הלכה · שולחן ערוך · מפרשים

שער משפט חלק א

רבי ישראל איסר וולף

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שער משפט חלק א

רבי ישראל איסר וולף

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שער-משפט-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

א 5
ב 20
ג 22
ד 27
ה 30
ו 34
ז 34
ח 40
ט 42
יא 47
יב 50
יג 58
יד 61
טו 65
טז 67
יז 70
יח 75
יט 78
כ 79
כא 82
כב 86
כג 96
כד 100
כה 102
כו 154
כז 158
כח 158
כט 171
ל 176
לא 195
לב 199
לג 200
לד 206
לה 222
לו 228
לז 235
לח 247
לט 250
מ 265
מא 266
מב 276
מג 284
מד 297
מה 299
מו 310
מז 356
מח 360
מט 362
נ 372
נא 374
נב 387
נג 391
נד 392
נה 395
נו 401
נז 406
נח 406
נט 417
ס 418
סא 430
סב 435
סג 439

סד 442
סה 444
סו 465
סז 512
סח 522
סט 524
ע 540
עא 549
עב 563
עג 610
עד 623
עה 627
עו 650
עז 653
עח 659
עט 673
פ 686
פא 689
פב 710
הלכות טוען ונטען סימן פג 734
פג 734
פד 738
פה 752
פו 758
פז 770
פח 796
פט 811
צ 820
צא 835
צב 848
צג 871
צד 887
צה 897
צו 904
בריך רחמנא דסייען 908

א

א אבל דברים שאינם מצויין וכו'. יש להסתפק בדברים שאין דנים בזמה"ז וקבלו הבע"ד עליהם דיינים לדון להם אי מהני הקבלה כמו דמהני בד"מ השכיחים כשקבלו עליהם ג' רועי בקר אף דפסולים לכל דין שבעול' וכן קרוב או פסול וא"י לחזור בו כמבואר בסי' כ"ב וא"כ ה"נ כשקבל עליו דייני ח"ל במקום סמוכים מהני הקבלה או לא והנה בדברים שאינם מצוים ויש בהן ח"כ פשיטא לי דמהני הקבלה דמה"ת נחלק לבין קבלת קרוב או פסול דמהני הקבלה בשאר ד"מ וכן דייני דלא גמירי כלל ה"ה הכא מהני הקבלה במקום סמוכין כי קא מספקא לי בדיני קנסות דכתיב אשר ירשיעון אלקים דילמא לא חייבה התורה קנס אלא ע"פ ב"ד סמוכין דווקא אבל היכא דנתחייב ע"פ דיינין שאינן סמוכין אף שקבלו עליהם לא נתחייב קנס כלל על פיהם וגם כיון דנתחייב מכח קבלתו עליהם לדין הוי כמרשיע את עצמו ואף שאינו מרשיע א"ע בהחלט רק רוצה לדון מ"מ כיון שע"י עצמו נתחייב מקרי מרשיע א"ע וכעין מ"ש הר"ן בחדושיו בפ' שבועת העדות בהא דאמרינן התם דבעידי קנס ראיה בלא ידיעה מי משכחת לה מי לא בעי למידע אי נכרית בעל או בת ישראל בעל וכתב הר"ן שם דאף אי נמי אמר לא אנסתי אשה מעולם לא הוחזק כפרן ע"פ עדים הללו לפי שזה בפשיעתו מתחייב ואין אדם משלם קנס ע"פ עצמו ע"ש וא"כ ה"נ כיון דליכא דיינים בזה"ז והתורה לא חייבה אלא אשר ירשיעון אלקים והוא מקבל עליו דייני הדיוטות ה"ל כמרשיע א"ע ולא נתחייב כלל קנס ע"פ ויש להביא ראיה לזה מס"פ ז"ב דאיתא התם שלחו ליה למר עוקבא לדזיו ליה כבר בתיה שלום עוקבן הבבלי קבל קדמנא ירמיה אחי העביר עלי את הדרך ואמרו לו השיאוהו ויראה פנינו בטבריא ופריך הש"ס אמרת אמרו לו אלמא דיינוהו אתון השיאוהו ויראה פנינו בטבריא אלמא שדרוהו הכא ומשני הכי קאמר אמרו לו דיינוהו אתון אי ציית ציית וא"ל השיאוהו ויראה פנינו בטבריא רב אשי אמר דיני קנסות הוי ובבבל לא דייני דיני קנסות והא דשלחו ליה הכי כדי לחלוק כבוד. למר עוקבא ואי אמרת דבדיני קנסות מהני קבלה לב"ד שאינן סמוכים א"כ ע"כ כי משני רב אשי ד"ק הוי ובבבל לא דייני ד"ק היינו משום דירמיה לא ירצה לסמוך על מר עוקבא א"כ ל"ל לדחוקי הא דשלחו ליה לחלוק כבוד למ"ע הא א"ש בפשיטות אמרו לו דיינוהו אתון כשירצה לקבל אתכם ואם לא ירצה לקבל אתכם השיאוהו ויראה פנינו בטברי' א"ו דבדיני קנסות לא מהני קבלה אך באמת דעדיין קשה דאמאי לא משני דמיירי בדברים שאינם מצוים ויש בהן ח"כ דבזה בודאי מהני קבלת ב"ד שאינן סמוכים כיון שהוא ממון גמור אלא דבזה לא עבדינן שליחותייהו ומזה יש להביא ראיה למ"ש בחדושי הר"ן רפ"ק דסנהדרין דהא

דדרשינן בגיטין לפניהם ולא לפני עכו"ם ולא לפני הדיוטות הוי הדיוטות דומיא דעכו"ם דאסור לדון לפניהם אף שקבלוהו עליהם דהתורה אסרה להשתמש הדיוטות בכתר המומחין אלא דבהודאות והלואות שליחותייהו קעבדינן והמומחין מחלו על כבודן בזה ע"ש שהאריך בזה וסיים שזהו היא השיטה הנכונה שכתבו תלמידי הרמב"ן משמו ולפ"ז אף בדברים שאינן מצוים ויש בהן ח"כ כיון דבזה לא עבדינן שליחותייהו אסור לדון לפני דיינים שאינן סמוכים אף ע"י קבלה ואף בדיעבד יש לדון אי מהני הקבלה כמו בכותים בסי' כ"ב ס"ב בהגה וע"ש בש"ך אך הרמב"ן על התורה פ' משפטים והביאו הר"ן בתשובה סי' ע"ג כתב להדיא להיפך דאף מן התורה מהני קבלת ב"ד הדיוטות ומותר לדון לפניהם משא"כ בכותים ע"ש וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דלוקמא בדברים שאינן מצוין ויש בהן ח"כ וצריך ישוב גם מדברי תוס' והרא"ש ספ"ק דב"ק משמע דבד"ק לא מהני קבלה שדחקו לתרץ שם הא דאמרינן בפ' כיצד הרגל ההיא חמרא דאכיל נהמא ופלסיה לסלא וחייביה ר' יהודה אנהמא נ"ש ואסלא ח"כ דמיירי בתפס ואמאי לא תירצו דמיירי בקבלוהו עלייהו א"ו דבד"ק לא מהני קבלה שוב ראיתי דכ"מ בתשובת הרל"בח מאגרת הסמיכה דף רצ"ז ע"ב שכתב להשיג על ר"י בי רב שהביא ראיה שרשות לב"ד שאינן סמוכין להלקות למי שבא מעצמו לב"ד להלקותו דה"נ אמרינן דאין דנין ד"ק בבבל ואפ"ה מי שחייב קנס להביא מעצמו לב"ד דמי הזיקו ודאי שמקבלין מידו והשיב הוא ז"ל דשאני התם שבעל הממון בעצמו הוא עושה אותו ומי יעכב בידו שלא יזיק הוא את ממונו כפי רצונו אבל במלקות אף שהוא ברצון הלוקה והוא בא לחלות פני הב"ד על כך מ"מ ע"י ב"ד הוא נעשה ואין בידם להלקותו מלקות של תורה כשאינן סמוכין עכ"ד משמע דבד"ק נמי כשבא ומקבל ב"ד שאינן סמוכין לדון לו אין רשות בידם כיון דע"פ מוציאין את הממון אך מ"מ י"ל דאזיל בשיטת הר"ן בחדושיו רפ"ק דסנהדרין ומ"מ בדיעבד מהני הקבלה כמו בכותים בסי' כ"ב ותמיהני מסתימת המחברים בזה וצ"ע לדינא ודע דהרא"ה בספר החינוך מצוה נ"א כתב דבד"ק המזיק חייב לשלם בדיני שמים בכל מקום אך בחדושי הרשב"א פ' מרובה הביא בשם הירושלמי אמעשה דר"ג שסימא את עין טבי עבדו והיה שמח שמחה גדולה ומצאו לר"י וא"ל אי אתה יודע שטבי עבדי יוצא לחירות וא"ל אין בדבריך כלום שכבר אין לו עדים והוכיח הירושלמי דפטור אף לציי"ש דאל"כ היה לו לציי"ש ע"ש וכ"ש דמוכח טפי למה דפרש"י שם שהיה שמח שהיה כשר אלא דהמשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו וא"כ מאי השיב לו ר"י אין בדבריך כלום שאין לך עדים דכיון שחייב לציי"ש ליכא עשה כלל כדאמרי' בברכות דר"ג שחרר עבדו כדי להשלימו לעשרה להתפלל א"ו דפטור מלציי"ש אך מ"מ לפמש"ל

בסק"ג דאף בהודאה חוץ לב"ד מקרי מרשיע את עצמו במה שהודה לפני עדים ומתכוין לחייב א"ע בקנס יש לחלק דדוקא התם כיון שמודה בקנס פטור מדינא לכך פטור אף לצי"ש משא"כ היכא שהוא חייב מדינא בקנס אלא מפני שאין לנו דיינין סמוכי' בזמה"ז לדונו הוא פטור לכך כיון שיודע בעצמו שהוא חייב קנס מן התורה הוא חייב לשלם לצי"ש ודוק אך מ"מ קשה אמאי לא משני בס"פ ז"ב שהבאתי דאמרו לו היינו לצי"ש ואי לא השיאוהו ויראה פנינו בטבריא:

ב כגון בהמה וכו'. וכתב הש"ך בשם הרש"ל דה"ה נזקין דאש ובור אין דנין בזה"ז ומדברי הט"ו סי' ת"י סל"ז משמע להיפך שכתבו שם דשור שדחף בהמה לבור האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים אע"פ שבעל השור פטור אף מחלק הד' משום שאין דנין דיני קנסות אין בעל הבור משלם אותו בשבילו משמע להדיא דבעל הבור משלם ודנין אותו אף בזה"ז ודוחק לומר דמיירי שתפס מבעל הבור כל הנזק וכ"פ בהג"א פ' החובל בשם הא"ז והמרדכי ר"פ החובל בשם אבי העזרי דאף בזה"ז דנין דיני אש ובור וכ"כ מדברי הרא"ה בס' החינוך מצוה נ"ג נ"ו ע"ש:

ג וכן אם תפס הניזק. וכ' הסמ"ע הא דסתם המחבר ולא כתב דאם הודה בקנס דלא מהני ליה התפיסה משום דקי"ל כהרמב"ן דבזה"ז לא מיפטר בהודאתו ואפי' לא באו עדים כמ"ש הטור בשמו וסתם כן בסי' שמ"ח עכ"ל וכ"כ הש"ך בס"ק ט"ז וכ"ה בד"מ להדיא אך הש"ך סותר משנתו ביו"ד סי' רס"ז ס"ק נ"ב שתמה שם על שיטה זו מש"ס דפרק מרובה דף ע"ד דפריך התם למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מברייתא מעשה בר"ג שסימא את עין טבי עבדו והיה שמח שמחה גדולה מצאו לר"י וא"ל אי אתה יודע שטבי עבדי יוצא לחירות א"ל אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים הא יש לו עדים חייב אלמא מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ומשני שאני ר"ג דלא בפני ב"ד אודי דר"י חוץ לב"ד הוה קאי ומיניה הוכיח הרמב"ן דבזה"ז לא מהני הודאתו כיון דאין לנו סמוכים הוי כחוץ לב"ד אלמא דוקא כשאח"כ באו עדים לא מהני ההודאה חוץ לב"ד לפוטרו אבל כשאין כאן עדים כלל מהני אף חוץ לב"ד לפוטרו כדא"ל ר"י אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים אלמא כשהודה חוץ לב"ד וליכא עדים פטור ואף דהודאת בע"ד כק' עדים דמי מ"מ כי היכי דלא מהני הודאתו לפטור חוץ לב"ד ה"ה דלא מהני הודאתו לחיוב ג"כ וכ"כ הב"י שם ובעל שארית יוסף ולכאורה ראיה זו אין עליה תשובה וראיתי בחדושי מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בביאורו לס"ז שתמה על הש"י דלפ"ד דבעינן דוקא להרמב"ן שבאו עדים לבסוף מה מהני העדים הא כיון דהודאתו לאו הודאה היא משום דליכא סמוכין בזה"ז א"כ ה"ה דאין הב"ד שאינן סמוכין יכולין לקבל עדות בזה"ז דהא

הרמב"ן יליף הודאה מהא דאין מועד בבבל שאין מקבלין עדות בזה"ז ומכח זה השיג על הש"י ובאמת לק"מ כיון דהרמב"ן מיירי שתפס הניזק בעדים ומהני תפיסה אף בזה"ז מטעמא שכ' הרא"ש דעביד אינש דינא לנפשיה א"כ בשלמא היכא דליכא עדים כלל אף שהודה לא מהני תפיסה דאין אדם מחויב קנס בהודאת פיו משא"כ כשבאו עדים אחר הודאתו כיון דבכה"ג לא מהני הודאתו לפטור כיון שלא היתה ההודאה בפני סמוכין מהני תפיסתו לקבל עדים להחזיק בתפיסתו דעביד אינש דינא לנפשיה דהא מה"ט נמי מקבלין עדות בזה"ז כשתפס היכא דהמזיק כופר שלא הזיק מעולם להחזיק בתפיסתו ע"פ עדים וז"ב אמנם אף דפשטא דש"ס דמרובה הוא כדבריהם מ"מ טעמם אינו מובן כל הצורך במ"ש דהטעם הוא דכיון דלא מהני הודאתו לפטור חוץ לב"ד ה"ה דלא מהני נמי לחיוב דא"כ היה הסברא דעכ"פ חייב לצי"ש כשהודה חוץ לב"ד כיון שהוא יודע בעצמו שהמעשה אמת ובמעשה דר"ג מוכח דכשהודה חוץ לב"ד פטור אף לצי"ש כמ"ש הרשב"א בחדושיו בשם הירושלמי דאל"כ היה חייב ר"ג לצי"ש עכ"פ והנראה בביאור הדברים דיש להבין לפי מאי דמשני הש"ס דר"ג שלא בפני ב"ד אודי ולכך כשבאו עדים אח"כ חייב והיכא דליכא עדים כלל פטור ולכאורה הוא כהלכתא בלא טעמא כיון דמודה בקנס גרידא ילפינן מקרא דאשר ירשיעון אלקים ומודה בקנס ואח"כ באו עדים ילפינן מקרא דאם המצא תמצא וא"כ כיון דתרוייהו מקראי ילפינן להו מנ"ל להש"ס לחלק ביניהם במודה חוץ לב"ד דבמודה בקנס גרידא פטור וכשבאו אח"כ עדים חייב והנראה בזה הוא משום דמודה בקנס גרידא ילפינן לי' מדכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו וא"כ מדגלי קרא דאינו חייב קנס אלא אשר ירשיעון אלקים דוקא ולא במרשיע א"ע א"כ במרשיע א"ע אף שאינו מתכוין להתחייב א"ע בהודאתו לשלם מ"מ פטרו הכתוב דגזה"כ הוא שאין אדם מתחייב קנס ע"פ מה שמתחייב א"ע אלא ע"פ עדים ודיינים דוקא כמו שאין אדם מתחייב מיתה או מלקות ע"פ הודאתי בשום אופן וכן מוכח מדברי הר"ן בחדושיו פ' ש"ה שהבאתי בסק"א שהוכיח שם מהש"ס דאף היכא שהוחזק כפרן בטענתו שאומר לא בעלתי כלל ועדים מעידים שבעל צריכין לידע אי נכרית בעל אי בת ישראל בעל ולא אמרי' דהוחזק כפרן משום דהוה כמרשיע א"ע כיון שע"פ דבריו נתחייב הרי להדיא דאף שלא נתכוין לטובה לחייב א"ע דהא כפר שלא בעל כלל מ"מ לא נתחייב ע"פ עצמו דגלי לן קרא אשר ירשיעון אלקים דווקא ואין אדם מתחייב בקנס ע"פ עצמו אף שהאמת כן הוא ולכך אף אם הודה חוץ לב"ד לא מהני הודאתו לחיוב כיון שאין כאן עדים ואינו מתחייב ע"פ עצמו משא"כ במודה בקנס ואח"כ באו עדים דגלי לן קרא דפטור ע"כ אין הטעם משום דאין אדם מתחייב

בקנס ע"י עצמו דהא יש עדים ואין אנו צריכים להודאתו כלל דהא אם היה כופר כ"ש שהיה מחויב ע"פ עדים הללו אלא ע"כ הא דגלי לן קרא דפטור הוא משום כיון דנתחסד והרשיע א"ע קודם שבאו העדים פטרו הכתוב לכך צריך דוקא שירשיע א"ע לפני הב"ד כי במקום המשפט שמה הרשע משא"כ כשהודה חוץ לב"ד לא הוי כמרשיע א"ע כלל כיון שהוא חוץ לב"ד וזה נ"ל ג"כ כוונת רש"י בפ"ק דב"ק דף ע"ה ע"ב בד"ה רבנן פטרו ליה לגנב וכו' דמוכח התם מפרש"י דהיכא שהודה בקנס מחמת ביעתותא דעדים שנזומו אח"כ דלא הוי מודה בקנס וחייב כשבאו עדים כשרים אח"כ משא"כ כשלא באו עדים כשרים אח"כ הוי מודה בקנס ופטור אף שהודה מחמת ביעתותא דעדים השקרים ע"ש והוא ג"כ מטעם זה דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הוא משום שנתכווין לטובה לחייב א"ע לכך היכא שהודה מחמת ביעתותא דעדים שקרים הרי לא נתכווין לטוב' משא"כ במודה בקנס גרידא אף שהודה מחמת ביעתותא דעדים שקרים מ"מ כיון שאין אנו יכולים לחייבו אלא ע"פ הודאת עצמו פטור דגלי לן קרא אשר ירשיעון אלקים דוקא וז"ב אמנם באמת יש מקום לתרץ קושיית הב"י והש"ך בי"ד לשיטת הד"מ והסמ"ע כאן דס"ל דאף מודה בקנס בלא עדים בזה"ז חייב לשלם דלא קשיא להו מהא דאמר ר"י לר"ג אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים אף שהודאתו היתה חוץ לב"ד די"ל דס"ל הא דגלי קרא דמרשיע א"ע פטור מקנס דאף במודה בקנס גרידא לא חשיב מרשיע א"ע אלא בב"ד דוקא אלא דבזמן הש"ס דהיו ב"ד מומחים אף שהודה חוץ לב"ד פטור משום דזה הוי כמודה בב"ד כיון שהעדים יכולים לילך לב"ד ויעידו עליו ויתחייב על פיהם לכך חשיב כמרשיע א"ע ופטור אבל במודה בקנס ואח"כ באו עדים בעינן דוקא שהודה בב"ד מקודם דאי הודה לפני עדים לבד לא הוי הודאתו הודאה למיהוי כמרשיע א"ע כיון שיכולין לילך לב"ד לחייבו דהא אף בלא הודאתו איכא עדים אחרים שראו גוף המעשה שיכולים לילך לב"ד לחייבו וא"כ לא הוסיף בהודאתו כלום ולכך בעינן שיוסיף בהודאתו לפני הב"ד בדוקא משא"כ בזה"ז כיון דליכא מומחים בעולם שיהיו יכולים לחייבו לכך אף במודה בקנס גרידי' לא הוי הודאתו הודאה כלל לפוטרו כיון שהודאתו היתה חוץ לב"ד וזה נכון לכאורה אך מ"מ השתא דאתינא להכי נראה דמ"מ העיקר כשיטת הש"ך ביו"ד וסייעתו דהא באמת הא דמודה בקנס בעינן הודאה בב"ד אין לו רמז בקרא אלא דהרמב"ן הוכיח כן מהא דמשני הש"ס שאני ר"ג דלא בפני ב"ד אודי ובאמת לכאורה הוא דברי נביאות דמנ"ל דבעינן דוקא שירשיע א"ע בב"ד אך לפמ"ש י"ל דמסברא אמרו כן דבשלמא במודה בקנס גרידא אף כשהודה בפני עדים חשיב כמרשיע א"ע משא"כ במודה בקנס ואח"כ באו עדים כשלא הודה מקוד' בב"ד שהוא מקום המשפט הרי לא

הרשיע א"ע כלל דהא בלא"ה יש עדים שראו גוף המעשה ומה הוסיף בהודאתו ולכך בעינן שהודה בפני ב"ד דוקא ואז הוסיף בהודאתו שהרשיע א"ע בפני הב"ד ובמקום המשפט שמה הרשע וא"כ אף בזה"ז כשמודה בקנס גרידא וליכא עדים פטור דמ"מ הרי הרשיע א"ע לפני עדים וגם י"ל דהתורה לא חייבה אלא אשר ירשיעון אלקים ולא מה שמתחייב א"ע בהודאתו ולפ"ז מה דפשיט' ליה להש"ך בס"ס שצ"ט דלשיטת הפוס' דמהני תפיסה שלא בעדים אף לענין קנס דכיון דאית ליה מיגו הוי כעדים ה"ה אם הודה קודם התפיסה נמי לא מהני דהוי כמודה בקנס ואח"כ באו עדים דלא מהני בזה"ז ולדידי מבעיא לי טובא די"ל דדוקא במודה בקנס ואח"כ באו עדים הוא דלא מהני בזה"ז דכיון דליכא ב"ד בזה"ז הוי כהודה לפני עדים לבד א"כ לא הוסיף בהודאתו כלום במה שהודה לפני עדים דהרי ידע בלא"ה שיש עדים שראו המעשה משא"כ בהודה בקנס ואח"כ תפס שלא בעדים פטור אף בזה"ז דכיון דגלי קרא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור משום מה שנתכוין לטוב להרשיע א"ע א"כ ה"נ הרי בשעת הודאתו עדיין לא תפס ולא אסיק אדעתיה שיתפוס שלא בעדים א"כ הרי הודה והרשיע א"ע מקודם התפיסה ופטור וצ"ע לדינא אמנם יש להוכיח כשיטת הד"מ והסמ"ע והש"ך כאן מהא דהביא הטור ביו"ד הל' עבדים גבי יציאת העבד בראשי האברים פלוגתת הראב"ד והרמ"בן דהראב"ד סובר דבמודה האדון פטור והרמב"ן חולק דאין מודה בקנס פטור בזה"ז דליכא סמוכין וכן מסקנת א"א הרא"ש ואי אמרת דבמודה בקנס גרידא פטור אף בזה"ז א"כ ע"כ צ"ל דהטור מיירי התם בבאו עדים אח"כ א"כ קשה דלמה ליה להטור לטעמא דבזה"ז חייב משום דלא הוי הודאה כיון דליכא סמוכין תיפוק ליה דבלא"ה חייב דהא מודה בקנס ואח"כ באו עדים אינו פטור אלא כשחייב א"ע בקרן וכגון שאמר גנבתי אבל כשפוטר עצמו מכלום חייב בבאו עדים אח"כ כמ"ש הטור בסי' שמ"ח ובאמת שכ"כ הרמב"ן בס' הזכות בפ' אלו נערות להדיא על דברי הראב"ד שמשם נלקחים דברי הרא"ש דהראב"ד מיירי דוקא שחייב א"ע בקרן דאל"כ חייב כשבאו עדים אח"כ ע"ש שוב מצאתי בנ"י בפ' מרובה שכתב וז"ל כתב הרא"ה ז"ל וז"ל כתב הראב"ד ז"ל בנוסח כתוב' שבזה"ז שאין דנין דיני קנסות וקי"ל דאפ"ה אי תפס לא מפקינן מיניה אי קדם הלה והודה אע"פ שבאו עדים אח"כ הרי הוא פטור אפי' בדברים שפטר עצמו מכלום לפי שכשם שאין דנין דיני קנסות בזה"ז כך אין מקבלים עדים וה"ז כמו שאין שם עדים ורבינו אומר שאינו נראה שכשם שהוא אומר שאין מקבלין עדים בזה"ז כך הודאתו אינו כלום דבעי הודאה בב"ד כדאמרי' לעיל לגבי ר"ג דשלא בב"ד הודה ובעינן נמי ב"ד שיכולין לדון ד"ק ועוד דבלאו ה"נ אי תפס הודאתו לאו כלום היא דבעינן **שיהא** מודה מחמת עצמו והאי מחמת

