקשיא לי על סברא זו מהא דתנן בפ' הכותב ע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה ובש"ס מסיק רבא דשבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל ואמר ר"פ אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא ומסיק דיהיב לה כתובתה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים לה להני קמאי במלוה אלמא דאע"פ דנתן לה מתחי' לשם פרעון מ"מ יתבענה פרעו' הראשו' ויאמר לה מלוה הן אצלך שהרי נפרעת שנית וה"נ דוכוותא דאחר שפר' שנית מוקים לה להני קמאי במלוה ואם תכפור הרי יש עדים ויאמר מלוה הן אצלך שהרי נפרעת חובך שנית ואע"פ שנתן לו מתחילה לשם פרעון מ"מ למפרע נעשית מלוה אצלי כדאמרי' בכתובה וזה ראיה ברורה לדברי ר' האיי כו' ומה שתירץ לזה הב"ח לדעת הר"י ן' מיגש דחאו הש"ך ז"ל שם גם מה שתי' הוא ז"ל ע"פ מ"ש לעיל סק"ג וס"ק י"ב דלא מהני נאמנותו נגד עדים אלא בדטעי' טענת סטראי כו' לפי מ"ש אנן יד עניי לעיל ד"ה ואם התנה כו' דלא משמע הכי מדברי הפוסקים ז"ל אלא אפי' טעין להד"מ נמי מהני נאמנותו כיע"ש לפ"ז הדרא קו' הב"ח לדוכתא.

כי ע"כ נראה לע"ד דהר"י ן' מיגש משמע ליה דההיא דאמרי' בפרק הכותב ואי פקח אידך כו' מוקים להו להני קמאי במלוה דוקא כשמעידים העדים דהנהו קמאי מלוה הם לגביה והיינו דקאמר מוקים להו להני קמאי במלוה וכמ"ש רש"י ז"ל שם ועיין בפי' שם בש"מ ובטור אה"ע סימן צ"ח אבל אם הם מעדים שפרעו ב' פעמים אז לא מהימני כיון שהן מעידים שבתורת פרעון נתנם לו וכבר פסלם לזה ואנן לא פלגי' דבוריהו כאלו מעידים שהפרעון הראשו' מלוה הם לגבי כל עוד שאינם מעדים בפי' כן ובהא הוא דאפליגו ר' האיי ור"י ן' מיגש אי פלגינן דבוריהו או לא.

וכבר כתבנו לעיל ה"א גבי א"ת אלא בפני פ"ופ ד"ה ומ"מ טעמא דלא פלגינן דבוריהו לדעת הר"י בן מיגש יע"ש ולפ"ז נראה דלדעת הר"י ן' מיגש אם כבר העידו העדים תחי' בב"ד לשם פרעון נתנם לו אם חוזר ופורע שנית בפניהם אינם יכולים להעיד עוד דלשם מלוה נתנם לו דההיא דאמרינן בפרק הכותב מוקים להו להני קמאי במלוה ע"כ כשלא העידו בב"ד תחי' דלשם פרעון נתנם לה ומיהו אפילו אם כבר העידו תחילה דלשם פרעון נתנם לו כשחוזר ופורע בפניהם יכולים להעיד על פרעון שני דגזל הוא בידו וכ"כ הרדב"ז בתשו' ח"א סימן קס"ט וז"ל ולענין אם יכול לחזור ולתבוע מה שיש אצלו יותר ממה שחייב העלו המפרשים דאם פקח הוא פורע פעם שניה בפני העדי' עצמן שידעו בפרעון הראשון דודאי האי מנה בתרא ודאי גזל הוא בידו והשתא מהימני דלאו בתורת פרעון שטרא אתו עליה אלא על מנה בתרא מסהדי שהוא גזל אצלו וזה הדין שוה בין ההא דהכא בין ההיא דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ ותקנה טוב' היא שלא יבא לידי גזלה עכ"ל.

ונראה לע"ד שדבריו ז"ל הללו הן אפילו לדברי הר"י ן' מיגש ז"ל וכשמעידים העדים על מנה בתרא בפי' דגזל הוא בידו ולא שמעידים העדים סתמא שפרעו בפניהם ב' פעמים דכל כה"ג לא מהימני לדעת הר"י ן' מיגאש אלא לדעת ר' האי.

ומהתימה על מרן החבי"ב הגב"י אות ח' שכתב דהרדב"ז ז"ל סתם דבריו בתשו' זו כדברי רבי' האיי יע"ש והוא תימה איך שבק כל הני רבוותא ותפס עיקר סברת ר' האיי ולפום מאי דאמרן הנה נכון שדבריו הם אף לדעת ר"י בן מיגש ודעימיה וכנ"ל לענין הלכ' למעשה.

וכתב מרן החביב שם הגה"ט אות ל"ג דדוקא בכה"ג הוא שצריך לישבע אחר פרעון השני אבל מי שבא בחשבון עם חברו והודה שחייב לו סך כך מעות ועשה שטר על עצמו ואח"כ אמר טעיתי במה שהודיתי דמכח הדין אינו נאמן כמו שיתבאר בסי' ע"ט וקכ"ו א"ק המלוה לישבע אחר שפרעו כיון שמחמת הודאה מחייבינן ללוה ליפרע ונראה ג"כ דה"ה נמי מי שאמר לא לויתי ואח"כ אמר לויתי ופרעתי בגוונא שאינו נאמן שאין המלוה צריך לישבע אח"כ כשיטעון שנפרע ממנו ב' פעמים אלא שמטילין חרם סתם קודם הפרעון בין כשאומר לא לויתי כו' בין כשאומר טעיתי בחשבוני עכ"ל והנה מ"ש דהה"נ מי שאמר לא לויתי כו' כ"כ הטור בהדייא בר"ס ע"ט וכתב מרן ב"י שכ"כ בע"הת בריש שער י"א ושלא כדברי הר"ב העיטור שכתב דבתר דפרע ליה משבע ליה אזוזי קמאי כההיא דפ' הכותב אי פקח אידך כו' יע"ש ובדברי בע"הת מפורש הטעם שכתב מרן החבי"ב דכיון דמחמת הודאתו מחייבי' ליה ליפרע אין מקום להשביעו אחר שפרעו

דהא בי דינא סהדי דאודי קמייהו דלא פרע ליה זמנא אחרינא מהלואה זו יע"ש.

וראיתי להגד"ת ז"ל שם דס"ח ע"ב שהוק' לו דלמה להו להבע"הת ולהטור לפוטרו משבועת זו מטעם הודאת בע"ד דבלא"ה כיון דאיכא סהדי דמסהדי שפרעו קודם לכן איך אפשר להשביעו להכחיש העדים ובשלמא בההיא דהכותב ניחא דמייתי לה לידי שבו' דאורייתא להכחיש ע"א בלבד כדינא דאורייתא אבל להכחיש ב' עדים הא ודאי לא אפשר וכדכתב ה"ה בפ"ו מה' טוען ד"ג דמה"ט כשהוחזק כפרן באומר לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע דאין משביע את התובע שלא נפרע נגד העדים וגובה שלא בשבועה לכ"ע.

ויותר תימה עמ"ש הבע"הת בשם בעל העיטור דמשביעי' אותו דכיון שהוא להכחיש את העדים איך יתכן להשביעו יע"ש ובשער כ"ו ח"א ס"ג דקי"ח ע"ג כתב שטעמו של הר"ב העיטור הוא משום דדמי להיכא דפסלינהו לוה עצמו במה שהאמין את המלוה כבי תרי בענין נאמנות ואמרי' דאחר פרעון השנית יכול להשביעו למלוה שלא נפרע ב' פעמים אע"פ שהוא נשבע להכחיש את העדים ה"נ באומר לא לויתי ועדים מעידים שלוה ופרע דבהודאתו של לוה שלא פרע הו"ל כאלו פסל את העדים האומרי' שפרע ומה"ט יכול להשביע למלוה שלא נפרע ובזה דחה ראיית ה"ה יע"ש וזה מבואר כמ"ש מרן החבי"ב ולא ידעתי אמאי לא זכר שר דברי הר"ב התרומות והגד"ת ז"ל.

ולעיקר ק' הגד"ת על ה"ה ז"ל ראיתי להרב מש"ל שם בפ"ו מה' טוען שכתב דדברי ה"ה הם בשבועה כדי ליטול וא"א להשבע נגד העדים אבל התם שהלוה תובעו מנה לי בידך לא פטרי' ליה משו' דשבועתו נגד העדים עכ"ל ולא זכיתי להבין כונתו דאם בתובעו מנה לי בידך שהנתבע מוחזק ועומד בשלו לא פטרינן ליה משבועה ואם לא רצה לישבע מחייבינן ליה לשלם אע"פ ששבועתו נגד העדים כ"ש כשאנו באים לחייבו ממון ולהוציא ממון מידו שהיה לנו לחייב שבועה לתובע ואם רצה לישבע לא נחייב לנתבע להוציא בלי שבועה אע"פ שהיא נגד העדים.

כי ע"כ נלע"ד דודאי אף לדברי הרב המגיד יש חילוק בין ההיא דנאמנו' כבי תרי להההיא דאומר לא לויתי כמ"ש הגד"ת דבנאמנות כבי תרי כיון דליכא הודאת בע"ד מעיקרא דלא פרע ליה משו"ה לא מחייבינן ליה שבועה אחר שפרעו משא"כ בהא דהאומר לא לויתי דאיכא הודאת בע"ד דמעיקרא דלא פרע ליה משו"ה לא מחייבי' ליה שבועה לתובע דלא פרע ליה לא בתחילת הפרעון ולא בסוף ומאי דתלי טעמא ה"ה ז"ל בההיא דהאומר לא לויתי משום דהוי להכחיש את העדים אין כונתו לומר דמה"ט דוקא הוא דלא משבעינן ליה בצירוף טעמא דהודאת בע"ד נמי קאמר וכל עיקרו ז"ל לא בא אלא להכריח מדין זה

דבכל הוחזק כפרן אפילו שלא הוחזק ע"פ עדים לא משבעינן ליה לתובע וכגון שכפר בהלואה מעיקרא ואח"כ הוציאו לו כת"י ולזה כתב ה"ה דיש ראיה דלא משבעינן ליה אפילו בכה"ג דומיא דהוחזק כפרן בעדים דלכ"ע אין סברא בזה דישבע המלוה כיון דאיכא הודאת בע"ד וגם שבועתו נגד עדים וכיון דבהא עיקר טעמא דמחייבינן ליה לתובע הוא משום הוחזק כפרן ע"פ הודאתו דמעיקרא ועכ"ל דלא מחייב שבועה התובע לכ"ע בשאר הוחזק כפרן דעלמא נמי אפי' לא יהיה ע"פ סברא הוא דלא מחייבי' לישבע כיון דס"ס עיקר חיוביה דמחייב לוה משום דהוחזק כפרן הוא.

ומ"ש עוד מרן החביב דבאומר לא לויתי מטילין לו חרם סתם קודם הפרעון וכן באומר טעיתי בחשבוני כו' עיין להרב ז"ל גופיה סימן ע"ט הגה"ט אות י"ב שכתב בשם הב"ח איפכא דכי היכי דלא משבעינן ליה ה"נ אין מחרימין חרם סתם וסיים ע"ז ועיין מ"ש סימן ע"ה בהגה"ט עכ"ל וע"ש הגה"ט אות י"ט שכתב שם דח"ס אין לו פיטור לעולם דומיא דנאמנו' אפילו דאפילו התנה ליפטר משבועה אינו פוטרו מח"ס עכ"ל.

וכנר' דיש ט"ס וצ"ל דאפילו התנה ליפטר מח"ס אינו פטור ומה שיש לעמוד שם על דבריו ממ"ש הוא בעצמו בסימן כ"ט הגב"י אות ע"ז עמ"ש בשורש עד המסייע כו' יע"ש.

וכתב מרן ב"י בשולחנו הטהור סימן ע"א וז"ל ולפיכך אם כתב לו בנאמנות שיהא נאמן בלי שום שבועה קלה וחמורה וגלגול לעולם לא משתבע כו' וכ"כ הבע"ת שער כ"ו ח"א ס"ג ומ"ש בלי שום שבועה קלה וחמורה נראה דקלה היינו שבועה דחוץ לב"ד דקילא טפי כמ"ש רש"י בפ' השולח דל"ה דשבועה בב"ד חמירא דהיא באנקוטי חפצה והיא בשם או בכנוי וחוץ לב"ד הוא בקללת ארור ולא נקיט חפצא ואין עונשה כ"כ יע"ש וכ"כ הטור ומרן בש"ע א"הע ס"ס צ"ו גבי שבועת אלמנה חוץ לבית דין יע"ש.

וראיתי להרב נתיבות משפט דקע"ג ע"ג שכתב דלפי דברי הרמב"ן שסובר דלוה שפטרו למלוה משבועה לא פטרו מנדר נראה דגם יכול לומר שלא פטרו אלא משבועה בב"ד ולא משבועה שהיא חוץ לב"ד והביא ראיה לזה ממ"ש הטור סי' ע"א דנוהגי' לכתוב בתופסי שטרות בלי שום שבועה קלה וחמורה דודאי מ"ש קלה הוא לפוטרו אפילו משבו' דחוץ לב"ד וכתב ולפ"ז נלמוד דהב"ת והטור סוברים כס' הרמב"ן דבשאר ב"ח נמי אם פטרו משבועה לא פטרו מנדר דאלו לדברי הריטב"א והנ"י שסוברים דבשאר כל אדם אם פטרו מן השבועה לבד אינו יכול להדירו בנדר הקל ה"ה שאינו יכול להשביעו חוץ לב"ד שבועה הקלה ונדחק לתרץ למה לא נהגו לכתוב ג"כ בתופסי שטרו' גם בלי שום נדר יע"ש.

ולפי דבריו הללו ק' על הר"ב המפה שם סעי' ו' הביא דברי הריטב"א והנ"י ז"ל דאם

פטרו מן השבועה נדר בכלל ובסעי' ה' כשכתב מרן ולפיכך אם כתב לו כו' בלי שום שבועה קלה וחמו' כו' לא הגיה עליו לומר דלדברי הריטב"א והנ"י א"ץ לכתוב שפטרו משבועה קלה דבלא"ה פטור דבכלל שבועה סתמא איתיה מיהו לפי מה שצידד הרב הנז' עוד שם וכתב דאף הריטב"א והנ"י מודה דשבוע' חוץ לב"ד יכול להשביעו ניחא יע"ש אלא דלע"ד אין צורך לזה דאפילו אם נאמר דלדעת הריטב"א והנ"י כשפטרו משבועת סתם אינו יכול להשביעו חוץ לב"ד מ"מ נהגו לכתוב בטופסי השטרות בפי' בלי שום שבועה קלה וחמורה משום שופרא דשטרא וכעין זה כתב הרשב"א בתשו' אלף וב' דהיכא דכתב נאמנות בעיקר המעות אינו אלא שלא יטעון אמנה ורבית ואפילו לדברי האומר דאף בלתי נאמנות אין בטענות אלו כלום מ"מ לשופרא דשטרא כ"כ יע"ש וכעין זה כתב הש"ך סימן ע"א ס"ק ט"ו למה שנהגו לכתוב תיבת לעולם דאי לא הוה כתיב לעולם מיתורא דלישנא דבלי שום שבועה לא הוה דרשי' לפוטרו לאחר הפרעון אלא הו"א דלשופרא דשטרא כתב כן ולעולם דלא פטרא אלא משבועה דקודם פרעון ועיין להגד"ת דקי"ח ע"ג יע"ש.

ובהכי ניחא לי מה שהק' הש"ך ס"ק י"ד במ"ש מרן וגלגול נמי דלפי מ"ש הוא ז"ל בא"ה סימן צ"ח ס"ד דכל שכתב נאמנות אינו יכול להשביעו על ידי גלגול מה צורך לכתוב בטופסי השטרות גלגול בפי' יע"ש מיהו לפי האמור ניחא דאה"ן דאף אם לא נכתב בפי' פטור הוא אפילו מגלגול שבועה מיהו נהגו לכותבו בפי' משום שופרא דשטרא וברור ועיין להרב נתיבות משפט דקע"ח ע"ג ודוק.

וכתב מוהרא"ש בסימן נ"א הביא דבריו החביב שם הגה"ט אות ל"ב דאפילו לא כתב בהדייא כלשון הזה אלא ובנאמנות כו' מהני לפוטרו משבועה דלאחר הפרעון כאלו כתוב בהדייא ועיין במ"ש לעיל ד"ה ואם כתוב ובנאמנות כו' יע"ש והיכא שלא פירש בהדייא הגלגול וכתב נאמנות סתם ודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל להשביע לתובע ע"י גלגול כסברת הנ"י שהביא בשם הרמב"ן והגאון כמ"ש מרן ב"י בר"ס ע"א יע"ש.

ודע שכתב מור"ם במפה וז"ל שטר שכתוב בו נאמנות כ"ז שכתוב שלא נכתב עליו תברא לא עליו כו' אלא על החוב קאמר ואפילו נכתב במקום אחר כו' אא"כ פי' בהדייא כו' ואם הביא עדים שפרעו מהני דהוי כאלו אמר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ ופרעו בפני עדים אחרים ע"כ וכתב הש"ך שם ס"ק י"ו דדברי הרב צ"ע דמשמע דיכול לטעון סטראי ג"כ מלשון הרשב"א שהביא הב"י לא משמע כן כו' ונראה החילוק בין ב' דינים כו' וא"כ גם בדין זה אינו יכול לטעון גם סטראי כו' וצ"ל דגם הרב ה"ק מהני ופטור הלה דהוי כאלו אמר כו' וגרע מיניה עכ"ל.

והנה מה שרצה לחלק הרב ז"ל בין ב' הדינים הוא לפי לשון התשב"ץ שהביא מרן ב"י בסימן ע' מחו' ג' ד' ומלבד דאין מקום לע"ד לחילוק זה דכיון דכל עיקר טעמא דמדמינן ליה לתנאי דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ אינו אלא מפני לשון זה דכ"ז שאינו כתוב פרעון ע"ג השטר כו' דלשון זה הוא המכריח אותנו לומר שעדות אחר לא מהני אלא פרעון הכתוב ע"ג השטר עצמו וא"כ בין שיאמר שלא יהא נאמן הלוה לטעון פרעתי בין שיאמר שיהא נאמן המלוה לומר שלא נפרע כל שכתב כלשון הזה דכל זמן שאינו כתו' הפרעון ע"ג השטר נראה דהכל אחד ושוב חפשתי למצוא תשו' זו בס' התשב"ץ ולא מצאתיה אמנם מצאתיה בתשו' בנו הרשב"ץ הלא היא בסי' ע"ח וכל דבריו בתשו' הלזו הם באומר שיהא נאמן המלוה לומר שלא נפרע כל זמן שאינו כתוב ע"ג הפרעון ומעיקרא הוה בעי מימר הרב ז"ל דדבר זה תלוי בפלוגתא דרבוותא בההיא דהאומר אל תפרעני אלא בפני פ"ופ דלדעת ר"ח והרי"ף ודעימיהו ולפי גירסתם אם הביא עדים אחרים שפרעו נאמן ולדעת רש"י והר"י ן' מיגש ודעימיהו לא מהימן ה"נ דוכוותא למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה והן הן דברי מרן בית יוסף במ"ש בשמו של התשב"ץ מחו' ג' מיהו בתשו' הנז' חזר וכתב דבנדון זה אף לפי סברת החולקים על הרי"ף ודעמיה הכא אזלי ומודו דאם הביא עדים אחרים דנאמן דהגע עצמך שאבד שטרו והלה תבעו אמר לו תן לי חובי והלוה משיבו תן לי השטר ואפרע לך ואם לא תתן לי השטר חושש אני שמא אחר שאפרעך ותכתוב לי שובר תמצאנו ותגבה ממני בשטרך והשובר אינו כלום לפי שאני התנתי שאם לא יהא כתוב ע"ג שטרך שהוא פרוע תהא נאמן ויאכל הלה וחדי ולא יתן לו כלום וכמדומה לזה הקשו בגמ' פ' ג"פ על ר"י שאמר שם שאין כותבין שובר כו' יע"ש ואין ספק שדבריו הללו האחרונים הן הן דברי מרן ב"י שכתב במחו' ד' וכונתו לומר דבהא לכ"ע אפי' להחולקים על הרי"ף ודעימיה בההיא דאל תפרעני אלא בפני פ"ופ וס"ל שאם הביא עדים אחרים שפרעו בפניהם לא מהימני הכא מהימני מהטעם שכתבנו ולא מפני הטעם שכתב הש"ך כמבואר מתשו' הרשב"ש שכתבנו ואין ספק שאלו הש"ך היה רואה ת' הרשב"ש שכתבנו לא היה תולה הטעם בשינוי הדינים וחילוק הלשונות דבין לוה למלוה ובזה דברי הר"ב המפה נכונים אין בהם נפתל ועקש. אברא דבעיקר טעם זה שכתב הרשב"ש ק"ל דאי משום ה"ט דאי לא מהימני סהדי לא יוכל לגבות חובו לעולם אית לן למימר דהכא כ"ע מודו דמהימני סהדי ולא פסל אלא שובר אחר מידו שאינו כתוב ע"ג השטר אכתי מה יתקן הרב ז"ל כשיהיה האופן דנתן נאמנות כבי תרי וגם כתב כל זמן שאינו כתוב ע"ג של שטר דאז ודאי תו לא מהימני סהדי שמעדים שפרעו וגם לא מהני שובר אחר מיהו כיון דפסל שתיהם וא"כ כשנאבד

השטר היאך יוכל לגבות חובו לעולם ואם הרב אזיל ומודה דהתם ליכא תקנתא ויאכל הלה וחדי אף אנו נאמר כן לדעת החולקים על הרי"ף בנדון זה שכתב הרב ז"ל ויש לישב ודוק.

ודע דבסוף תשו' הרשב"ש הלזו כתב דאפי' אם כתב לו כל זמן שאינו כתוב הפרעון ע"ג אם הוציא ע"ז מחילה או הביא עדים כשרים שמחל לו המחילה כשירה שהוא לא האמינו אלא אם יטעון עליו טענת פרעון אבל לא טענת מחילה ודבריו הללו הביאם החבי"ב בסי' ע"א הג"הט אות ח"י יע"ש ועיין במ"ש עוד הש"ך שלעיל סי' ע' ס"ד תמה ע"ד הר"ב המפה במ"ש דאפילו אם הביא עדים אחרים שפרעו בפניהם יכול לטעון טענת סטראי יע"ש וגם אנן יד עניי עמדנו ע"ז יע"ש ולענין אי כתוב נאמנות נגד שובר ונגד שום טענה עיין במה שאכתוב לקמן בשם הראנ"ח יע"ש.

כתב מרן סי' ע"א ס"ו וז"ל אין נאמנות מועיל שלא להחרים ח"ס כו' וכתב הש"ך שם ס"ק י"ז וז"ל כיון דאינו מחרים לנוכח לא מצי מעכב ונר' דה"ד בפטרו בפי' מקבלת חרם אבל אם פטרו משבועה יכול לכופו לקבל חרם בב"ד דלא פטרו אלא מן החמור ולא מן הקל ולא דמי לפוטרו מן השבועה דהנדר בכלל אע"ג דנדר קל משבועה משום דנדר בכלל שבועה א"נ אין דרך להדיר בב"ד משא"כ בקבלת חרם עכ"ל וע"פ דבריו ז"ל יש לישב מה שהק' הגד"ת דקי"ט ע"א עמ"ש מרן בב"י בדין זה דגם הרשב"א בתשו' כתב דאפי' בשטר שיש בו נאמנות אם רצה להחרים סתם על כל מי שנוטל ממנו ממון שלא כדין הרשות בידו עכ"ל וכתב ע"ז הרב הנז' וז"ל ואני בעוניי איני רואה הכרח בדברי הרשב"א שיוכל להחרים ח"ס אלא בנאמנו' סתם אבל היכא דפי' בהדיא דפוטרו גם מן החרם מאן לימא לן דלא יסבור הרשב"א שיוכל לומר הוציאני מן הכלל כפי התנאי ואדרבא נימא אם איתא דאף במפרש סבר דיוכל להחרים אמאי קאמר בסתם אפי' בשטר שיש בו נאמנו' לישמועי' ריבותא ולימא אפילו בשטר נאמנו' שפטרו אף מחרם סתם כלשון רבינו והטור ומ"מ לא מצינו שום חולק בפי' על סברא זו עכ"ל מיהו לפי דברי הש"ך הללו איכא למימר מרן ז"ל משמע ליה בפשיטות דהרשב"א ג"כ מיירי בנאמנו' שפטרו בהדיא אף מח"ס דאי כדמשמע מפשט דבריו דלא כתב לו בשטר אלא נאמנות סתם עדיפא מינה הו"ל להרשב"א לאשמועי' דאם רצה להטיל עליו חרם יכול להחרים שלא פטרו בנאמנות אלא משבועה החמורה ולא מחרם ולמה זה נקט דאם רצה להחרים ח"ס הרשות בידו אלא ודאי דהוא ז"ל מיירי בנאמנות מפורש אף על ח"ס כדרך אלו שכותבים כן כמ"ש הר"ב התרו' שם ולזה השמיענו דאפ"ה לא נפטר מח"ס ודוק ועיין בתשו' הרשב"א שבש"ס אלף קי"ו.

כתב מור"ם במפה וז"ל פטרו מן השבועה נדר בכלל דאין חילוק בין נדר לשבועה רק בבעל הכותב לאשתו דברים אלו הביאם מרן ב"י בס"סי זה בשם הנ"י בפ' הכותב וכתב שכ"כ הריטב"א ומרן החבי"ב בהגה"ט אות ל"ח הביאם משם מורם ולא זכר שר למרן ב"י ולא ידעתי למה ומה שיש לעמוד בעיקר דברי הנ"י והריטב"א ז"ל הללו עיין להרב נתיבות משפט מדקע"ב ע"א עד דקע"ג ע"ד ומכללות דבריו יש ללמוד דשלש מחלוקות בדין זה דלדעת הריטב"א והנ"י בגרושה אם פטרה הבעל מהשבועה לבד יכול לומר נדור לי נדר הקל אבל אם פטרה מנדרה הקל כ"ש שא"י להשביעה שבועה החמורה ובאלמנה אף אם פטרה מנדר הקל לבד יכול הוא להשביעה שבועת אלמנת דחוץ לב"ד ונשאר בע"ח דעלמא אם פטרו מהשבועה פטרו מהנדר ואם פטרו מהנדר כ"ש מהשבועה ולדעת הרב דון וידאל קרישקאש ז"ל אין חילוק בין גרושה לאלמנה דכל שפטרה הבעל מהשבועה א"י להדירה וכ"ש שאם פטרה מהנדר הקל שא"י להשביעה וק"ו לשאר בע"ח דעלמא ולדעת הרמב"ן ז"ל אין חילוק בין גרושה לשאר ב"ח דעלמא דאם פטרו מהשבועה יכול להדיר נדר הקל אמנם אם פטרו מנדר הקל כ"ש שא"י להשביעו שבועה חמורה מיהו באלמנה אזיל ומודה לדברי הריטב"א והנ"י דכי היכי דאם פטר' משבועה לא פטרה מנדר ה"נ אם פטרה מנדר אף שהוא קל לא פטרה משבועה דחוץ לב"ד יע"ש ועיין בשיטה מקובצת להרב שם בפ' הכותב דק"ה ע"ב ד"ה נדר ושבועה כו' במ"ש שם משם הרא"ה ז"ל ונראה מדבריו דקאי בשיטת דון וידאל קרישקאש ז"ל יע"ש.

ולענין הלכה גרושה שבאה לגבות כתובת' ופטרה הבעל משבועה לבד יכול הבעל המוחזק לומר קי"ל כהריטב"א והנ"י והרמב"ן דס"ל דלא פטרה מנדר ואינו פורע לה עד שתדור לפני ב"ד וכן באלמנה אפי' אם פטרוה מנדר הקל יכולים היורשים לומר קי"ל כהריטב"א והנ"י והרמב"ן דלא פטרוה אלא מנדר ולא משבועה דחוץ לב"ד ובבע"ח דכ"ע כל שפטרו משבועה אינו יכול להדירו נדר הקל ולא מצי למימר קי"ל כהרמב"ן דלא פטרו מנדר הקל מפני שהוא יחיד בדבר זה ואם פטרו מנדר הקל אפילו הרמב"ן יודה דכ"ש שפטרו משבועה ודוק.

ש"מ שהאמין לשותפו בכל אשר יאמר כי הוא זה ממון היורשים יכולים להחרים ח"ס מוהר"י אדרבי ז"ל סימן קס"א ושם כתב דאף אם שותפו עשה שלא כהוגן ואיחר חשבונו ימים או עשור לא הפסיד נאמנותו לאפוקי ממאן דפסק דהפסיד נאמנותו ומדברי הרשד"ם סימן שמ"ט נראה דס"ל דהפסיד נאמנותו וכתב הראד"ב דאם ראו ב"ד לחייבו שבועה מחייבין אותו עכ"ל מרן החבי"ב ז"ל סימן ע"א הגה"ט אות ל"ט יע"ש.

עוד כתב מרן שם סימן ע"א ס"ח אין כותבין פתקא דלטותא כו' ועיין במ"ש הסמ"ע

ס"ק ח"י ומרן החביב הגב"י אות י"ג דגיר' אחרת הי"ל לר' ב"י בדברי הטור ולפי אותה גירסא יכול להביא לב"ד רבים הנחשדים ולהטיל עליהם חרם אמנם לפי אותה גירסא ספרינו בדברי הטור אינו יכול להחרים ב"ד על כך יע"ש ואין ספק דגירסת ספרינו עיקר וכמבואר בדברי הגהות מרדכי סימן תשפ"ב שכתב וז"ל תשובה לר' האיי גאון ז"ל הבא להטיל חרם על הקהל בשביל גניבה אין אחד יכול לומ' הוציאני מן הכלל שאתה יודע שלא גנבתי שאם לא גנב אין החרם חל עליו כו' ולא לכל הבא ואומר הבו לי פתקא דלטותא יש ליתן לו ולהחרים בצבור אלא י"ל אם אתה חושד אדם הרי הדין ביניכם ואם לאו קלל בתוך ביתך אבל יתומים כו' כותבין להם פתקא דלטותא עכ"ל וכלשון הזה כתוב ג"כ בס' התרו' שער כ"ו דח"ב כיע"ש ולפי גירסת מרן ז"ל משמע דדוקא כשיודע מי הם הרבים נחשדים אז הוא דאומרי' לו שיביאם לב"ד ויקללם ולא יקלל בצבור אמנם אם אינו יודע כלל למי יחשוד אז יכול הוא לקלל בצבור דהו"ל כיתומים שאינן יודעים כלל למי יש מאביהם אצלו ממון אמנם לפי גירסת ספרינו וגירסת הגהות מרדכי ובע"ת משמע דאף בכה"ג אומרי' לו קלל בגו ביתך.