ביעתותא הוא דמודה **וכדאמרינן** לעיל **גבי** הך ברייתא דהיו עדים ממשמשים ובאין וכו' עכ"ל הרי להדיא אף דהראב"ד כתב דבזה"ז אין מקבלין העדים וה"ז כמו שאין שם עדים ואפ"ה השיג עליו הרמ"בן דהודאתו לאו הודאה היא כיון שאין שם ב"ד אלמא אף בלא עדים לא הוי מודה בקנס בזה"ז וחייב אולם דברי הראב"ד שבנ"י לא זכיתי להבינם דמ"ש דכשם שאין דנין ד"ק בזה"ז כך אין מקבלין עדים וה"ז כמו שאין לו עדים דא"כ אף היכא שהמזיק כופר לגמרי בההיזק האיך מקבלין עדים כשתפס הניזק דאיתא בש"ס להדיא דאי תפס לא מפקינן מיניה ואמאי כיון שאין כאן עדים האיך מהני התפיסה א"ו דטעמא הוא כמ"ש הרא"ש משום דעביד אינש דינא לנפשיה ומקבלין עדים בכדי להחזיקו בתפיסתו א"כ אף בהודה מקודם נמי ליהני תפיסה מה"ט ועוד יש לתמוה על מ"ש דבזה"ז כיון שאין מקבלין עדים הוי כליכא עדים ומהני מודה בקנס ואח"כ באו עדים אף היכא שפטר עצמו מכלום הא הטעם דפטר עצמו מכלום חייב במודה ובאו עדים אח"כ הוא כמ"ש רש"י בפ' מרובה והנ"י שם די"ל דידע דמודה בקנס פטור ולכך הודה כדי לפטור עצמו כשיבואו העדים אח"כ ע"ש אבל במודה בקנס גרידא ליכא למימר הכי דהא אף אם לא יודה יפטור ולמה לו להרשיע א"ע בחנם וא"כ בתפס קודם ההודאה ואח"כ הודה ובאו עדים אח"כ מה מהני מה שאין מקבלין עדים בזה"ז מ"מ כיון שהתפיסה מהני ע"פ עדים כשיכפור אף בזה"ז א"כ י"ל דלכך הודה משום שידע שמודה בקנס פטור ולכך הודה כדי שלא תהני התפיסה ואולי דזו היא כוונת רבינו בקושי' הב' דמחמת ביעתותא הודה אך מ"מ דוחק הוא להעמיס זאת בדבריו וצ"ע שוב ראיתי דמדברי הטור ברמזים ספ"ק דב"ק והריטב"א בחי' לכתובות ס"פ א"נ משמע מסתימת דבריהם דאף מודה בקנס ולא באו עדים כלל חייב בזה ע"ש וכ"מ בס' הזכות שכתב על הראב"ד במה שנסתפק בתפס שלא בעדים ואח"כ הודה אי מפטר משום מודה בקנס וכ' עליו הרמב"ן שיצא דינו מכלל דברינו דבזה"ז לא מהני הודאה לפוטרו וא"א דבמודה בקנס ולא באו עדים כלל אף בזה"ז פטור א"כ אכתי משכחת לה לספיקו של הראב"ד בלא באו עדים אח"כ אי מהני תפיסה שלא בעדים לחייבו בקנס א"ו דאין חילוק אך לקמן סק"ה כתבתי ישוב לזה ע"ש ומ"מ פשטא דש"ס דמרובה נראה יותר כשיטת הב"י והש"י והש"ך בי"ד וכמש"ל ועיקר

ד אין מוציאין. וכתבו הרא"ש והטור ואם לא הביא התופס עדים שראוי לזכות בהן אומרים לו להחזיר מה שתפס. ועיין בב"ח רס"ל שהביא מ"ש הריב"ש סי' רס"ו הא דאמרי' בדין מרומה. דבעי דו"ח היינו דצריך הדיין לחקור בו כל מה דאפשר לא שאם אמר באחד. מן החקירות אינו יודע שיתבטל העדות כמו בד"נ וכ' הב"ח ע"ז ונראה דה"ה

בחבלות וגיטין וקדושין ודיני זכות האשה לאסרה על בעלה נמי צריך לפרש כך עכ"ל ולפענ"ד אשתמיט ליה ש"ס דב"ק דף ע"ה דפריך התם הש"ס לענין ד"ק דד' וה' והא בעינן עדות שאתה יכול להזימה אבל עדות שאאי"ל לא הוי עדות כלל ומשני ה"מ היכא דלא ידעי באיזה יום ובאיזה שעה דליכא לעדות כלל אבל הכא סיועי הוא דמסייעי להו אלמא דהיכא דלא ידעי באיזה יום ובאיזה שעה העדות בטל לגמרי אך מ"מ לפמ"ש הש"ך ס"ס ל"ג אין הכרח משם דבעינן לכתחילה לחקור ולדרוש כמו בד"נ אלא היכא דחקר ואמר א"י אז העדות בטל אבל לכתחלה י"ל דלא בעי דו"ח אך מ"מ האמת הוא דבד"ק בעינן דו"ח אף לכתחלה כמו בד"נ כיון דמן הדין אף בד"מ בעינן דו"ח אלא דבד"מ תקנו חז"ל דלא בעי דו"ח משום נעילת דלת כדאיתא ר"פ אד"מ וא"כ בד"ק כיון דלא שייך נעילת דלת כיון דלא שכיחי בעינן אף לכתחלה דו"ח כמו בד"נ וכ"מ בתשובת הריב"ש סי' רס"ו שכ' שם על הא דבדין מרומה א"צ דו"ח כד"נ ממש וז"ל ואע"ג דמתניתין קתני א' ד"מ וא' ד"נ בדו"ח ורב פפא מוקי לה בהודאות והלואות ובדין מרומה משמע דשוין הן ר"פ מוסיף הוא על אוקימתא דרבא דמוקי לה בד"ק דבעי דו"ח כד"נ ממש ור"פ ה"ק אפי' בהודאות והלואות נמי בדין מרומה שייך דו"ח קצת ומש"ה שפיר קתני מתני' אחד ד"מ דהא בכולהו ד"מ איכא דו"ח בקנסות לגמרי כד"נ ובהודאות והלואות בדין מרומה צריך דו"ח קצת כל מה דאפשר עכ"ל הרי להדיא דבד"ק בעינן דו"ח ממש כד"נ וברור בעיני שהב"ח לא ראה דברי הריב"ש עצמו רק מ"ש הב"י בשמו ולפז"נ דאף בזה"ז כשתפס דקי"ל דאין מוציאין מידו כיון שבעינן עדים שראוי לזכות בהן ע"פ הדין א"כ בעי דו"ח להעדים דהטעם דמהני תפיסה בזה"ז כתב הרא"ש כיון שמדינא חייב הוא לשלם אלא דליכא ב"ד שיכופו אותו לשלם ובכה"ג עביד איניש דינא לנפשיה וא"כ בעינן עדים שיודעים כל ז' חקירות דהא בעינן עדים כשרים שיזכה בהן ע"פ הדין ועידי קנסות בעי דו"ח כד"נ ממש וכמבואר בסי' ל' ס"א דעידי חבלות צריך דו"ח ע"ש אמנם לפ"ז היה נראה דצריך לקבל העדות לאחר התפיסה דוקא דאם העדים העידו קודם התפיסה והלכו להם לא הוי עדות כלל דהוי עדות שאאי"ל דהא אף כשיוזמו לא יהיו צריכים לשלם כלל דהא עדות לא היה מועיל כלל קודם התפיסה כיון שאין דנין ד"ק בזה"ז אך הרמב"ם פכ"א מה"ע ד"ד כתב העידו על פלוני שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין לאדון דמי העבד ודמי עינו והשיג עליו הראב"ד דהא הוא כתב בה' חובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד וא"כ העדים שהוזמו למה משלמין ותירץ הכ"מ דמ"מ משלמין העדים שהרי הפסידוהו שהרי דבר קרוב הוא לתפוס ולכך חייבין לשלם וא"כ לפ"ז אם העדים העידו קודם התפיסה תליא במחלוקת הרמב"ם והראב"ד דלהראב"ד בכה"ג אין העדים משלמין

ולהרמב"ם העדים חייבין לשלם דרצו להפסידו שע"פ עדותם מהני תפיסה ובאמת נראה דרש"י ס"ל נמי כשיטת הראב"ד דהיכא דמהני תפיסה לא הוי ממון גמור דהא רש"י בפ' השוכר את הפועלים כתב דהיכא דקלב"מ ופטור מתשלומין מ"מ מהניא תפיסה והביאו הש"ך בר"ס כ"ח ואפ"ה תנן בפ' שבועת העדות דאם משביע את העדים שחבל בו בנו והדליק גדישו בשבת פטורין דלא הוי כפירת ממון משום דמיתה פוטר מתשלומין אלמא אף דמהני תפיסה לפי עדותו מ"מ לא הוי כפירת ממון גמור ואם כן ה"נ כשרצו להעיד בדבר דמהני תפיסה לא הוי ממון ואינן חייבים משום כאשר זמם אך יש לדחות זה די"ל דלענין שבועת העדות בעינן כפירת ממון גמור ולכך בדבר דלא מהני עדותן רק לענין תפיסה כשכפרו לא הוי כפירת ממון גמור רק גורם לממון ופטור אבל לענין כאשר זמם דהתורה חייבה לעדים זוממין מקנסא בעלמא אף שלא רצו להפסיד ממון גמור רק גורם לממון ג"כ חייבים וכן צריך לחלק לשיטת הרמב"ם דס"ל דעדים זוממין חייבים היכא שרצו להפסידו לענין תפיסה והרי המ"מ בפ"ט מה' נזקי ממון כתב דהרמב"ם ס"ל דבפלגא נזקא אף למ"ד קנסא חו"מ היכא שהודה בפ"נ מהני תפיסה של הניזק ע"ש וא"כ תקשה לפ"ז מההיא דפ' שבועת העדות דבעי הש"ס במשביע עידי קנס אי פטורין מקרבן שבועה משום דהוי גורם לממון דאי בעי היה מודה ומיפטר ולא הוי כפירת ממון גמור ובעי הש"ס למיפשט ממתניתין דחייבים העדים כשהשביע אותם אם יש לו ביד פלוני ח"נ והא פ"נ קנסא ומאי קושיא הא בהודה בפ"נ מהני תפיסה וא"כ הוי כפירת ממון גמור א"ו דבר דלא מהני רק לענין תפיסה לא מיחשב רק גורם לממון ומ"מ לענין עדים זוממין חייבים מקנסא אך מ"מ זה דוחק גדול דמה"ת לחלק בזה ולומר דעדים זוממין חייבים אף שלא רצו להפסידו רק גורם לממון וכן מוכח מדברי הרא"ה שהובא בחדושי הריטב"א בפ"ק דמכות שהוכיח דמוכר שט"ח לחבירו והרחיב הזמן ללוה דחייב מד"ג מה שהפסידו בהרחבת הזמן מהא דעדים זוממים חייבים במה שהעידו שחייב לשלם לשלשים יום מה שהזמן הוא לאחר עשרה שנים ע"ש וכ"כ הלח"מ בפ' כ"א מה"ע אמנם הלח"מ שם תירץ באופן אחר דהרמב"ם מיירי כשתפס מן העדים ובכה"ג שייך שפיר כאשר זמם דכמו שהם רצו להפסידו שיהא יכול לתפוס מן האדון כן נמי מהני תפיסה לגבייהו מכאשר זמם וא"כ לפ"ז י"ל דאף הראב"ד מוד' הכא דמהני קבלת עדות קודם תפיסה דהוי עדות שאי"ל כיון שאם יתפוס מן העדים ג"כ יהיו חייבים לשלם מחשיב עדות שיכול להזימה ובאמת ע"כ צ"ל כן דאל"כ תקשה היכי מצינן לקבל עידי קנסות בזה"ז אף אחר התפיסה כיון דדיני קנסות בעי דו"ח וא"כ היכי מועיל עדותם כלל בזה"ז הא הוי עדות שאי"ל דהא לא יצטרכו לשלם בזה"ז דהא הזמה קנס הוא ואין דנין בזה"ז