ואפשר לומר דאף לפי גי' ספרנו כל שאינו יודע למי יחשוד יכול לקלל בצבור דומייא דיתומים אלא דכשיודע מי הם הנחשדים אצלו אז אינו יכול להביאם לב"ד מפני שהם רבים ולא לקלל בצבור כיון שיודע מי הם הנחשדים אצלו אבל כשאינו יודע כלל יכול לקלל בצבור ובהכי יתיישב ל' המרדכי דלכאורה לאו רישיה סיפיה דבתחילה קאמר הבא להטיל חרם על הקהל בשביל גניבה כו' משמע דכל אדם יכול להחרים בצבור על גניבה ובסוף דבריו קאמר ולא לכל הבא ואומר הבו לי פתקא דליטותא יש ליתן לו כו' וזה הפך הקודם אמנם ע"פ האמור הנה נכון וכ"כ הב"ח שם בסי"ז והביאו דבריו הש"ך בס"ק כ"ג והחביב הגב"י אות י"ג דהיכא דאינו יודע את מי יהא חושד בגניבה זו ואצל מי בצבור היא הגניבה מקללין אף בצבור וכן עושים מעשים בכל יום אע"פ שאינן יתומים עכ"ל.

עוד כתב מור"ם בס' המפה שם וז"ל ועי"ל סימן ט"ז די"א דנותנין חרם אחר העדות כו' עיין במ"ש הסמ"ע סק"ך דדוקא כשטוען ואומר יש לי עדים בודאי ואיני יודע מי הם וכאן מיירי בדלא טעין בודאי כו' עכ"ל וכדבריו כתב מרן החביב סימן י"ו הגה"ט אות ז' הוסיף עוד דאפי' יש הוכחה קצת שיש עדים יכולים להחרים יע"ש והש"ך ס"ק כ"ג כתב דשאני עדות המוטל על הב"ד לחקור כדי להוציא הדין אמת לאמיתו משא"כ הכא ליתן חרם על מי שחייב לו אינו מוטל על ב"ד. אלא במקום שיש יתומים יע"ש ולדברי כולם מבואר דלהחרים בצבור על מי שחייב לפ' שיבא לב"ד להודות ולשלם לו

אין להחרים ואף למ"ש הב"ח דנותני' חרם על הגניבה בצבור נראה דמייתי ביצא לו שם גניבה בעיר דיש רגלים לדבר אבל להחרים על מי שחייב לו נראה דאין להחרים אין הוכחה קצת ורגלים לדבר שהלוה או מכר לאחרים ואינו יודע מי הם ועיין למוהריט"ץ בתשו' סימן ר"ס שכתב שמי שהיה חייב לאחרי' ומת יכולים ב"ד להחרי' בצבור על כל מי שיש בידו מעות של חוב למת או פקדון שיבא ויגיד לב"ד או מי שיודע עדות שיבא ויגיד והביא ראיה מתשו' הרשב"א והרא"ש שהביא מרן ב"י סימן כ"ח מחו' ך' יע"ש ולפי דברי הרבנים הנז' אין משם ראיה להחרים על מי שחייב לחברו דשאני עדות דמוטל על ב"ד כמ"ש הש"ך או משום דיש רגלים לדבר כמ"ש הסמ"ע והחביב ז"ל.

מיהו היה יכול להביא ראיה הרב ז"ל מדין היתומי' דהכא דמ"ל יתומי' או יורשים אחרי' או בעלי חובות של המת דודאי הסברא נותנת דהכל אחד כיון שלא היו יכולים לידע וברור.

עוד כתב מרן בסימן ע"א ס"ט וז"ל שטר שיש בו נאמנות והלוה מוציא כת"י המלוה כו' והמלוה טוען שהוא מעסק אחר הדין עם הלוה ע"כ כבר כתבתי לעיל מה שנחלקו רבני' האחרוני' ז"ל בדין זה אם הוא אפילו בנאמנות כבי תרי דלדעת הסמ"ע והרב ראש יוסף ומרן החביב ז"ל כל דהאמינו למלוה כבי תרי אפילו הוציא עליו שובר מכת"י מצי טעין סטראי נינהו אמנם לדעת הב"ח והר"ב גד"ת והש"ך ומוהרח"ש ח"ב סימן ל"ה והרב פמ"א ח"ב סימן ב' כל שהוציא עליו שובר מכת"י לא מצי טעין סטראי נינהו ולפ"ז לענין הלכה יכול המוחזק לומר קי"ל דלא מצי טעין סטראי נינהו ואיתרע שטרא ולא מפקי' מיניה מיהו כיון דאיכא מרבוותא ז"ל דס"ל דמצי טעין סטראי אפילו בשובר מכת"י נראה דשטרא מיהו לא קרעי' ליה ואי תפיס מלוה לא מפקינן מיניה ודלא כהש"ך ז"ל ס"ק כ"ה שנסתפק בזה וגם מדברי תשו' מוהרח"ש ח"ב סימן ל"ה נראה ג"כ דכל כה"ג לא קרעי' לשטרא אלא היכא דמבואר בשובר שנפרע חוב שט"ז בהדייא כיע"ש.

עוד כתב מרן שם שטר שיש בו נאמנות ויוצא מתחת יד אחר יש מי שאומר שאין מועיל הנאמנות ע"כ לפי מ"ש הש"ך בס"ק כ"ז ליתיה להאי דינא אלא לסברת הרא"ש ז"ל שכתב מרן בסימן ס"ה ובש"ע ס"ג דשטר היוצא מיד אחר ואינו יודע מי מסרו בידו המלוה או הלוה דאם שניהם מודים שהוא של אחד מהם יעשה כמאמרם ולא חיישינן לקנונייא ואם האחד תובע מהאחר שישבע לו צריך שישבע אמנם לפי' שיטת הרשב"א בתשובה והיא סברת הי"א שהביא מרן שם דאפילו שניהם רוצים לא יוציאנו מתחת ידו אלא קרוע דחיישינן לקנונייא לא נ"מ מידי מדין זה וכתב ולפ"ז קצת תימא על המחבר דלעיל סימן ס"ג כתב ג"כ סברת הי"מ וכאן כתב רק דברי הרא"ש כו' עכ"ל ועיין

בתשו' הרדב"ז הנדפסות מחדש ח"ב סימן תש"ץ שהכריע לענין הלכה כדברי הרשב"א דחיישינן לקנונייא וכתב דהכי מסתברא וכבר הביא דבריו מרן החביב סימן ס"ה הגב"י אות ב' ויש ט"ס בדבריו ובמקום והרדב"ז כתב ע"ד הרא"ש ומתני' הכי דייקא והכי מסתברא צריך לומר כתב על דברי הרשב"א וכ"כ בספר חשק שלמה הנ"מ שם בהגה"ט אות ה' ובהגב"י אות א' יע"ש.

מיהו לע"ד נראה דאף לדעת הרשב"א ז"ל נ"מ שפיר מדין זה שכתב מרן הכא והוא בטוען המלוה שלא יוציא השליש זה השטר מידו עד שיפרענו הלוה מבני חרי דאית ליה דהשתא תו ליכא למיחש לקנונייא והלוה טוען דישתבע ליה המלוה כל כה"ג כתב מרן דאף לדעת הרשב"א אפילו איכא נאמנות בשטר צריך המלוה לישבע כדי לגבות מב"ח הלוה ואח"כ יקרע השטר השליש ולא מהני הנאמנות שכתוב בשטר שלא להשביע למלוה לגבות מב"ח כן נראה לע"ד נכון וברור ודוק.

עוד כתב מרן שם סי"א כתב פרעון בעדים נגד שט"ח ומת המלוה כו' יתברר הדבר בדרישות כו' ועיין למוהריק"ו בשורש ס"ז שכתב זו וז"ל הרי לך בהדייא דאפילו במקום עדים החתומי' על השטר בעינן דרישה וחקירה היכא שיש אמתלאות שהדין מרומה כו' ואע"ג דבפ"ב דכתובות גבי מתני' דהעדים שאמרו כת"י זה אבל אנוסים היינו מוכח דלא בעינן דרישה וחקירה ואפילו במקום שיש לחוש לרמאות ואפי' שהעדים עצמן מכחי' כו' פשיטא דהרא"ש ידע להדייא סוגייא פי"ט מינן עכ"ל ולא ידעתי מאי ק"ל מאותה סוגייא דהתם ליכא אמתלאה אחרת אלא חזרת העדים שאומרי' אנוסי' היינו מחמת ממון וכיון דמשימים עצמן רשעים תו לא מהימני וכן באומר אנוסים היינו מחמת נפשות כי לית להו מגו לא מהימנינן להו משום טעמא דאינו חוזר ומגיד ומה אמתלאה איכא לומר שיהיו נאמנים כל דלית להו מגו ודוק ועיין עוד בסימן ע"ז ס"ו יע"ש ובמ"ש הסמ"ע סימן ע"ח ס"ו.

עוד כתב מרן שם סי"ב וז"ל אף על פי שיש בשטר נאמנות אינו גובה מהיתו' קטנים כו' וכתב הרב שפתי כהן ס"ק כ"ט דאע"פ שהנאמנות הוא כבי תרי וכן משמע להדייא מדברי הרמב"ם והמחבר ר"ס ק"י עכ"ל ומשמע דאם כתב ג"כ נאמנות גם על השובר שכתב כל זמן שאינו כתוב ע"ג של שטר זה יהא המלוה נאמן כבי תרי דאז לא מהני לא שובר אחר ולא עדים של פרעון כמ"ש לעיל אז יכול לגבות אפי' מיתומים קטנים דאף כשיגדלו וימצאו שובר או עדי פרעון לא מהני אלא דאפי' הכי נראה דלא מהני לגבות מיתומים קטנים משום דאכתי איכא למיחש שמא כשיגדלו ימצאו עדי מחילה שמחל לאביהם שט"ח זה או שכתב לו שובר של מחילה דכל כה"ג מהני לכ"ע דמחילה מילתא

אחריתי היא וכמבואר לעיל ואף אם האמינו בפי' אף נגד עדי מחילה ושובר של מחי' אכתי איכא למיחש שמא ימצאו ראיה שמחל ללוה עיקר תנאי נאמנות זה ופסל עדות שבשטר הנאמנות וכמ"ש הרב המגיד ברפי"ב מה' אלו דאפילו יש בו כל תנאי שבעולם הוא אפשרי הבטול וחוששים לו בעודן קטנים יע"ש מיהו הראנ"ח ח"א סי' צ"ד כתב דאם יש נאמנות מפורש נגד שובר ונגד צררי ונגד טענת שום תנאי נזקקין יע"ש.

וכבר תמה על דבריו מרן החביב בר"ס ק"י הגה"ט אות ח' שזה נגד דעת רבינו והראב"ד וה"ה ומהראיה שהביא הראב"ד ברפי"ב מה' אלו מוכח דאין שום נאמנות מועיל נגד יתומים קטנים והצ"ע יע"ש ועיין בס' עדות ביהוסף ח"ב סימן י"ג שדחה גם כן דברי הראנ"ח יע"ש בדל"ז ע"ב.

הנה אמת אמת מאחר דאיכא למיחש שמא ימצאו ראיה לפיסול עדי שטר הנאמנות שפסלם המלוה בפניהם ודאי דאין מקום לדברי הראנ"ח ודוק.

עוד כתב הרב שפתי כהן ז"ל שם וזה לשונו כתב בד"מ וזה לשונו כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"א סי' ה' כו' ור"ל דאין נאמנות ראובן מועיל לגבי יאודה כו' ולפ"ז מ"ש בד"מ ונר' דה"ה אם לא טען שפרע ליאודה קודם לכן רק לראובן או ששלחם לו ע"י אחר אינו נאמן אינו מדוקדק ונר' דה"ה אם טוען שפרע ליאודה אחר שבא בכוחו של ראובן גובה ראובן בלא שבועה ויאודה צריך לישבע וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ב גבי כשהאמין את המלוה ויורשיו ודוק עכ"ל. ומכאן תשובה לכל מ"ש לעיל ד"ה וראיתי כו' בכונת וביאור דברי תשו' הרא"ש דליתא לדברי הש"ך אלא העיקר בביאור דבריו ז"ל כמ"ש הש"ך כאן דאפי' שליח הבא בהרשאת המלוה ומכחו לא מהימן כל שהלוה טוען פרעתיך ולא מהני נאמנות לב"כ של מלוה אלא לענין שלא יוכל לטעון הלוה פרעתי כבר למלוה או לשלוחו של מלוה אבל כשטוען לב"כ של מלוה פרעתי לך אז לא מהני הנאמנות שכתב אלא צריך לישבע ללוה שלא פרעו. ובזה מבוארת היא תשו' הרא"ש ממה שגמגם עליה המש"ל כמ"ש דבריו לעיל בריש השורש יע"ש. ומיהו הרדב"ז בתשו' הנדפס מחדש ח"א סי' ש"ך והביאה הרב עדות ביהוסף ח"ב סי"ג חולק על סברת הסמ"ע והש"ך הלזו יע"ש ולפי דבריו עכ"ל תשו' הרא"ש על הדרך שפרשנו אותה לעיל ולקמן בע"ה נעמוד עוד על זה על דברי הסמ"ע ז"ל שם.

ובמ"ש הש"ך וז"ל ולפ"ז מ"ש הד"מ ונר' דה"ה אם לא טעין אין הלשון מדוקדק כו' לע"ד לפי מ"ש הוא ז"ל בשם הסמ"ע מדוקדק הוא לשון הד"מ דמעיקרא קאמר הרב דאין נאמנות ראובן מועיל לגבי יאודה הבא מכחו אפי' האמין בפי' אף לב"כ של ראובן כל דטעין הלוה דפרעו לבאי כח ראובן עצמו הללו דאתו השתא. ושוב סיים וכתב אבל אי לא

טעין הכי לבאי כח ראובן עצמן אלא טעין להו שכבר פרע למלוה עצמו מקודם או שפרע מקודם לב"כ אחרים אז אינו נאמן הלוה בטענה זו דלהכי אהני נאמנות ב"כ כי היכי דלא לדחיינהו בטענה זו שכבר פרע למלוה עצמו או לב"כ שבאו כבר והם דברים נכונים וראויים ודוק. ובעיקר הדין שכתב מרן בשטר נאמנות הבא ליפרע מיתומים קטנים עיין להרב פ"מ ח"א סי' ס' יע"ש ובתשו' הר"ש פרימו אשר בס' כרם שלמה חא"ה סי' ל"ג ד"ץ ע"ד ד"ה אתאן כו' עד דצ"א ע"ה סוף ד"ה ותו שמצא מקום לגבות מיתומים קטני' והסכים לזה הרב מוצל מאש ח"א סי' נ"ז.

עוד כתב מרן שם סי' ע"א סי' ג' וז"ל שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחד בעדים בטל הנאמנות ע"כ ונראה דכ"ש אם נמצא פיסול לעדות מהפסולים שנתבארו בסימן ל"ד אלא דהוחזק כפרן נקט לחי' דאע"ג דלממון אחר נאמן ולא הוחזק כפרן אלא לאותו ממון אפ"ה בטל לנאמנותו ועיין להרב נ"מ דקע"ד ע"א ד"ה איברא יע"ש.

וכתב הש"ך שם ס"ק ל"א בשם הגד"ת וכ"כ מרן החביב הגה"ט אות מ"ה דאם נעשה כפרן קודם הנאמנות כל מילי דב"ד קלא אית ליה וסבר וקביל עכ"ל אמנם הרב ראש יוסף באות ל' כתב דאם אמר הלוה שלא היה יודע שהוחזק כפרן קודם הנאמנו' ומשום הכי האמינו אם המלוה טוען ברי ללוה שכבר ידע ואפילו הכי האמינו והלוה מכחי' בזה נרא' דהשטר בנאמנות ובחזקתו אבל אם אין המלוה מכחישו בבריא אלא אומר דילמא ידעת או מסתמא ידעת אז הלוה נאמן ולא יטול המלוה אלא בשבועה ודבריו צ"ח.

וכתב עוד הרב ראש יוסף דאם היה מלוה ע"פ והאמינו הלוה למלוה כב' עדים ואח"כ נמצא כפרן דבטל הנאמנות ואם יאמר הלוה שפרע אפילו בינו לבין עצמו שהלוה נאמן לומר פרעתי בשבועתו כמו שהיה הדין אם לא האמינו עכ"ל וכן מתבאר מדברי הגד"ת דקי"ט ע"ב יע"ש ועיין בדין זה בתשו' הפ"מ ח"ב סי"ב ובתשו' למוהרע"מ שנדפס מחדש בס' מזבח אדמה דכ"ה ע"ב יע"ש ועיין במה שכתבתי לעיל ד"ה שכיב מרע שהאמין כו'.

עוד כתב מרן שם בסימן ע"א סי"ד וז"ל שטר שיש בו נאמנות ומנהג המקום שהרבה כותבים נאמנות בלא המלכת הבעלים לשופרא דשטרא והלוה טוען כו' אם העדים כאן כו' אין סומכין על הנאמנו' אע"ג דכתוב וקנינא מיניה כו' כיון שאין המנהג פשוט בכל המדינה ע"כ.

הנה מדברי מרן לפום פשטן משמע דאם מנהג המקום הוא לכתוב הכל נאמנות בלא המלכת הבעלים ופשוט בכל המדינה אע"פ שאין כותבין אותו אלא לשופרא דשטרא אין הלוה יכול לטעון שכתבוהו בלא רשותו ואפילו העדים כאן לא מהני סהדותייהו

שכתבוהו בלא רשותו לשופרא דשטרא וכבר זה אין השכל מחייבו דכיון דכל הכותבי' אותו בלא המלכת בעלים אינו אלא משום שופרא דשטרא מה מקום לחייבו ואדרבא אפילו אין העדים כאן הי"ל להאמינו שנכתב בלא רשותו כיון דמנהג הכל הוא לכתוב כן משום שופרא דשטרא אבל הנראה נכון דכונת מרן ז"ל לומר דהמבחן לדעת אם כותבי' אותו לשופרא דשטרא או על דעת שיהיה קיים תלוי בידיע' המנהג שאם המנהג הוא שהרבה כותבי' בלא המלכת בעלים ויש מהם שאין כותבים בלא המלכת בעלים אז איכא למימר דאותם שכותבי' בלא המלכת בעלים אינו אלא לשופרא דשטרא דיש להם על מה לסמוך שמה שכתבוהו בלא המלכה הוא מפני שראו שטר אחר שכתוב בו נאמנות והעתיקוהו ממנו וחשבו שהוא שופרא דשטרא אבל כשהכל כותבי' בלא המלכת בעלים ודאי דיש לנו לתלות טפי שמה שכותבי' אותו הוא ע"ד שיהא קיים ולא לשופרא דשטרא דאין סברא לכתוב תנאי חדש דחיוב נאמנו' בלא המלכת בעלי' משו' שופרא דשטרא אם לא שכיון שהוא דבר פשוט שכל כותב שטר על עצמו מתחייב בחיוב זה לכך כותבים אותו בלא המלכת בעלים הילכך כשמנהג המקום הוא שהכל כותבי' נאמנות בלא המלכת בעלים אז תלינן סתמא דלא לשופרא דשטרא נכתב כי אם ע"ד שיהא קיים משא"כ כשאין המנהג פשוט לכתוב הכל נאמנות בלא המלכה אז אם העדים כאן ואומרין שכתבוהו לשופרא דשטרא מפני שראו שטר אחר נאמנים ודוק.

והנה דברי מרן ז"ל הללו הם ע"פ התי' שתי' בב"י סכ"א ליישב דברי הטור דלא תקשי מ"ש כאן בשם בע"הת עמ"ש הוא עצמו ר"סי ס"א ס"ה בשם תשו' הרא"ש דהרא"ש מיירי במקום שהוא מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות והבע"הת מיירי שאינו מנהג פשוט בכל השטרות יע"ש ועיין במה שהק' עליו הגד"ת בדקי"ט ע"ד והש"ך ס"ק ל"ג דבבעה"ת ובטור כתוב בהדייא שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות שלא כדברי מרן ז"ל וליתא דבבעה"ת אינו כתוב בכל השטרות כי אם בדברי הטור לבד וכבר כתב מוהר"ש חיון ז"ל בתשו' סי' ל"א דס"ט ע"ג דכיון דבבעה"ת אינו כתוב בכל השטרו' אפשר דאף בדברי הטור היה כתוב כן בספרי מרן ז"ל ומוהרח"ש בח"ב סי' ט"ז דע"ט ע"א כתב דמ"ש הטור כמו שרגילין הסופרים לכתוב בכל השטרות לפי תירוץ זה שתי' מרן ז"ל אין הכונה שהוא מנהג פשוט בכל הסופרים אלא שקצת סופרים או רובם כותבי' כן בכל השטרות שלהן וקצת הסופרי' אינן כותבי' כן וכעין זה כתב מוהריט"ץ ז"ל בתשו' סי' קל"ד דק"א ע"א ועיין עוד שם סי' ל"ד דל"ד ע"ג יע"ש ועיין עוד בתשו' הרב סי' כ"ה דע"א ובתשו' מוהר"ש גאון בס' משפטי' ישרים סי"ז דל"א ע"ב ובתשו' מוהרח"ש ח"ג סי' ס"ג דצ"ו ע"ג ובתשו' מוהרימ"ט חח"מ סי' נ"ד דס"ח ע"ב ובס' דרכי נועם ח"מ ס"ס י"ב ובתשו'

הרב זרע אברהם חח"מ ס"ה דע"ו ע"א גם מוהר"י הלוי בתשו' סי' ס"ו דקל"ח ע"ד כתב ליישב תי' זה שתי' מרן ז"ל ומה שיש לתמוה עליו מדברי מרן כאן בסי' ע"א ובתש

הלכה ו

שורש דין נאמנות שהאמין מלוה ללוה התנה **הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר פרעתי כו'**. הנה הטור בח"מ סימן ע"א כתב שם וז"ל אבל מלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן כו' ומיהו הלוה צריך לישבע שהוא פרוע אפילו בחיי מלוה כיון דלא כתב ליה מהימנת לי בלא שבועה דילמא ה"ק ליה מהימנת לי לבטולי שטרא וליהוי כמלוה ע"פ והוי כמאן דטעניה מלוה ע"פ וא"ל אידך נתתיו לך דמשתבע אידך שבועת היסת דיד בעל השטר על התחתונה ולכך נאמר שלא יועיל הנאמנות אלא לבטל את השטר אבל לא ליפטר משבו' אם לא שפי' עכ"ל והם דברי הרי"ף בפ' הכותב יע"ש.

והנה מדתלו טעמא משום דבעל השטר ע"הת להשביע ללוה משמע דס"ל דאף במוחזק בממון אם אינו זוכה בדין אלא ע"פ השטר כל שאינו מבורר לשון השטר לזכותו מוציאין מידו דאין ס' לשון השטר הבא לזכותו מוציא מידי ודאי חיובו בדין אע"פ שהוא מוחזק בממון ועיין בתשו' הרב בני יעקב סימן י"ב דר"ך ע"ד ולכאורה משמע דלא דמי למ"ש הטור בסי' מ"ב סי"ב וע"כ לא אמרו יד בע"הש ע"הת אלא כשהמלוה אינו תפוס משל לוה אבל אם תפס משל לוה ידו על העליונה וכתב מרן הב"י שם שטעם הדבר פירשו ההגהות בסוף ה' מלוה משום דהא דאמרינן יד בע"הש ע"הת היינו משום דהמע"ה השתא דבע"הש תפוס הוי אידך המע"ה עכ"ל וכ"כ בש"ע בהדיא שם ס"ח יע"ש הרי דכל שהוא מוחזק בממון דיינינן לשון השטר לסיוע המוחזק ולא אמרינן דידו ע"הת דאין לומר דחיוב שבועה כי הא דהכא לא חשיב כמוציא ממון וכמ"ש החבי"ב שם אות ך' כיע"ש. דהרי שבועה במקום ממון קאי לענין קי"ל בפליג' דרבוותא כנודע: וכ"כ הטור בשם הרא"ש סימן צ"ג לענין מיגו לאפטורי משבועה וה"נ לענין ע"א מסייעו אמרינן דפטור משבועה כמו ששנים פוטרין אותו מממון ועיין בס' חשק שלמה שם בסימן מ"ב הגב"י אות י"ז יע"ש.

ומיהו נראה לכאורה דלא קשיא מההיא כלל דהתם שאני שהספק בשטר הוא בעיקר החיוב שביד המלוה דהמחייבו ללוה והפוטרו הוא השט' וכשלשון השטר הוא מסופק ממילא מי שהוא תפוס ידו על העליונה דסמי מכאן זכות לשון השטר המסופק ולא תסייעיה לא למלוה ולא ללוה ממילא מי שהוא תפוס וטוען על שכנגדו שאינו חייב לו מהני חזקתו שפיר שלא להוציא מידו כדין מלוה ע"פ דעלמא דהמע"ה ואע"פ שתפס בעדים והו"ל חיובו ברור מ"מ כשטוען בבריא שחבירו חייב לו מהני תפיסתו שפיר אף

אם נאמר שלשון השטר אינו מסייעו ועיין למהר"ש ן' חסון בתשו' אשר לו בס' משפטי' ישרים סימן ח"ן דס"א ע"ב ד"ה אבל יע"ש משא"כ בדין שלפנינו שהספק הוא בעיקר הפיטור לא בחיוב דכי סמינן לשון הנאמנות שבשטר שלא לסייע לשום אחד מהם וכאלו לא נכתב נאמנות ולא שטר ממילא מתחייב הלוה שבוע' היסת למלוה מצד הדין כמלוה ע"פ דעלמא ואין מקום ללוה ליפטר משבועה אם לא עד שיאמר דהמלוה פטרו בנאמנות זה שבשטר הילכך ידו ע"הת דכיון דאיכ' למימר דהנאמנות לא נכתב אלא לבטל כח השטר וזה ברור.

וכן ראיתי להלח"מ ז"ל בפרקין שכתב ע"ד הטור והרי"ף הללו וז"ל וק' דאדרבא בע"הש שהוא המלוה והוא המוציא ראוי להיות ע"הת דהלוה מוציאין ממנו ואפשר לומר בזה מ"ש מהריק"ו בשרש ז' דאע"ג דראובן מוחזק אין חזקתו מועלת מאחר שמכח השטר בא להוציא ולהפקיע ולהסיע דין תורה כו' יע"ש מבוארים דבריו בזה כאשר כתבנו דמפני שהלוה מוחזק בממון אין מקום לפוטרו ולומר ידו על העליונה כההיא דסימן מ"ב כיון דהכא חיוב השבועה המוטלת עליו הוא מצד הדין אפילו אם נאמר דלשון השטר אינו מסייע לאחד מהם ודמי ממש להההיא דמוהריק"ו ז"ל.

ובכן אני תמיה לכאורה על מה שראיתי למרן הב"י בסימן מ"ב סי"ב דאחר שהביא דברי הראשונים ז"ל שכתבנו דכל שתפס המלוה מן הלוה ידו על העליונה ולא מפקינן מיניה סיים וכתב במחודשי' ב' וז"ל ומהריק"ו כתב בשורש ז' כשהלשון תלוי כו' ואפי' כשהוא מוחזק אם בא להפקיע בשטר מה שהוא מחוייב בדין אומרים יד בע"הש ע"הת עכ"ל כנראה מלשונו ז"ל דמהריק"ו חולק בזה ע"ד הראשונים שכתבו דכל שתפס המלוה מן הלוה ידו על העליונה דלדידיה אפי' במוחזק ידו ע"הת ובספר בדק הבית תמה ג"כ על מהריק"ו ז"ל אם ראה דברי הני רבוותא איך חילק עליהם והביא לשונו מרן החבי"ב שם בהגב"י אות ך' ועיין בס' בני יעקב דל"ה רע"א במה שתמה על הפ"מ בח"ב סימן ע"ב יע"ש.

ולפי האמור ומדובר לא זכיתי להבין דברי מרן דמי זה אמר דמהריק"ו חולק ע"ד הראשונים בההיא דאם תפס המלוה לא מפקינן מיניה דשפי' איכא למימר דאף הוא ז"ל אזיל ומודה לדבריהם ז"ל. מיהו שניא היא נדון דידיה דכי סמינן מכאן לשון התנאי המסופק שלא לסייע לאחד מב' ממילא יתחייב המוחזק מצד הדין משא"כ בנדון הראשונים ז"ל בשטר החיו' המסופק דכי סמינן מכאן לשון השטר ממילא [לא] יתחייב המוחזק במה שבידו וטענתו שאינו חייב לשכנגדו והמע"ה וכמו כן ק"ל לכאורה על הרב הגדול מהרימ"ט ז"ל בחח"מ סימן ק"ח דקי"ח ע"ב שהוקשה לו ע"ד מוהריק"ו מדברי

הראשונים ז"ל הללו שהביאו הטור ומרן בסימן מ"ב וכתב וז"ל וכבר עמדתי על דבריו במ"א וכתבתי דטעמא דמהריק"ו ז"ל דשאני הכא דכשותפין נינהו כל בני העיר במסיים אע"פ שצריך להוציא הממון עכשיו לא מקרי ראובן מוחזק טפי משאר בני העיר וכיון דכל ענייני מסים לפי ממון נגבית הרי ממון כולם בחזקת שעבוד בשוה הוא ולא כל המיגו דשמעון לפטור ממונו ולחייב ממון אחרים והבא להוציא החזקה זו מכח לשון השטר והלשון מסופק אין שומעין לו כו' ועוד איכא טעמא אחריתי דכיון שהספק בלשון השטר ואין לתופס טענת בריא כגון ההיא דמספקא לן אי אותו הפדיון בכלל ענייני צדקה או בענייני שאר מסים לא מצי ראובן מחזיק מספק דהו"ל תפיסת ספק לאחר שנולד הספק כמ"ש מהריק"ו בשורש צ"ד ובמ"א כו' ויש להביא ראיה מדברי הרי"ף בפרק הכותב כו' עכ"ל. ולפי מה שכתבתי לא היה לו צורך לזה דבלא"ה אינו דומה נדון מוהריק"ו לנדון הראשונים ז"ל דהתם הספק הוא בעיקר החיוב והפיטור ולכך יד המוחזק על העליונה משא"כ בנדון מהריק"ו שאין הספק בעיקר החיוב אלא בפיטור לבד הילכך הבא ליפטר מתוך לשון השטר ידו על התחתונה דהו"ל כבריא בחיובא וספק בחזרה דמוציאין מידו וכמדובר.

ותו ק"ל במ"ש ז"ל ועוד איכא טעמא אחריתי כו' דלמה זה יחשב ראובן הלז כתופס לאחר שנולד הספק כיון דהוא תפוס ועומד בשלו מאז ומקדם עד שלא בא החיוב הזה של פדיון שבויים והרי מהריק"ו בשורש צ"ד בנדון שלו שאמר השכיב מרע לשון אני מניח לפ' כך וכך ואפליגו רבוותא אי מהני לשון זה כלשון מתנת ש"מ כתב דאם אותו פ' קדמה תפיסתו למיתת המצוה הו"ל תפיסה מקודם שנולד הספק ומהני תפיסתו להוציא מחזקת היורשין כיע"ש וא"כ ה"נ דכוותא בנדון הרב ז"ל וכעת דבריו צל"ע.

וכבר ראיתי להסמ"ע בסימן מ"ב ס"ח סקכ"ג שתמה ע"ד מור"ם בס' המפה שכתב דלפי דברי הראשונים ז"ל שכתבו דכשלשון השטר מסופק בחיובו אם תפס מלוה לא מפקינן מיניה כ"ש בשובר שביד הלוה דהלשון מסופק דלא מפקינן מיניה כיון שהוא מוחזק דעומד בשלו מאז ומקדם ותמה עליו הסמ"ע דלא דמי שובר להההיא דדברי הראשונים ז"ל דהתם עיקר החיוב בספק ולהכי מהני תפיסה משא"כ בשובר דמסופק שעיקר החיוב ברור והספק הוא בפיטור דכל כה"ג איכא למימר אין ספק מוציא מידי ודאי והביא ראיה מדברי הטור והרי"ף ז"ל שבסי' זה יע"ש. והן הן הדברים האמורים ככל אשר כתבנו. שוב התבוננתי בדבר וראה ראיתי דההיא דסי' מ"ב נמי דמי ממש לההיא דמהריק"ו ז"ל דשפיר מדמי להו אהדדי מרן בבד"ה ומהרימ"ט שהרי לפי דברי הראשונים שכתבו דאפי' תפס מטלטלין בעדים לא מפקינן מיניה עכ"ל דהיינו משום דמסייעינן לתופס

בלשון השטר דאי לא היכי מהניא ליה תפיסתו דלדידהו ז"ל האי תפיסה היינו אפי' תפס שלא ברשות כמ"ש הרב בני שמואל בסי' ל"ז ואי לא דמסייעינן ליה בלשון השטר לא הוה מהניא ליה תפיסה בטענתו לבד כמ"ש הרב הנז' בפשיטות שם וכיון שכן ק"ל למרן בבד"ה ולמהרימ"ט ז"ל שפיר לדברי מהריק"ו מאי אהניא ליה תפיסתו זו שלא ברשות שהוא מחוייב בבירור במה שתפס בהדיא ופיטורו בלשון השטר הוא בספק ודוק. איברא דאכתי דברי הרי"ף ומהריק"ו הללו נראין כסותרין למ"ש הטור סי' ל"ד ס"ו דשובר שנכתב סתם פ' פרע לפ' מבטל כל שטר שיש לו עליו ומרן ב"י שם ובסי' מ"ג הביא תשו' הרבה מהרא"ש והרשב"א דסוברי' דיד בע"הש על העליונה אע"פ שעיקר החיוב מבורר והביאן בשולחנו סי' מ"ג סכ"ג וסכ"ו וסכ"ז והביא עוד תשו' להריב"ש בסי' ת"ד כיוצא לאלו דיד בעל השובר על העליונה ובתשו' הנז' דחה הריב"ש בתוך דבריו ראיית מהריק"ו שהביא מההיא דפ' הכותב כיע"ש. וכבר עמד בזה הלח"מ בפרקין והצריכו עיון יע"ש. ומה שתירץ לזה הרב בני שמואל שלא יהיו דברי מהריק"ו סותרי' ודברי הראשונים הנזכרים דבנדון השבויים מוחזקים ובא זה להוציאן מחזקתן הם דברים תמוהים כמ"ש הרב נ"מ בדל"א ע"א ד"ה וכל זה יע"ש.

וכן מה שתירץ ה"ה מוהרימ"ט בחח"מ סימן ק"ח דקי"ח ע"א דשאני נדון מוהריק"ו ז"ל דשני השותפים חשובים מוחזקים אכתי דברי הרי"ף שהביא הטור בדין שלפנינו אינן מתיישבים בזה כמבואר ותירוצו הב' שכתב דנדון מהריק"ו והרי"ף חשיב תפיסת ספק לאחר שנולד הספק זה לא יכולתי להולמו וכמ"ש לעיל דכיון שזה תפוס ועומד בשלו מאז ומקדם עד שלא בא לכלל ספק חיוב למה לא יחשב תפוס מקודם שנולד הספק.

ושוב ראיתי להש"ך בסי' מ"ב סקי"ח שתירץ גם כן כדברי מהרימ"ט הללו וכתב שהאריך בזה בספר תקפו כהן וכעת אין ספר זה מצוי בידי גם מה שתירץ לזה הרב נתיבות משפט בד"ל ע"ד וז"ל דבההיא דשובר תרוייהו מכח שטרא קאתו שהנושא בא מכח שטר הלואתו והלוה בא מכח שוברו ואינו צריך לשובר אלא לבטל כח השטר ההלואה שאם היה המלוה תובעו ע"פ היה נשבע היסת ונפטר נמצא שהמלוה הוא בעל השטר האחד ומחמתו הוא שהוצרך הלוה לסייע עצמו משוברו וכיון שכן ראוי הוא שתהיה יד המלוה ע"הת. אבל הכא בענין מלוה שהאמין ללוה שהמלוה תובעו שבועה מכח הדין אף בלא שום שטר וכשאר מלוה ע"פ והלוה רוצה לפטור עצמו מכח שטר הנאמנות אין ספק שהוא נקרא בע"הש וידו על התחתונה אע"פ שהוא מוחזק בנכסים ומטעם זה עצמו נתן מהריק"ו בנדון שלו דין בע"הש לזה המוחזק שפוטר עצמו מכח שטר כיון שהאח' תובעו מכח הדין והוא רוצה לפוטרו בלא כלום מכח הפיטור שכתב

לו ולכך ידה ע"הת אע"פ שהיא מוחזקת בנכסים עכ"ל. ואין בזה כדי שבועה לע"ד דלמה זה יגרע כח התובע בשטר חיוב ברור שבידו והנתבע רוצה ליפטר עצמו בשובר מסופק שבידו אע"פ שנכתב לבטל כח השטר טפי מתובע את חבירו מכח הדין לבד והנתבע בא ליפטר עצמו בכח שטר הפיטור המסופק שבידו שנכתב לבטל כח הדין כי לע"ד דא ודא חדא היא ואין ביניהם כמלא נימא וכי היכי דבשובר המסופק שנכתב לבטל כח השטר אמרינן יד בעל השובר על העליונה ה"נ אית לן למי' בשוב' שנכתב לבטל כח הדין.

עוד כתב הרב נ"מ דז"ל ועוד י"ל דכל היכא דכתב לה פיטור לפנים משורת הדין בנאמנות דהכא ובנדון מהרי"ק וכההיא דר"פ הכותב ראוי להקרא לבא מכחו בעל השטר ולתפוס הפחות שאפשר לתפוס ממנו שחזקה אין אדם מוותר כל כך משלו. אבל בשובר שלא כתב שום דבר לפנים משורת הדין אלא שכתב לו שובר ממה שפרע לו כל שיש ספק בדבר כמה פרע לו או מאיזה זמן הוא וכיוצ' חזר הדין לקרוא למלוה בע"הש שהוא המוציא ועליו הראיה. ושוב כתב וז"ל וכ"ז איננו שוה לדברי הריב"ש בתשו' סימן ת"ד שאחר שכתב כל הני דוכתי שנראה מהם שיד בע"הש ע"הע כתב ואע"ג דבפרק הכותב קרי לאשה יד בע"הש ע"הת התם הוא מפני שהבעל נקרא מוחזק בתקנת חכמים והוא שבא להפקיע מזכותו בשטר זה ידו על התחתונה אבל בע"ח אינו מוחזק דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ע"כ נראה מדבריו בפי' דבהני דוכתי בר מההיא דהכותב יד המוצי' מחבירו ע"הת כו' אך מה שיש לתמוה על הריב"ש הוא שכפי דבריו אין מקום לדברי הרי"ף כלל עכ"ל יע"ש.

ואין ספק דזה שכתב הרב דכל זה איננו שוה לדברי הריב"ש כו' הוא מפני שאם הריב"ש היה סבור כחילוק זה דכל היכא דכתב לחבירו פיטור לפנים משורת הדין ראוי לתפוס הפחות שאפשר לתפוס ממנו אפילו שחבירו יהיה מוחזק א"כ כשהוק' לו מההיא דפרק הכותב למה לו להרב ז"ל לומר דשאני הת' שהבעל נקרא מוחזק בתקנת חכמים כו' ולא הול"ל אלא דשאני התם דכיון דהבעל כתב לה פיטור לאשה לפנים משורת הדין ראוי לתפוס הפחות שאפשר לתפוס ממנו ואפילו יקרא האשה מוחזקת משא"כ בנדון הרב דאותה מחילה כיון שנכתבה לפשר דבר על דין ודברים שהי"ל לנמחל עם המוחל לאו לפנים משורת הדין הוא ולהכי יד הנמחל על העליונה ומדהוצרך הרב ז"ל לומר דההיא דפ' הכותב הוא משום דהבעל נקרא מוחזק מבואר דס"ל דאפילו בפוטר את חבירו לפנים משורת הדין כל שהוא מוחזק הנמחל על העליונה ושלא כדברי הרי"ף ומוהרי"ק ז"ל והוזקקתי לזה מפני שראיתי להרב בני יעקב בדל"ו ע"ב וג' תריץ יתיב כתירוץ הרב נ"מ וכתב ובהכי דברי הריב"ש סלקי' כהוגן שהוקשה לו ההיא דפרק הכותב ויישב דהתם

הוי לפי שהוא זוכה בתקנת חכמים והיינו היא גופה מ"ש דכיון דבלא תנאי הוא זוכה נמצא דהוי היא המוציאה ממנו משא"כ בנדון דידיה דהדבר הוא שקול ואין לזה חזקה יותר מזה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כמ"ש שם וה"ה לכל מילי דמייא להיא דפרק הכותב ואזיל ומודה בהא הריב"ש כההיא דמוהריק"ו והריף כו' והרב נ"מ כתב דכל זה איננו שוה לדברי הריב"ש כו' ולע"ד רב המקום ביניהם דיש מקום לדברי הריף ז"ל אף כפי דברי הריב"ש עכ"ל.

ולפי האמור אין מקום לדבריו ואם כדבריו מה לו להריב"ש לומר דהתם שאני דהבעל נקרא מוחזק וכמדובר והוא ז"ל הבליע בנעימה דברים אלו לפי דרכו מדברי הריב"ש ומדברי הנ"מ אמנם דברי הריב"ש אלו דחקן להרב נ"מ לפי דרך זה וכמובן. ולע"ד מלבד דתירוץ זה לא ניתן ליאמר לפי דברי הריב"ש ז"ל וכמ"ש הרב נ"מ עוד זאת תירוץ זה דחוי מעיקרו הוא בישוב דברי מוהריק"ו שהרי בנדון דידיה נמי מבואר מדבריו בריש התשובה דאותה מחילה שמחלו שמעון ולוי לראובן שיפרע בענייני צדקה שוה בשוה עמהם ולא לפי ממונו אלא בתורת חסד ולפנים משורת הדין כתבו לו כן אלא משום דין ודברים שהיה לו עליהם על חלק השותפות כתבו לו כן וכמ"ש בהדיא שם וז"ל אנחנו ח"מ באנו בפשרה עם ראובן כו' וכן מבואר בדברי הרב נ"מ אף כי לדברי מוהרימ"ט בח"מ סימן ק"ח לא משמע הכי כיע"ש. ואם הדבר כן אין מקום לתירוץ זה גם מהראיה שהביא מוהריק"ו מההיא דר"פ הכותב לפי דברי הראב"ד בפכ"ג מה' אישות והר"ן שם מבואר דסילוק הבעל לא מצד עצמו עשאו הבעל לפנים משורת הדין כי אם ע"פ תנאי זה נשאת האשה לו וכ"כ מהרימ"ט בח"א סימ' מ"ה אלא שהתוס' בפרק חזקת ופרק הכותב כתבו שהבעל עשאו מעצמו ועיין להרב בני יעקב דע"ה ע"ד.

ובכן מ"ש עוד שם הרב בני יעקב בדל"ז ע"א ד"ה ועדיין דהרשב"א והרד"ך ז"ל באותה תשובה שהביא מרן ב"י בס"סי ס"ה דהאומר לחבירו שטרי מחול לך הקטן מחול לך ולא הגדול דיד הנמחל ע"הת משא"כ באומר שטר לך בידי פרוע דהגדול פרוע כו' דהם ז"ל אזלי בשיטת מוהריק"ו והריב"ש יע"ש לפי האמור דאף מוהריק"ו אמרה למילתיה אף במחילת העשויה דרך פרעון ולא בתורת חסד לפנים משורת הדין אין מקום לדבריו ז"ל בזה ועיין בתשו' הרב תורת חסד בס"סי צ"ח שגם הוא ז"ל ייחס ג"כ דעת הרשב"א בתשו' הנז' עם דברי מוהריק"ו וכמ"ש הרב בני יעקב ולא כן אדמה לע"ד וכמדובר.

וראיתי עוד להרב ז"ל שכתב על מה שהקש' הלח"מ לדברי הריף דפרק הכותב שנראין דבריו כסותרין למ"ש הפוסקים בסימן נ"ד דיד בעל השטר על העליונה כתב הוא ז"ל דל"ק לדעתו לפי שהריף אזיל בשיטת הרשב"א בתשו' הנז' כדמוכח מדבריו בפי"ן

דקל"ב גבי ההיא דאיבעיא לן בבריא היאך ולא איפשיטא ופסק דלא מבטלינן שטרא מספק עכת"ד ז"ל יע"ש ואין זה מחוור לע"ד שהרי מבואר מדברי הנ"י שם דגריס בדברי הנ"י שם דגריס בדברי הרי"ף איפכא דמבטלינן שטרא ולא מפקינן מיתמי דאוקי ממונא אחזקתיה וכן כתב מהרימ"ט בח"א סימן קי"ט והרב גופיה לקמן סי' קצ"א יע"ש וצ"ע.

עוד ראיתי שכתב ז"ל וגם מה שהקשה הלח"מ לדברי הטור בסי' ע"א שכתב בדברי הרי"ף דפרק הכות' נראה לתרץ דשאני התם בענין נאמנות דאיכא ריעותא במילתא מדלא פי' נאמנות לגמרי בלא שבועה משמע דלא האמינו אלא לבטל כח השטר אבל קריא' ע"פ ודאי לא האמינו ואע"פ שהלשון קצת מגומגם זהו עיקר הכונה והכל מתוקן עכ"ל. ואין לזה כדי שביעה דגם בכותב בשובר שביד הלוה שפרע לו דינרים סתם ולא פי' שפר' לו כל חובו אית ביה ריעותא ואפ"ה כתבו הפוסקים דיד בעל השובר על העליונה. גם אם כדבריו ז"ל היאך כתב דהרי"ף כתב כן לפי שיטתו בההיא דפרק י"נ כי לפי דבריו הללו אפילו החולקים על הרי"ף בההיא דפרק י"ן ופסקו דמבטלינן שטרא דאוקי ממונא אחזקתיה הכא מודו לדברי הרי"ף משום דאיכא ריעותא בשטרא ומפקינן מיד המוחזק וכמ"ש הוא ז"ל לדעת הטור ואיך כתב הוא ז"ל דבריו סותרין זה לזה בתוך כ"ד וי"ל ודוק ומה שיש לעמוד ע"ד הרב הנז' במ"ש עוד שם עמ"ש בסימן קצ"א אכתוב לקמן בע"ה. ואיך שיהיה אכתי לא מצינו מנוח אשר יטב למה שהקשה הלח"מ שדברי מוהריק"ו והרי"ף נראין כסותרין לדברי הפוסקים שכתב הטור ומרן בסימן מ"ג ונ"ד דיד בעל השטר על העליונה.

וראיתי להש"ך בסימן מ"א סקמ"ה דמדברי הרי"ף לק"מ דהכא כיון שהנאמנות כתוב בשטר של לוה והמלוה הוא שמוציא השטר מסתמא לא המניה אלא לבטולי שטרא ולא לענין תביעה בע"פ עכ"ל ובסימן מ"ב סקי"ז כתב וז"ל ולק"מ דלעולם אמרינן יד בעל השובר על העליונה לבטל שטר שכן דרך לכתו' שובר לבטל שטר אבל אחר שנתבטל השטר א"כ הו"ל בעל השובר לענין תביעה בע"פ בעל השטר ושפיר אמרינן גביה יד בעל השטר ע"הת לענין דצריך לישבע יע"ש וכונת הרב ז"ל בשני המקומות לחלק בין נדון הרי"ף למ"ש הפוסקים בסימן נ"ד דיד בעל השובר על העליונה בשני חילוקים חדא דשניא היא נדון הרי"ף דכיון דזכותו של בעל השובר שהוא הלוה אינו יוצא מתחת ידו ככל שובר דעלמא אלא הוא יוצא מתחת יד המלוה בשטר חיובו של הלוה שבידו מש"ה תפסינן לשון הנאמנות בפחות שבלשונות ושלא האמינו אלא לבטולי שטרא דוקא ולא לפוטרו משבועה אף מתביעה בע"פ דמסתמא אם היה לו יפוי כח כזה היה כותב ומוסר זכותו בידו של לוה בשטר בפני עצמו ולא היה בידו של מלוה כיון דבידו לכבוש השטר

ולתובעו בע"פ אלא משום דקושטא הוא שלא האמינו אלא לבטולי שטרא לבד מש"ה הניחו בידו וברשותו של מלוה משא"כ בההיא דשובר שביד הלוה דכיון דהלה מוציא זכותו בידו כל דאיכא למתלי בזכות בעל השובר תלינן דהבא להוציא ממנו ידו ע"הת זו היא כונת הרב במ"ש בסימן זה אמנם בסימן מ"ב עלה לחלק באופן אחר דשאני נדון הרי"ף ז"ל דנאמנות לבטל כח השטר לבד עם הנאמנות שלא להשביעו אפילו בטענת דבע"פ הם שני עניינים נפרדים ולאו אורח ארעא למכתב שובר אלא על תביעה שבשטר לא על תביעה דבע"פ שאינו יכול לחייבו בתביעתו בממון אלא שבועת היסת בעלמא הילכך כל שלא פי' בהדיא שפוטרו אף משבועה ידו ע"הת דהו"ל כטוען תמורת המנהג שאין כותבין שובר לזה זה נראה ברור בכונת הרב ז"ל.

והדברים נכונים וראוים למי שאמרן אף כי לשונו של הרי"ף והטור מגומגם קצת לפ"ז דכל כי הא הו"ל לפרש דמה"ט דיינינן ללוה דין בע"הש ע"הת אע"פ שהוא מוחזק מ"מ אין זה מן הקושי כמובן ומ"מ אכתי דברי מוהריק"ו לא נתיישבו בזה דנדון שלו הוא בשובר שביד המוחזק ובא לבטל כח הדין כדרך כל שובר דעלמא ואפ"ה כתב דאין ס' לשון השובר פוטרו למוחזק מחיוב שהיה לו מכח הדין וזה נראה הפך דברי הפוסקים בסימן נ"ד.

והש"ך בסימן מ"ב סקי"ח כתב דלא פליג מהריק"ו עם דברי הפוסקים הנז"ל דמהריק"ו מיירי בשאינו טוען השותף בריא שפטרו אף מפדיון שבויים כמו שפטרו מצדקה ופוסקי' הנז' מיירו בשטוען הלוה בריא דהשובר קאי לכל מילי כו' יע"ש וכ"כ הרב פ"מ בח"ב סימן ע"ב דקל"ו ע"ב וכתב דבזה יתורץ גם כן מה שהקשה הסמ"ע דדברי הרי"ף והטור בסימן ע"א פליגי בההיא דסימן מ"ב לפי דברי מור"ם בספר המפה ולפי האמור לק"מ דבסימן ע"א מיירי הרי"ף והטור בדטעין המלוה בריא דלא פטרו משבועה יעויין שם.

וראיתי להרב בני יעקב בדל"ו ע"א ד"ה והנה כו' שתמה ע"ז דחילוק זה לא שייך אלא אי הוה אתינן לאקשויי אמוהרי"ק הוא דבכל דוכתא אמרינן דהיכא דיד בעל השטר על התחתונה אם תפס לא מפקינן מיניה ואלו מדברי מוהרי"ק משמע דאפילו ידו ע"הת אי תפס מפקינן מיניה וכפי קושיא זו שייך שפיר חילוק זה בין טוען בריא לטוען שמא אבל אין כן הקושיא דאדרבא אעיקרא דדינא קשיא עליה דלמה זה כתב דזה הוא בע"הש וידו ע"הת הרי אדרבא יד האחרים כו' והם בעלי השטר כדמשמע מדברי הנך רבוותא ז"ל. גם מ"ש דלפי זה מתורץ מה שהקשה הסמ"ע אחרי המחילה נמי הא ליתא ואף כפי חילוקו אכתי קשה קושיית הסמ"ע והרי כפי דברי כל הנך רבוותא אדרבה יד בעל השטר הוא

המלוה הבא להוציא מידו וכן בנדון הרי"ף ז"ל נמי כיון דאיכא ספקא הול"ל דאפילו משבועה פטרו ואם כן כפי קושיא זו מה שייך תירוצו והרי אפילו אם המלוה טוען בריא אכתי ספקא הוי וכיון שהלוה מוחזק אמאי אמרינן שיתחייב שבועה כו' שהרי גם בטוען בריא כגון ההיא דספל וקפל אמרינן דאין מוציאין מיד הלוה כיון דספקא הוי אלא דמ"מ כיון דתפס לא מפקינן מיניה כו' וכיון שכן למה זה הרי"ף דן את הדין לומר שהוא חייב שבועה והרי נמצא שאנו מוציאין עתה לכתחילה מלוה כיון שהלשון מסופק ולקו' זו לא יעלה ארוכה במ"ש הרב הנז' עכ"ל.

ולע"ד דברי הרב פ"מ מבוארין בטעמן ואין מקום למה שתמה עליו בזה דשפיר תריץ יתיב עיקר קו' זו דברי מהרי"ק ז"ל ע"פ חילוקו שחילק בין טוען בריא לטוען שמא דודאי כל שלשון השטר של החיוב ברור וכן אם נתחייב מכח הדין דהדין המחייבו ברור אף ע"פ שלשון השובר והפיטור מסופק דיינינן לשון השובר והפיטור לתועלת המוחזק וחשבינן למוציא ממנו בעל השטר לומר שידו ע"ת מיהו היינו דוקא כשהמוחזק טוען בריא דידע בנפשיה שפטרו לגמרי ופי' לשון השובר והפיטור הוא כדבריו כל כה"ג דוקא דיינינן למוציא ממנו בע"ש וידו ע"ת שלא להוציא מיד המוחזק דבריא ליה בחייובא ובריא ליה בפיטורא אע"ג דלדידן מספ"ל בפי' לשון הפיטור כיון דלדידיה דמוחזק בריא ליה שהפירוש בדבריו אין כח מידינו להוציא מידו אמנם כשהמוחזק הוא לא מצי טעין בריא בפי' לשון הפיטור כנדון מהרי"ק והרי"ף ואדרבא המוציא ממנו טוען בריא שלא פטרו מעיקר חייובו הברור אלא מהמובן מלשון הפיטור בפחות שבלשונו כל כה"ג ודאי דיינינן לשון השטר לתועלת המוציא וחשבינן למוחזק בעל השטר וידו ע"ת כיון דלא מצי טעין בריא בפיטור חייובו דהו"ל בריא בחייובא וספק בחזרה וכיון שעיקר סמיכתו לפטור את עצמו מחייובו הברור הוא באומרו שלשון השטר פוטרו הרי לשון השטר מסופק לכל וברור אצל המוציא להפך שפי' לחייוב ולא לפיטור הילכך ידו ע"ת ומוציאין מן המוחזק זה נ"ל ברור בכונת דברי הפ"מ והן הן דברי הש"ך ז"ל.

ומ"מ נלע"ד ברור דתירוץ הש"ך והפ"מ הלז אזיל בשיטת הרא"ש דס"ל בעלמא בכל ספק דין או מציאות אם תפס שלא ברשות דהיינו שלא בא לידו של תופס בתורת פרעון אלא דרך שאלה ופקדון לא מהני תפיסתו עד שיטעון בריא וכמו שביאר זו הרש"ך בתשו' סי' ל"ו אמנם לדעת רבינו והראב"ד והרי"ף והטור ור"ש בר ברוך שהביא בע"ת דס"ל דתפיסה אף שלא ברשות ואפי' לאחר שנולד הס' מהני כ"ש בנדון מהרי"קו דמהני אפי' טוען שמא כיון שבעל השובר תפוס מאז ומקדם קודם שנולד הספק ואפילו אי חשיב תפוס לאחר שנולד הספק כמ"ש מהרימ"ט הא מהני לדידהו ז"ל.

עוד ראיתי להרב בני יעקב שם דל"ו ע"ד ד"ה גם כו' עמד מתמיה עמ"ש עוד הרב פני משה במ"ש עוד שם שדברי התוס' דפ' הכותב שכתבו דר"א פליג אאביי ולדידיה לא אמרי' יד בע"הש על התחתונה בההיא דדין ודברים אין לי בנכסיך להפסיד לאשה שדבריהם סותרים למ"ש בפ' גט פשוט דקס"ו ד"ה רישא כו' דר"א נמי אית ליה יד בע"הש ע"הת ומפני זה כתב שמפרש פי' אחר בדברי התוס' דר"פ ככותב כו' וכתב עליו דאי משום הא לא אירייא דאפי' אם נפרש דס"ל דפליג אאביי ודאי לא פליג בכל דוכתא כו' אבל הא ודאי קשיא דא"כ התוס' חולקים על הרא"ש והטור ורוב הפוס' יע"ש ואני אומר ותמיהתו זאת אדמתמה על הר' פ"מ יתמה על מהרי"קו בשורש ז' שכתב כדברי הפ"מ והכריח דר"א לא פליג אאביי כדמוכח מההיא דגט פשוט ודוקא הכא קאמר ר"א הכי משום דבמאי דמשני אביי ק' עדיין מה שהק' בש"ס עליה יע"ש ולפי מ"ש הרב בני יעקב אין שום הכרח מההיא דגט פשוט לומר דר"א לא פליג הכא אאביי וכמדובר וכבר תמה על מהרי"קו בזה מהר"ש ן' חסון בתשו' הובאה תשו' בס' משפטים ישרים סי' ח"ן והכריח דר"א ודאי לא פליגי אאביי מההיא דאיבעייא לן אי עד עולם דוקא וכמ"ש הר' בני יעקב יע"ש וע"ע להרב עדות ביעקב סימן ע' דקפ"ג ע"ד ד"ה אם כו' שגם הוא ז"ל דחה ראית מהרי"קו מההיא דגט פשוט וכמדובר יע"ש וכ"כ ג"כ הר' תורת חסד סי' צ"א דס"ו סע"ד יע"ש ועיין עוד במ"ש הר' בני יעקב בשם הראנ"ח בכונת דברי התוס' דפ' הכותב יע"ש וכדבריו כתב ג"כ הר' ח"ה יע"ש ועיין למהר"ש ן' חסון בתשו' הנז' ולהר' תורת חסד בסימן צ"א.

וראיתי להש"ך שם שכתב עוד וז"ל וכן הריטב"א שהביא הנ"י מודה דאמרינן בשובר ידו על העליונה כיון שהוא מוחזק ולא פליגי התם אלא בכתוב בו דינרים דלא דיינינן דינרים טובא משום דלשון דינרי' משמע רק ב' כמ"ש ה"ה והמחבר ז"ל בסי"ב תדע דאל"כ למה הביא הנ"י שם פלוגתייהו בברייתא דדינרים הו"ל לכתוב כן לעיל מיניה במתני' דזוזי ק' דאינון ל' סלעים אלא ודאי כמ"ש ע"ש עכ"ל ואשתמיטיתיה להר' עיקר דברי הריטב"א בחי' לכתובות והובאו דבריו בש"מ בפרק הכותב והביאן ג"כ הרב נ"מ דל"א ע"א והר' עדות ביעקב בדקפ"ד ע"א שכתב וז"ל אבל כשיש שובר לשון סתום שסובל ב' משמעיות והרי הוא מסופק אם נמחל החוב בלשון ההוא דכ"ע יד בעל השובר ע"הת ויד בעל החוב על העליונה כיון שחייובו ברור וכדאמר אביי הכא ור"א נמי מודה ליה בהכי עכ"ל הרי שכתב סתמא דכל שיש בשובר לשון שסובל ב' משמעיות כו' ולא נקט דינרים דוקא וכמ"ש הש"ך דדוקא בדינרים אמרה הריטב"א למילתיה דליתא ולפ"ז בשובר שכתוב שקיבל בע"ח זוזי ק' דאינון ל' סלעים דיינינן נמי דל' סלעים גרועים קאמ' דשוה ק' זוזי

ולא שחזר בו דקאמר ק' זוזי דאינון כ"ה סלעים דיד בעל השובר על התחתונה כיון שחייובו ברור ואע"ג דטעין בריא בעל השובר שנתן לו ל' סלעים כדמשמע מפשט דברי הריטב"א ודלא כהש"ך.

ומ"מ אף לדעת הריטב"א מבואר יוצא מדבריו דדוקא בכה"ג שלשון השובר מסופק הוא דאמרינן דיד בעל השובר ע"ה אבל כשלשון השובר הוא ברור והספק הוא בענין אחר כאותה שכתבו הפוסקי' והביאן מרן בש"ע סי' מ"ג סכ"ד וסכ"ה וסכ"ו וסכ"ז אף לדעת הריטב"א יד בעל השובר ע"הע וכמ"ש הרב בני יעקב בדל"ז ע"ג ד"ה איך שיהיה כו' ונמצא לפ"ז דהריטב"א לא נחלק על שאר הפוס' בזה אלא בשובר שכתוב בו דינרים סתם דלדעת הריטב"א דיינינן דתרתי דינרים קאמר ולדעת שאר הפוסקים טובא משמע ונמחל כל הדינרים שבחוב וכן אם היה כתוב בשו' למעלה קפל ולמטה ספל חיישינן דזבוב מחק רגל הקוף וספל דקאמ' היינו קפל ודלא כמרן ב"י שכתב בסי' מ"ב שכתב דכל כה"ג בשובר ידו ע"הע דזהו לשיטת החולקי' על הריטב"א אבל לדעת הריטב"א יד בעל השובר ע"הת כיון דהספק הוא בלשון השטר דכתוב ספל וקפל וכן אם היה כתוב ק' זוזי שהם סלעים ל' לדעת הריטב"א דיינינן דה"ק סלעים ל' גרועים שהם זוזי ק' אמנם לדעת החולקי' על הריטב"א וגם הרא"ה והנ"י בההיא דדינרי' כמ"ש מרן ב"י בסי' מ"ב דיינינן לשון השטר בחזרה דמעיקרא קאמר זוזי ק' וחזר בו ופי' שאינו כן אלא דאינון סלעים ל' דיד בעל השובר על העליונה כיון שהוא תפוס בממון ומבואר הוא דלדעת הריטב"א אפי' בדטעין בריא בעל השובר לא צייתינן ליה כיון שחייובו ברור ולשון השובר שבידו הוא גרוע ונסתר מחמתו אמנם דלדעת החולקים על הריטב"א דוקא בדטעין בריא בעל השובר הוא דצייתינן ליה אפילו כשלשון השטר גרוע וסתום אבל אי לא טעין בריא ודאי דידו ע"הת דאז הו"ל בריא בחייובא וס' בחזרה וכמ"ש הש"ך ליישב דברי מהרי"קו שלא יחלוק עם שאר הפוסקים וכן כל הדינים שכתב מרן בסי' מ"ג אע"פ שהספק אינו בלשון שבשטר ושבשובר דוקא בדטעין בריא הוא דלא מפקינן מיניה דאי לא הו"ל בריא בחייובא וספק בחזרה כנלע"ד ברור.