ואף דהוי מחמת חסרון דיינים מ"מ הוי עדות שאאי"ל כמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות דלכך אין עד נעשה דיין משום שהדיינים לא יקבלו הזמה על עצמן ע"ש א"ו דכיון שאם יתפוס מהן בזה"ז מהני תפיסה לגבייהו הוי עדות מעליא שיראים לשקר פן יוזמו ויתפס מהם וא"כ ה"ה אף שהעידו קודם שתפס כיון דלפי עדותם מהני תפיסה בזה"ז א"כ כשיוזמו יהא מועיל התפיסה לגבייהו ומחשיב עדות שאתה יכול להזימה אך מ"מ קשה היכא שבאו עדים לאחר התפיסה הוי עדות שאאי"ל דהא הם רצו להפסידו ממון גמור ואינהו לא מחייבי בהזמה אלא כשיתפוס מהם ולא הוי כאשר זמם מעליא וכה"ג דייק הש"ס בכתובות דף ל"ג ע"א דעדים זוממין לא בעי התראה דמי איכא מידי דאינהו בעי קטיל בלא התראה ואינהו בעי התראה הא בעינן כאשר זמם לעשות לאחיו וליכא וה"נ אינהו בעי להפסידו ממון גמור ואינהו לא מחייבי לשלם אלא כשיתפוס מהם וכן קשה לשיטת הש"ך בס"ס ל"ג דגם בד"מ בעינן עדות שיכול להזימה וכשאומרים א"י באיזה שעה העדות בטל א"כ כל עדות הוי שאאי"ל דהא העדים לא יצטרכו לשלם כיון שאין דנין ד"ק בזה"ז ואפשר לומר כיון דאם יוזמו העדים וליתא לממון דתיהדר חייבים העדים לשלם מד"ג מן התורה לרוב פוס' חשיב עדות שיכול להזימה דמירתתי שיופסד הממון ויצטרכו לשלם ודוחק וע' בתוס' ריש מכות והדבר צריך תלמוד ובאמת לפ"ז נ"ל לתרץ שיטת הרמ"ה שהביא הרא"ש בספ"ק דב"ק דלא מהני תפיס' בקנס אלא בקרן שהוא קנס ולא בכפל ד' וה' דלא עבדו רבנן תקנתא דליהני ליה תפיסה אלא שלא לאפסודי לניזק ולא לארווחיה ממון והשיג עליו הרא"ש דהא דמהני תפיסה בקנס לאו מתקנתא דרבנן הוא אלא מדינא דמדאורייתא חייב הוא אלא דלית דיין בבבל שיכופנו ליתן לו וכל כה"ג עביד אינש דינא לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב ליה כל מה דמחייב ליה מדאורייתא ולפמ"ש ניחא דהרמ"ה ס"ל כיון דבד"ק בעינן דו"ח כדי שיהא יכול להזימם וא"כ בזה"ז כל עדות ד"ק הוי עדות שאאי"ל דתשלומין עדים זוממים קנסא הוא ואין דנין בזה"ז אלא דבקרן עביד רבנן תקנתא דתועיל תפיסה בכדי שלא לאפסודי לניזק ולא הצריכו כלל דו"ח כמו בהודאות והלואות ושאר דברים שלא הצריכו חז"ל דו"ח לגבייהו משא"כ בכפל ד' וה' שהוא הרווחה לניזק לא עבדו רבנן תקנתא לגבייהו כיון דד"ק בעינן דו"ח ובזה"ז הוי עדות שאאי"ל ולא הוי עדות כלל כנ"ל נכון אך מ"מ נראה דאף לשיטת הרא"ש מה שמנהג הישיבות לנדות עד שיפייס הנחבל בזה אין העדים צריכים דו"ח כיון דמטעם שלא ירבו החובלים תקנו כן הוי כהודאות והלואות דלא בעי דו"ח משום נעילת דלת וז"פ ודע דבב"ק דף ע"ה מסיק הש"ס דת"ק וסומכוס פליגי היכא דאתי סהדי ואמרו ליה גנבת ואמר להו גנבתי טבחתי ומכרתי מיהו לא בפניכם גנבתי אלא בפני פ'

ופ' ואייתי סהדי ואזמינהו דלא באפייהו גנב ואתו פ' ופ' ואסהידו ביה דגנב טבח ומכר ובהא קמפלגי דרבנן סברי דה"ל עדות שאאי"ל דכיון שהודה שבפניהם גנב טבח ומכר א"כ אף כשיוזמו לא יתחייבו לשלם וכל עדות שאאי"ל אינו עדות וסומכוס סובר דלא הוי עדות שאאי"ל כיון דסיועי מסייע להו וא"כ הוי מודה בקנס ואח"כ באו עדים ולא חייב עצמו בקרן דהודאה דגניבה מחמת ביעתות' דעדים קמאי הוי ולכך חייב כפל ד' וה' ומסתמא הלכה כת"ק וכ"כ הישׁ"שׁ שם וא"כ לפ"ז לפי שיטת הב"י והשׁ"ך ביו"ד דאף בזה"ז אינו חייב במודה בקנס ובעינן דוקא שיבואו עדים אח"כ א"כ אם הודה בקנס ואמר שפ' ופ' יודעים בדבר ואח"כ באו והעידו פטור מהקנס דהוי כליכא עדים כיון שהעדים פסולים הם ומודה בקנס גרידא פטור אף בזה"ז אך יש להקשות מהא דאמרינן בשבועות דף ל"ג איבעיא להו משביע עידי קנס מהו אליבא דר"א בר"שׁ לא תיבעי לך דאמר יבואו עדים ויעידו כי תבעי לך אליבא דרבנן דאמרי מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מאי ולמ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי מי אמרינן כיון דאלו היה מודה מיפטר לאו ממונא קא כפר ליה או דילמא השתא מיהו לא אודי ואי אמרינן דאם הודה בקנס ואמר שפ' ופ' יודעים בדבר ואח"כ אתו ומסהדי לא הוי עדים כלל והוי כמודה בקנס גרידא א"כ מאי אמרינן לר"א בר"שׁ לא תיבעי לך דאמר יבואו פ' ופ' ויעידו הא לסברת בעל האבעיא דכיון שהיה יכול להודות בקנס קודם כפירת העדים מיחשב גורם לממון א"כ אף לר"א בר"שׁ הוי גורם לממון דהא היה יכול להודות בקנס ויודה שפ' ופ' עדים בדבר דהא האמת כן הוא שהעדים שהשביע יודעים בדבר וא"כ אף אם היו באים אח"כ היה פטור דהוי מודה בקנס גרידא כיון שהעדים פסולים וא"כ לא הוי אלא גורם לממון ויש לישב דכיון דלסומכוס בכה"ג הוי עדות מעליא וחייב וא"כ היה השׁ"ס צריך למיבעי לר"א בר"שׁ ולרבנן דסומכוס ולמ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי וכולי האי לא בעי השׁ"ס להאריך או דסוגיא דשבועות אזלא כס"ד דשׁ"ס דב"ק דסומכוס ורבנן פליגי אי מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב או לא ושאר אוקימתות שם ולפ"ז מתורץ מה שהקשה הרב בעל מל"מ בפ"ג מה' גניבה דהרמב"ם פסק בה' שבועות דמשביע עידי קנס פטור ובפ"ג מה"ג פסק דמודה בקנס אינו פטור אלא כשחייב א"ע בקרן אבל כשאינו מחייב א"ע בקרן חייב כשבאו עדים אח"כ וא"כ הוי ממון גמור ולפמ"שׁ ניחא דלדידן דקי"ל כרבנן דסומכוס אף שאינו מחייב א"ע מ"מ הוי גורם לממון דהא היה יכול להודות שאותן עדים יודעים בדבר והיה בטל עדותן ולא הוי אלא מודה בקנס גרידא. ובחדושי אמרתי לתרץ קושיית המ"ל בדרך הלזה ובאופן אחר והוא משום דלכאורה קשה אמאי ס"ל לרבנן כשהודה בגניבה מחמת ביעתות' דעדים שקרים ואומר טבחתי

ומכרתי בפני פלוני ופלוני ובאו אח"כ דפטור משום מודה בקנס אף שלא חייב א"ע בקרן כיון דעדים הם פסולים הוי כליכא עדים ואמאי הא הטעם דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב כשלא חייב א"ע בקרן הוא משום דאמרינן שהודה כדי לפטור א"ע כשיבואו עדים אח"כ כמ"ש רש"י ונ"י משא"כ במודה בקנס גרידא כיון דאף אם לא היה מודה היה פטור לכך כשהודה פטרו רחמנא וא"כ הכא שהודה שטבח בפני פ' ופ' ונהי דעכשיו שהודה כן נתבטל העדאת העדים משום דהוי עדות שאאי"ל מ"מ אמאי מיחשב מודה בקנס שיפטר הא הוא עצמו מודה שהעדים הם כשרים וראו המעשה וא"כ י"ל דמחמת ביעתותא דעדים הודה שהיה ירא אם לא היה מודה והיו באים העדים לאסהודי היה מתחייב על פיהם קנס דהא הוי עדות מעליא ועדות שיכול להזימה הוא ולכך הודה כדי שיתבטל עדות העדים ויפטר אך זה לק"מ כיון דעכשיו שהודה שטבח בפני פ' ופ' העדים הם פסולים דהוי עדות שאאי"ל אלא שאתה רוצה לחייבו משום הודאתו גרידא ומודה בקנס פטור אף כשהודה מחמת ביעתותא דהתורה לא חייבה אלא אשר ירשיעון אלקים בדוקא ולא ממה שחייב א"ע אף שהוא מחמת ביעתותא מ"מ אינו מתחייב ע"פ עצמו וכמ"ש לעיל מדברי הר"ן בפ' ש"ה ורש"י בשמעתין שכתב דלרבנן פטור מכפל אף שהודה מחמת ביעתותא דעדים הניזומים ומכאן ראיה ברורה לזה ובאמת דרש"י למד כן מחמת קושיא זו וז"ב אך באמת קשה מנ"ל להש"ס דהיכא שהודה בקנס גרידא פטור אף שהודה מחמת ביעתותא והיכא שבאו עדים אח"כ בעינן דוקא משום שהודה בדרך תשובה כיון דמודה בקנס גרידא ילפינן מאשר ירשיעון אלקים ומודה בקנס ובאו עדים אח"כ ילפינן מאם המצא תמצא וכיון דאידי ואידי מקרא ילפינן מנ"ל למיפסק קראי בסכינא חריפא דמודה בקנס גרידא פטור בכל ענין דילמא אף במודה בקנס גרידא בעינן דוקא ג"כ שהודה בדרך תשובה כמו מודה בקנס ואח"כ באו עדים אך י"ל דילפינן לה מקרא דאשר ירשיעון אלקים שהוא מיותר כיון דילפינן מאם המצא תמצא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור כ"ש במודה בקנס גרידא דפטור וא"ל דאי לא כתיב אשר ירשיעון הוי מוקמינן לקרא דאם המצא תמצא למודה בקנס גרידא כמ"ש רש"י בב"ק דף ס"ד ע"ב וכדאמרינן ר"פ הערל דבא זה ולימד על זה י"ל דל"א כן אלא היכא שהדין האחר ילפינן ליה בק"ו לחודא אבל הכא דמודה בקנס גרידא הוא בכלל מודה בקנס ואח"כ באו עדים דבכלל מאתים מנה וא"כ הקרא דמודה בקנס גרידא מיותר לגמרי וכעין זה פריך הש"ס בקדושין דף ד' ובזבחים דף פ"ב ע"ב ע"ש ודוק א"ו דאשר ירשיעון אלקים גלי דאינו חייב ע"פ עצמו בשום ענין אף שלא נתכוין לחייב א"ע אך כ"ז ניחא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור דאייתר אשר ירשיעון אלקים מוכח דגלי קרא דאף שהודה שלא