ודרך אגב ראיתי לעמוד עמ"ש הריטב"א עוד בתחילת דבריו שם בר"פ הכותב הביאן הרב בשיטה המקובצת דצ"ד ע"ג ד"ה רב אשי כו' וז"ל רב אשי אמר בנכסייך ולא בפירותיך כו' פי' רש"י אין לך אלא דקדוק הלשון כו' וק"ל אבייי היכי לא תריץ כדרב אסי דהא מתני' היא בנדרים קונם ביתך שאני נכנס מת או מכר אותה מותר כיון דמית לאו ביתו הוא וי"ל דהתם הוא בנדרים ומשום דאמר רחמנא ככל היוצא מפיו יעשה אבל לגבי מקח וממכר ושעבוד ומשא ומתן של בני אדם אורחא דאינשי הוא לומר נכסייך

אפי' מן הפירות וכאומר נכסי לפ' דמשמע בין מן הגוף בין מן הפירות וכן כשאומר בנכסייך לאו למעוטי כשתמות אלא כאומר בנכסיך דהשתא ומיהו כיון דלא אמר דין ודברים כו' והוא לשון סתום וגרוע אין לו אלא פחות שבמשמעות הלשון ורב אשי סבר כי מגוף הלשון יש לנו לדייק דמגופה בלחוד מחיל דכיון שזה הלשון הוא לשון סילוק ומחילה הא אין לך אלא לדקדק בלשון כל מה שתוכל להוריע כחה ומשום דיד בעל השטר ע"הת אלא דמר אתי עלה מחד טעמא ומר מטעמא אחרינא עכ"ל הנה מבואר יוצא מתוך דבריו ז"ל דמפשט פשיטא ליה דהאומר נכסי לפ' בין מן הגוף בין מן הפירות משמע וכן לאו דוקא זכה המקבל בנכסים בעוד הנותן בחיים אלא זכה בהם לגמרי אף לאחר מיתת הנותן וכ"כ ג"כ הריב"ש בסי' ר"ז ומהרי"קו שורש ז' יע"ש.

וראיתי להרב עדות ביעקב סי' ע' דקפ"ג ע"ב ד"ה ובאמת כו' עמד מתמיה על דבריהם שהרי שטרות ונדרים כי הדדי נינהו לענין שהולכים בהם אחר לשון בני אדם וכדאמרינן בס"פ קונם יין הנודר מיין עד אדר אם אדר ראשון קאמר או אדר ב' דומיא דשטרות וה"נ אמרינן בפרק מי שמת לענין האומר נכסי לבני דקרו אינשי לבר ברא דומייא דהנודר מהבנים וה"נ אמרינן בר"פ הנודר מהמבושל דבנדרים הולכים אחר לשון בני אדם ולא אחר לשון תורה וכ"כ הרב לח"ר בתשו' סי' קי"ג דהולכים בשטרות אחר האומדנא כמו בנדרים ואע"פ שמצינו בש"ס פרק י"נ נכסי לך ואחריך ליורשי וכן בפרק הכותב הכותב נכסיו לאשתו כו' והתם היינו גוף ופירות וכן בכמה מקומות בתלמוד הא לא מכרעא דאיכא למימר דמיירי שאמר הלשון כדינו דהיינו נכסים אלו א"נ הן ופירותיהן וכן כל ההנאות הנלוות אליהן ותלמודא לא הוצרך להאריך ולפרש תדע שהרי שנינו בנן נוקבן דיהוי ליכי מנאי תהוון יתבן בביתי ומתזנן מנכסי בחיי ובתר חיי עד דתלקחן לגוברין וכן את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותיך כו' ואם איתא דלא ילפינן מנדרים לממונות לימא סתמא ולמה ליה לתנא למימר בחיי ובתר חיי וכן כל ימי מגר אלמנותי הרי סתמא נמי שעבודו וחיובו עליהם לעולם והאריך בזה ושם בדקפ"ד ע"א ד"ה אשר כו' העלה לענין דינא דבריא האומר בזה הלשון נכסי או ממוני נתונים לך דאחר שימות יכולים היורשים להוציא אותם מידו דהא נכסיו קאמר בעודן נכסיו ולא לאחר מיתה שבוטל שמו מעליהן והניח דברי הריטב"א והריב"ש ומהרי"קו בצ"ע יע"ש.

ואחרי המחילה הראויה לעוצם קדושתו וחכמתו דבר זה לא ניתן ליאמר לע"ד דאיך הפה יכולה לדבר דהאומר נכסי נתונים לך בעודן נכסיו קאמר ולא לאחר מיתתו שהרי מיד שאמר נתונים לך ויצאו מכלל רשותו תו לא מקרו נכסיו ואיך אפשר לדייק לישנא דנכסי בעודן נכסיו מאחר שאמר נתונים וע"כ כדי שלא יהיו דבריו סותרים ז"לז תוך

כדי דבור עכ"ל דה"ק נכסי דקרוים עד השתא נתונים לך מכאן ואילך ויקרא בהם שמך וכיון שכן היאך יכולים היורשים להוציאו מתחת ידו אחר שזכה בהם לעול' ונק' שמו עליהן ולא שם בעלים דפק' מיניהו בזכייתו בהם ואלו היה הרב אומר שלא זכה המקבל אלא בגוף הנכסים ולא בפירות אפשר שהיינו מודים לו דהכי משמע לישנא דנכסי דומיא דמאי דקאמ' רב אשי בנכסיך ולא בפירותיך אבל שלא יזכה בהם לעולם זו אינה תורה בלשון זה דנכסי נתונים לך כדאמרן ודוקא בלשון סילוק ומחילה כההיא דאומר דין ודברים אין לי בנכסיך שייך למימר ולמידק לשנא דבנכסייך ולא לאחר מיתה ולא לאחר מכירה אבל בלשון זה דנכסי נתונים לך אין סברא למידק הכי כמובן. ומ"מ אף לענין הפירות נמי נראה שזכה המקבל כמ"ש הרבנים הנז' ומה שהוק' לו להרב דנדרים ושטרות כי הדדי נינהו יש לישב לע"ד דודאי אף הרבנים הנז' אזלי ומודו בהכי אלא דס"ל דה"ן בלשון בני אדם נמי (בשאר מילי חוץ ממקח וממכר ושעבוד של משא ומתן) לשון זה דנכסי ונכסייך כד דייקינן לישנא ודאי דלא לאחר מיתה ומכירה ולא לענין פירות קאמר דכך הוא משמעות הלשון בלשון ב"א ומה"ט אמרו גבי נדרים דהאומר קונם לביתך שאני נכנס דאם מת או מכרו לאח' מותר דהשתא לא מקרי ביתו דביתך בלשון בני אדם היינו בעוד הבית ברשותו קאמר דוקא דאז קרו ליה ביתך ולא לאחר מיתה ומכירה מיהו בענין משא ומתן ומקח וממכר ושעבוד ומתנה לא דייקי בלישנא ואע"ג דקאמר ביתי או שדי מכור או נתון לך או משועבד לך מכור לו לעולם בין מן הגוף בין מן הפירות ולא ילפינן מינה לענין נדרים בענין זה משום דהכא איכא טעמא לחלק בין משא ומתן לנדרים דבענין משא ומתן איכא אומדנא דמוכח דהמוכר או הנותן או המשעבד ביתו דעת המוכר והנותן והמקבל על הכל בין עיקר הגוף שיהיה קנוי למקבל לעולם ובין על הפירות דאי לא יהיב ליה אלא גוף הבית לבד ולא לעולם ולא לפירות מאי קא יהיב ליה הא לא יהיב ליה מידי דגוף הבית לבד בלי פירות אין כאן מתנ' של כלום דכיון שדעתם ליהנות ממכר או מתנה זו אין כאן הנאת המקבל אם לא שיהא שלו הגוף והפירות וכ"ש היכ' דיהיב מעות הלוקח או מלוה לו מעות על שדהו דודאי דעתו על הגוף ועל הפירות הילכך משו' אומדנא זו לא דייקי' לישנא דנכסי לך במשא ומתן אע"פ שמשמעות הלשון הוא להפך וכ"כ הרשב"א בחי' הביאו הרב בש"מ דף הנז' יע"ש הילכך בענין זה כתבו הרבנים הנז' דשאני נדרים משטרות משא"כ בעלמא כההיא דאדר ראשון וב' וכההיא דקרו אינשי לבר ברא וכן בכל מילי דילפינן נדרים משטרות כיון דלישנא דאינשי בחד מינייהו בגוונא חדא ולא משום אומדנא מהפכינן הלשון ילפינן חד מחבריה שפיר כיון דבנדרים הולכים אחר לשון ב"א וכך הוא לשון ב"א בשטרות ולא

משום אומדנא כדהכא כנלע"ד ועיין ג"כ להרשב"א שם שגם הוא ז"ל כתב כדברי הרבנים הנזכרים בפשיטות ושלא כדברי הרב עדות ביעקב שם יע"ש ומיהו מבואר יוצא מתוך דברי הריטב"א דבענין סילוק ומחילה לרב אשי דתלי טעמא דבנכסייך ולא בפירותיך דייקינן האי לישנא דביתך ולא לאחר מיתה כדדייקינן גבי נדרים משום דיד בעל השטר על התחתונה ולפי דבריו משמע לכאורה דמי שהיה ביתו ושדהו משועבד לחבירו מפני חוב שהיה לו עליו וכתב לו בעל החוב ידי מסולקות מביתך ושדך א"נ שעבודי מסולק או מחול מביתך ושדך וקנו מידו כשמת בע"הב חזר השעבו' למקומו דהא לא סילק ומחל שעבודו אלא בעוד הבית ברשותו ולא כשמת ונכנס לרשות היורשים מיהו אם מכרו לאחר אין יכול להוציא מיד הלקוחות דאע"ג דכשמכרו לאחר אינו נקרא ביתו כדתנן בנדרים קונם לביתך כו' מת או מכרו לאחר מותר מ"מ הכא ליכא למימר הכי דא"כ למה כתב לו שמחל שעבודו מביתו אם לא לענין זה שיוכל למוכרו לאחר וכההיא דתנן בר"פ הכותב א"כ למה כת' לו דין ודברים אין לי בנכסייך שאם מכרה ונתנ' קיים יע"ש.

ואפשר לומר דבמחל שעבודו בלשון זה דמביתך ושדך אדרבא איכא למימר איפכא דלא סילק שעבודו אלא לענין שאם מת דוקא לא יוציא אותה מרשות היורשים אבל אם מכרו לאחר לא מחל שעבודו משום דמכירה שכיחא טפי ממיתה וממילת' דלא שכיחא מסלק איניש נפשיה כדאמרינן התם בר"פ הכותב אלא דהתם דוקא אמרינן דמיתה שכיח טפי ממכירה כמ"ש התוס' שם דפעמים הרבה מסתכנת בלידה אבל בשאר אינשי אדרבא עניות שכיח טפי ממיתה וליכא למימ' דגבי מוחל שעבודו בלשון זה דמביתך ושדך אית לן למימ' דלא סילק שעבודו אלא בעוד הבית ברשותו דוקא אבל מת או מכרו לאחר לא מחל שעבודו כלל דגבי ההיא דדין ודברים אין לי בנכסייך דוקא אמרו דבמכירה סליק נפשיה משום דליכא למתלי במילתא אחריתי כדאמרינן התם. אבל הכא הא איכא למימר דסילק נפשיה ושעבודו ממנו בעוד הלוה בחיים שאם יבא זמן גביית חובו לא יגבה מהלוה מביתו ושדהו בעודו ברשותו אבל לא כשמכרו ומת הא ודאי ליכא למימר וכמ"ש מהרימ"ט בח"א סי' מ"ה דמ"ז ע"ג ד"ה וגדולה מזו דהמסלק שעבודו מקרקע חבירו אם לא מכרו ועדיין הוא ברשות הלוה והגיע זמנו של זה גובה אותה בחובו שאין גבייה מטעם שעבוד דאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גביית חוב מקרא מלא הוא והאיש אשר אתה נושא בו יוציא אליך את העבוט החוצה ואפילו אם התנה בפי' שלא יגבנו כלום יש בדבריו ממש דלא אמרו שאדם יכול להסתלק אלא משעבוד או מזכות שראוי לזכות כגון בכותב לה בעודה ארוסה שאינו זוכה מעיקרא בנכסים עכ"ל וכיון דלא מהני מחילת שעבוד מקרקע הלוה לענין שלא יוכל לגבו' חובו ממנו כשיגיע זמנו

עכ"ל דלא כתב לו מחילת שעבוד אלא לענין מכרו לאחר או מת כמדובר.

ושוב ראיתי שגם הרב מוהרימ"ט ז"ל לא אמר כן אלא כשמסלק עצמו משעבוד חובו מקרקע חבירו בלשון סילוק בעלמא בלא קנין דלאו מגופא של שדה קנו מידו אבל בקנו מידו דבגופא של שדה קנו מידו אף גביית חובו אינו גובה ממנו וכמ"ש בפרק מי שהיה נשוי דצ"ה ע"א עלה דמתני' דמי שהיה נשוי שתי נשים דכתבה הראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך כו' ואמרי' בגמ' וכי כתבה לה מאי הוי ואוקימנן בשקנו מידה ועיין להרב משל"ל ברישׁ פכ"ג מה' אישות ד"ל ע"ד ד"ה והנה בדין מלוה כו' ובמאי דשקיל וטרי שם דל"ב ע"ב ד"ה ודע בתשו' מהרימ"ט הלזו כו' וע"ע להרב בני יעקב בדע"ה ע"ג וע"ד יע"ש וא"כ שפיר איכא למימר לפי דברי הריטב"א דהמוחל שעבוד חובו מקרקע חבירו בלשון זה דביתך ושדך וכיוצא

הלכה ז

ומ"ש עוד רבינו **אבל אם בא לגבות מיורשיו ואח"כ יגבה כו'**. כ"פ מרן בש"ע סימן ע"א סי"ו ועיין במ"ש הסמ"ע ס"ק ל"א ובמ"ש על דבריו לקמן ועיין עוד במ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ב ובמה שהשיגו עליו הרב שפתי כהן בס"ק ל"ט והרב טורי זהב ז"ל וכדבריהם כתב ג"כ הרב נתיבות משפט בדקע"ה ע"ג ד"ה ומ"מ יע"ש. ועיין עוד להסמ"ע בסי' ק"ח סק"ך ולהרב נ"מ ז"ל שם ד"ה שבתי וראה יע"ש ומצאתי ראיתי מי שסובר כדברי הסמ"ע ז"ל ולהראשונים ז"ל הובאה סברתו בש"מ להר"ב ז"ל בכתובות פ' הכותב דק"ה ע"ד וז"ל שם כתב הרשב"א וז"ל אבל יורשיו משביעי' אותה כו' איכא דמפרש שכל פטורים אלו שבמשנתינו אינן אלא על דברים שנשתמשה בחיי בעלה אבל דברים שנשתמשה אחר מיתת בעלה לא לפי שכבר נתרוקן זכות הנכסי' ליורשי' או אצל הלקוחות ואין תנאי שלו מועיל לנכסי' שאינן שלו וכ"ן מלשון רש"י ז"ל ולפי דבריהם כו' נמצא עכשיו דכל הפוטר את חבירו מידי שבועה וכתב לו נדר ושבועה אין לי עליך לא האמינו אלא עליו לבד אבל יורשיו משביעין אותו שלא נפרע משל אביהם בחייו ואם האמינו עליו ועל יורשיו אינן יכולים להשביעו על ספק מה שנעשה בחיי אביהם אבל על טענת עצמם כגון שטענו עליו שהם פרעוהו משביעי' אותו שאין תנאי מועיל במה שנעשה לאחר שנתרוקן רשות הנכסי' אצל היורשים שאין נכסים אלו שלו אלא של אחרים וה"ה ללקוחות עכ"ל. הרי שכתב ז"ל דכל שנתרוקנו הנכסים אצל היורשים לא מהני נאמנות לגבייהו אפי' פי' עלי ועל יורשי אלא לענין שבועה שנפרע מאביהם ולא לענין שבועה שפרעוהו הם עצמם וכדברי הסמ"ע ז"ל.

ולענין הלכה למעשה אין לסמוך על סברת הסמ"ע ז"ל בזה דאף שמצינו לו סמוכות

מדברי הרשב"א שכתבנו כיון דהרא"ש והטור ובעל העיטור ובעה"ת חולקים ע"ז ואף הרשב"א כתב שם פי' אחר בההיא מתני' דלאותו הפי' מועיל הנאמנות אף אם נתרוקנו הנכסים אצל אחר כיע"ש ודאי דהכי נקטי' וכ"כ הרב עדות ביהוסף ח"ב סי' י"ג דל"ז ע"ב דליתנהו לדברי הסמ"ע כמ"ש הרדב"ז בתשו' כ"י יע"ש. הלכך אי כתוב בשטר שהאמין הלוה למלוה ואת יורשיו עליו ועל יורשיו ולא כתב שפטרו מכל מין שבועה כל כה"ג בין לדעת בעל העיטור בין לדעת בעה"ת ז"ל הלוה ויורשיו יכולים לטעון שלא נפטרו יורשי המלוה אלא משבועת עצמן אם יטענו עליהם שנפרעו הם עצמן מהלוה או מיורשיו אבל לא נפטרו משבועת היורשין דהיינו שבועה שלא פקדנו אבא ואע"פ שלדעת הרא"ש והטור ז"ל נר' דאף בנאמנות סתם שלא פי' כל מין שבועה מועיל הנאמנות לכל מין שבועה מ"מ כל שהלוה או יורשיו מוחזקים בממון יכולים לומר קי"ל בבעל העיטור ובעה"ת ז"ל שלא נפטרו יורשי המלוה משבועה דשלא פקדנו אבא ונראה דאף כשיורשי הלוה אינן טוענין בבריא שאביהם פרע למלוה אלא טוענין בשמא ורוצים שישבעו להם היורשים של המלוה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע כו' דמשבועה זו לא פטרם אביהם לפי סברת הר"ב העיטור ובעה"ת ז"ל הלזו נראה ודאי דיכולים להשביעם אבל ב"ד אין טועני' בשבילם כמבואר בבעה"ת שער י"ד ח"ט ס"א ואף שמדברי הגד"ת ז"ל דפ"ז ע"ב ד"ה ואני כו' לא משמע הכי הרואה יראה שאין הכרח לדבריו ז"ל במה שדקדק מלשון הבעה"ת ועיין בבעל העיטור מאמר ה' ודוק ועיין להפמ"א ח"א סי' ל"ט דפ"ו ע"ד מ"ש על דברי הגד"ת ז"ל ולמ"ש לא נ"מ מידי ומ"מ נראה שלא ראה הרב דברי הבעל העיטור במאמר הנז' ועיין עוד להבעה"ת שער י"ד ח"ט ס"א ואם כתוב בשטר שהאמין את המלוה ואת יורשיו ופטרם מכל מין שבועה ממנו ומיורשיו אע"פ שלא כתב בפירוש שפטרם אף משבועה דשלא פקדנו אבא שהיא שבועת היורשים אע"פ שלדעת בעל העיטור ז"ל אינו מועיל לפוטרם משבועה זו כיון דלדעת בעה"ת ז"ל וכ"ש לדעת הרא"ש והטור ז"ל כל כה"ג מועיל הנאמנות שלא להשביעם ליורשי המלוה אות' שבועה דשלא פקדנו אבא ודאי דאין כח ביד הלוה לתבוע בב"ד להשביע' אפילו הם מוחזקי' בטענת קי"ל כבעל העיטור כיון דסברא יחידאה היא.

וראיתי להנ"מ שם דקע"ה ע"ב ד"ה ומ"ש אחר שהביא דברי הר"ב העיטור ובעה"ת כתב ונר' לכאור' שהם מפרשי' מתניתין דפ' הכותב דקתני כתב לה נדר ושבועה כו' הוא אינו יכול להשביע כו' אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה כו' דבשבועת עצמן קאמר כגון דטעין פרענא ליתמי ובהא דוקא הוא דקאמר שהוא אינו יכול להשביע אבל שבועת היורשי' דהיינו שבועה דשלא פקדנו אבא אף הוא משביע את יורשיה וא"כ הוא הדבר

קש' לשמוע דמאותה סוגייא דסו' שבועות דפריך התם לרב ושמואל דאמרי דבמית לוה בחיי מלוה א"א מוריש שבועה לבניו מסיפא דהך מתני' דקתני אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה והוצרכו להעמיד חלוקת יורשיה בגרושה שלא נתחייבה לישבע מוכח דס"ל לתלמו' דבשבועת היורשי' קאמר במתניתין דיורשיו משביעין ליורשיה אבל הוא עצמו אינו יכול להשביע' שבועה זו וזה הפך דברי העיטור ובע"ת ז"ל שכתבו דאף הוא יכול להשביעם שבועה זו.

ולישב קו' זו לדעת בעל העיטור ובע"ת כתב דבגוונא דמתני' שכתב לה כלשון הזה נדר ושבועה אין לי עליך ועל יורשיך ועל הבאי' ברשותיך אף הר"ב העיטור ובע"ת אזלי ומודו דאפילו שלא כתב לה בלי שום שבועה נמי פטר להו אף משבועה דשלא פקדנו אבא כאלו פי' להו בהדייא שאם כונתו היה לפטו' ליורשיה משבועת עצמן דוקא ל"ל למכתב ועל יורשיך כיון דכתב לה ועל הבאי' ברשותיך ואין לך בא מכחה גדול מיורשי' וכמ"ש הרי"ף בתשו' והביאה הטור בסימן זה אלא עכ"ל שכונתו לפטור ליורשיה אף משבועה דשלא פקדנו וה"ק נדר ושבועה אין לי על יורשיך לפוטר' משבועת היורשי' ועל הבאים ברשותי' יורשי' ושאר כל אדם משבועת עצמן אבל כל שכתב לה נדר ושבועה א"ל עליך ועל יורשיך לבד יכול להשביע ליורשיו שבועת היורשי' כיון שלא פטרם בפי' גם מזו לס' הר"ב העיטור או שלא כתב לה בלי שום שבועה לבע"ת ז"ל יע"ש.

ולמדנו מדבריו לענין נאמנות נמי שאם כתב לו הלוה למלוה שהאמינו עליו ועל יורשיו ועל הבאים ברשותו הו"ל כאלו פירש בהדייא שפטרו אף משבועת שלא פקדנו לכ"ע.

ואני אומר אף ע"פ שהחילוק שכתב נכון בטעמו והדין דין אמת לשיטת הראשונים מיהו בלאה יש מקום לישב שי' הראשוני' הללו אף לדעת הרמ"ה שחולק על הרי"ף וס"ל דאין בכלל לשון הבאי' ברשותו אלא לקוחות ומקבלי מתנה לבד ולא יורשי' והוא דאע"פ דלפי שי' הראשו' הנז' ע"כ לפרש מתני' דפרק הכותב דקתני הוא אינו יכול להשביע כו' אבל יורשיו משביעי' כו' דבשבועת עצמן קמיירי ולא בשבועת היורשי' מ"מ שפיר פריך הש"ס בסו' שבועות לרב ושמואל דאמרי אין אדם מוריש ש"ל מסיפא דהך מתני' דקתני אבל יורשיו משביעין אותה מת יורשיה כו' ואע"ג דמתני' בשבועת עצמך דוקא קמיירי היינו משום דבשבועת היורשי' לא מפטרי לעול' ובין הוא ובין יורשיו משביעי' אותם ומתניתין לא קתני אלא שבועת עצמן דוקא דהוא אינו יכול להשביע' אבל יורשיו יכולי' להשביעם מיהו מדקתני סיפא דיורשיו משביעין ליורשיה שמעי' דבשבו' זו מיהא גבו שפיר והשתא פריך תלמו' שפיר דאם איתא לדרב ושמואל דאין אדם מוריש ש"ל אכתי היכי גבו בשבועה זו הא אכתי בעו לאשתבועי שבועה שלא

פקדנו ולא מצו לאשתבועי מטעמא דאין אמש"ל וכיון דס"ס משום שבועה דשלא פקדנו לא מצו לגבות כתובתה למאי הלכתא קתני מתני' דיורשיו יכולי' להשביע את יורשיה כיון דלא נ"מ מידי משבועה זו כיון דאכתי לא מצו היורשי' שלה לגבות משום דלא מצו לאשתבועי שבועת היורשי' אלא ודאי ליתא לדרב ושמואל וע"ז תריץ יתיב תלמו' דחלוקה זו דיורשיה בגרושה קמיירי דמצו שפיר היורשי' לאשתבועי ודוק.

ועפ"ז יתיישב ג"כ מה שהק' עוד הרב הנז' שם דקע"ה ע"א ד"ה אך קשה כו' על דברי הרא"ש והמרדכי יע"ש הדרן לדמעיקרא שדברי הסמ"ע בדין זה לאו דסמכא נינהו כאשר הוכיחו הש"ך והט"ז והנ"מ ותמהני ממרן החביב דבהג"הט אות נ"ח ונ"ט העתיק דברי הסמ"ע ומלבד דלא השיגו מדברי הראשו' הנז' עוד זאת דעמ"ש הסמ"ע דיורשי הלוה יכולים להשביע ליורשי המלוה שבוע' עצמן שלא נפרעו מהם כתב שהוא פשוט יע"ש והוא פליג שזה הפך דברי הרא"ש והראשו' דמשמע להו דאדרבא משבועה זו א"ל שפטרם ולא משבועה דשלא פקדנו אלא שלהרא"ש אף משבועה דשלא פקדנו פטרם וכבר כתבנו לענין הלכה למעשה שאין לסמוך ע"ד הסמ"ע ז"ל בזה.

ודע דמדברי תשו' הרא"ש כלל ע"א ס"ז דקדק הרב נ"מ שם דקע"ה ע"ד ד"ה שבתי וראה כו' דס"ל דכל שלא הזכיר בלשון הנאמנות פיטור שבועה בפי' אלא כתב סתמא מהימנת עלי אתה ויורשיך לא פטר את היורשי' אלא משבועת היורשי' שהיא שבועה דשלא פקדנו לבד אבל משבועת עצמן לא פטרם יע"ש וזה סיוע קצת לדברי הסמ"ע מיהו לפי מ"ש הב"ח סימן ק"ח ס"ח בהבנת דברי הרא"ש הנז' מבואר דס"ל שלא כדברי הרב נ"מ וכ"ן דעת הש"ך שדחה דברי הסמ"ע והביא דברי הב"ח סיוע לדבריו וכן עיקר ועיין להרב פ"מ ח"א סי"ג שמבואר יוצא מדבריו דליכא למיח' לס' הר"ב העיטור שהיא ס' איכא מ"ד שהביא הבע"הת מאחר שבע"הת דחאה וכדבריו סוברים הרא"ש והטור וכ"ן ג"כ מדברי הר"א קופינו שהביא הרב החביב בסימן ק"ח הגה"ט אות נ"ח שסברא זו דחויה היא ומהתימא על מהרמ"א בס' כרם שלמה ח"מ סי"א דקכ"ג ע"א שעשה עיקר מסברא זו הדחויה ולא עוד אלא שנסתיע מדברי הר"א קופינו ז"ל ולא דק בזה ומה שיש לעמוד ע"ד מהר"א קופינו ז"ל ומרן החבי"ב דסימן ק"ח אכתוב לקמן בע"ה.

ומי שמינה אפוטרופוס על נכסיו או איזה עוסק או שותף והאמין אותו ואת יורשיו וב"כ עליו ומת האפוטרופוס ונמשכו יורשיו אחריו עוסקי' באותם הנכסי' בלתי רשות בעל המעות וכן אם האפוטרו' בחייו נתן לאחרים לעסוק בלתי רשות בע"ה אם יכול בע"ה להשביע לאותם העוסקי' האחרי' שבועת האפוטרופין והשותפי' או לא.

הנה בפ' הכותב עלה דמתני' דנדר ושבועה א"ל עליך כו' אמרינן בגמ' שבועה מאי

עבידתא אמרי' אמר רב על אפוטרו' שנעשית בחיי בעלה ור"נ אמר רבא על הפוגמת כתובתה ופרש"י דמ"ד על הפוגמ' כ"ש דפטר אף משבועת אפוטרו' יע"ש ולפ"ז בין למר ובין למר כולה מתני' מיירי אף בשבועת אפוטרו' ומדקתני א"ל עליך ועל יורשיך ועל הבאים ברשותיך משמע דיכול הוא להשביע את יורשיה ואת הבאים ברשותה אם נעשו אפוטרופי' במקומה בין ברשות הבעל ובין שלא ברשותו ולכך הוצרך לפטור אותם בפי' משבועה זו וכן יש לדקדק מחלוקה דרישא דקתני א"ל עליך לבד אבל משביע הוא את יורשיה ואת הבאים ברשותה כלו' אם נעשו אפוטרו' במקומה אפילו שלא ברשות הבעל יכול הוא להשביעם שבועת אפוטרו' כל שלא פטר אלא לאשה לבדה.

גם הטור א"ה סימן צ"ח כתב וז"ל פטרה הבעל משבועה כו' ומשביעין ג"כ יורשיה והבאים ברשותה אם פגמו כתובת' או אם נעשו אפוטרופין ואפי' אם נתן לה רשות למנות אפוטרו' ליורשים או לאחרים אינו מועיל להם לפטור בפיטור שפטרה ע"כ. מבואר יוצא מדבריו דיכול הוא להשביע לאפוט' שמינתה היא בין ברשות בעלה ובין שלא ברשות בעלה.