בדרך תשובה פטור משא"כ למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב ומוקי אם המצא תמצא לגנב עצמו כדאיתא בש"ס ומרשיע א"ע ילפינן מקרא דאשר ירשיעון אלקים לבד א"כ מוקמינן לקרא למאי דמסתבר יותר דלא פטר אלא בנתכוין להודות ולחייב א"ע ולא כשהודה מחמת ביעתותא ולכך כשבאו עדים אח"כ חייב דאמרינן שהודה מחמת ביעתותא דעדים וא"כ לפ"ז אמרינן שפיר דלר"א בר"ש דאמר יבואו עדים ויעידו משביע עידי קנס חייב משום דאף אם היה מודה בקנס ואמר שידעו בו העדים שמשביע מ"מ אם היו העדים מעידים היה חייב בקנס דמשום ביעתות' דעדים אודי כמו שהקשיתי אבל הרמב"ם פסק שפיר לדידן דקי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור א"כ מוכח דמודה בקנס גרידא אף שהודה מחמת ביעתותא פטור דאינו חייב ע"פ עצמו כלל א"כ אף בקנס שלא חייב א"ע בקרן הוי גורם לממון שהיה יכול להודות שנעשה הדבר לפני העדים שהשביע והיה פטור ודוק כי נכון הוא ולפ"ז נתיישב לי מה דקשיא לי בדברי התוס' בב"ק דף מ' ע"ב דפריך התם גבי שאלו בחזקת תם ונמצא מועד השואל משלם ח"נ והבעלים ח"נ ופרכינן התם ונימא ליה אי תם הוה הוי מודינא ומפטרנא ולמ"ד פלגא נזקא ממונא הוי מעריקנא ליה לאגמא וכתבו התוס' שם דהאי פרכא ניחא למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וכ"כ הרשב"א בחדושיו שם ולכאורה קשה דאף למ"ד פטור ליתא להך פרכא דהא ח"כ כולה קנסא הוא ולא חייב א"ע בקרן ולפמ"ש ניחא דלמ"ד פטור אכתי מצי למימר אי תם הוי מודינא שנגח בפני אותן עדים שראו גוף המעשה והיה פטור משא"כ למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב אף בכה"ג חייב כמ"ש וא"ש אך מ"מ אכתי קשה דמאי קושיא דילמא מיירי שהשואל לא ראה את העדים שראו המעשה ויותר נראה דקושית הש"ס הוא לרב הונא ושאר אמוראי דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אף בלא חייב את עצמו בקרן ולפ"ז מתורץ תמיהת הלחם משנה פ"ד מה' נ"מ על המ"מ דלדידן דבעינן שחייב את עצמו בקרן לק"מ קושית הש"ס דהוי מודינא ומפטרנא וז"ב:

ה כך וכך תחזיק. וכתב הסמ"ע דגם לענין תביעת קנס מהני מיגו כמ"ש הטור והרב בסי' שצ"ט אך הרמ"ה שהביא הטור שם חולק דבקנס לא מהני מיגו וכ"כ הנ"י ס"פ המניח ובס' הזכות להרמב"ן בפ"ג דכתובות איתא וז"ל כתב הראב"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים קי"ל דפטור והיכא דתפס מקמי הודאה ואח"כ הודה נמי מפקינן מיניה ול"א דתפיסה דקמי הודאה כעדים דמיא ממאי מדא"ל ר"ג לר"י וכו' אלמא לאו כעדים דמיא ומפקינן מיניה מיהו היכא דתפוס קודם הודאה וליכא עדים בתפיסתו דיכול לומר להד"ם ואתו לבי דינא וכפר ביה אידך בההיא קנסא אם הודה לאחר מכאן איסתפקא לי

אי הוי האי מיגו כעדים כדאמרינן בעלמא מ"ל לשקר כעדים דמי וכיון דבההיא תפיסה איכא מיגו ה"ל כעדים ואלו היכא דכפר ואתו עדים הא מיחייב והשתא נמי מאי דתפיס מקמי כפירה והודאה תפס ומהימנינן ליה כעדים או דילמא כיון דאלו הודה פטור לא עדיף האי מיגו מהודאה דנפשיה והודאת בע"ד כמאה עדים וכל היכא דהודאה לא מהני מה לי לשקר לא מהניא הכא הא מילתא איסתפקא לי בד"ק ולא אתברירא לי כהוגן עד יבוא ויורה צדק לנו וכתב עליו הרמב"ן וענין ספיקו של הרב בתופס קנס שלא בעדים והודה הלה בסוף כבר יצא דינו מכלל דברינו להתחייב בזמן הזה מפני שאין ההודאה כלום ואפי' במודה בב"ד מומחין אני אומר שלא פטרה התורה בקנס אלא שלא חייב אותו מתחילה ע"פ עצמו דכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע א"ע אבל זה לא ע"פ עצמו מתחייב אלא לזה אנו מאמינים שאמר נתחייב לי קנס ותפסתי משלו לתשלום קנס שלי הילכך ירשיעון אלקים קרינן ביה ולא קרינן ביה מרשיע א"ע כלל דמה הוסיף או גרע בהודאה שלו וכ"ש כשתפס משלו מטלטלין ובא זה לתובעו בדין להחזירם לו ולפרוע לו קנסו בדמים שאין זה מודה בקנס אלא זריז ונשכר הוא וגדולה מזו אמרו שא"ה דמחמת ביעתותא דעדים הוא דקמודה אלמא לא פטרתו התורה אלא במחייב עצמו ומודה בקנס שלא לצורך אבל זה להנאת עצמו הודה ולא להתחייב בדין ובפ' שור שנגח ד' וה' אמרינן ולימא ליה אי תם הוה הוי מודינא ומפטרנא ואפי' למ"ד פ"נ ממונא הוה מעריקנא ליה לאגמא ומפרקינן כגון דקדם בע"ד ותפסיה וזו היא נוסחתו של ר"ח ז"ל אלא שיש גורסין כגון שקדמו בי דינא ותפסוהו ומ"מ הרי הדין פשוט ומבלי ספק כלל עכ"ל ולכאורה יש לתמוה על ראיות הרמב"ן מה שהביא ראיה מהא דאמרינן גבי היו עדים ממשמשין ובאים שאני התם דמחמת ביעתותא דעדים הוא דקמודה הא כבר הוכחתי בסק"ג מש"ס דב"ק דף ע"ה ורש"י שם והר"ן בפרק ש"ה דהיכא שהוא מודה בקנס ולא באו עדים כלל אף שלא הודה אלא מחמת ביעתותא ולא דרך תשובה מ"מ פטור דגלי קרא אשר ירשיעון אלקים דוקא ואינו מתחייב קנס בהודאת עצמו משא"כ במודה בקנס ואח"כ באו עדים דהתם חייב קנס ע"פ העדאת עדים אלא דגלי קרא דמ"מ פטור כיון שהודה קודם ביאת העדים לכך צריך דוקא שיהיה כוונתו לחייב א"ע ולא שיודה מחמת ביעתותא דעדים וא"כ בזה נדחים כל ראיות הרמב"ן דדילמא לענין תופס שלא בעדים נמי אמרינן כן כיון דמיגו מתורת ראיה הוא וא"כ כיון דחזינן דהתורה לא חייבה קנס אלא ע"פ עדים דוקא ולא על פי הודאת בע"ד עצמו ה"נ אינו חייב קנס מחמת המיגו של הבע"ד דלא עדיף מיגו מהודאת בע"ד עצמו משא"כ במודה בקנס ואח"כ באו עדים דהחיוב הוא ע"פ העדים אלא שהתורה פטרו כיון שהתחייב א"ע והודה קודם ביאת העדים וא"כ

כיון שכבר תפס התובע שלא בעדים דאית ליה מיגו דלהד"ם וראיה שאומר אמת א"כ לא הוסיף הנתבע בהודאתו מידי כיון דבלא"ה מהימנינן ליה להתובע ומחמת ביעתותא דתפיסה הודה וא"כ בזה אזלו כל ראיות הרמב"ן דההיא דאמרינן מחמת ביעתותא דעדים הודה הוא משום דהתם מיירי שהביא עדים לבסוף וכן מה שהביא מהא דפריך הש"ס ולימא ליה אי תם הוה הוי מודינא ומפטרנא ומשני דקדי' בע"ד ותפסיה היינו משום דהתם מיירי שיש עדים על הנגיחה אלא דקושית הש"ס הוא דהוי מודה מקודם ומיפטר דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור כמ"ש התוס' שם וא"כ משני שפיר דקדים בע"ד ותפסיה וכה"ג לא מהני ההודאה כלל שלא הוסיף בהודאתו כלום דהא בלא"ה מהימנינן ליה להתובע בתפיסתו ומחמת ביעתותא דתפיסה הודה משא"כ כשאין כאן עדים כלל לא מהני המיגו כמו שלא מהני ההודאה לחייב א"ע אף שהודה מחמת ביעתותא ולא כיון לחייב א"ע כלל ואי לאו דמסתפינא ה"א דדברי הרמב"ן נוטים לכוונה אחרת והוא בשום לב עוד מ"ש הרמב"ן על הראב"ד ולעניין ספיקו של הרב בתופס קנס שלא בעדים כבר יצא דינו מכלל דברינו להתחייב בזה"ז מפני שאין ההודאה כלום ויש להקשות לפי שיטת הב"י והש"ך בי"ד דבזה"ז מודה בקנס ולב"ע פטור והיא השיטה המחוורת אם כן אכתי ספיקו של הראב"ד קיים בזה"ז בהודה בקנס ולא באו עדים כלל אי מהני התפיסה שלא בעדים ועוד יש להקשות בלשון הראב"ד עצמו שנסתפק בתפס שלא בעדים וכפר ואח"כ הודה אי מהני המיגו ולמה לא נסתפק אי הנתבע עומד בכפירתו אי מהני המיגו של התובע או לא מכל זה נראה דזה פשיטא להו להראב"ד והרמב"ן דאי ליכא עדים כלל דלא מהני המיגו של התובע כיון דחזינן דהתורה לא חייבה קנס בהודאת עצמו אף שלא נתכוין ע"ד תשובה אלא דוקא ע"פ עדים ה"ה נמי דלא מהני מיגו של התובע דלא עדיף מיגו מהודאת הנתבע עצמו וכסברת הרמ"ה שהביא הטור בסי' שצ"ט אלא דספיקו של הראב"ד אמאי דסליק מיניה קאי בהודה בקנס ואח"כ באו עדים אי מיפטר מחמת ההודאה אי אמרי' דהמיגו לא עדיף מההודאה ופטור משום מודה בקנס ואח"כ באו עדים או דהמיגו מגרע להודאתו דהמיגו הוי כעדים ולא הודה ע"ד תשובה רק מחמת ביעתותא ולזה פשיט הרמב"ן שפיר דבזה"ז לא שייך מודה בקנס ואח"כ באו עדים כיון דליכא סמוכין ואף בזמן הש"ס מ"מ לא חשיב מרשיע א"ע כלל כיון שאין אנו צריכים להודאתו כלל דהא בלא"ה נאמן התובע במיגו ולא הוסיף בהודאתו כלום ולכך כשבאו עדים אח"כ חייב דהוי כהודה מחמת ביעתותא דעדים ולא הרשיע א"ע כלל ולזה הביא שפיר ראיה מההיא דקדים בע"ד ותפסיה כך היה נ"ל בכוונתם אלא שדוחק הוא להעמיס דברים אלו בלשונם ועוד דיש להקשות לפ"ז דאי אמרינן דהראב"ד מיירי דוקא במודה בקנס