ואולם הרב נ"מ בדקע"ג ע"א ד"ה העולה מן המקובץ כתב על דברי הטור וז"ל וזה תימא דדברי הירוש' ברור מללו דמתני' לא איירי אלא דוקא כשנתנו לו רשות וכל גדולי המפרשים הביאו דברי הירוש' ככתבם וכלשונם ה"ה התוס' והרמב"ן בס' המלחמות ואביו הרא"ש ואף לפי דברי הרמב"ן ז"ל שכתבתי למעלה שחלוקים הם על דברי הירוש' לא אמרו אלא דמתניתין מיירי אף בשלא נתנו לו רשות דהוי רבותא טפי עכ"ל ועיין בחי' הרשב"א הובאו דבריו בשיטת הר"ב דק"ג ע"א ובחי' הריטב"א הובאו דבריו שם בשי' הנז' דק"ו ע"ד שכתבו ג"כ כדברי גדולי המפרשי' הנז' יע"ש ולפי דבריהם משמע דכל שלא נתן לה רשות לימנות אפוטרו' תחתיה אינו יכול להשביעם דמצו למימר לאו בעל דברים ד"א כיון דלא נמנו אפוטרו' בשליחותיה דבעל ושלא כדברי הטור ותלמידי הרמב"ן שהביא הר"ב נ"מ אמנם נר' לע"ד דלענין דינא לא פליגי וכלהו אזלי ומודו לדברי הטור ותלמידי הרמב"ן דאם רצה הבעל להשביע לאפוטרו' אף על פי שלא נמנו בשליחותיה דידיה הרשות בידו ולא מצו למימר לאו בעל דברים דידן את וכמו שהכריחו תלמידי הרמב"ן מההיא דפ' המפקיד וכמ"ש שם הר"ב נ"מ.

והירושלמי וכל גדולי המפרשים לא הוצרכו לאוקומי מתני' דאיירי דוקא בשנתן לה רשות לימנות אפוטרו' אלא משום דק"ל לישנא דמתני' דקתני הוא אינו יכול להשביעה אבל משביע הוא את יורשיה כו' דמשמע מהאי לישנא דהרשות ביד האשה לימנות אפטרו' תחתיה אפי' שלא ברשות הבעל ולא מצי לומר לה הבעל את מהימנת לי אפי'

שלא בשבועה הנהו לא מהימני לי אפי' בשבועה ואלו אנן איפכא קי"ל דשומר שמסר לשומר חייב ומשום ה"ט דמצי למימר ליה המפקיד את מהימנת לי כו' ומש"ה הוצרכו לאוקומה בשנתן לה רשות. מיהו ודאי דאם רצה הבעל להשביעם אפי' בשלא נתן לה רשות למנותה כלהו אזלי ומודו דהרשות בידו להשביעם ולא מצו למימר לאו בע"ד דידן את והן הן דברי הטור בא"ה ותלמידי הרמב"ן דאיהו ז"ל בשרצה הבעל להשביעם קאמרי דהרשות בידו ומשום דהיכא דפטרה לאשה משבועה בין שנתן לה רשות לימנות אפוטרו' ובין שלא נתן לה רשות הבעל למנותה איכא חידושא לומר דיכול להשביעם ולא מצו למיפטר נפשיהו הוצרכו הטור ותלמידי הרמב"ן לאשמועי' דהרשות בידו להשביעם ומר אמר חדא ומא"ח ולא פליגי אלא דמאי דפשי' ליה למר חדית לן מר דהיכא דנתן לה רשות דהוה ס"ד לומר דאף הבאים מכחה נפטרו משבועה כי היכי דפטרה לדידה חדית לן הטור ז"ל דלא נפטרו הבאים מכחה ומצו הבעל וב"כ להשביעם כשירצה והך מלתא פשי' להו לתלמי' הרמב"ן ז"ל לא הוצרכו לאשמועי' והיכא דלא נתן לה רשות למנותם איכא חידושא לומר דיכול להשביעם ולא נימא דכיון שלא נמנו בשליחות של בעל לאו בע"ד דידן את לזה חדית לן תלמי' הרמב"ן דלא נפטרו הבאים מכחה כיון דהדבר ידוע שהממון של בעל הוא ומלתא כדנא פשי' ליה להטור ז"ל ולא נחית לאשמועי'.

ונלע"ד דאף לרבנן דר' יוסי דאמרי ישבע השוכר שמתה כדרכה כו' נמי אם פטר המשכיר את השוכר משבועה ורצה להשביע לשואל שמתה כדרכה דינא הוא דמצי להשביעו ולא מצי למימר לאו בע"ד ד"א ואפי' לא נתן רשות המשכיר לשוכר להשאילה וכמו שהכריחו תלמידי הרמב"ן לדעת ר"י דאמר תחזור פרה לבעלים הראשו' דלא אשכחן דפליגי רבנן ור"י בהכי אלא עיקר פלוגתיהו הוא אם יכול השוכר כשישבע לעשות סחורה בפרתו של זה או לא אבל בהך מלתא לא אשכחן דפליגי ולכ"ע ודאי דאף השואל מחייב לישבע לבע"ה כשפטר את השוכר והן הן דברי תלמידי הרמב"ן במ"ש שהרי קי"ל כר"י כו' ואע"פ שלא נתנו הבעלים רשות כו' כלומר ומינה נשמע לרבנן דר"י נמי כיון דלא פליגי בהכי ומ"ש תלמי' הרמב"ן אבל מ"ש בירוש' והוא שנתן לה רשות להיות בניה אפוטרו' אין צורך לכך כו' כונתם ז"ל דבירוש' לא הוצרכו לכך אלא משום דק"ל לישנא דמתני' דמשמע דהאשה יכולה לימנות אחרים במקומה שלא ברשות הבעל ולא מצי הבעל למימר לה את מהמנת לי כו' ומש"ה הוצרכו לאוקומה בשנתן לה רשות אמנם אם עברה ומינתה שלא ברשות דיכול הבעל להשביעם בהא לא קעסיק וז"ש אין צורך לכך ובהכי יתיישב מה שהוק' לו להר"ב נ"מ על דברי תלמי' הרמב"ן מדברי הירוש' שהרואה דברי הירוש' יראה לכאורה שאין טעם הדבר כמו שחשבו הם ז"ל אלא שאל"כ

אין השואל רשאי להשאיל כו' יע"ש ולפי האמור בכונת דבריהם הנה נכון.

ולענין הלכה למעשה נראה לע"ד דמאחר דמדברי הטור ותלמי' הרמב"ן מבואר יוצא דבין בנתן לה רשות למנות אפוטרו' תחתיה ובין בלא נתן רשות והיא מעצמה מינתה דיכול להשביעם הבעל ודברי הירוש' וכל גדולי המפרשי' אפשר לישבם כדאמרן ודאי דהכי נקיטינן כנלע"ד ויורשיה אם יכולים להשביע את האפוטרו' או את העוסק שמינה אביהם על נכסיו רבו בזה הדעות דלדעת ר' האיי ז"ל שהביא הרא"ש בפ' הכותב סי' ח"י והרי"ף שהביא הנ"י שם בשם הר"ב העיטור והרמב"ן שכתב בתשו' אפי' לא האמין אותו אביהם בפי' לא עליו ולא על יורשיו כל שמת אביהם ולא השביעו בחייו וגם לא ציוה להשביעו אין היורשין יכולים להשביעו על עסק שבחיי אביהם ומה שקשה לשיטתם ממתני' דפ' הכותב דקתני נדר ושבועה א"ל עליך כו' אבל יורשיו משביעין אותה כו' כבר [עמד] בזה מוהריב"ל בחי' לפ' הכותב הביא דבריו הרב נ"מ דקע"ז ע"ג ד"ה אבל כו' וראיתי להרב הנז' ז"ל שכתב וז"ל ואיני רואה כאן מקום קושייא דרישא דמתני' מתוקמה שפיר בעסק שלאחר מיתה וכדאוקמוה בירוש' בפי' אליבא דר' יוסף דמוקי לה אריש ורב יאודה דקאמר על אפוטרו' שנעשית בחיי בעלה לא קאמר אלא דפטורה משבועה שבחיי בעלה אבל לאחר מיתתו לא והיינו דקאמר אבל יורשיו משביעי' אותה כו' אם לא שפטרה גם מהם עכ"ל.

ולא נחה דעתי בזה דא"כ סיפא דקתני הלכה מקבר בעלה כו' ואם נעשית אפוטרו' משביעי' אותה לע"ל ואין משביעי' אותה לשעבר למאי אצטריך הא תני לה רישא וליכא למימר דאתא לאשמועי' דאין משביעי' אותה לשעבר אפי' ע"י גלגול וכמ"ש הרא"ש בשם ר"י מנרבונה דודאי לסברת הרי"ף ז"ל הלזו אין לומר כן וכמ"ש הר"ב נ"מ ז"ל גופיה לקמיה דקע"ח ע"ב ד"ה ויש להסתפק בפשיטות דלדעת הרי"ף ז"ל דיכולים להשביעה ע"י גלגול יע"ש. איברא שהב"ח בא"ה סי' צ"ח ס"ה והרב חלקת מחוקק ז"ל שם ס"ק י"ד נסתפקו בזה לדעת הרי"ף ז"ל והרב בית שמואל שם ס"ק י"ב פשי' ליה דאף לדעת הרי"ף ז"ל אינן יכולים להשביעה אפי' עי"ג והכריח כן מסיפא דמתני' כמדובר אמנם לדעת הר"ב נ"מ דפשי' ליה אפכא הדרא קושין לדוכתא ואולי יאמר הרב ז"ל דלדעת הרי"ף ז"ל אצטריך הך סיפא לאשמועי' הא דאמר רב מתנה בגמ' דאפי' בין מיתה לקבורה אין משביעי' והיינו דקתני אין משביעי' אותה לשעבר דהיינו בין מיתה לקבורה ועיין בשי' הר"ב ז"ל שם דק"ו ע"ג.

עוד כתב הרב הנז' וז"ל ועוד נלע"ד דאף בעסק שבחייו מתוקמא שפיר רישא דמתני' דגריע טובא היכא שפטרה ממנו בלבד מהיכא שלא פטרה כלל שהרי טעמא שאין

משביעי' אותה כשלא פטרה כלל היינו משום דכיון שלא השביע אותה בחייו מחל לה ובפטרה ממנו לבד לא שייך ה"ט שהוא לא היה יכול להשביעה אבל יורשיו שיכולים להשביעה אין לנו שום אות ומופת שאין רצונו שישביעוה ואף לפי דברי הרמב"ן שכתב בשם הרי"ף שטעם הדבר דכיון שלא השביעה ולא ציוה להשביעה פטורה כו' אפשר לומר דדוקא בדאיכא תרתי לטיבותא שלא השביעה בחייו וגם לא ציוה להשביעה הוא שפטורה אבל כשלא היה יכול להשביעה בחייו אע"פ שלא ציוה להשביעה אחר מותו אין זו לבדה ראיה שמחל לה ותרוויהו בעינן עכ"ל. ועיין בחי' הר"ב אנג'יל לפ' הכותב שכתב ג"כ כתי' זה וביאר הדברים יותר יע"ש.

וגם בזה לא נחה דעתי דאדרבא הסברה מחייבת טפי דכל שהאמינה מעיקרא ובעת מותו לא ציוה להשביעה שדעתו למחול לה ושרצונו שלא ישביעוה שאלו היה דעתו שישביעוה היה מצוה להם בפי' שישביעוה אחר שהוא האמינה עליו ואם בשלא האמינה בפי' אמרינן דמדלא השביעה ולא ציוה להשביעה דעתו למחול לה כ"ש בשהאמינה עליו מעיקרא ולא ציוה להשביעה. כי ע"כ הנכון לע"ד מ"ש מוהריב"ל ז"ל דלדעת ר' האיי והרי"ף ז"ל רישא דמתני' דקתני שצריך לפטור אותה אף מיורשיו היינו משבועת פוגמת ושאר שבועות ולא מיירי בשבועת אפוטרו' וכ"כ הרב חלקת מחוקק בס"ק י"ד יע"ש והטור ז"ל בא"ה סי' צ"ח הביא דברי הרי"ף הללו שכתב בתשו' וכתב שהרא"ש ז"ל חולק ע"ז ואין ס' שהן הן דברי הרא"ש שבפ' הכותב שנחלק על ר' האיי ז"ל שכתב כדברי הרי"ף בתשו' ודברי מרן ב"י ז"ל שם תמוהים כמ"ש הר"ב נ"מ שם דקע"ז ע"ד והב"ח ז"ל בס"ה והר"ב שמואל ס"ק י"ג וי"ב ואולם מ"ש עוד הר"ב נ"מ שדברי הרי"ף הם גמ' ערוכה ושהרא"ש עצמו שחולק על הרי"ף הביא מימרא זו [אסיפא דהלכה דארישא לא הזכירם] [חסר].

[**ומה** שכתב שם בנתיבות משפט בדף קע"ט עמוד ד' ד"ה כי דלר"ח אפי' בקנו בידו לא מהני אין נראים דבריו מדברי הב"י (ח"מ סימן ע"א אות י"ח ד"ה לפיכך אפילו) שכתב דהר"ח חולק על הטור ואי איתא] דהטור ז"ל בשקנו מידו מיירי בהא אפילו ר"ח ז"ל מודה דמהני ונוטלין יורשי המלוה. וכבר ראיתי למוהרח"א ז"ל בס' מוצל מאש ח"א דכ"ח סע"ד שכתב דדברי הב"י ז"ל הללו הויין תיובתיה דהרב נ"מ ז"ל למה שרצה לישב לדעת הטור ז"ל יע"ש וע"ש להרב הגדול מוהר"ש פרימו בתשו' אשר לו בס' כרם שלמה חא"ה סי' ל"ג שרצה ליישב דברי הרא"ש והטור דס"ל כשי' הרי"ף ודעימיה דנאמנות בפי' גבי יתומים מהני כיע"ש ודבריו תמוהים כמ"ש מוהרח"א בס' מוצל מאש דל"א ע"ב ד"ה גם יע"ש.

ולע"ד מקום יש בראש ליישב כל מה שהוק' להרבנים הנז' הן בדברי הרא"ש והטור שדבריהם סתרי אהדדי והן בדברי הראשונים הרשב"א והריטב"א והרמב"ן עם דברי בעל המאור והנ"י בפ' הכותב והר"ן בפ' כל הנשבעי' במ"ש ע"ש ר"ח ז"ל שאין בהם דבר סת"ר ועדותן נאמנו מאד בשם ר"ח ז"ל דמי שהעיד בשם ר"ח ז"ל דס"ל דנאמנות מועיל לגבי יתומים ואפי' בלא קנין וכדעת הרי"ף ז"ל יפה העיד. ומי שהעיד ע"ב דס"ל דנאמנות מועיל דוקא בשקנו מידו יפה העיד ומי שהעיד ע"ש דנאמנות בפי' לגבות החוב דוקא הוא דמהני והן הן הרמב"ן והריטב"א ובעל העיטור האמת כן הוא וליישב זה צריך אני להביא לשון הר"ב העיטור במאמר ה' ולהעתיק כל לשונו כאשר הוא ולבאר דבריו ז"ל ומ"ש עליו הריטב"א בתשו' שהביא מרן ב"י ז"ל בא"ה סי' צ"ח ס"ז.

ועוד לשון הר"ב העיטור ז"ל שם די"א ע"ג אמר ר"ן אמר שמואל משם אבא שאול בן אמא מרים בין דלא שבועה בין נקי נדר בין מנכסי בין מנכסיא אילין בין הוא בין יורשיו אין משביעין אותה אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע מנ"י ל"י אלא בשבועה אמ"ר נחמן אמר שמואל הלכה כאבא שאול כו' וכתב הרי"ף הנ"מ דכתב לה דלא נדר דלא שבועה א"ל נקי נדר נקי שבועה בלחוד ולא כתב לה בין ממנו בין מיורשי דסתם מתני' דקתני נדר ושבועה א"ל ולא ליורשי כו' ואמרי בגמ' שבועה מאי עבידתא אמר"ן אמר אבא בר אבוה אפוגמת כתובתה ומסתברא דכי קאמר בין מנכסי ובין מנכסי אילין כמאן דאמר ממני ומיורשי דמי דאפי' בן זכאי דאמר מנכסי הוא אינו יכול להשביעה אבל יורשיו משביעין אותה היכא דאמר מנכסיא אילין כמ"ד ממני ומיורשי דמי ובין הוא ובין יורשיו אין משביעי' אותה ואתא אבא שאול למימר דנקי נדר נקי שבועה כמ"ד מנכסיא אילין דמי ובין הוא ובין יורשיו אין משביעין אותה אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הב"ל מנכס"י ל"י אלא בשבוע' ש"מ דאפי' מנכסייא אילין דהיינו מיורשי לא יפרע אלא בשבועה לא מן היורשי' ולא מן הלקוחות אלמא נאמנים לא מהני לדעת אבא שאול ומתני' דקאמר נדר ושבועה א"ל ולא ליורשי ולא לבאים מכחי רבנן היא דפליגי אאבא שאול כדמוכח בגמ' דכל זמן שתובעה כתובתה כו' ולית הלכתה בהך סתמא אלא כא"ש ומיהו דוקא שלא פטרה משבועה הבא ליפרע מנ"י וכשנפרעת כתובתה מן היורשי' נשבעת על הפוגמת ועל אפוטרו' ע"י גלגול והיינו דקאמר אבל מה אעשה כלומר אע"פ שפטרה מן השבועה הרי יש עליה שבועה על פריעת כתוב' ונשבעת על הכל בגלגול אבל פטרה משבועת הבא ליפרע בפי' כגון דכתב לה מהימנת לי כל אימת דאמרת לי לא פרענא א"נ תגבה כתובתה בלא שבועה בין נקי נדר בין נקי שבועה בין מנכס' בין מנכסייא אילין גובה שלא בשבועה וקרובים דבריו לדברי ר"ח ז"ל וכן כתב

הא דשלח ר' זכאי למר עוקבא והא דאמר"ן אמר שמואל דלית הלכתא כותיה אלא כי הא מתניתא דאבא שאול דאמר בין נקי נדר כו' בין הוא בין יורשיו אין משביעין אותה בכל הני דמפרשי במתני' כגון שנעשית אפוטרו' וכיוצא בה מיהו למגבה כתובתה לא מהני הני מילי עד דמפרש למהימנא למיגבה כתובה ועלה קתני אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים כו' אמר"ן אמר שמואל הלכה כאבא שאול קבלתי מרבותינו דהא דאמר אבא שאול בשלא קנו מידו שהאמינה ופטרה משבועה אלא בכתיבה שהיא כאמירה כמשנתנו דאוקימנא מאי כותב אומר אבל קנו מידו מפיטור שבועה גובה בלא שבועה אפילו מן היתומים ומפורש בירוש' בהא דאמר ר' עקיבא ינתנו ליורשיו שכולם צריכין שבועה ואין היורשי' צריכין שבועה הגע עצמך שפטרם מן השבועה זו תורה וזו אינה תורה ש"מ שאם פטר הלוה למלוה לגבות שלא בשבועה גובה מן היתומים שלא בשבועה וכתב נמי מנכסי' משועבדים ומנכסי יתומים לא תיפרע אלא בשבועה כו' יש מי שאומר שאם פטרה מן השבועה לגבות בפי' גובה מן היתומים ומן המשועבדים וכ"ש אם קנו מידו דתנן כתב לה נדר ושבועה כו' ויש אומרים דאינו יכול להפקיע שבועת הלקוחות ומעשים בכל יום שאין נפרעין מן המשועבדים אע"פ שיש בהם נאמנו' אלא בשבועה ומן היתומים שלא בשבועה אלו דברי ר"ח ז"ל ומסתבר דלגבי יתומים מהני נאמנו' ולגבי לקוחות לא דטעמא דנכסים המשועבדי' משום דחיישי' לקנונייא הוא כדגרסי' בפ' שבועת הדיינים כו' ומדאמר ר"ח ז"ל מעשים שכ"י כו' כוותיה עבדינן עכ"ל הר"ב העיטור ז"ל.

ואיכא למידק בדברי הר"ב העיטור ז"ל הללו טובא ראשון לציון בתחילת דבריו דאחר שדחה דברי הרי"ף ז"ל וכתב ומסתברא כו' ש"מ דאפי' מנכסייא אילין דהיינו מיורשי כו' לא מהני לדעת אב"ש ולית הלכתא כהך סתמא אלא כאבא שאול ע"כ ומבואר מדבריו אלה דהוא ז"ל מפרש דהא דקאמר אב"ש אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע כו' דהכי קאמר דכיון דתקנת חכמים היא שלא יפרע אלא בשבועה אין כח ביד האב להתנות לעקור תק"ס ולפ"ז משמע דאפי' פיר' בהדייא שתגבה כתובתה מן היורשי' בלא שבועת הבא ליפרע לא מהני תנאו כלל וכיון שכן איך חזר וכתב תוך כדי דיבור ומיהו דוקא שלא פטרה משבועה הבא ליפרע כו' ונראין דבריו סותרין זא"ז והתי' לזה נראה מבואר דכונת דבריו במה שדחה דברי הרי"ף ז"ל וכתב ומסתברא כו' לאו למימרא דלאבא שאול לא מהני פיטור בפי' אף בשפי' בהדייא שפטרה משבועת הבא ליפרע אלא כונתו ז"ל דמעיקרא קאמר דסברת הרי"ף ז"ל שרצה לומר דלא פליג אב"ש אתנא דמתני' הא ודאי ליתא וכמו שהכריח ז"ל דפליגי אהדדי אי משום דמלישנא דמנכסייא אילין

כמפרש ממני ומיורשי דמי ואי משו' דבגמ' גבי ההיא דכ"ז שתובע' כתובתה מוכח נמי דפליגי והיא היא הראיה שהביא הר"ב המאור בס"פ כל הנשבעין והרא"ש בפ' הכותב סי' ך' ובתשו' כלל ע"ה סי' ג' כיע"ש.

ועיין להרמב"ן ז"ל שם בס' המלחמות מה שיישב לזה לדעת הרי"ף וכנראה דאשתמיט מיניה דמוהראנ"ח ח"ב סי' ק"א דקנ"ז ע"א וע"ב ועיין להרב כ"מ ז"ל בדקע"ט ע"ב וחזר וכתב ומיהו דוקא שלא פטרה כו' לומר דאף דלאבא שאול לא מהני פיטור בפי' דממני ומיורשי וקי"ל כותיה ודלא כסתמא דמתני' מיהו הא דקאמר אבא שאול אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים כו' אין הכונה לומר דאין כח ביד האב לעקור תק"ח כלל אלא ה"ק אבל מה אעשה כו' וכיון דתק"ח היא כל דאיכא למתלי ולמימר שלא כיון האב לעקור תק"ח ודאי תלינן הילכך בהני לישני דמתני' ובריייתא דאבא שאול שלא פי' בהדייא שבועת גביית כתובה ואיכא למתלי שלא פטרה אלא משבועת אפוטרו' ופוגמת דוקא תלינן בהכי שלא לעקור תק"ח אמנם כשפי' בהדייא דאף משבועה זו פטרה מהני שפיר ולפי האמור בכונת דבריו ז"ל הרואה יראה שדברי ר"ח ז"ל שהביא הרב ז"ל הן הן דבריו ז"ל ואין ביניהן כמלא נימא.

תו איכא למידק שמה שסיים ע"ז וכתב וקרובים דבריו לדברי ר"ח ז"ל וכ"כ כו' שאם לשון הרב מתוקן וקרובים דבריו של הרי"ף שהביא תחילת דבריו קאמר שהם קרובים למ"ש ר"ח ז"ל בפירוש השמועה והכונה לומר דכי היכי דלהרי"ף ז"ל מהני נאמנו' לגבי היורשי' בפי' ה"נ מהני לדעת ר"ח אלא דיש ביניהן דלר"ח צריך שיפרש יותר שפוטרה משבועת גביית כתובה ולהרי"ף ז"ל אין צורך לזה הרואה יראה שהלשון מגומגם ובא שלא במקומו ועוד דלפי מ"ש בכונת דבריו שאף הר"ב העיטור דבריו הן כדברי ר"ח הכי הול"ל וקרובים דברי הרי"ף לדברינו ודברי ר"ח ז"ל ואם נפל טעות בלשון וקרובים דברי לדברי ר"ח קאמר וקאי אדברי עצמו לא ידעתי מה הלשון אומרת וקרובים כאלו יש ביניהן שום הפרש הלא דבריו ודברי ר"ח הם שפה אחת ודברים אחדים ואין ביניהן כמלא נימא ואף לזה נלע"ד דקרובים דברי לדברי ר"ח קאמר מיהו יש ביניהן דלדברי הר"ב העיטור ז"ל הא דקאמר אבא שאול אבל מה אעשה כו' הכונה לומר דהשתא שלא פטרה משבועת הבא ליפרע בהדיא כי משתבע אגבית כתובה משתבע נמי אף באפוטרו' ופוגמת בפי' ע"י גלגול וכמ"ש הר"ב העיטור ז"ל.

אמנם לדברי ר"ח ז"ל שהביא הר"ב ז"ל אע"ג דמשתבע אגבית כתובה לא משתבע באפוטרופא ופוגמת בפי' ע"י גלגול וכמו שכן היא שיטת הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב דכל שפטרה הבעל משבועה אפי' נתחייבה שבועה ממקום אחר אינ' נשבעת אף ע"י

גלגול והשתא איכא למימר דזו היא ג"כ שיטת ר"ח ז"ל ומשו"ה כשבא לפרש הך דקאמר אבא שאול אבל מה אעשה כו' לא כתב כדברי הר"ב העיטור דהכונה לומר דהשתא דמשתבע כו' אלא סתם הדברים ולדידיה הכי פירושא דכיון שצריכה היא לישבע אגבית כתובה שלא גבתה משל בעל כלום מה תועיל אצלה פיטור שבועה דפוגמת ואפוטרו' הרי כשנשבעת על גבית כתובתה ממילא היא נשבעת ג"כ אפוטרו' ופוגמת שאם יש בידה משל בעלה כלום היאך נשבעת שלא גבתה כתובתה מאחר שהרי יש בידה משל בעלה ונמצא דאע"ג דאינה נשבעת בפי' אאפוטרו' ופוגמת בתורת גלגול מ"מ כשנשבע' שלא גבתה משל בעלה כלום ממילא היא נשבעת ג"כ אאפוטרו' ופוגמת וכן ראיתי בחי' הרמב"ן ז"ל אשר הובאו דבריו בש"מ להר"ב ז"ל בפ' הכותב דק"ו ע"ב ובחי' תלמי' ר' יונה ז"ל שם דק"ז ע"ד שפרשו כן יע"ש.

והשתא משום דאיכא בין דבריו של הר"ב העיטור לדברי ר"ח ז"ל דלדידיה משתבע אאפוטרו' ופוגמת ע"י גלגול בפי' משא"כ לדעת ר"ח דלא משתבע אהני בפי' לכך כתב וקרובים דברי לדברי ר"ח ז"ל וכמובן תו א"ל בדברי הר"ב העיטור במ"ש בשם ר"ח תרתי דסתרן אהדדי דמעיקר' קאמר בשם ר"ח הא דשלח ר' זכאי כו' והא דקאמר רב נחמן דלית הלכתא כותיה אלא כאבא שאול כו' דוקא בכל הני דמפרשי במתני' כגון משבועת אפוט' ופוגמת הוא דקאמרי ר' זכאי ואב"ש דפטרה ואין נשבעין עליהן מצד הדין אם לא שנשבעת על גבית כתובתה אבל על גבית כתובה היא נשבעת מצד הדין עד דמפרש להימנה למגבה כתובתה כו' דמבואר מדבריו ז"ל הללו דכל שפי' בהדייא שהאמינה אף על גבית כתובתה מועיל שפיר נאמנותו אפי' לגבי יתומים ויש כח בידו לעקור תק"ח ואפ' בלתי קנין ותוך כדי דיבור חזר וכתב בשם ר"ח ז"ל שכת' קבלתי מרבותינו דהא דאמר אב' שאול בדלא קנו מיניה אבל קנו מיניה מפטור שבועה גובה בלא שבועה אפי' מן היתומים כו' דמשמע דהכל תלוי בקנין ואין הדבר בפי' ללא פי' וליכא למימר דל"פ אהדדי ומר אמר חדא ומא"ח דר"ח אשמועי' מעיקרא דהיכא דפי' בהדייא דהימנה למגבה כתובתה אע"ג דלא קנו מיניה מהני וגובה מן היתומים שלא בשבועה ורבותיו ז"ל השמיעונו דכל דקנו מיניה אפי' לא פי' בהדייא אלא שכתב לה הני לישני דמתני' ובריתא נמי מהני דהא ודאי ליכא למימר כלל חדא דהיכא שלא פי' בהדייא ואיכא למתלי ולמימר שלא פטרה אלא משבועת אפוטרו' ופוגמת ולא משבועת הבא ליפרע דקעקר תקנתא דרבנן מה יועיל הקנין לזה לפרש דבריו במה שלא כיון בעל דבר ואף כי בזה יש מקום לדחות כאשר יראה הרואה אכתי הא ליכא למימר דא"כ מה זו ראיה שהביאו רבותיו של ר"ח ז"ל מההיא דאמרי' בירוש' הגע עצמך שפטרום מן

השבועה כו' דש"מ דפטור מהני לגבי יתומים כו' דמי גילה להם דההיא מיירי בשפטרום בלשון שאינו מפורש בהדייא וע"י קנין כיון דשפיר איכא למימר דההיא מיירי בשפטרום בלשון מפורש ואפי' לא קנו מיניה אלא עכ"ל דעיקר ראייתם היא דדוקא ע"י קנין מהני וכשהלשון מפורש ומשום דמשמע להו דלשון מפורש שלא ע"י קנין לא מהני דאיכא למימר דלא גמר והקנה לעקור תק"ח אם לא ע"י קנין ואפשר דלרבותיו של ר"ת ז"ל אין חילוק בין הני לישני דמתני' ובריתא ללישנא דהימנא למגבה כתובתה דכולהו לישני כמפורש למגבה כתובה נינהו ואפ"ה לא מהני לאבא שאול עד דאיכא קנין למימר דגמר והקנה ועקר תק"ח וכיון שכן הדרא קושיין לדוכתא איך כתב ר"ח ז"ל תרתי דסתרן אהדדי ואלו היה כותב אבל קבלתי מרבותי כו' לא הוה קשה מידי דאיהו מסברא דידיה משמע ליה דכל שפי' בהדייא מהני ואפי' לא קנו מיניה אבל משם רבותיו לא קיבל כן אמנם מלשון זה שהביא הר"ב העיטור ז"ל בשם ר"ח ז"ל משמע דלא פליג ר"ח ארבותיו ז"ל ואף לזה נר' לע"ד דודאי האמת כן הוא דרבותיו של ר"ח לא ס"ל מ"ש ר"ח דיש חילוק בין פי' בהדייא דהימנה למגבה כתובתה ללא פי' ולדידהו בהני לישני דמתניתין ובריתא נמי כפי' בהדיא דמי ואפ"ה משמע להו דכי קאמר אבא שאול אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים וכו' הכונה לומר דכיון דבא לעקור תקנת חכמים אפילו פי' בהדייא נמי תלינן דלא גמר והקנה עד דאיכא קנין מיהו ר"ח ז"ל לא משמע ליה הך סברא אלא לדידיה משמע ליה דכי קאמר אבא שאול אבל מה אעשה וכו' הכונה לומ' דכיון דאיכא תק"ח ובא לעקור תקנתם כל דאיכא למתלי בליש' דיליה דלא כיון לעקור ת"ח כי הני לישני דמתני' ובריתא תלינן עד שיפרש בהדיא להימנה למגבה כתובתה ומשום דאין הכרח וראיה לא לסברת עצמו ולא לסברת רבותיו דאיכא לפרושי מילתיה דאבא שאול כמו שפירש הוא ז"ל ואיכא נמי לפרושי כס' רבותיו גם הראיה שהביאו רבותיו מהירוש' למימר דע"י קנין מהני נאמנות אף לגבי יתומי' לא מכרעה למימר דדוקא ע"י קנין הוא דמהני ולא בפי' להדיא דהא איכא למימר נמי דההיא מיירי בשפי' בהדיא וכס' ר"ח עצמו וכמ"ש לעיל הלכך כשהביא סבר' רבותיו לא הביא אותה בלשון מחלוקת ולא כתב אבל קבלתי מרבותי כאלו מבטל דעתו מפני דעתם דלענין דינא חיישׁ הוא לסברתו דכל שפיר' בהדיא מהני נאמנותו ואפילו בלתי קנין וכל דאיכא קנין מהני נאמנות אפילו בהני לישני דמתני' ובריתא כסברת רבותיו וזהו שהביא אח"כ גבי מנכסים משועבדים ומנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה וכו' בשם י"א שאם פטרה מן השבועה לגבו' בפי' גובה וכ"ש אי קנו מיניה וכו' והיא היא סברתו וסברת רבותיו והוא ז"ל לא נחלק על סברת י"א אלא לענין משועבדים דלא גבי מלוה מנייהו כלל בין בשפי' בהדייא ובין

ע"י קנין אבל גבי יתומים אזיל ומודה דגובה מהם בלא שבועה בין בפי' בהדייא ולא קנו מיניה ובין בקנו מיניה ולא פי' כסברתו וסבר' רבותיו ז"ל ואף אם תרצה לומר דר"ח ז"ל עצמו לית ליה סברת רבותיו כלל ולדידיה לא מהני קנין בהני לישני דמתניתין ובריתא כלל עד שיפרש בהדייא למגבה כתובה ומ"ש בשם יש מי שאומר שאם פטרה מן השבוע' לגבו' בפי' גובה וכ"ש ע"י קנין בדאיכא תרתי קאמר שפי' בפי' ואיכא נמי קנין דהשתא מהני לכ"ע הנה מדבריו הללו מוכח דאין בידו להכריח בזה ודיינא דאין כסברתו או דאין כס' רבותיו ז"ל שפיר דמי ולזה כתב וכ"ש אי קנו מידו שחושש לס' רבותיו ז"ל כן נר' לע"ד כונת דברי הר"ב העיטור ור"ח ז"ל.