ואח"כ באו עדים וכן לפי פשיטות הדברים משמע דקאי נמי אדסליק מיניה ונסתפק נמי בתפס שלא בעדים והודה בקנס ואח"כ באו עדים הא הרי"ף וש"פ פסקו כמ"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים אינו פטור אלא כשמחייב א"ע בקרן וכ"פ הרמב"ן גופי' שם דברי הראב"ד דמיירי כשמחייב א"ע בקרן וא"כ כשתפס שלא בעדים ודאי מהני התפיסה של התובע לענין הקרן דנאמן במיגו דלהד"ם א"כ כשהודה הנתבע וחייב א"ע בקרן לא הוסיף בהודאתו מידי דבלא"ה חייב לשלם הקרן מכח התפיסה והוי כלא חייב עצמו בקרן כדאיתא במרובה דף ע"ה ע"ב דהיכא דהודה בקרן מחמת ביעתותא דעדים שקרים הוי כלא חייב עצמו בקרן וצל"ע אך מ"מ הענין נכון בעצמו לחלק לפי שיטת הרמ"ה במודה בקנס גרידא לא מהני תפיסה שלא בעדים וכשבאו עדים אח"כ מהני התפיסה שלא בעדים לחייבו בקנס ובזה אמרתי לתרץ דברי הרי"ף שהעתיק בפ' שור שנגח ד' וה' כל דיני תם ומועד ולמה השמיט הברייתא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד וכעין זה הקשה המ"מ פ"ד מה' נזקי ממון ד"ט ולפמ"ש ניחא דהא הש"ס פריך עלה ונימא אי תם הוה הוה מודינא ומפטרנא ומשני דקדים בע"ד ותפסיה דנאמן במיגו כפי שיטת הרמב"ן ולשיטת הרמ"ה דלא מהני מיגו בקנס צ"ל דשאני הכא כיון שבאו עדים אח"כ בכה"ג מהני תפיסה שלא בעדים כמ"ש לעיל אך אכתי קשה דנימא אי הוי תם הוי מודינא שנגח בפני אותן העדים שמעידין אח"כ דהיו העדים פסולים כיון שהוא עדות שאאי"ל וא"כ לא הוי מהני המיגו של התופס ג"כ אך לק"מ די"ל דהברייתא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד אתיא כסומכוס דלא הוי עדות שאאי"ל ומהני תפיסה וא"כ לדידן דקי"ל כרבנן דסומכוס לא משכחת להאי דינא ולכך השמיטו הרי"ף מהלכה וא"ש ולענין דינא דעת הטור בסי' שצ"ט בשם הרא"ש דמהני תפיסה שלא בעדים בקנס אף דליכא עדים כלל וכן הסכימו רוב האחרונים ואם הודה בקנס ואח"כ תפס התובע שלא בעדים דעת הש"ך בס"ס שצ"ט דמהני תפיסה דהוי כמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב בזה"ז דליכא סמוכין ועמש"ל סק"ג שאין דבריו מוכרחים בזה וע"ש:

ב

א ואפי' אין בדבר עדות גמורה. בב"י בשם תשו' הרמב"ן משמע דאפי' ע"פ עדות קרובים עונשין לעשות סייג לתורה והכנה"ג הביא בשם המשפטי שמואל דה"ה שיכולים הדיינים להיות קרובים זה לזה ולא נהירא לי דדוקא עדים קרובין מקבלין דליכא סהדי אחרינא וכיון שהוא למיגדר מילתא מקבלינן לעדותן משא"כ לענין דיינים כיון דאיכא דייני אחרינא למה נסמוך אדיינים פסולים דמאי מיגדר מילתא איכא בזה כיון דאיכא

ב"ד אחרינא וכ"כ הב"ח בסי' ז' דלפי שיטת התוס' דבד"נ אף עד הרואה אינו נעשה דיין משום כיון דחזא דקטל לא חזא ליה זכותא ה"ה בזה"ז היכא דענשינן למגדר מילתא אין הרואה נעשה דיין ע"ש אלמא דלענין דיינים אף למיגדר מילתא בעינן דיינים הכשרים לד"נ דוקא ודוחק לומר דשא"ה דיש טעם בדבר דכיון דחזי דקטל לא חזי ליה זכותא דזה ליתא כיון דהתורה פסלה בכל דוכתי דיינים קרובים אין לחלק ביניהם ואין להקשות מפ' נגמר הדין דשמעון בן שטח תלה פ' נשים ביום אחד אף שאין דנים ד"נ שנים ביום אחד משום דהוראת שעה היתה אלמא אף שהיה יכול לדונם בזאח"ז מ"מ כיון שהוא למיגדר מילתא אין מדקדקין בזה זה ליתא דכבר פירש"י שם שהיה ירא מפני קרוביהם שלא יתקשרו להצילן אלמא היכא דלא שייך טעם זה אף דענשינן למיגדר מילתא אין דנים שנים ביום אחד משום דלא מצי להפוכי בזכותא ולא שייך מיגדר מילתא כיון שיכולין לדונם בשני ימים ואולי דאף המשפטי שמואל מיירי דליכא דייני אחרינא:

ב אבל ביד הב"ד להלקותו וכו' למיגדר מילתא. בתשובת הרב מוהר"ל בן חביב באגרת הסמירה אשר לו בדף רפ"ח ודף רצ"ז נחלק שם עם הרב הר"י בי רב שהרב הר"י בי רב סובר דמי שבא לב"ד דרך תשובה להלקותו מלקות דאוריי' אף שאין עדים והתראה שעבר על לאו זה רשות ביד הב"ד **להלקותו** אף שאין ב"ד כופין אותו בהודאת פיו מ"מ ברצונו נפטר מידי עונשו ואפי' בב"ד שאין סמוכים נמי והרב הרלב"ח חולק עליו שאין ביד הב"ד כח להלקותו בלא עדים והתראה אף שהב"ד סמוכים ע"ש באריכות בדבריהם ולפעד"נ ראיה להרב הרלב"ח מהסוגיא דר"פ שבועות הפקדון דבעי התם בש"ס הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו מהו כיון דחידוש הוא דבכל התורה לא מצינו מזיד דמייתי קרבן והכא מייתי ל"ש אתרו ביה ל"ש לא אתרו ביה או דילמא ה"מ היכא דלא אתרו ביה אבל היכא דאתרו ביה מלקא לקי קרבן לא מייתי או דילמא הא והא עבידנא ולפי דברי הר"י בי רב שרשות ביד ב"ד להלקותו אף בלא עדים והתראה א"כ פשיטא דלהוציא ידי שמים לכפרה חייב לצוות לב"ד להלקותו אף בלא עדים והתראה דקמי שמיא גליא והוא יודע האמת שהזיד בעבירה שחייב עליה מלקות וא"כ קשה הא איתא בש"ס רפ"ק דמציעא דף ג' ע"ב דאשם היינו קרבן ותליא בפלוגתא דר"מ ורבנן במס' כריתות באמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דר"מ מחייב וחכמים פוטרים וכן הוא להדיא במתניתין דפרק ארבעה שומרין דאף שבאו עדים לא מחייב בקרבן שבועת הפקדון אלא בהודה מעצמו אח"כ וכמ"ש התוס' בב"מ שם ד"ה אשם ולפי הסוגיא דב"ק אף נ"מ מודה באשם כיון דכתיב והתודה ע"ש וכן צ"ל בסוגיא דכריתות דבעי הש"ס שם אי טעמא דרבנן משום מיגו דאם ירצה לומר יחיד הייתי או משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה

עדים וא"כ אי אמרינן דטעמא דרבנן משום מיגו תקשה מתניתין דד' שומרין דמבואר דאינו חייב באשם ע"פ עדים אתיא דלא כמאן דהא בשבועת הפקדון חייב על המזיד כשוגג וליכא מיגו א"ו דאשם פטור לכ"ע משום דכתיב והתודה והש"ס בב"מ דקאמר דאשם היינו קרבן ותליא בפלוגתא דר"מ ורבנן אתיא אי אמרינן דטעמא דרבנן משום דאדם נאמן ע"ע דסוגיא דש"ס התם אזלא אליבא דההיא לישנא כמ"ש התוס' שם ע"ש ומשום הכי נמי פרשו רש"י והרע"ב מתניתין דשבועות הפקדון דמיירי בהודה משום דאף למ"ד דכופר בממון שיש עליו עדים חייב קרבן מ"מ צ"ל דמיירי שהודה אח"כ דע"פ עדים לבד אינו חייב אשם ודברי מוהרש"א והתיו"ט שם תמוהים מאד בזה ע"ש וא"כ כיון שכבר הוכחתי דאינו חייב קרבן אשם אלא בהודה מעצמו דכתיב והתודה ואף בהודה מעצמו לא כפינן ליה להביא קרבן דחייבי אשמות אין ממשכנין אותן כמ"ש התוס' בכריתות דף י"ב ע"א ד"ה א"ד דמאן דלא ניחא ליה בכפרה לא כייפינן ליה וא"כ הא דחייבה התורה קרבן אשם היינו במודה מעצמו וניחא ליה בכפרה וא"כ בכה"ג חייב מלקות נמי אף בלא התרו ביה כיון שהוא יודע שהוא מזיד וחייב מלקות והב"ד מלקין אותו ואפ"ה חייבו התורה קרבן אשם וא"כ ה"ה באתרו ביה נמי וגם קשה מאי משני הש"ס התם מתניתין דמה הן חייבים על זדונה אשם בכסף שקלים דמיירי בלא התרו בו אכתי אמאי לא קתני מלקות אי חייב תרוייהו כיון דמתניתין מיירי בהודה וניחא ליה בכפרה וגם קשה הא דפריך הש"ס התם לרבה דאמר הכופר בממון שיש עליו עדים פטור מהברייתא דלא אם אמרת בנזיר טמא שכן לוקה והוכיח דמיירי דאיכא עדים מדקתני שכן לוקה ואסיק בתיובתא ומאי קושיא הא עיקר הפלפול של הברייתא הוא אם חייב קרבן אשם נזיר במזיד כמ"ש התוס' שם ד"ה מאי אינו לוקה ע"ש וא"כ כיון דמיירי בהודה מעצמו דלמא אף מה דקתני שכן לוקה מיירי כן וחייב במלקות לכפרה א"ו העיקר כהרב מוהרלב"ח דבלא עדים והתראה אין הב"ד לוקין אותו בשום אופן דמלקות במקום מיתה הוא ואין לוקין אותו ע"פ עצמו:

ג

אין ב"ד פחות משלשה. הרמב"ם בפ"ב מה"ס כתב מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט את עמיתך ומדברי סופרי' צריך שלשה ושני' שדנו אין דיניהם דין ותמה הכ"מ בשם הרשב"א והש"ך כיון דפסק כרב אחא בריה דרב איקא דמן התורה מותר לאחד לדון א"כ למה שנים שדנו אין דיניהם דין הא אמרינן בפ"ק דסנה' מאי איכא בין רבא דס"ל מן התורה בעי ג' לרב אחא ברי' דר"א הא דשמואל דאמר שנים שדנו דיניהם