איברא דבעיקר ראיה זו שהביאו רבותיו של ר"ח ז"ל מדברי הירוש' דע"י קנין מהני לע"ד מלבד מ"ש דלפי סברת ר"ח ז"ל דכל שפי' בהדייא מועיל הנאמנו' אין ראיה זו מכרעת דאיכא למימר דמיירי בפי' עוד בה דכיון דלתנא דמתני' דפליג אאבא שאול ס"ל דכל שפי' בנאמנו' עלי ועל יורשי מהני הנאמנו' אף לגבי היורשי ומתני' סתמא מתנייא וקי"ל דכולהו סתמי אליבא דר"ע נינהו א"כ התם בירוש' דקאי עלה דאמר ר"ע ינתנו ליורשי' שפיר קמבעיא ליה אליביה הגע עצמך שפטרום מן השבועה לבע"ח ולכתובה למה ינתנו ליורשי' ולא לבע"ח ולא לכתובה כיון דהשתא כולהו פטירי משבועה לתנא דמתני' אליבא דר"ע ולזה תריץ יתיב שפיר בירוש' זו תורה וזו אינו תורה כמובן וכיון שכן אכתי איכא למימר דלאבא שאול דקי"ל כותיה לא מהני נאמנו' לגבי היורשי' ואפי' בקנין ואין משם ראיה וי"ל בדוחק כמובן ואפשר דמה"ט כתב הר"ב המאור בס"פ כל הנשבעין שדברי הירוש' הללו שהביא ר"ח ז"ל אינם בדוקים אצלו יע"ש והרב מוהרח"א בס' מוצל מאש ח"א דל"ב ע"ב כתב ע"ד הר"ב המאור שלא בדק עד מקום שידו מגעת יע"ש ובמחילה מכבוד רבנותו הוא לא ראה דברי המרדכי בפ' הכותב שהביא ראיה זו מהירוש' בשם ר"ח ז"ל וחשב הרב ז"ל שראיה זו היא מהר"ב העיטור ולא ראה אותה הרז"ה ולכך כתב שאינן בדוקים אצלו ולבבי לא כן יחשוב אלא אף הרז"ה ז"ל ראה דברי הירוש' שהביא אותו ר"ח עצמו ודברי הר"ב העיטור ג"כ בשם ר"ח ז"ל עצמו הם אלא שהרב המאור לא נחה דעתו בראיה זו ולכך כתב שאינן בדוקים אצלו וכונתו לומר דאיכא למדחינהו וכדאמרן ודברי מוהרח"א צ"ע.

ובכן אם כנים הדברים בכל אשר כתבנו בהבנת דברי הר"ב העיטור ודברי ר"ח ז"ל יש לתמוה טובא בדברי הריטב"א בתשו' שהביא מרן ב"י א"ה סי' צ"ח ס"ז דאחר שהביא שיטת הרי"ף ז"ל כתב ולא נתחוור פירושו אצל רבותינו המפרשים ז"ל משום דלשון הגמ' מוכיח דאבא שאול ורבנן פליגי ודעת הראב"ד והרמב"ן ובעל העיטור כן כו' ואבא שאול

פליג ואמר מה אעשה כו' שאין תנאי זה מועיל שהרי אמרו חכמים כו' והוא אינו יכול להתנות ולעקור תק"ח דקסבר אבא שאול דפטורא לא מהני לגבי יתומים כלל וקרוב לדרך זה דברי ר"ח ז"ל והוא מפרש מימרא דאבא שאול כו' וע"ז קאמר מה אעשה כלומר מה יועיל לה אחר שלא פטרה בפי' משבועת אלמנה שהרי סופה לגבות כתובתה ותשבע כדין הבא ליפרע כו' ומגלגלין עליה פוגמת ואפוטרו' דמגלגול לא פטרה. והרב העיטור גלגל בתוך פירושו סברא זו דר"ח ואח"כ כתב הא דאמר אבא שאול הנ"מ בשלא קנו כו' ויש לך להזהר דהאי מימרא דמרן ז"ל לאו אסבר' דסמי ליה קאי דהא לא שרי ביה כלל שהרי ר"ח אמר כו' ולשבועת אלמנה שלא פירש הא לא מהני בה קנין עד שיפרש ואם פי' לדבריו ד"וח א"צ קנין כו' אלא האי מימרא אפירוש' ואסברא דיליה שכתב ברישא קאי דכתב דאבא שאול סבר דפיטורא לא מהני לגבי יורשי הנ"מ בדלא קנו מיניה כו' אבל קנו מיניה כבר גמר והקנה ומהני פיטורא דידיה הדין הוא פירושא דיליה בביאור וכבר טעו רבים בפירושא עכ"ל.

והנה מ"ש דלדעת בעל העיטור פירוש' דמימרא דאבא שאול דאמר אבל מה אעשה כו' הכונה לומר שאין תנאי זה מועיל שהוא א"י להתנו' ולעקור תק"ח וכסבר אבא שאול דפיטורא לא מהני לגבי יתומים כלל כו' לפי מה שביארנו לעיל בהבנת דברי הר"ב העיטור לא ידעתי היכן ראה להר"ב העיטור שפי' כן במימרא דאבא שאול ואדרבא הוא גלגל בתוך פירושו סברת ר"ח וכתב ומיהו דוקא שלא פטר' משבועת הבא ליפרע כו' ואיך יתכן שיגלגל בתוך פי' פי' ר"ח ז"ל שסותר פירושו דלדידיה לא מהני תנאי נאמנות אפילו פירש בהדיא דא

פרק טז

הלכה ה

שורש כשטוען ונטען נשבעים ויש שבועת שוא ביניהם חנוני **כו' וא"ל בה"ב תן לפועלים סלע או לבע"ח מנה כו' ואני אתן לך והרי החנוני אומר נתתי והפועל אומר לא לקחתי הרי הפועל נשבע ונוטל מב"הב וכן החנוני נשבע ונוטל מבה"ב**. ע"כ. צ"ב מחלוקת בשבועות דמ"ה דבן ננס עם ת"ק דן' ננס ס"ל דכיצד באין לידי ש"ש אלא נוטלין בלא שבועה ורבינו ז"ל פסק כת"ק דזה וזה נשבע ונוטל והנה ראיתי להרב התרומות בשער מ"ט ח"ב סי' ד' מלוה אומר סלע הלויתיך וג' דינר היה שוה ויש לי אצלך דינר ולוה אומר מכרתיו לך בה' דינר זה נשבע שבמשכון בא לידו וזה נשבע שבתורת מכירה מכר המשכון אע"פ שא' מהם בא לידי ש"ש הלכתא כת"ק דן' ננס ב' נשבעים ונוטלים

מבה"ב כו' ולשון זה הוא מבעל העיטור דס"ח ע"ג כמ"ש הבה"ת יע"ש והטור ומרן ב"י בש"ע בסי' ע"ב סכ"ח כתבו וז"ל מלוה אומר סלע הלויתיך וג' דינרים היה שוה והלוה אומר מכרתיהו לך בג' דינרים ולא נתת לי המעות כו' זה נשבע שמשכון הוא וזה נשבע שמכרו לו.

ולא ידעתי למה שינו רבינו הטור ומרן את לשונו של בעל העיטור ונקטו הענין בשהלוה כופר בעיקר ולפי לשונו של בע"הע אין הלוה כופר בעיקר ההלואה וראיתי להג"ת שם דרע"ב ע"ג שהוק' לו בדברי בה"ת דכיון דאין הלשון על הסך ששוה המשכון אכתי כל אחד יאמר לו יהי כדבריך עדיין אתה חייב לי דינר ואם נאמר דהמלוה ישבע שמשכון הוא ויכלול שלא היה שוה יותר מסלע והלוה ישבע שמכרה לו ולא היתה המכירה פחות מסלע א"כ יקשה מה לנו להביאם לידי ש"ש בשזה ישבע מכירה וזה ישבע משכון לא נרמי שבועה עלייהו אלא על הסך המלוה ישבע שלא היה בידו דבר המתחייב בו יותר מסלע והלוה ישבע שלא היה לו ביד המלוה דבר שמתחייב בו פחות מסלע ויהיו בזה ב' פטורים בין היתה מכירה בין היתה משכון וכתב ואולי מפני הרגש זה נתכוון הטור להחליף טענת הלוה דכיון שהוא תובע למלוה כל הדינרים וכופר בהלואה א"כ ע"כ צריך שישבע המלוה על עיקר הלואה וכיון דהמלוה נשבע על הלואה נשבע גם הלוה על המכירה ולא זכיתי להבין איך הונח לו קושייתו ע"פ דברי הטור דאכתי אפי' לפי דברי הטור מה צורך שזה ישבע מכירה וזה משכון שבזה באים לידי ש"ש לא נרמי עלייהו שבועה אלא על החיוב שהמלוה ישבע שאין ראוי הלוה ליטול ממנו כלום בשביל מה שהלוה תפוס ממנו והלוה ישבע שאין המלוה ראוי ליטלו ממנו כלום בשביל מה שהמלוה תפוס ממנו וכעין זה כתב הטור בסי' ע"ב סי"ט ובפרישה שם ומרן בש"ע סכ"ב בשם בעל העיטור והרב התרומות שם סי' ב' והן דברי העיטור שם בדס"ח ע"ג סמוך לדין זה כיע"ש ואדרבא עיקר קושייתו נראה דל"ק אלא על הטור ז"ל ומרן דלפי דבריהם הלוה והמלוה מודים בשווי המשכון שהיה שוה ג' דינרים ואינן מחולקים אלא בעיקר הלואה עליו שזה טוען אתה חייב לי דינר וזה טוען אדרבא אתה חייב לי ג' דינרים וא"כ סמי בידן להשביעם על פיטור החיוב כדאמרן.

אמנם לפי דברי העיטור שהביא בעל התרומות ששניהם מודים בעיקר הלואה אלא שהן מחולקים בדמי המשכון שקיבל המלוה מן הלוה שזה טוען ג' היה שוה וזה אומר בה' מכרתיהו לך שפיר איכא למימר דבשווי המשכון שניהם מודים שאינו שוה אלא ג' אלא שהלוה טוען שאע"פ שאינו שוה אלא ג' אני מכרתיהו לך מפני שהיית צריך לו או מפני שרצית ליהנות אותי וכיוצא וזה נראה מוכרח דאי פליגי בשווי המשכון ג"כ

אפי' מאמינו הלוה למלוה שנאבד ממנו היה לו למלוה לישבע תחילה כמ"ש בסי' ע"ב סט"ו ואלו מדברי בעה"ת משמע שאין המלוה נשבע תחילה דאם הוא נשבע תחילה לא משכחת מחלוקת ביניהם בהיפוך כמו שאכתוב לקמן בס"ד ומשו"ה ע"כ צריך הלוה לישבע שמכרו לו בדמי חובו ואינו יכול לישבע סתם יש לי בידך דבר שאין אתה מתחייב בו פחות מסלע שזה שקר הוא אפי' לדברי הלוה שהרי הוא מודה שאינו שוה אלא ג' דינרים וכיון דהלוה צריך לישבע שמכרו לו בעד חובו והלוה צריך לישבע שמשכון הוא בידו בעד חובו.

כי על כן נלע"ד דמש"ה השמיט הטור ולא הביא הטעם שכתב בעל העיטור דאע"פ שא' מהם בא לידי ש"ש הלכה כת"ק דן' ננס וכו' משום דכפי הלשון דכתב הוא בשמו אין צורך לטעם זה משום דבנדון זה ששניה' מודים שהמשכון שוה ג' דינרים ואינו טוען הלוה שמכרו למלוה בה' אלא שמכרו בג' כפי שוויו לדעת שניהם אלא שהם מחולקים בעיקר ההלואה והמכירה א"כ כשזה נשבע סתם שמשכון היה בידו וזה נשבע סתם שמכרו לו בזה שניהם פטורים מתביעתם של זה על זה ואין כאן סתירה ושבועת שוא דיש לנו לפרש שאחד שהיה משכון בידו של מלוה חזר ומכרו לו בעד חובו וזה דלא כמו שנר' מדברי הסמ"ע והב"ח דאף לדברי הטור צריכין אנו להטע' שכתב העיטור דקי"ל כת"ק דן' ננס וליתא לע"ד דאם כן תיקשי מה צורך להשביעם כה"ג ולא שישבעו באופן שלא יהיה ביניהם ש"ש וכההיא דסי"ט וכמ"ש הפרישה שם אלא הנכון כמ"ש כנלע"ד נכון וכתב הרב ראש יוסף באות ע"ז שאם יטעון הלוה בג' דינרים מכרתיו לך וכבר נתת לי הדמים ישבע הלוה ע"ז וא"ץ המלוה לישבע שום שבועה קלה וחמורה וישאר המשכון בידו יע"ש וזה פשוט.

עוד כתב הרב התרומות דאם רצו להפך שבועתם ואם לא רצו ב' נשבעים ע"כ וכ"כ מרן בש"ע שם ועיין במ"ש הסמ"ע ס"ק פ"ט ובמ"ש עליו הש"ך בס"ק קכ"ד ואין ספק דהסמ"ע הוצרך לזה מפני מה שהוק' לו בפרישה דכל ששניהם רוצים להפך השבועה היכי משכחת לה ששניהם נשבעים הרי כשבאים לישבע מיד כשנשבע הא' יכול הב' ליפטר מהשבועה כשישלם לו דדוחק לומ' ששניהם נשבעים כא' קאמר וכן הוק' לו להרב ראש יוסף באות ע"ז ובפרישה תי' ג' תירוצים לזה ואחד מהם מ"ש בסמ"ע שיש שינוי בנוסח השבועות בין כשנשבעים שניהם לכשנשבע אחד מהם משום היפוך והש"ך שלא הונח לו בזה ע"כ צריך לומר כא' משאר התירוצים או שנשבעים שניהם כא' ובבת אחד או שכשנשב' האחד אפילו אם ירצה האחד לשלם לו יכול זה שנשבע ראשון לכופו שישבע ויפטר ושהוא לא יקבל תשלומין בשבועתו שלא יחשדוהו העולם וזה תימה

שלא ביאר הש"ך דעתו ז"ל בזה ויותר נראה שישבעו שניה' כא' ובבת אחת לפי דברי הש"ך ולא שישבע הא' ויכוף אח"כ לאחר אפילו שירצה לשלם ולא לישבע ועיין עוד בפרישה ויותר נראין לע"ד דברי הסמ"ע לפי מה שביארנו לעיל בכונת דברי הטור ומרן וכ"כ גם הרב ר"י באות ע"ז כדברי הסמ"ע ז"ל יע"ש.

ולענין הלכה למעשה כשהם מחולקים בנדון הרב התרומות והעיטור שהמלוה טוען סלע הלויתיך עליו ושלשה דינרים היה שוה ואתה חייב לי דינר והלוה טוען אע"פ שהיה שוה ג' אני מכרתיהו לך בה' ברצונך ומשום דלדידך היה שוה ה' ואתה חייב לי דינר עד ישבע המלוה שמשכון היה בידו על חובו כשאבד ובזה נפטר מתביעת הלוה והלוה ישבע שמכרו לו בה' ובזה נפטר מתביעת המלוה ואע"פ שיש כאן ש"ש אי אפשר בלא"ה דהא קי"ל הלכה כת"ק דן' ננס וכמ"ש בע"ת בשם בע"הע וכמדובר.

אמנם אם הן חלוקין בטענותיהם כנדון הטור ומרן בש"ע שהם חלוקים בעיקר הלואה ושוי' בשווי המשכון שזה טוען סלע הלויתיך עליו וג' דינרים היה שוה וזה טוען לא הלויתני מעולם אלא אני מכרתיו לך בג' דינרים ואתה חייב לי הדמים אז אין צורך לישבע המלוה בפי' הפך דברי הלוה ולא המלוה הפך דברי הלוה ולהיות ביניהם ש"ש אלא המלוה ישבע סתם שבמשכון בא לידו והלוה ישבע סתם אני מכרתיהו ובזה הם נפטרים מתביעתם מזה על זה שאנו מפרשים כונת שבו' המלוה שבמשכון לקחו בעד חובו שהיה סלע וכיון דקבלו בעד חובו שהיה סלע אבד המשכון אבד הסלע וכשהמלוה ישבע שמכרו בעד חובו אנו מפרשים כונתו שאחר שמשכנו לו בשעת הלואתו חזר ומכרו לו וכשהם רוצים להפך השבועה כשישבע בפי' כל אחד הפך דברי חבירו בפירוש ושחבירו חייב לו דינר אנו אומרים לאחד מהם שיתרצה את דברי חבירו וישבע בפי' שעדיין חבירו חייב לו דינר ואם לא רצו לישבע שום אחד מהם בפי' אז ישבעו שניהם סתם זה ישבע שמשכון היה בידו על חובו וזה ישבע שמכרו לו בעד חובו ובזה נפטרים זה מזה ואין ביניהם ש"ש כמדובר.

הלכה ז

שורש הבא ליפרע בשט"ח שקנה מאחר ראובן **שהוציא שטר חוב כו' טען שמעון שפרע ללוי ואמר ישבע לי ישבע לוי לשמעון ואח"ך יגבה ראובן**. וכתב שם ה"ה ד"ה טען שמעון זה נראה פשוט כו' ואם יש ראיה שמכר ולא רצה לישבע אע"פ שלא הודה שנפרע חייב לשלם ללוקח וכ"כ בעיטור עוד כתוב שם שאם מת מוכר יורשיו נשבעין נשבועת היורשים ונוטל לוקח ואם לא רצו לישבע משלמי' לו ללוקח כו' עכ"ל.

ודע שכתב הטור בסי' ס"ו בשם הרמב"ן והביאו הרא"ש בפסקיו בסוף מס' שבועות

דהקונה מהמלוה שטר חוב שיש לו על הלוה ומת הלוה אם אחר שלקחו מת נשבע הלוקח שלא אמ' לו המוכר כלום ושאינו יודע ששטר זה פרוע וגובה ודוקא שמת המוכר כו' ונ"ל דדוקא כשלא האמין את המלוה וב"ך עליו ועל ב"ך או יורשיו אז הוא דצריך הלוקח שבועה כשבא לגבות מיורשי הלוה אבל אם האמין את המלוה וב"כ עליו ועל ב"כ גובה הלוקח בלא שבועה כמבואר סי' ע"א סח"י וכ"כ הב"ח בסימן ס"ו סי"ד יע"ש ועיין בביאורינו סימן ע"א סי"ח במה שהעלינו לענין הלכה דאיזה לשון נאמנות מהני לגבי יורשים ומ"ש הטור נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר כלום כתב הש"ך בפקמ"ח וז"ל משמ' שאם אמר המוכר שהוא פרוע היה נאמן אפי' דלאחר המכיר' אמר שנפרע קודם המכירה וכן העליתי לקמן סנ"ו עכ"ל עיין במה שתמה שם על הרא"ש דתבריה לגזזיה ממ"ש בפרק הכותב למ"ש בס"פ אז"ן וכן הקשה על הטור ומרן בא"ה סי' ק"ה יע"ש וכן הק' הרב נ"מ בדע"ז ע"ג והניחה בצ"ע ועיין בהרב ב"ש בא"ה סי' ק"ה שתי' דהתם בפרק אז"ן מיירי בשיש שובר לפנינו ואין לחוש כ"כ שמא השובר מזוייף והיא ג"כ סברה שאם תמחול השתא חייבת לשלם כל דמי השטר וכאן חיישי' לזה משום דאין ראיה לדבריה יע"ש.

וראיתי עוד למהרש"ח בסוף סס"ו שהוקש' לו בדברי הרא"ש הללו בפרק הכותב שכתב שאם היא אומרת שנפרע אחר שמכר נאמנת במיגו שיכולה למחול ולא דמי למלוה שאמר שטר אמנה הוא שאינו נאמן היכא שהוא חייב לאחרים ולא מהימן במיגו דאי בעי מחיל מפני שאינו רוצה למחול ולהפסיד חובו אבל במ"ש שטר אמנה הוא אינו מפסיד חובו שמכיר בלוה שהוא ירא שמים ולא יעכב מעותיו עכ"ל וכתב ע"ז הרב וז"ל וק' דבאמנה נמי אמאי נאמנת במגו והא אינו מיגו טוב לפי שאינה רוצה למחול ולהפסיד חובה דבמה שאומרת שטר אמנה אינה מפסדת כי מכרת בלוה שהוא ירא שמים והניחה בצ"ע.

וראיתי בלקוטי מהר"ח עשאל ז"ל דכ"ז ע"ג שכתב וז"ל ולא ק"מ דבשלמא כשאומר שטר זה פרוע או אמנה אז אינו מפסיד כלום כי מכיר בלוה שנודע אצלו שאינו פרוע ואינו אמנה ומשלם לו אבל התם באשה שאמרה שנפרע קודם המכר תפסיד דכיון דכל מה שיש לאיש הוא ביד אשתו יאמר לה כבר קבלת כתובתיך כמו שאמרת ואני לא ידעתי דהודאת ב"ד כק' עדים דמי עכ"ל ואשתמיטתיה מיניה דברי הרב נ"מ בדמ"ו ע"ג שדחה תי' זה ממ"ש הרא"ש בסוף פרק כל הנשבעין בשם הרמב"ן ואפילו בשאר מוכר ש"ח בעלמא לא מהימן לומר שנפרע קודם המכר משום דלית ליה מיגו מה"ט שכתב בפרק הכותב יע"ש.

והנכון לע"ד דדוקא גבי מוכר ש"ח הוא דקאמר הרא"ש הכי דלא מהימן במגו משום דכי טעין מוכר פרוע הוא אע"פ שהלוה הוא ירא שמים לא יפרע לו למוכר עד שיביא לו השטר שביד הלוקח דחושש הוא שאם יפרע לו למוכר השתא למחר וליומא אחרינא אזיל ומפיס ללוקח או מתפשר עמו ולוקח השטר מיד הלוקח וחוזר עליו ואפי' אם יכתוב לו השתא שובר חושש שמא יאבד ממנו ויחזור ויתבענו בשטר שבידו הילכך כי טעין השתא המוכר פרוע הוא ליכא למיחש מידי ואיכא שפיר מגו דמחיל משא"כ בטוען אמנה או פרוע בשטר שביד המלוה עצמו ובא לחוב באחרים שחייב להם חוב אחר התם ליכא לאמוניה במגו דאי בעי מחיל דאיכא למיחש שפיר למ"ש הרא"ש כי מכיר בלוה כו' והתם פורע לו הלוה שפיר כשנותן לו השטר.

איברא שראיתי להרב נ"מ שם שלא נחה דעתו בתי' זה משום דבמוכר ש"ח נמי אכתי איכא למיחש דלהכי טעין פרוע ולא מחיל ליה משום דחושב בדעתו דלמחר ויומא אוחרי יפייס את הלוקח ויקח השטר מידו ויגבה מהלוה משא"כ כי מחיל ליה יע"ש. ברם לעד"ן דיש לישב לזה דס"ל להרא"ש דאין אדם טוען פרו' לפני ב"ח על סמך דלמחר וליום' אוחרא יפייס אותו וגם יצטרך לחזור על הלוה לומר שלא טען פרו' מעיקרא אלא להפסיד ללוקח ולהפסד עמו דאין אדם מ"ע רמאי בעיני הבריו' דכל כי האי לא עביד אינש להפסי' ללקוחות שלו בפרסום שמכירים בו שהוא רמאי כן נלע"ד נכון ועיין במה שישב עוד הרב נ"מ לעיקר קו' הרב ש"ח בדוחק יע"ש.

ודע שה"ה ז"ל בפרקין דקדק מדברי רבינו דאפילו טוען שפרעו קודם המכר מפטר הלוה אלא שהמוכר חייב לשלם כל דמי השטר ללוקח כאלו טוען שפרעו אחר המכר יע"ש והביא דבריו הר"ב ש"ך סס"ו סקל"ו וראיתי להרב בנ"מ בדמ"ז ע"ג שתמה על ה"ה ז"ל דהיכי מהימנינן ליה באומר שפרעו קודם המכר לפטור את הלוה במגו דמצי מחיל והלא כלל גדול בידינו דמשפטי המגו שכל שאין הטענות שוות לא מהימנינן ליה אף לחצי טענה דוגמא דההיא דפ' חזקת דהיכא דאייתי סהדי דאכלה תרתי שני וטעין מינך זבינתא הדרא ארעא והדרי פירי ולא מהימן על הפירות מיהא במגו דאי טעין בפירות ירדתי והוא נאמן משום דאין כאן חזקת מאן דמשקר כלל וטפי ניחא ליה לטעון הכי שרוצה לזכות אף בקרקע כמ"ש התוס' והרמב"ן שם יע"ש וא"כ ה"נ אין כאן מה ליה לשקר דטפי ניחא ליה לטעון פרעתי קודם המכר שאינו משלם אלא מה שנטל כדין כל מקח טעות ועוד תמה עליו דלפי"ז נקטינן שאע"פי שאין ראיה ביד הלוקח על המכירה כל שהמוכר מודה לו אלא שטוען פרוע קודם ישלם לו כל שוויו מהטעם ההוא וזה תימה דנהי דמגו דמחיל לא מהני לפטור עצמו מן התשלומים אבל מ"מ נאמני' במגו דאי בעי

אמר לא מכרתי לענין פטור עצמו והניחם בצ"ע יעש"ב.

והנה לקו' ראשונה י"ל דלדעת ה"ה ז"ל משמע ליה דלא דמי מגו זה להההיא דפ' חזקת דהכא לא הוי מגו לחצי הטענה לגבי הלוה הבא לפטר בטענת המלוה שטוען פרוע דבין שיטעון פרוע הוא או ימחול לו מפטר הוא מלשלם ולגבי דידיה מגו גמור הוא הילכך אפי' שאין זה מגו לגבי הלוקח מפטר הלוה מיהא בטענה זו במגו דמצי מחיל ולא מחייבינן ליה משום דלא חשיב מגו לגבי לוקח משא"כ בההיא דפ' חזקת שאנו באים לפטור ליורד בתוך שדה של חבירו ואכל הפירות בטענתו שטוען שלו אכל שהשדה שלו דאע"ג דלענין הפירות יש לנו לומר שנאמן בטעתנו שהם שלו במגו דלפירות ירדתי כיון דלענין השדה עצמו לית ליה מגו זה ולא מהימן בטענה זו אף בפירות נמי לא מהימן בטענה זו דמגו דחשיב טענה לגבי דידיה הוא שרוצה לזכות בטענה זו בפירות ובשדה כפי טענתו ואין מאמין אותו לחצאין וברור ולקושיא שניה שהק' הרב ז"ל אין ספק דחיליה דמר שכתב דנקטינן מדברי ה"ה ז"ל דאעפ"י שאין ראיה ביד הלוקח על המכירה כל שטוען המוכר שנפרע קודם המכר דישלם לו כל שוויו כו' הוא מפני מ"ש ה"ה ז"ל קודם לכן במ"ש רבינו הודה המוכר שפרע ישלם לוי לראובן דדין זה הוא אפי' שיש עדים לראובן מהקניה כו' ומשמע דכ"ש כשאין עדים ולפי דעתו ז"ל מ"ש רבי' אחר דין זה טען לוי שלא מכר ולא נתן כו' החלוקה זו בהודה שפרע קאי וכמ"ש הלח"מ והמ"ל ז"ל שם וכשהכריח ה"ה ז"ל לדברי רבי' שכתב ולא נתן דאם הודה שנתן ישלם כל שוויו משמע דאכולה מילתא דלעיל קאי בין כשיש עדים על הקניה ובין שאין עדים ומ"ה הוק' לו להרב ז"ל שפיר וכשאין עדים על הקניה למה ישלם כשאומר שנתן נאמניה במגו דאי בעי אמר לא מכרתי ולא נתתי זה נראה כונתו ז"ל בקו' זו ואין זה הכרח לע"ד דאפשר לומר דמה שהכריח ה"ה ז"ל דאם הודה שנתן ישלם כל שוויו דוקא כשיש עדים קאמר דליכא מגו דלא נתתי אבל בדליכא עדים על הקניה דאיכא מגו דלא נתתי אף ה"ה ז"ל אזיל ומודה דמהימן ולא מחייב לשלם כל שוויו ולהכי הוא דנקט רבי' שטען שלא נתן לומר דאי טען שנתן ופרע קודם איכא גוונא דמחייב כגון שיש עדים על עיקר הקניה וכ"כ הש"ך בס"ק ל"ו בכונת דברי ה"ה ז"ל יעו"ש.

עוד כתב הר"ב נ"מ ז"ל שם שהר"ב שלטי הגבורים קאי בשיטת ה"ה ז"ל דאפי' טוען שפרע קודם המכר נאמן לפטור את הלוה ומשלם הלוקח כל שווי דמי השטר יע"ש וכ"כ בס"ק ל"ו ולפי"ז יכול הלוה לומר קים לי וברור ומה שיש להקשות בד"ז שכתב מרן בש"ע כאן סי' ס"ו סט"ו למ"ש בא"ה סי' ק"ה עיין בהר"ב נ"מ דשט"ו ע"ג ובתשו' מהרח"ש ח"ג סי' ס"ג דצ"ג ע"א ובחלקת מחוקק ובב"ש שם בא"ה סימן ק"ה.

עוד כתב מרן ז"ל שם אבל אם המוכר חי גם הוא צריך לישבע כו' נ"ב עיין במ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ט והש"ך ס"ק מ"ט כתב וז"ל ולענ"ד לפרש כפשוטו דקאי אשבועה דלעיל שהלוקח צריך לישבע שאינו יודע הוא שפרע למוכר דשמא יודע הוא שפרע למוכר וגם המוכר צריך לישבע שלא נפרע ואין שבועת המוכר פוטרו ללוקח דשמא המוכר נשבע לשקר והלוקח יודע שהוא פרוע וכיון שבא לגבות מהיתומים צריך לישבע ג"כ מיהו נראה שצריך לכלול שלא נפרע הוא בעצמו מן הלוה ולפי"ז אפי' היתומים מודים שלא נפרע הלוקח כו' צריך לישבע כמ"ש עכ"ל.

ואין זה דעת הר"ב נ"מ ז"ל בדע"ח ע"ב ד"ה ומשמע כו' אלא כל שהמוכר נשבע שלא נפרע גם הלוקח צריך לישבע שגם הוא לא נפרע כגון שאין היתומים יודעים אם נפרע מאביהם אז מגלגלים עליו ג"כ שלא ידע שנפרע המוכר אבל כשהיתומים מודים שלא נפרע הלוקח מהמלוה אז אין צריך הלוקח לישבע שלא ידע שנפרע המוכר יע"ש וכיון שכן נלענ"ד דיכולים היתומים לומר קים לי כס' הש"ך ז"ל דלא יגבה הלוקח עד שישבע שלא ידע שנפרע אפי' כשלא נשבע שלא נפרע מהלוה עצמו ודוק.

וכתב הש"ך ז"ל אבל אם הלוה חי אין הלוקח צריך לישבע דהא אינו טוען שהוא יודע שפרע למוכר עכ"ל ומשמע מדבריו הללו דכשטוען הלוה שידע הלוקח שפרע למוכר צריך לישבע הלוקח שלא ידע אעפ"י שגם המוכר נשבע ועיין להר"ב נ"מ ז"ל בדע"ז ע"ד ד"ה ולענין כו' שכתב בשם הר'ב פו"ד בא"ה סי' ק"ה שכתב דאפי' לא טען הלוה שישבע המוכר ג"כ אנן טענינן ליה שישבע המוכר משום שאם ישבע הלוקח למוכ' יודה המוכר שנפרע ונמצא שבועת הלוקח שבועת שוא וחינם והר'ב נ"מ ז"ל דחה דבריו והכריח דא"ץ להשביע למוכר עד שיתבענו הלוה לישבע ואפי' לא ירצה התובע להשבי' למוכר אנן משביענן ליה שפיר ללוקח ואין כאן משום שבועת שוא וחינם עיין שם מילתא בטעמא וכתב עוד ומשמע ודאי דכל שהמוכר קיים והוא נשבע שלא נפרע א"ץ עוד לשבועת הלקוחות יע"ש: ומשמע מדבריו ז"ל דאפי' בשטוען הלוה שידע הלוקח שנפרע המוכר כל שנשבע המוכר שלא נשבע א"ץ עוד לשבועת הלוקח ודלא כמו שדקדקנו מדברי הש"ך ז"ל ואפשר דגם הר'ב נ"מ לא כתב דא"ץ להשביע ללוקח אלא כשאינו טוען הלוה שישבע גם הלוקח אבל אם טוען שישבע גם הלוקח משבעי' ליה אם יטעון בריא לי שיודע שנפרע המוכר וזה נכון לענ"ד לענין הלכה ובמ"ש הש"ע גם הוא צריך לישבע עיין במ"ש הסמ"ע ס"ק מ' והש"ך סק"ז כתב עליו שאין לשונו מדוקדק דאפי' היה הלוה צווח שפרעו קודם שמכרו דינא הכי דלא אמרי' אין אדם מש"ל אלא גבי שבועה דבא ליפרע מן היתומים ולא נגד הלוה והבו דלא לוסיף עלה כדלקמן סי' ק"ח סי"ד והכא

ה"ט כמ"ש הרא"ש והר"ן דכיון שמכרו אין עליו עיקר חיוב אלא שמשביעין אותו מפני שהוא נאמן לומר פרוע הוא במגו שיכול למחול עכ"ל.

וביאור דבריו ז"ל כי מלשון הסמ"ע נראה שבא לתת טעם היאך יגבה הלוקח אחר שמת המלוה שהוא המוכר אפי' מת בחיי הלוה דיש בזה משום אין אדם מוריש שבוע' לבניו ולזה נ"ט דכיון דבשעת המכירה לא נתחייב המוכר לישבע עכ"פ דדילמא לא יטעון הלוה הילכך אין כאן משום אין אדם מש"ל ולזה הוק' לו להש"ך דכל שמת המלוה שהוא המוכר בחיי הלוה אין אנו צריכים לזה דאפי' צווח הלוה שישבע לו אכתי אין בזה משום מש"ל כיון דס"ס מת מלוה בחיי לוה מיהו אי צריך טעם הוא במת לוה בחיי מלוה ואפי' מכרו השטר בחיי הלוה כיון דמת הלוה תחילה הרי נתחייב המלוה לבני לוה שבועה וכשמת המלוה אח"כ היה לנו לומר שלא יגבה הלוקח מבני הלוה בשבועה דשלא פקדנו משום טעמא דאין אדם מש"ל ולזה כתב דה"ט כמ"ש הרא"ש והר"ן דכיון דמכרו אין עליו עיקר חיוב כו' כלומר דכיון שהמוכר לא בא לגבות לעצמו והרי נסתלק מחוב זה אינו חייב לישבע ליורשי הלוה מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ומה שמשביעין אותו כשבא לגבות הלוקח אינו אלא משום דנאמן לומר פרעתי הילכך כיון דאין שבועה זו מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים אין בזה משום א"א מש"ל דהבו דלא לוסיף עלה הוא כן נרא' לי כונת הש"ך וברור.

ובכן אני תמיה על מרן החבי"ב בהגב"י אות ל"ה שנטה דעתו לומר דאף כשמכר הש"ח בחיי הלוה אם אח"כ מת לוה בחיי מלוה אין הלוקח גובה מיורשי הלוה מטעם אין אדם מש"ל והגיה בדברי הטור ובס"ד כתב שמהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ץ' נסתפק בזה אם יש במוכר ש"ח דין מת לוה בחיי מלוה יע"ש ואני בעוניי כעני המחזר חזרתי בתשו' הראנ"ח ז"ל ולא מצאתי שנסתפק בזה זולת בסי' צ"ב דקל"ז ע"א נסתפק אם כופין את הלוקח שיביא את המוכר לישבע אפי' כשהלוקח מוחזק יעש"ב ומאחר שנתבאר שמדברי הרא"ש והר"ן ז"ל מבואר יוצא דאפי' במת לוה בחיי מלוה גובה הלוקח מיורשי הלוה כל שמכר לו המלוה הש"ח בחיי הלוה לא ידעתי איך עלה על דעתו ז"ל הפך זה ועיין בתשו' הר"ן סי' ל"ה והביאה מרן ב"י לקמן סי' ק"ח דמבואר בהדייא מדבריו כן וכמו שכתב בס' חשק שלמה בהגב"י אות ל"ה וצ"ע.

עוד כתב מרן בש"ע שם סי' ס"ו וכן אם הלוה קיים וטוען שהוא פרוע ואין בו נאמנות אם המוכר קיים ישבע ועיין בש"ך שם ס"ק נ"ב שכתב וז"ל אבל אם יש בו נאמנות א"ץ לישבע עכ"ל וזה נראה ג"כ דעת הטור שכתב כלשון מרן ז"ל ולכאורה צ"ע דבא"ה סי' צ"ח כתבו דאפי' כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך אפי"ה משביע הוא את הבאים

ברשותה כגון אם מכרה לאחרים כתובתה ונתגרשה ומתה אבל אם היא עדיין קיימת לא יתנו ללקוחות כלום אא"כ תשבע היא בעצמה כו' וכ"כ הרא"ש והנ"י ז"ל בפ' הכותב עלה דמתני' דכתב לה נדר ושבועה אין לי עליך הרי דאפי' בכתב נאמנות למלוה שהיא האשה כשבא הלוקח לגבות מן הלוה משביעין אותו הפך מ"ש כאן ז"ל ושוב ראיתי להר'ב נ"מ בדקע"ד ע"א שעמד בזה ועלה לחלק דע"כ לא כתבו הטור ומרן בא"ה דמשביעי' את המוכר אלא בנאמנות דל' זה נדר ושבועה אין לי עליך מורה שלא פטרו אלא למלוה עצמו כשבא לגבות לעצמו ולא לב"כ שהם הלקוחות אבל כשכותב לו ובנאמנות סתם לשון זה כולל בין כשהממון לעצמו ובין כשהוא ללקוחות ועיין בדברי הרב הנז' שם דע"ז ע"ב שכתב וז"ל בדברי הטור יש לתמוה דבא"ה סי' ק"ה הביא דברי הרא"ש אביו לפסק הלכה דבמוכר ש"ח לחבירו מהימן לומר אחר המכר שנפרע במגו ואילו בח"המ סי' ס"ו לא כתב אלא דכשאין בו נאמנות צריך לישבע המוכר ולמה לא כתב גדולה מזו דלא מבעיא ד"ז דאיתיה גבי האומר אמנה אע"ג דליכא התם מגו טוב אלא אפי' כשיש בו נאמנות שאין כאן עסק שבועה נאמן לומר פרוע במגו ושלא כדברי בה"ת שכתב דהכא נמי כשיש לו נאמנות לא מהימן וצ"ע עכ"ל.

ולפי מ"ש הרב עצמו בדקע"ד לא ידעתי מאי קא ק"ל דאפי' שסובר הטור שלא כדברי בע"הת דנאמן לומר פרוע אחר המכר אכתי הוצרך הטור לומר דוקא כשאין בו נאמנות הוא דמשביעי' למוכר אבל כשיש בו נאמנות אעפ"י שנאמן לומר פרוע מ"מ אין משביעי' דנאמנות סתם מועיל בין כשבא לגבות לעצמו ובין כשבא לגבות ללקוחות ולא ידעתי איך לא זכר ש"ר דבריו הללו וצ"ע ועיין להר'ב חלקת מחוקק סי' צ"ח ס"ה ולהרב"ש שם סק"ד וכתב עוד הר"ב נ"מ ז"ל שם בדקע"ד סע"ב שאעפ"י שלדעת הרא"ש והטור ומרן ז"ל מבואר דכל שכתב נאמנות סתם למלוה כשבאים לקוחות לגבות אין משביעי' את המלוה מיהו הר"ב העיטור ז"ל חולק ע"ז וסובר דלא מהני נאמנות במלוה אלא כשבא לגבות לעצמו אבל כשמכר שט"ח ובא לוקח לגבות יכול הלוה להשביע למלוה ולא מהני נאמנות בזה יע"ש.

וכתב ע"ש ע"ג ד"ה ובחפשי כו' דאף בכתב למלוה לשון דנדר ושבועה אין לי עליך דבזה מבואר מדברי הרא"ש והנ"י והטור ומרן בא"ה סי' צ"ח ולא מהני לשון זה לפוטרו למלוה כשבא הלוקח לגבו' לעצמו ומשבעינן למלוה מיהו מדברי הריטב"א בשיטת כ"י בפ' הכותב בשם רבו הרא"ה חולק ע"ז שכתב אמ"ש רש"י דמתגרשה ומתה דנקט ומתה משום דבחייה אינן גובים הלקוחות בשבועת היורשין עד שתשבע היא בעצמ' שלא פטרה אלא כשבאה לגבות היא בעצמה וכתב ע"ז ופי' זה אינו מחוור לרבינו ז"ל

דודאי כל שבחייה מאח' שפטרה משבועה יכולים הם לגבות בשבועת היורשין אבל היכא שלא פטרה משבועה נראין הדברים ודאי שאין באי כחה גובין עד שתשבע היא בעצמה ע"כ הרי שכתב בפירו' רבו הרא"ה ז"ל דמהני פיטורה לפוטרה משבועה אף לאחר שמכרה ובאין הלקוחות לגבות עכ"ל.

ודרך אגב ראיתי להרב הנז' דשקיל וטרי בדברי הריטב"א ובסוף דבריו כתב וז"ל וכתבתי כל זה מפני שראיתי לאחד מעיר עיר וקדיש שבראותו דברי הריטב"א אלו הגיה לשונו יכולים הם לגבות בלא שבועת היורשים כו' וסיבה אחת דמה שיאטיה' דשבועת היורשין הכא וזאת שנית דאם איתא שכונתו לומר דלקוחות נשבעין וגובין מאי כל שבחייה דמשמע דלאחר מיתה לא ואדרבא כ"ש דלאחר מיתה אפי' לא פטרה נמי הם נשבעין וגובין ואיני יודע מהיכא פשיטא ליה הא' שהרי הרב בעל התרומות שער נ"א כתב דאיכא מ"ד יורש נשבע ולא לוקח וכמ"ש הטור בסי' ס"ו וכיון שכן אפשר דס"ל להרא"ה דכשמת מוכר יורש נשבע ולא לוקח ומתני' דקתני אבל משביע הוא כו' מיתוקמא לדידיה כשהי' קיימת ופטרה לדידה נשבעין לקוחות וגובין ודייקא נמי שפיר לישנא דכל שבחייה כו' יעויין שם באורך.

ולא מצאתי מקום לא לדברי העיר וקדיש שכתב הרב ז"ל ולא לדבריו ז"ל לפי לשון הריטב"א שהביא בפ"מ להרב ז"ל דק"ה סע"ב וז"ל וכ"ת אמאי כתב רש"י ונתגרשה ומתה כו' וי"א דנקט ומתה משו' דבחייה אינם נפטרים בשבועתן כו' ככתוב בדברי הנ"מ ז"ל וסיים עוד אבל אין לומר שכתב כן משום דבחייה אף לקוחות שלה כמוה לגבות בלא שבועה כיון שנפטר' שאין סברה לומר כן ומיהו אין פי' מחוור לרבינו כו' ככתוב בדברי הנ"מ וסיים עוד שהרי אי מודית שהיא פרועה נאמנת היא מתוך שיכולה למחול וה"ה לב"ח שמכר שטרו שאם לא כן נמצא שיכול לגבות או כתובת אשה בלא שבועה שמוכרין אותה לאחרים וגובין בשבוע' היורשין אלא ודאי אין גובין עד שישבע המוכר אבל אם מת קודם לכן גובין בשבועת היורשין כדאמרינן הכא עכ"ל. הרי דלשון זה מבואר שלא כדברי הרבנים הנז' דבהדיא כתב דבחיי המוכר נשבעין הלקוחות שבוע' היורשין כשהאמינה ואין סברה לומר דאף הלקוחות נאמנין דזה הפך דברי העיר וקדיש גם כשמת גם כן המוכר כתב בהדיא שגובין בשבועת היורשין שלא כדברי הרב נ"מ ז"ל וצ"ע.

ודע שהטור בסי' מ"ז כתב דכל שבא לחו' לאחרים בהודאתו אם השטר שבידו יש בו נאמנות אינו נאמן המלוה השטר שבידו לומר פרוע או אמנה אבל אם אין בו נאמנות יכול המלוה לומר השטר שבידו פרוע הוא או אמנה וכתב מרן החבי"ב בהג"הט אות ט'

שם בשם מוהר"א ששון בכ"י דכשיש בו נאמנות דאינו נאמן לומר פרוע הוא ומוסכם בדעת כל הפוסקים אפילו למ"ד דאין המלוה יכול למחול שט"ח ללוה במקום שחב לאחרים כמבואר מחלוקותם בב"י בסימן פ"ו יעויין שם.

ונראה שדעתו ז"ל דאע"ג דלהאי מ"ד ליכא למימר דנאמן לומר פרוע במגו דאי בעי מחיל מ"מ כיון דיש בו נאמנות אין למלוה עסק עם הלוה כלל ולאו בעל דברים דידיה הוא והרי הלוקח נכנס במקום הלוה אמנם מהראנ"ח בסי' פ"א ציין דבריו הרב ז"ל שם אות ח' ומהרימ"ט בסי' צ"א ציין דבריו הרב ז"ל שם אות י"א ובמ"ב אות א' כתבו דכל שאין לו מגו דאי בעי מחיל לא מהימן לומר פרוע הוא כו' יע"ש ועיין בחשק שלמה סי' מ"ז הג"הט אות יו"ד.

ולענין הלכה למעשה בשטר שיש בו נאמנות ומכרו לאחר ובא לגבות וטוען הלוה אמנה היו דברינו והודה לו המלוה לדעת הטור ומרן בסי' מ"ז אינו נאמן משום דלית ליה מגו דאי בעי מחיל כמ"ש הש"ך שם סק"ז בשם התוס' והרא"ש לחד שינויא ועוד דטענת אמנה משים עצמו רשע ולא מהימן עיין חשק שלמה ריש סי' מ"ז.

ואם טוען פרעתי יכול הלוה לומר קי"ל כמ"ד שכתב בעל התרומו' בשער נ"א והביאו מרן הב"י בריש סי' מ"ז דדוקא אמנה אינו יכול לטעון אבל פרוע מצי שפיר למטען אפי' שיש בו נאמנו' וכ"כ בח"ש ז"ל שם וכשאין בו נאמנו' והוא חב לאחרים וטוען פרוע לדעת מהראנ"ח ומוהרימ"ט והש"ך ז"ל למ"ד דמצי מחיל מהימן ולמ"ד דלא מצי מחיל לא מהימן וא"כ יכול הלוה המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דמצי מחיל דאף לדברי הש"ך נרא' דלא מצי מחיל אין הכרח לדידן כללא דקי"ל להחזיק ביד המוחזק וכמ"ש הרב חשק שלמה אות י"ד.

עוד כתב מרן ואם אינו רוצה לישבע לא יפרע הלוה כו' לשון הטור הוא דאם אינו רוצה לישבע יפסיד וכתב ע"ז מרן בב"י ז"ל ומ"מ ק"ל דאמאי יפסיד הלוקח מעותיו יכופו ב"ד למוכר שישבע או שיחזיר לו מעותיו וי"ל דאה"נ ומאי יפסיד דקאמר מלגבות מהלוה דאם אין למוכר נכסים נמצא שהוא מפסיד עכ"ל ועיין להרב נתיבות משפט בדע"ט ע"א שהביא דברי הריטב"א מכ"י שכתב דיש מפקפקין לומר דאין לכוף את המוכר בזה אם אינו רוצה לישבע דלאו אחריות דשבועה קביל עליה ושם בע"ג כתב עוד שגם הרב בעל העיטור הבין כן בדעת הרב ברצלוני שאין לכוף את המוכר לישבע שכתב כלשון הטור והשיג עליו בעל העיטור באות מחילה דצ"ג ע"א וז"ל ומ"ש אם המוכר לא רצה לישבע מפסיד הלוקח כי לא רצו היורשים ג"כ מפסיד הלוקח הילכך לא בריר לן. ולענין הלכה למעשה יכול המוכר המוחזק לומר קי"ל כהרב ברצלוני והטור שכתב כדבריו והיש

מפקפקין שכתב הריטב"א ז"ל לפי מה שהבין בעל העיטור בכונת דברי הר"י ברצלוני ז"ל שאין לכוף את המוכר ושלא כדברי מרן הב"י שכתב בכונת דברי הטור כנ"ל.

פרק כג

הלכה ח

שורש המוכר שדה באונס דאינו גובה בשטר המכר מי **שמכר שדהו באונס הרי המעות של האנס אצל המוכר כמלוה ע"פ ואינו טורף בשטר מכר שבידו כלום**. ע"כ. וממ"ש ואינו טורף כלום מבואר דס"ל דאף מבני חרי לא גבי בשטר זה דמצי טעין פרעתי וזה דעת התוס' בפ' א"נ דע"ב ע"א ד"ה אמר אביי וזה דעת הרשב"א שהביא מרן ב"י בס"סי זה ובסי' ר"ז מחו' ל"ד ובסי' רל"ה מ"ג יע"ש ודע שמדברי התו' שם ד"ה שטר שיש בו רבית מבואר דס"ל דגם בשטרי חוב דמוקדמין נמי דינא הכי דומייא דמוכר שדהו באונס אבל רבינו שם בר"פ ומרן בש"ע לעיל סי' מ"ג ס"ז כתבו דש"ח המוקדמין מבני חרי מיהא גבי ולא מצי טעין פרעתי וזה דעת הרשב"א כמ"ש ה"ה ז"ל שם ומה שי"ל על דברי הרמב"ם ז"ל הללו ממ"ש איהו גופי' בפי"המ דפ"י דמס' שביעית גבי ההיא דש"ח המוקדמין עיין להרב ש"ך בס"סי פ"ג ומרן החבי"ב שם הגב"י אות כ"ב ולהרב בני יעקב בדכ"ט ע"ב וע"ג יע"ש וטעמו של הרמב"ם ז"ל ודעימיה במחלוקת בשטר מוקדם למוכר שהוא באונס מבואר במ"ש הרב בני יעקב בדל"א ע"ד.

וראיתי להרב הנז' שם שהקשה לו במ"ש הטור בסי' ס"ו סל"ג בשם בעה"ת ומרן בש"ע שם סי' ל"ד דבמוכר ש"ח אמרינן אחריות ט"ס הוא ואם בא ב"ח של מוכר וטרף גובה מידו וכן אם טען שאותו שטר נכתב על שמו או שבא אחר והביא ראיה שלקחו מן המלוה תחילה חוזר וגובה מדין אחריות וכ"ש אם הוציא המלוה שובר שפרעו או שמחל לו המלוה קודם ע"כ וכתב הסמ"ע דגובה אף מהלקוחות מדין אחריות יע"ש.

והשתא קשה דהיכא דנקנו לאחר תחילה או ששטר זה אינו מהמוכר ונכתב על שמו היכי גבי מהלקוחות והא האי שטרא לא נתן לכתוב ולא חל המכר כלל דומייא דפרדסא וכתב על זה וז"ל והנר' לע"ד לומר דבההיא עובדא דפרדסא אקשינן מדתנייא לשבח קרקעות יצא כו' הרי היכא דמכר שדה שאינו שלו אמרינן דמטעמא דניחא ליה דליקום בהמנותיה גבי ממשעבדי וא"כ איכא למימר דאף במוכר ש"ח כו' איתיה לטעמיה דניחא ליה כו' אך עדיין ק' ביש ללוה שובר היכי גבי והא לא שייך ה"ט שהרי אין הלוה חייב כלום ע"כ הנה נראה לומר דלאו לגבות ממשעבדי קאמר כו' ולמ"ש אחריות ט"ס הוא אשגרת לישן הוא אבל דברי הסמ"ע קשין וצ"ע עכ"ל.

ולא ידעתי מאי קא קשייא ליה לדברי הסמ"ע דשפיר איכא למימר דהסמ"ע ז"ל לא קאמר דגבי מהלקוחות מדין אחריות אלא דוקא בחלוקות דאיכא בהו טעמא דטרח ומוקי קמיה דעל חלוקות אלו הוא שכתב מרן והטור דגובה מדין אחריות ומלשון או מנכסיו שכתב הטור דקדק הב"ח ג"כ כדברי הסמ"ע וס"ל דגובה נמי מהלקוחות מדין אחריות ומטעמא דטרח ומוקי קמיה כמ"ש הרב ז"ל אבל בחלוקה דהוציא הלוה שובר ששטר זה פרוע או שמחל לו המלוה ללוה קודם לכן שכתבו טעמא הטור ומרן ז"ל משום דהו"ל מקח טעות והמעות לבד שנתן הלוקח חוזרין ואין כאן מכירה ולא אחריות כלל פשיטא דאף הסמ"ע והב"ח ז"ל אזלי ומודו דאף המעות שנתן אינו גובה מהלקוחות וגם מצי טעין פרעתי כיון דלא שייך טעמא דטרח ומוקי קמיה והשטר לא ניתן ליכתב ואיברא שהרב התרו' לא כתב כלשון הטור ומרן ז"ל אלא כתב וכ"ש אם הוציא הלוה שובר שפרעו או שמחל כו' דההיא ודאי חייב לשלם דלא הוה זביני כלל ומעות חוזרין ע"כ מיהו מהא ודאי לא אירייא דהרב התרו' ז"ל לא נחית אלא לאשמועי' דלא מפטר מוכר מלשלם מיה' כדי דמיו אבל אפשר דנאמן המוכר לומר פרעתי כיון דהאי שטרא לא ניתן ליכתב כלל וליכא טעמ' דטרח ומוקי קמיה דומיא דההיא דפרדסא.

אלא שראיתי להרב פ"מ ז"ל ח"ב סימן ל"ג בהגהותיו לתשו' מהרש"ג שם שכתב דכל שביטול שטר המכר הוא מעיקרו וגם יש בו פשיע' ללוקח אין לו לאותו שטר דין שטר כלל והו"ל המעות דמלוה ע"פ והיינו ההיא מעשה דפרדסא אבל אם ביטול שטר המכר הוא מעיקרו ואין בו פשיעה ללוקח יש בו דין שטר לגבות בו מיהא עיקר המעות שנתן ממשעבדי.

ועפ"ז עלה ליישב דברי התוס' דפ"ק דמציע' די"ד ע"א ד"ה שעבוד ממ"ש התוס' עצמן בדע"ב ע"א ד"ה ולאו היינו דרב אשי וגם דברי הרשב"א ז"ל בתשו' שהביא מרן ב"י בס"ס ע' ובסי' ר"ז מחו' ל"ד ובסי' רל"ה מחו' ל"ג דלא פליגי אמ"ש התוס' בפ"ק דמציעא די"ד ע"א דבכל נדון התשו' הנז' איכא פשיעה ללוקח משא"כ בנדון התוס' וע"ש ולפ"ז בההיא דמוכר שט"ח לחבירו שכבר פרעו או שמחלו נמי אע"ג דהמקח בטל מעיקרו מיהו כיון דאין בו פשיעה ללוקח גובה בו עיקר הדמים בהאי שטרא ממשעבדי דומיא דמוכר שדה גזולה.

ותמהני על הרב פ"מ דהוצרך ליישב דברי התוס' דדי"ד עם מ"ש בדע"ב ע"פי חילוק זה והרואה יראה שדברי התוס' דדי"ד היא היא הברייתי' גופא דפריך מינה הש"ס אעובדא דפרדס' דקתני לשבח קרקעות כיצד הרי שגזל שדה מחבירו ומכרה לאחר גובה את הקרן מנכסים משועבדים כו' ואמאי גובה לימא לא ניתן ליכתב ומשנינן הכי השתא

התם אי למ"ד ניחא ליה דלא ניקרייה גזלנא אי למ"ד ניחא ליה דליקום בהימנותיה מפיס ליה למריה ומוקי ליה לשטריה הבא לאברוחי מיניה קא מכוין שטרא מקים ליה יע"ש ומדמחלק הש"ס בהכי ולא מחלק דשאני שדה גזולה דלא פשע הלוקח משא"כ בעובדא דפרדסא דפשע הלוקח מבואר דאפי' כי ליכא פשיעה בלוקח כיון שאין דעת המוכר לקיים שטר מכירתו הו"ל שטר שלא ניתן ליכתב דלא גבי ביה ממשעבדי ושלא כדברי הרב פ"מ ז"ל כי ע"כ נראה דאף במוכר שט"ח פרוע נמי אף דלא פשע הלוקח לא מהני האי שטרא כלל לגבות בו ממשעבדי שהרי אין דעתו של מוכר לקיים תנאו כלל כיון שיודע שהשטר שמכר הוא פרוע או מחול והו"ל כההיא דפרדסא. ואיך שיהיה הנה דעת הרמב"ם והרשב"א ומרן ז"ל דשט"ח המוקדמין לא דמו לשטרות שלא ניתנו ליכתב אלא גבי בהו מב"ח.

וראיתי להרב בני יעקב דל"א ע"ד שתמה על דברי הריב"ש בתשו' ד"ס שפ"ב שכתב בפשיטות דאף בשט"ח שלא ניתנו ליכתב גבי בהו מב"ח ואינו נאמן לומר פרעתי דנהי דב"הת הכי ס"ל וכן דעת הריטב"א בחי' למציעא וכן נראה מדברי הרב המאור והר"ן בפ"ב דכתובות גבי עדים שאמרו אמנה היו דברינו כו' ומ"מ מאחר שהתוס' והרשב"א וגם מדברי הרמב"ם ז"ל נראה דמצי למימר פרעתי היכי פסיקא ליה מילתא להריב"ש וצ"ע עכ"ל. ולא ידעתי מאי קא ק"ל מאחר שהריב"ש שם לקמיה באותה תשו' עצמה לא הסכים לס' הרב התרומות ודעמיה אלא אדרבא הביא ראיה לדברי התוס' דאפי' שט"ח המוקדמין מיפסל שטר' לגמרי וכ"ש בשט"ח שלא ניתנו ליכתב מההיא דפ"ק דב"מ די"ז גבי שט"ח שלוה בו ופרעו יע"ש ומעיקרא עדיפא מינה קאמר דאפי' לשיטת הסוברים דלא מפסיל שטרא לגמרי אפי' בשטר שלא ניתנו ליכתב מ"מ אכתי מפסל מחמת העדים שהן פסולין וכיון דלענין דינא אינו מסכי' לשיטה זו כמ"ש בסוף התשו' לא חש להביא שיטת הראשונים דמחלקין בין שטר מוקדם לשטר שלא ניתנו ליכתב כיון דלא נ"מ מידי לענין דינא כמבואר. ואולם הא קשיא דבתשו' זו דסי' שפ"ב הסכים לדעת הראשונים ודעמייהו דאפי' בשט"ח המוקדמין לא גבי אפי' מב"ח וכ"ש בשט"ח שלא ניתנו ליכתב ואלו בסי' רס"ד תפס עיקר שיטת הראשונים דפיסול שט"ח המוקדמין אינו אלא שלא לגבות בו ממשעבדי אבל השטר כשר לגבות בו מב"ח וכבר עמד בזה הרב גד"ת ז"ל ד"ק ע"ב והניחה בצ"ע ועיין למרן החבי"ב בסימן מ"ג הגב"י אות כ"ה ומה שעלה על דעתי ליישב בזה כן בקדש חזיתיו להרב מש"ל רפכ"ג מה' מלוה יע"ש.

ובעיקר הראיה שהביא הריב"ש לדעת ר"י בעל התו' ז"ל מההיא דפ"ק דמציעא די"ז עיין להרב גד"ת בד"ק ע"א שעמד ליישב אותה סוגיא לדע' הרמב"ם ודעמיה דס"ל דבמוקדם

לא מפסיל לגמרי אלא לגבות ממשעבדי אבל מב"ח מיהא גבי ובשטר שנמחל שעבודו מפסיל לגמרי אפי' לגבות מב"ח וא"כ קשה מאי קו' ותיפוק ליה משום מוקדם כו' מאחר דבהאי טעמא דנמחי שעבודו דיהיב רבי יוחנן מפסיל שטרא לגמרי משא"כ בטעמא דמוקדם יעויין שם מה שיישב. ולע"ד יש ליישב דע"כ לא אמרו הראשונים ז"ל דבשט"ח המוקדמין גובה בו מב"ח אלא כשלא הקדימו זמנו בכונה אבל אם הקדימו בכונה אפי' מב"ח לא גבי שהרי העדים פסולים הם שחתמו שקר כמ"ש מרן בש"ע לעיל סי' מ"ג ס"ז ועיין בש"ך שם ובכן לפום מאי דס"ד דתלמודא התם דשטר שלוה בו ופרעו וחזר ולוה בו מיירי בשחזר ולוה בו ביומא אחרינא א"כ כל כה"ג הו"ל שהקדימו הזמן בכונה והו"ל מוקדם גמור ואינו גובה אפי' מב"ח ולהכי פריך שפיר ות"ל משום מוקדם ודוק.

והנה דעת הרי"ף ורש"י והרמב"ן והר"ן בתשו' אחרונה והרב העיטור דשט"ח המוקדמין שלא הקדימו הזמן בכונה דמב"ח מיהא גבי וזה דעת רבינו בר"פ אבל התוספות ז"ל והרא"ש והטור ז"ל בסימן מ"ג ס"ל דפסולין לגמרי וזה נראה דעת רבינו בפירוש המשנה דפ"י דמס' שביעית כמ"ש הרב בני יעקב בדכ"ט ע"ב ודלא כהש"ך בס"סי ע"ג ומרן החבי"ב בסי' פ"ב הגב"י אות כ"ב יע"ש.

ולדידי הנכון מ"ש הש"ך ומרן החבי"ב דהרמב"ם בפי' המשנה לא מיירי אלא בשטר מוקדם שנמחל שעבודו ואין כאן מקום להאריך בזה. וטעם הראשונים דגבי ביה מב"ח ולא מצי טעין פרעתי הוא משום דכיון דאיכא למיחש שמא יבוא לגבות בהאי שטרא ממשעבדי אלו פרעו המלוה לא הוה שביק ליה בידיה כמ"ש הר' בני יעקב בד"ל והכריח כן מדברי ה"ה בפי"ד ובפכ"ו מהל' מלוה.

ודע דלשיטת הראשונים דס"ל דמצי טעין פרעתי לדעת הסמ"ע ומרן החבי"ב לא מצי טעין להד"מ כלום ושטר אמנה הוא זה וכיוצא אמנם לדעת הש"ך והרב ת"הד סי' י"ג ומהרא"ש בסי' קמ"ה אף להד"מ מצי למטען. ולשיטת כל הראשונים כל שהחייב מודה שכתב שטר זה ושלא פרעו מחייבינן ליה לשלם ולא קנסי' ליה למלוה שלא יגבה ממונו מפני שכתב שטר מוקדם דומיא דשטר שיש בו רבית ואף שמדברי התוס' בפרק מי שמת דקנ"ז ד"ה שט"ח כו' משמע דקנסי' ליה כבר עמד על דבריהם הש"ך סי' נ"ב סק"ד וביאר כונתם וכדבריו כתב הרב בני יעקב בד"ל ע"א ד"ה וכתב מרן זקני יע"ש.

וראיתי להרב בני יעקב בדל"ג ע"ד שנסתפק בדעת הטור בשטר שכתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי דאע"ג דס"ל דלא גבי מתשרי ואילך ממשעבדי משו' גזירה שמא יגבה מזמן ראשון כמו שהשיג על הרמ"ה שם בסי' מ"ג אי מב"ח מיהא גבי או לא יע"ש. והנה ספק זה לא חל אלא לשיטת החולקים על הטור בסימן ט"ל דס"ל דשטר שכתב ללוות

בניסן ולא לוה עד תשרי דפסול ללות בו ממשעבדי ולא קי"ל כאביי דאמר עדיו בחותמיו זכין לו אי ס"ל הכא כדעת הטור דפליג על הרמ"ה וס"ל דגזרינן שלא יגב' מזמן שני אטו זמן ראשון אם לענין לגבות מב"ח אמרינן הכי או לא. אמנם לדעת הטור ודעמיה בסי' ט"ל ס"ל לא נ"מ מידי כיון דבשטר זה גובה ממשעבדי אפילו מזמן ראשון.

ולענין הלכה בדין שלפנינו כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא וכמ"ש הש"ך ס"ק כ"ו יכול המוחזק לומר קי"ל ולענין שט"ח המוקדמין שהודה המלוה או שיש עדים שהקדימוהו שלא בכונה או שהודו הם בעצמן שטעו בעיבורא דירחא אם המלוה מוחזק לא מצי הלוה למטען פרעתי יע"ש וכ"ש להד"מ ואם הלוה מוחזק מצי טעין קי"ל כהרא"ש והטור ודעמייהו וקי"ל כהש"ך והרב ת"ה דאף להד"מ מצי טעין ואם הקדימו הזמן בכונה לכ"ע עדים פסולים הם ומצי טעין הלוה לה"דמ ואפי' לא נודע שהקדימו העדים בכונה אלא מפי המלוה ואית ליה מגו דאי בעי שתיק אפ"ה מהימן לוה למטען פרעתי או לה"דמ ולא מהני מגו דמלוה דהו"ל מגו להוציא כיון דהשטר מזוייף וכמ"ש הרב בני יעקב בדכ"ח ע"ג וה"ה במודה המלוה שהשטר נמחל שעבודו. ובהכי יתיישב מה שהוקשה להתו' בפ' א"ן דע"ב ולשאר הראשונים דהיכי משכחת לה שט"ח המוקדמין דפסולין שאם העדים מודים שהקדימוהו אינם נאמנים דא"א מע"ר יע"ש.

ועפ"י האמור משכחת לה דהמלוה מודה בהכי ואשמועינן מתני' דפסול בהודאתו ונאמן הלוה לומר פרעתי או לה"דמ ואין המלוה נאמן מכח מגו דמגו להוציא הוא ועיין להש"ך בסי' מ"ג סקי"ט וסק"ך ובשטר שיש בו רבית עיין להתוס' בפ' א"נ דע"ב ע"א ד"ה שטר שכתבו בתחלת דבריהם בשם ריב"ם ז"ל דאע"ג דלר"מ קונסין אותו ואינו גובה בו לא את הקרן ולא את הרבית מב"ח מיהא גבי את הקרן באותו שטר דלאו רשע דחמס הם כיון דאינם מרויחים כלום יע"ש. ולכאורה ק' דמאחר דקי"ל כאביי דאמר בפ' זה בורר דנ"ז דלא בעי' רשע דחמס אכתי העדים פסולים כיון שעוברים על לא תשימון וכמ"ש התוס' לקמן בדבור זה ונר' שדעת ריב"ם הוא כדעת י"מ שכתב רבי' ירוחם בנתיב ב' רח"ד דכל עבירה שאינה של חמס ולית בה מלקות לא מפסלי העדים ועיין להריב"ש בסי' שי"א וסי' רס"ו ובסי' קול ן' לוי דס"ח ולמרן הב"י בסי' ל"ד עוד כתבו התו' שם ומיהו רבנן נראה דודאי לא קנסי כלל כו' עד דשמא לא תשימון לאינשי במלוה משמע להו ועיין למוהריט"ץ בשיטתו ד"ו ע"א שתמה על דבריהם ואשתמיט מיניה מ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' הביא דבריו מוהר"ב בשיטה המקובצת דק"ס ע"א וז"ל וחכמים אומרים גובה את הקרן י"מ דגבי אפי' ממשעבדי ואי ק' אמאי גבי והא לא ניתן ליכתב וכ"ת נהי דלא ניתן ליכתב משום רבית אבל קרן ניתן ליכתב ליקשי ליה בגמ' וליפרוק כדאקשי אלא

הא דאמר ר"י כו' ולאו קו' היא דהכא כיון דכתיב ביה בפי' פ' לוה מפ' מנה אע"פ שחזר וכתב מרבית כ"וכ זה עומד בעצמו וזה בעצמו ואע"פ שזה לא ניתן ליכתב זה ניתן ליכתב אבל גבי שט"ח המוקדמין זמן הכתוב בשטר לא ניתן ליכתב כלל א"נ דר"י מפרשי ליה טפי עכ"ל ומה שיש לדקדק בדברי הרמב"ן הללו שנראין דבריו סותרין למ"ש מוהר"ב ז"ל שם בשמו סמוך לזה דע"כ ל"ק רבנן גובה את הקרן אלא בשאינו מפורש הרבית בשטר עיין בס' אדמת קדש ח"ב חח"מ סי' כ"ט דק"ד ע"א ע"ש.

ודע שאם אינו מפורש הרבית בשטר אלא כלל הקרן עם הרבית אפליגו האחרונים ז"ל בדעת התו' אי קנסי' ליה למלוה שלא יגבה הקרן אפי' מב"ח ואפילו בשחייב מודה או יש עדים כשרים על עיקר ההלואה ודעת הרב המפה והסמ"ע והאחרונים שהביא הש"ך בסי' נ"ב ס"ק ד' הוא דקנסינן ליה אמנם הש"ך ז"ל שם כתב דלא כתבו התו' כן אלא אליבא דר"מ דקניס קרן אטו רבית אבל לרבנן לא קנסי' ליה על עיקר השטר שהוא פסול ומצי הלוה לטעון פרעתי אבל כשמודה הלוה שלא פרעו לא קנסי' ליה למלוה שלא יגבה הקרן וזה דעת הרב בני יעקב ד"ל ע"א ד"ה וכתב מרן זקני ומ"מ מבואר מדברי התו' שם בפ' א"נ ובפ' המניח ד"ל ובפ' המוכר פירות דצ"ד שאינו גובה הקרן ממשעבדי משום גזרה דרבית וזה דעת הטור בסי' נ"ב וביו"ד סי' קס"א אבל הרמב"ן ז"ל הביא דברי הרב הנמקי בפ' א"נ והר"ן בתשו' סי' ל"ג ס"ל דליכא למגזר קרן אטו רבית וגובה הקרן אף ממשעבדי.

וראיתי להרב בני יעקב בדכ"ט ע"ד שנסתפק בדעת הרמב"ן ז"ל אי ס"ל הכי בשט"ח המוקדמין כגון שלוה בשטר אחד בשני מנים ומנה אחר בזמנו אבל מנה אחר הוא מוקדם אי גבי ממשעבדי המנה האחר ולא קנסי' איהו מנה האחר א"ד בשט"ח המוקדמין כיון דאיכא הקדמה בשטר ומכח השטר לא מצי גבי אפי' מזמן ב' איהו זמן ראשון קנסי' נמי אף על ההלוא' הראשונה דשטרא לאו מעליא הוא ואין שטר לחצאין: וכת' דמדברי הרא"ש בנדרים דכ"ט ע"ב גבי הא דתנן פרע מקצת חובו והשליש את שטרו שכתב דאף המקצת שלא פרע לא גבי מב"ח אטו מקצת שפרע כמו שט"ח המוקדמין כו' ליכא ראיה משום דהר"ש ז"ל לשיטתיה אזיל גבי ההיא דשטר שיש בו ריבית כלול דגזרי' קרן אטו רבית אבל להרמב"ן והר"ן לא ברירא מילתא יע"ש.

ולע"ד יש להביא קצת ראיה מדברי הרמב"ן ז"ל בחי' לבתרא פ' ג"פ קס"ח גבי הך מתני' דמי שפרע מקצת חובו שכתב וז"ל ריי"א יחזור לו שטרו פירשו כל המפרשים ויגבנו כולו וכן משמע בגמ' בפ' הבית והעליה ותמהני לר' יוסי במה גובה כיון שנמחל שעבודו באותו חצי שפרעו ונ"ל כו' עכ"ל. הנה מדקדוק לשון זה שכתב לר"י במה גובה כיון

שנמחל שעבודו באותו חצי שפרעו משמע דעל החצי שלא נפרע ניחא ליה לכ"ע שלא נמחל שעבודו וגובה אותו וכ"כ הש"ך בפשיטות בסימן נ"ה סק"ה לדעת הרמב"ן ז"ל יע"ש ועיין עוד במ"ש הש"ך ז"ל שם דאפי' לדעת החולקים על הרמב"ן בההיא דכלל הקרן עם הרבית וס"ל דקנסי' קרן אטו רבית דוקא בכה"ג קנסי' שהשטר נכתב מתחילה בפיסול ודמי למוקדמין א"נ שהרבית נמשך מהקרן והוי כגוף אחד משא"כ בפרע מקצתו ועוד חילק חילוקים יע"ש. ועיין להרדב"ז בתשו' החדשות סימן שנ"ו והביא דבריו המש"ל בפי"ד מה' מלוה ד"ח דפשיט' ליה גבי פרע מקצת חובו וחזר ולוה בו אותו מקצת דהמקצת שפרע גובה מב"ח ומקצתו שלא נפרע גובה ממשעבדי יע"ש. וכנר' דאשתמיט מיניה דברי הרא"ש ז"ל בנדרים דכ"ז ע"נ ושו"ר תפס עליו בזה בס' חשק שלמה שנדפס מחדש בסי' מ"ח הגב"י אות ב' יע"ש.

עוד ראיתי להרב בני יעקב בד"ל ע"א שתמה על דברי הרא"ש ז"ל דנדרים שדבריו סותרים למ"ש הטור בשמו בסי' מ"ג דשט"ח המוקדמין אפי' מב"ח לא גבי וכאן כתב דמקצתו שפרע וחזר ולוה בו גובה בו מיהא מב"ח יע"ש. ולע"ד ל"ק דע"כ לא כתב הטור בשם הרא"ש דאפילו מב"ח לא גבי אלא בשט"ח המוקדמין דכל החוב הוא מוקדם וכיון שלא ניתן ליכתב מזמן ראשון הו"ל השטר כולו פסול אבל בשט"ח שפרע מקצת חובו במקצתו מיהא לא נפרע ואפי' ממשעבדי נמי היה מן הדין שיגבה אלא דמשום גזרה שמא יגבה כל החוב ממשעבדי גזרינן שלא יגבה כולו ממשעבדי הילכך סברא הוא דלא קנסי' ליה אלא שלא יגבה דוקא ממשעבדי אבל מבני חרי גבי שפיר כיון שניתן ליכתב כל השטר מזמן ראשון וזה ברור ועיין במ"ש הש"ך ז"ל בסימן מ"ח סק"ב דשטר שנמחל שעבודו אינו גובה בו אפי' מב"ח והכריח כן מדברי הרא"ש דנדרים יע"ש. ומשמע מדבריו דאפילו בנמחל מקצתו ס"ל דאינו גובה השאר אפי' מב"ח ולא כן אנכי עמדי דודאי כל כה"ג שלא נמחל כל השטר גובה מקצתו שפיר מב"ח כיון שניתן ליכתב מזמן ראשון ודוק.

ודרך אגב ראיתי להש"ך בס"ס נ"ה שכתב דמ"ש הרא"ש בנדרי' דאותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה אין כונתו דאי איכא כתיבה ומסיר' מהני אף לשט' שנמחל שעבודו דודאי לא מהני מסירה לזה שנמחל שעבודו כו' יע"ש. ותמהני דזה הפך דבריו בסי' מ"ג ס"ק ט"ו שכתב בשם המרדכי דשטר שנמחל שעבודו אם חזר ומסרו לו בפני עדים מהני ואין כאן משום נמחל שעבודו וכ"כ בסי' מ"ח סק"ב ועפ"ז יישב דברי הרמב"ם בפירוש המשנה בפ"י דשביעית יע"ש וצ"ע ועיין עוד להרב בני יעקב בדכ"ט ע"ב מה שתמה על דברי הש"ך דסימן מ"ג עמ"ש הוא עצמו בס"ס פ"ב יע"ש.

עוד ראיתי להרב בני יעקב בד"ל ע"א עלה ונסתפק בשני מלוין שהלוו לאחד בשטר אחד זה מנה וזה מנה וכתבו זמן אחד לב' ההלואות ואחד מהם לא לוה באותו זמן הכתוב אלא היה זמנו מוקדם אי קנסי' בזה גם לשני שלא יגבה ממשעבדי אטו האחר שהוא מוקדם. והוא ז"ל רצה להביא ראיה דלא קנסי לשני מההיא דפרק המגרש גבי כתב טופס לכל אחד ואחד את שהעדים נקנין עמו כשר והוה בעי ר"י לומר דאעפ"י שזמנן חלוקים נמי כשר ואקשינן עליה מאי אירייא משום טופס ת"ל דהו"ל נכתב ביום ונחתם בלילה ומשני דכתב כולהו בחד בשבת יע"ש. ומבואר מק"ו הש"ס דאפילו כשזמנ' חלוקים דאיכא משום מוקדם לא מפסלו אלא קמאי אבל בתר' כשר שאינו מוקדם ולא גזרינן בתרא משום קמאי ומינה יש ללמוד גבי שטר דלא קנסינן ראובן אטו שמעון. ושוב דחה ראיה זו משום דיש לחלק דשטר שאני כיון דיכול האחד לגבות כל הממון איכא למגזר טפי עכ"ל.

ולע"ד יש לדחות עוד דהתם שאני דליכא למטעי שמא יבואו להכשיר גטי קמאי דהזמן הכתוב לכל אחד מודיע לכל דעדים לא חתמו בזמן כתיבתם ולא יכשירו אלא הגט האחרון לבד שנכתב ונחתם בזמן אחד אבל הכא דזמן ב' המלוין שוה ואיכא למיחש שיבוא לגבות האחר מזמן הכתוב בשטר מה"ט אפשר דכיון דנפסל השטר לאחד נפסל גם לב' דקנסי' לזה אטו האחר ובהכי יתיישב ג"כ מה שתמה הרב הנז' מאותה סוגייא לשיטת ר"י והרא"ש דס"ל דשט"ח המוקדמין לא גבי אפילו מב"ח דאם כן לדידהו הו"ל שטר זה חספא בעלמא ואם כן איך מהני לדידהו כתב טופס לכל אחד שיהא כשר האחרון מיהא כיון דשטר זה חספא בעלמא הוא יע"ש. אמנם ע"פ חילוק האמור ניחא דע"כ לא פסלו הראשונים הנז' שט"ח המוקדמין אפילו לגבו' מב"ח אלא דוקא היכ' דאיכא למטעי ולמגזר שמא יבוא לגבות בו ממשעבדי אבל כל כה"ג דליכא למטעי לא מפסיל ודוק. ומ"מ נראה לע"ד דדבר זה הוא תלוי במה שנחלקו בו אבות העולם גבי שטר שכתוב לב' והעדים החתומים בו קרובים לאחד ורחוקים לאחר דכתב הטור בסי' נ"א ס"ו דלרבינו האיי אע"פ שהשטר פסול לאותו שהעדים קרובים לו כשר הוא לאותו שהעדים רחוקים לו ולהרי"ף והרא"ש והר"מ במז"ל השטר פסול לשניהם יע"ש.

והנה עיקר טעמא דמאן דפסל השטר לב' הוא משום דהו"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא פלגינן דבורייהו דסהדי להכשיר עדותן לרחוק ולא לקרוב משום דכיון דבשטר אחד הם ועדות אחד על ממון אחד הוא אתי לאחלופי בשאר שטרות דעלמא שיאמרו קרוב כשר לעדות וכמ"ש מרן ב"י ז"ל שם בשם המרדכי וכ"כ הרא"ש בפ"ק דמכות כמ"ש הש"ך שם סק"ז ומה"ט כשכתוב בשטר אחד נתתי לפ' כ"וכ ולפ' כך וכך

והעדים מעידים על ב' דהשתא הו"ל כב' עדויות כיון דבירר ממון לכל אחד מהני עדותן לרחוק מיהא דהשתא הו"ל כב' שטרות כמ"ש רבינו הביא דבריו הטור שם ועיין בחי' הריטב"א למכות ד"ז ע"א עלה דעובדא דאלתא וטוביה דמבואר מדבריו דלדעת הרמב"ם תלוי הדבר בין ב' ממונות לחד ממונא דבחדא ממונא אפי' לב' בני אדם חשוב עדות אחת ובתרי ממונא חשוב ב' עדויות וכ"נ מדברי הטור ומרן כ"מ ודלא כהרב מחנה אפרים בה' עדות סי' ג' והרב פמ"א חלק שני סי' נ"ט אמנם דעת הריטב"א הוא דהדבר תלוי בין כשהנותן או המתחייב הוא אחד לכשהן ב' יע"ש. ובכן בנדון זה שכתב הרב בני יעקב באנו למחלוקת רבינו האיי והרי"ף דלרבינו האיי כי היכי דגבי עדות שבשטר אע"ג דלא מהני לגבי האחד ולגבי דידיה חשיב שטר חיוב זה חספא בעלמא אפ"ה מהני האי שטר' לגבי אידך ה"נ גבי שט"ח המוקדמין אע"ג דלא מהני לגבי אחד מהני לגבי אידך וכל דכן הוא בשט"ח המוקדמין דהא לא פסיל לגמרי לגבי שניהן דהא מהני לב' לגבות בו מב"ח לשיטת מקצת הראשונים ז"ל משא"כ בשטר דחתימי עליה קרובים דלגבי הקרוב לא מהני כלום וחספא בעלמ' הוא אמנם לשיטת הרי"ף ודעמיה דהדבר תלוי אם ממון אחד הוא או תרי ה"נ אם כתוב בשטר מוקדם זה שהלוו מנה בין שניהם בזמן פ' דהשתא הו"ל ממון אחד כי היכי דפסיל שטרא לזה פסול לזה דמוקדם הוא אבל אי תרי ממונא נינהו שכתו' בפי' שנתחייב לזה מנה ולזה מנה אע"ג דפסול השטר לאחד כשר לגבי אידך. ולפי מ"ש הריטב"א נמי אע"פ שהממון באחד שכתבו שהלוה בין שניהם מנה לזה תרי שכתוב שהלוו לזה זה כך וכך וזה כך וכך כיון שהמתחייב הוא אחד השטר פסול לב' המלוים כיון שהמתחייב הוא אחד אבל אם הלווים הם שנים אפילו המלוה אחד וממון אחד השטר כשר לגבות מן האחד שאינו מוקדם לגבי דידיה ולא מאידך שהוא מוקדם לגבי דידיה ועיין בס' אדמת קדש ח"ב סי' כ"ט מח"מ יעויין שם ואף דעדיין יש מקום לדחות דלא דמי שטר מוקדם לשטר בעדות קרובים דהתם להכי מכשרינן השטר לאחד בתרי ממוני או בתרי גופי למר כדאית ליה משום דליכא למגזר שמא יבוא לגבות בו האחר בעדות קרובי' דכ"ע ידעי שהעדים קרובים לזה משא"כ בשטר מוקדם דכיון שאינו מוכיח מתוך השטר שהזמן מוקדם לאחד טפי מהאחר אפשר דאיכא למגזר ולפסול השטר אפי' לשאינו מוקדם משו' אידך שמא יגבה בו מ"מ לענין דינא נר' דכל כה"ג הוה ליה כמו גזירה לגזירה כיון דהשטר מצד עצמו כשר למי שאינו מוקדם אצלו כן נראה לע"ד.

ולענין הלכה בשטר שיש בו רבית מפורש אי כלול עיין למרן החבי"ב והש"ך ז"ל בר"סי נ"ב ובס' חשק שלמה שם יעויין שם. ושטר של מכר של קטן שהמכר בטל אם גובה בו

הלוקח מן הקטן לכשיגדיל ממשעבדי או דוקא מב"ח או אפי' מב"ח נמי לא גבי משום דהוה ליה שטר שלא ניתן ליכתב ונאמן לטעון פרעתי עיין להרב התרומות בריש שער מ"ז שכתב דאפי' ממשעבדי גבי ונתן טעם מ"ש משטר שלא ניתן ליכתב יע"ש.

ולפי דברי הרשב"א והריב"ש בר"סי שפ"ב שכתב מרן בדין שלפנינו ובעובדא דפרדס' דשטר שלא ניתן ליכתב מצי טעין פרעתי נר' דאף בדין שטר מכירה קטן נמי מצי טעין פרעתי וכ"כ בתשו' הרשב"א שהביא מרן ב"י בסי' רל"א מחודשים ג' ועיין להרב לחם רב סי' קמ"ט ולהרב משנה למלך בה' מכירה פי"א הי"א ובפכ"ב הלכה ה' יעויין שם ועיין להרב פ"מ חלק שני סי' ק"ה דנראה דאשתמיט מיניה תשו' הרשב"א הלזו שהביא מרן בסי' רל"ה וכן ממהר"א ששון ועיין במה שהקשה הרב בני יעקב בדל"ג סע"א על דברי התוס' בס"פ הכותב ד"ה לא שנו כו' דלמה הוצרכו לומר דטעמא דלא גבייא בהאי שטרא משום דהוה ליה מוקדם ואמאי לא כתבו עדיפא מינה דלא ניתן ליכתב שהרי אין מעשה קטן כלום יעויין שם.

וע"פ מ"ש הרב התרומות דזה לא מקרי שטר שלא ניתן ליכתב וגבי אפי' ממשעבדי מתיישב שפיר דברי התוס' ודוק ועיין עוד שם דל"ב סע"ד שכתב על דברי התוס' הנז' וז"ל איברא דבלא דברי התוספות ז"ל צריכין התבוננות במ"ש וליכא למימר כו' יעויין שם. ואשתמיט מיניה דברי הרא"ש ז"ל בתוספותיו הביאן הרב ז"ל שם בס"פ הכותב שע"פ דברו מבוארים דברי התוס' ז"ל יע"ש.

וכמה שתמה עוד שם ע"ג עמ"ש הטור בא"ה ס"סי ס"ז בדין קטן שהשיאו אביו אשה שאין לה כתובה כו' שכתב ואם הגדול יש לה עיקר כתובה כו' ואפי' העיקר אינה גובה מכח שטר כתובה אלא מתנאי ב"ד ולפיכך אינה גובה אלא מב"ח ולא ממשעבדי שנמכרו בקטנותו כו' ע"כ ודקדק מדבריו דממה שנמכרו בגדולתו גבייא ותמה על זה דאפי' מהני אמאי גבייא והא איכא למיחש שמא תטרוף אף ממה שנמכרו בקטנות דומייא דשטר מוקדם כו' והאריך בזה יע"ש.

לע"ד אפשר לומר דהטור ז"ל לחידושא נקט משעבדי שנמכרו בקטנותו דאע"ג דהני דמו לבני חרי שהרי מכירת קטן אינה מכירה אפי"ה לא גבי מינייהו שהרי יכול הלוקח לתופסן עד שישלם לו כמ"ש הש"ך בסי' רל"ח ועוד דכיון שהגדיל ולא מיחה מכירתו מכירה וכסברת הרמב"ם שכתב הטור בסי' רל"ה סי"ו יע"ש אלא שזה דוחק דא"כ הי"ל להטור לבאר ולומר ולא ממשעבדי' שמכר הקטן בקטנותו דשנמכרו בקטנותו משמע ע"י אפטרופוס ובהני ליכא חידושא והנכון לע"ד דמשמע ליה להטור ז"ל דהכא ליכא למיחש שמא תטרוף ממה שנמכרו בקטנותו דומייא דשטר מוקדם דהכא כיון שבקטנותו לא

נמכרו אלא ע"י אפוטרופוס הדבר ידוע לכל וליכא למיחש שמא תטרוף מהם משא"כ בשטר מוקדם דכיון דליכא הוכחא בזמן השטר איכא למיחש ודאי אלא דמדברי תוספי הרא"ש ז"ל משמע דאף בנמכרו ע"י אפוטרופוס איכא למיחש שמא תטרוף מהם ולכך כתב דלא גבייא ממשעבדי כלל משום דהו"ל שטר מוקדם יע"ש וצ"ע.

ועיין עוד שם דל"ג ע"ד במה שהוקשה לו ע"ד הטור ומרן בח"מ סי' ס"ה סט"ו דהמוצא שטר מכר או מתנה שיש בהם קנין שיחזירם לו וליכא למיחש למידי דאמאי לא חיישינן דאחר שמכרו חזר ולקחו כו' יע"ש. ונלע"ד דלהא לא חיישינן דא"כ הו"ל קלא ע"י עדי המכירה דברור ושטר מכר שיש בו אסמכתא שלא קנה לענין המעות של המכר אי טרוף בשטר זה ממשעבדי עיין בבע"ת ריש שער מ"ז ולדעת הרשב"א בתשו' שהביא מרן בסי' רל"ה בדין קטן שמכר נראה דלא גבי ממשעבדי ונאמן לטעון פרעתי ועיין להרב מש"ל ז"ל בפי"א מה' מכירה הלכה ב' יע"ש ושטר מכר דדבר שלב"ל כגון מה שאירש מאבא מכור לך עיין מש"ל פכ"ב מה' מכירה הלכה ה' יע"ש ועיין עוד שם בדין מכר קרקע ע"מ שכשיהיו לו מעות יחזירנו פי"א הי"א יע"ש ובכל הני שטרי הדבר תלוי במחלוקת הפוסקים אי מהני שטרא שלא יוכל לטעון פרעתי והילכך יכול המוחזק לומר קים לי ועיין במ"ש לעיל בפי"א ה"ג בשורש דיני כת"י אי דינו כשטר ד"ה ודע.