דין לרבא ליה ליה דשמואל לרב אחא אית ליה דשמואל הרי להדיא דאי מדאורייתא חד כשר לדון שנים שדנו דיניהם דין והנראה בזה דהנה הרא"ש כתב אמילתא דשמואל והקשה דבמאי איירי אי בקבלוהו עלייהו אמאי מקרי ב"ד חצוף ואי דלא קבלוהו עלייהו אלא שדנין אותו בע"כ אמאי דיניהם דין הא אפי' שמואל מודה דבעינן ג' או יחיד מומחה כדפרישית ותירץ דמיירי שאמרו דונו לנו כמו שנקראים דיינים מן התורה ואשמועינן שמואל דדיניהם דין אלא שנקראו ב"ד חצוף והנה קושיית הרא"ש הוא תמוה מאוד דדילמא איירי בלא קבלוהו ואפ"ה בדיעבד דינו דין והא דבעינן ג' או יחיד מומחה הוא לכתחילה כמ"ש הרא"ש בעצמו לעיל גבי ד"מ בשלשה למאן דלית ליה עירוב פרשיות ודברי הרא"ש סותרים זא"ז וראיתי בפסקי מוהרא"י סי' ר"ב שהרגיש בזה ופירש דהכי אזיל קושיית הרא"ש דע"כ שמואל לאו בדיעבד מיירי מדקאמר אלא שנקרא ב"ד חצוף ותו לא ואי מדרבנן בעינן ג' לכתחילה מדינא וכי מאן דעבר אדרבנן חציף הוא דמיקרי עבריינא לא מקרי וכן פריך בפ"ק דנדה מאן דעבר אדרבנן צנוע הוא דלא מקרי רשע לא מקרי אלא א"כ דשמואל ס"ל דלא עבר אתקנתא דרבנן ואהא פריך שפיר דאי מיירי בלא קבלוהו עבר אתקנתא דרבנן ולכך הוצרך לתרץ דמיירי שאמרו דונו לנו כמו שנקראים דיינים מן התורה ואף לכתחילה' יכולין לדון אלא נקראו ב"ד חצוף עכ"ד אלא דיש להבין לפ"ז מנ"ל להרא"ש לעיל דלמ"ד דלית ליה עירוב פרשיות יחיד שדן בדיעבד דינו דין דלמא אף בדיעבד דינו בטל דאלמוהו רבנן לתקנתייהו ושמואל מיירי שאמרו להם דונו לנו כמו שנקראי' דיינים מן התורה אך זה ליתא דא"כ תקשה דמאי פריך הש"ס דף ה' ע"ב לשמואל מהברייתא דרשב"ג דאמר דשנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן וכן ממתניתין דשנים מזכין דילמא לא מיירי התם בכה"ג שאמרו להם דונו לנו כדיינים מן התורה ולכך דינם בטל א"ו דהש"ס ס"ל לסברא פשוטה דלשמואל דס"ל מן התורה בחד סגי אלא דבעינן תלתא משום גזירה דיושבי קרנות בדיעבד דינו דין אך אכתי יש להקשות למה בדיעבד דינו דין כיון דעבר אתקנתא דרבנן א"כ רשע מקרי כדאמר בפ"ק דנדה וא"כ פסול לדון כמו כל פסולי עבירה דרבנן וא"ל דפסולי עבירה דרבנן צריכין הכרזה זה ליתא דהא לאותו עדות שנפסל בשבילו א"צ הכרזה כדאיתא בסי' ל"ד וא"כ ה"ה דאותו הדין בטל אך זה לק"מ דהרא"ש אזיל לטעמיה דפסק בב"ק פרק המניח דפסולי דרבנן כגון עדים שחתמו בשטר שיש בו רבית דרבנן אינן נפסלים כיון שלא עברו משום חימוד ממון דבפסולי דרבנן בעינן רשע דחמס וכמ"ש הרב בסי' ל"ד ס"ג בהגה וא"כ ה"נ לא מיפסלי הדיינים מה"ט דליכא חימוד ממון ולפ"ז מיושבים דברי הרמב"ם ואזיל לטעמיה דמדבריו בה' עדות נראה דס"ל דאף בפסולי דרבנן לא בעינן חימוד ממון וכ"כ

המ"ל בפ"ד מה' מלוה ע"ש ולכך יפה פסק דשנים שדנו אין דיניהם דין דכיון שעברו אתקנתא דרבנן אותו הדין פסול דהא פסולי לדון ושמואל מיירי באמר דונו לנו כמו שנקראים דיינים מן התורה ולכך בכה"ג דיניהם דין ובזה אמרינן בש"ס דאיכא בינייהו בין רבא לרב אחא וזה לא הוצרך הרמב"ם לאשמועינן דכיון שכתב דמן התורה חד כשר א"כ פשיטא דמהני אם קבלום עליהם כמו שנקראים דיינים מן התורה מידי דהוי אכל הפסולים לדון דמהני בהן קבלה והא דפריך לשמואל ממתניתין דשנים מזכין ומברייתא דרשב"ג דשנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן מאן הוא מרא דשמעתין דקושיות אלו הוא רבא דאקשי ליה לר"נ הכי ורבא לטעמיה אזיל דס"ל בפז"ב דף כ"ז דאף בפסולי דאוריית' בעינן דוקא רשע דחמס למפסל לעדות וכ"ש בפסולי דרבנן וא"כ לא נפסלו הדיינים כלל ודינם דין בדיעבד בכל גווני אבל לדידן דפסקינן בהא מילתא כאביי דלא בעינן רשע דחמס שהוא מהלכו' יע"ל קג"ם א"כ בכל הפסולי' בין דאורייתא בין דרבנן לא בעינן רשע דחמס פסק הרמב"ם שפיר דאין דיניה' דין כיון שעברו אתקנתא דרבנן רשיעי נינהו ופסילי לדון ואותו הדין בטל זה נ"ל נכון ליישב שיטת הרמב"ם לפ"ז היכא שהבע"ד אמרו לשני' דונו לנו כמו שנקראים דיינים מן התורה לשיטת הרמב"ם והסמ"ג דפסקו דמן התור' בחד סגי א"כ בכה"ג דיניהם דין אף שמדרבנן בעינן תלתא מ"מ הרי קיבלום עליהם כמו שנקראי' דייני' מן התורה ולשיטת הרי"ף והרא"ש דס"ל דמדאוריית' בעינן תלתא אותם שנים שדנו הדין בטל:

ב דאי אפשר דלית בהו חד דיודע סברות בדיני' אבל אי לית בהו חד דידע פסילי לדון. ודעת הרמ"ה הובא בטור דבעינן תלתא דגמירי דוקא ותמהו בזה כל המחברים דהא בש"ס מבואר להיפך דאמרינן לרב אחא מדאורייתא חד נמי כשר והא דבעינן תלתא גזירה משום יושבי קרנות ופריך אטו בתלתא מי לא הוי יושבי קרנות ומשני אי אפשר דלית בהו חד דגמיר הרי להדיא דבחד דגמיר סגי וליכא למימר דזה דוקא לר"א דסבר מדאורייתא ביחיד הדיוט סגי אבל לרבא דסבר מדאורייתא בעינן ג' סמוכין אלא דמשום נעילת דלת הקילו חז"ל דסגי בהדיוטות ולכך בעינן עכ"פ תלתא דגמירי דוקא דא"כ כי אמרי' מאי בינייהו בין רבא לר"א אמאי לא אמר בפשיטות דא"ב דלרבא בעינן ג' דגמירי דוקא ולר"א סגי בחד דגמיר ובלח"מ ובב"ח וט"ז נדחקו בזה ולי נראה לתרץ ע"פ מ"ש הכנה"ג בסי' ז' ובסי' ל"ו בשם תשובת מוהרש"ך דכי היכא דקי"ל בעדים כשנמצא אחד מהן קרוב או פסול כל העדות בטילה ה"ה בדיינים אם נמצא אחד מהן קרוב או פסול נתבטל כל הוועד ע"ש והחזיקו במעוז סברא זו הרבה מהמחברים כמ"ש המ"ל פט"ז מה"ע והנה לכאורה יש להקשות לפ"ז הא דפריך הש"ס אטו בתלתא מי לא הוי יושבי

קרנות ומשני דא"א דלית ביניהו חד דגמיר ואכתי קשה כיון דמאן דלא גמיר פסול לדינא ואשירה הוא א"כ אף דיש ביניהם חד דגמיר מה מהני הא כל הוועד בטל כמו בנמצא אחד מן העדים קא"פ דכל העדות בטילה ואף כשאמר אחד מן העדים א"י באחד מן החקירות כיון דלא מקבלינן עדות כזה נתבטל כל העדות כמ"ש התוס' בסנהדרין דף מ"א ע"ב וא"כ ה"ה לענין דיינים האי דלא גמיר למידן כיון דפסול לדין ומקרי אשירה הוא מבטל מותר הדיינים ואין דינם דין אך נראה דלא קשיא דהא הא דמשני אי אפשר דליכא בינייהו חד דגמיר פי' בחדושי הר"ן כלומר אי אפשר שיכניסו את עצמן בדין אי ליכא בהו חד דגמיר ויודע להיכן הדין נוטה וכן פי' מוהרי"ט בתשובותיו בחח"מ סי' מ"ו דיראים להכנס בדין דילמא יטעו ויצטרכו לשלם וא"כ משני הש"ס שפיר כיון שלא יזדקקו לדין אם לא דאיכא בהו חד דגמיר וגמיר הוא שבקי בדיני' ויודע סברות בדיני' כמ"ש הרא"ש וטור א"כ פשיטא דהגמיר שבקי בדיני' לא יצטרף עם מי שאינו גמיר לישב בדין אחד דהא אף הוא יפסל בצרופן ומש"ה תקנו חז"ל ג' דיינים כיון דג' דלא גמירי יהיו יריאים להכניס א"ע בדין עד שיהיה מהם חד דגמיר והגמיר לא ישב בדין עם מי שאינו גמיר וא"כ ודאי יהיו כל השלשה גמירי אבל בתרי חששו חז"ל דתרוייהו לא יהיו גמירי ולפ"ז יפה פסק הרמ"ה דבעינן ג' דגמירי משום דבין לרבא ובין לרב אחא בעינן ג' דגמירי בכדי שלא יופסל הגמיר בצרוף הדיין דלא גמיר אך מדברי הרא"ש שכתב לדינא אבל אי ליכא בהו חד דגמיר מיפסל משמע דס"ל דחד דגמיר כשר בדיעבד דלא כהרמ"ה ודברי הטור נכונים אך מ"מ נ"ל דאף לשיטת הרא"ש וטור דס"ל דסגי בחד דגמיר יש לתרץ הא דלא נפסל הגמיר בצרוף האי דלא גמיר י"ל משום נעילת דלת הקילו חז"ל דסגי בחד דגמיר ולא יופסל בצרופו כמו שתקנו בגט מקושר דסגי בחד קרוב ולא נפסלו השאר על ידו שכן היה תקנת חז"ל אף דכולם לשם עדות חתמו מ"מ לא נצטרפו כמ"ש הר"ן בגיטין בפ' הזורק וה"נ לא תקנו שלשה אלא משום גזירה דשמא יהיו כולם יושבי קרנות ויצא משפט מעוקל אך מ"מ שיטת הרמ"ה נתיישב בט"ט די"ל דחז"ל תקנו מתחלה דיהיו ג' דגמירי מה"ט שלא יפסל הגמיר בצרוף האי דלא גמיר ולשון הש"ס מדוקדק כדפרשתי ומעתה יפה פסק בתשובת מוהר"י בן לב הביאו הש"ך שהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן תלתא דגמירי וכן משמע מסתימות דברי הרי"ף והרמב"ם שלא כתבו דסגי בחד דגמיר וכן משמע מלשון תשובת הרי"ף שהביא המחבר בסי' כ"ח סכ"א וכ"כ בכנה"ג שכן דעת הרבה מהמחברים ע"ש:

ג ומ"מ יכולים לקבל. משמע דלקבל הטענות אף ע"י כפיה שרי דאי בקבלו עליהן אף לדון שרי וכן משמע להדיא בתשובת מוהר"מ פדוואה סי' מ"ג שממנו מקור דין זה שכתב

בשם המרדכי דאין לו לסרב ליקח דיינים או מקבלי טענות בעירו מכל תביעות וכתב ע"ז מוהר"ם שם דבמקבלי טענות הדבר פשוט דהכל כשרים לזה לקבל טענות ולשלחם לפני מורה הרי להדיא דע"י סירוב וכפיה איירי ויש לתמוה מהא דכתב המרדכי בר"פ ז"ב בשם רבינו מאיר והביאו הסמ"ע והש"ך בסימן כ"ב ס"א אמתניתין דנאמנים עלי שלשה רועי בקר דס"ל לחכמים דא"י לחזור בהן דמיירי דוקא בלא טעו אבל אם טעו הדין חוזר וא"ת א"כ דלא טעו למאי נ"מ יכול לחזור בו לר"מ ולרבנן בקודם גמ"ד וי"ל דיכול לחזור ולטעון בענין אחר ע"כ אלמא דג' הדיוטות אף דקבלינהו יכול לחזור בהן קודם גמ"ד ולטעון בענין אחר ולר"מ אף לאחר גמ"ד וא"כ כשטוענו ע"י כפי' פשיטא דיכולין לחזור מטענותיהם אף לאחר גמ"ד לכ"ע ודוחק לומר דהכא קמ"ל דיכולין לכוף אותן לטעון ולשלוח לפני מורה ובאמת יכולין לחזור מטענותיהם אלא דאם לא חזרו בהן הדין קיים כי מסתימות לשונם לא משמע כן ואולי כיון דהכא מיירי שמקבלים הטענות בכדי לשלחם לפני המורה בכה"ג מחויבים לטעון האמת ואינן יכולים לחזור בהן אף קודם ששלחו לפני המורה משא"כ כשהדיוטות דנין בעצמן אף דקבלינהו מ"מ כיון שיכולין לחזור בהן קודם גמ"ד מלדון לפניהם יכולין ג"כ לחזור מטענותיה' ולומר שכל טענותיהם היו מלי דכדי ועדיין צריך ישוב ובתשובת מוהרי"ט בחח"מ סי' מ"ו פסק בפשיטות דג' הדיוטות דלא גמירי דינא כלל אף שאין דיניהם דין מ"מ ההודאה שמודים בע"ד לפניהם חשיבא כהודאה בפני ב"ד גמור ואין יכולין לחזור בהן אף שלא קבלוהו עליהם ע"ש שהביא ראיות לזה וכל דבריו שם אינם מוכרחים כלל ואישתמיטתיה דברי המרדכי דרפז"ב שהבאתי ועיין בס"ק שאח"ז:

ד ההודאה שמודים בפניהם כמודה חוץ לב"ד ויכולים להחליף טענותיהם. הכנה"ג הביא בשם הרא"ם בתשובה דאף שקבלוהו עליהם הדין כן וגוף התשובה אין בידי אך לכאורה מבואר להיפך בתשו' הרשב"א שהביאו הב"י והסמ"ע בסי' כ"ב סק"ה במי שקיבל בקנין לדון לפני א' וטענו לפניו וחזר בו א' מהן דאם יעמוד ב"ד אחר הרי הוא דן ע"פ הטענות וההודאות שנאמרו לפני הראשון אלמא דא"י לחזור מהטענות ואפשר לחלק דשאני התם דקנו מידו לדון לפני א' ובקנין אף לפני גמ"ד א"י לחזור בו משום הכי הוי כטוען לפני ב"ד גמור וא"י לחזור מהטענות משא"כ כשקיבל עליו לדון לפני שנים בלא קנין כיון שקודם גמ"ד יכול לחזור בו מלדון לפניהם כדאיתא בסי' כ"ב לכך אף שנגמר הדין מ"מ אין הטענות שטען מקודם גמ"ד חשובים כלום ויכול לחזור בהן ולטעון בע"א אך מדברי המרדכי בשם ר"מ שהבאתי לעיל מוכח להיפך שכתב הא דנאמנים עלי ג' רועי בקר א"י לחזור מיירי בלא טעו והקשה דבלא טעו למאי נ"מ יכול לחזור בו קודם

גמ"ד ותירץ דיכול לחזור ולטעון בענין אחר אלמא אף דג' רועי בקר פסולי לדינא מ"מ כשהב"ד קבלום עליהם א"י לחזור ולטעון בע"א לאחר גמ"ד דהא מתניתין מיירי בהכי לפי פירושו ואולי אף הרא"ם לא מיירי אלא בקודם גמ"ד אז יכולין להחליף טענותיהם וא"כ אדרבה מדברי המרדכי ראיה להרא"ם אך מ"מ אף בכה"ג צל"ע לדינא דנראה דר"מ והמרדכי ס"ל דבהודאה לפני עדים אף שהודה דרך הודאה גמורה לא מהני אלא בפני ב"ד דוקא והיא שיטת הרא"ש והטור בסי' פ"א ולכך הכא אף שקבלום עליהם לדיינים מ"מ כיון שיכול לחזור בהן לא חשיב ב"ד ויכולין לחזור ולטעון בע"א אבל לשיטת הרמב"ם והמחבר בס"ח שם דבהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים אע"פ שלא אמר להם אתם עידי לא יכול לחזור בו א"כ היכא שקיבל עליו שנים לדון או ג' רועי בקר וחזרו בהן קודם גמ"ד אף שיכולין לחזור בהן מלדון לפניהם מ"מ א"י להחליף טענותיהם דכיון שקבלום עליהן הוי ההודאה שמודים לפניהם כמודים דרך הודאה גמורה לפני עדים שא"י לחזור בהן בשלמא מ"ש המחבר דיכולין להחליף טענותיהם ניחא כיון דמיירי שדנו ע"י כפיה י"ל דמיירי בלא הודאה גמורה כמ"ש הסמ"ע בסק"ח משא"כ כשקבלום עליהם נהי דיכולין לחזור בהן קודם גמר דין מ"מ אין לך הודאה גמורה יותר מזה וא"י לחזור ולטעון והא דקתני מתניתין דר"מ סבר דיכול לחזור בו וכן קודם גמ"ד לרבנן נ"מ לענין זמב"ד כמ"ש המרדכי שם בתירוצא בתרא והש"ך בסי' כ"ה ס"ק מ"ב ע"ש וכן מסתבר לענ"ד:

ה ומוטב שיחתך הדין בי"א מבעשרה. הסמ"ע כתב דלאו דוקא נקט מבעשרה דהא הוא ב"ד שקול וע' מ"ש בסי' ח"י סק"א דנראה דלשיטת הרמב"ם והסמ"ג דס"ל דמדאורייתא אף יחיד כשר לדון אלא דתקנו חז"ל ג' משום גזירה דיושבי קרנות כשר אף ב"ד שקול אבל לשיטת הרי"ף והרא"ש דבעי' תלתא מדאוריית' אם היה הב"ד שקול אף שהסכימו כולן לסברא אחת הדין בטל אף בדיעבד ואפשר אף בשני מומחים שדנו הוי ב"ד שקול והדין בטל אף בדיעבד אלא שמדברי הראשונים לא משמע כן ע"ש שהארכתי בזה:

ד

א מ"מ אין לו רשות למשכנו בחובו מטעם שיתבאר וכו' ונראה לי דהיכא שכופר לו חובו רשות בידו למשכנו שלא בעדים כדי שיהיה נאמן במיגו דלא תפסתי דאף דאסור למשכנו בעצמו היינו היכ' שיכול למשכנו ע"פ ב"ד אבל בכה"ג דלא יוכל לגבות ממנו ע"י ב"ד יכול לתפסו בעצמו וכמבואר לקמן סי' כ"ז סט"ו לענין שליח ב"ד ליכנס לביתו למשכנו ע"ש וראיה גדולה לזה מהא דכתב הטור בסי' ס"א בשם תשו' הרא"ש והמחבר

שם ס"ו בשטר שכתוב בו שיש לו רשות ליכנס לביתו למשכנו שלא ברשות ב"ד אינו רשאי לעבור על ד"ת שהמלוה לחבירו אינו רשאי למשכנו אלא בב"ד אבל אם לא מצא דיין שרוצה לדונו אזי יש לו רשות לעשות דין לעצמו ומשמע התם דבכה"ג ליכא איסורא כלל והא דהוצרך לפרשו בשטר הוא משום שופרא דשטרא וכמ"ש בתשו' רמ"א סי' ק"ח ע"ש וא"כ ה"נ כיון שאין המלוה נאמן אלא ע"י התפיסה הוי כמו שלא מצא דיין לדונו דיכול לעשות דין לעצמו ועוד יש להביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם והמחבר בסי' שנ"ט ס"ו דהחוטף משכון מחבירו שלא ברשות ב"ד נקרא גזלן וכתב הסמ"ע שם דפסול לעדות ולשבועה וכ"כ הש"ך שם שכן דעת המ"מ והטור בשיטת הרמב"ם ולכאורה קשה מהא דהוכיח הש"ס ברפ"ק דמציעא דל"א מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ממתניתין דשנים אוחזין בטלית ז"א אני מצאתיה וז"א אני מצאתיה דכ"א נשבע שאין לו בה פחות מחציה ול"א דחשיד אשבועתא ודחי אביי דלעולם אמרינן דחשיד נמי אשבועתא וטעמא דמתניתין דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ותפסו בחובו ולשיטת הרמב"ם דהתופס משכון מיד חבירו נפסל לעדות ולשבועה הדרא קושיא לדוכתא דנימא מיגו דחשיד לתפוס בחובו מיד חבירו שלא ברשות ב"ד חשיד נמי אשבועתא ודוחק לומר דחיישינן שמא יש לו ספק חיוב שכירות או גזילה דמותר לתפוס דאין זה במשמעות לשון הש"ס א"ד דהיכא דלא מצי לגבות אלא ע"י תפיסה מותר לתפוס בעצמו וא"כ התם כיון שאין לו עדים על החוב וע"י התפיסה יהא נאמן במיגו דלקוח כמ"ש בנ"י שם מותר לו לתפוס וליכא איסורא ולא חשיד אשבועתא אמנם יש להקשות לפ"ז מהא דפריך הש"ס בפ' המקבל דף קי"ג על הא דאמר שמואל דשליח ב"ד אסור למשכנו בביתו והא כתיב לא יחבול רחיים ורכב הא ד"א חבול לא תחבול בגד אלמנה הא של אחרים תחבול מאן אי בע"ח הא כתיב לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו אלא לאו שליח ב"ד ומשני הש"ס לעולם בבע"ח ולעבור עליו בשני לאוין וא"א דמותר לאדם לתפוס בעצמו בחובל שלא בעדים אמאי לא משני דלעולם בבע"ח והא דשל אחרים חבול וכן דבר אחר היינו בתופס שלא בעדים ומ"מ רחיים ורכב וכן בגד אלמנה אסור לתפוס ולכאורה הייתי רוצה לומר דבתפיסה שלא בעדים מותר אף בכלי אוכל נפש ובגד אלמנה כיון דלגוביינא אף מכלי אוכל נפש ובגד אלמנה נמי גובין כדאיתא בסי' נ"ו א"כ היכא שא"י לגבות מהם אלא ע"י תפיסה שלא בעדים שיהיה נאמן במיגו הוי כתופס לגוביינא ומותר לתופסם אך מתשו' ר"ת שהובא במרדכי ר"פ המקבל מוכח להיפך שכתב להוכיח דמהני מיגו אף היכא שיש תקנת העיקול מההיא סכינא דאשכבתא דמהני מיגו אף שהוא כלי אוכל נפש א"ו דאיסורא עביד וע"פ ב"ד אהדריה דהוי כלי אוכל נפש ומ"מ מיגו שלו לא אפסיד ומינה

נמי לתקנת העיקול ע"ש באריכות ואי אמרת דמותר לתפוס שלא בעדים אף כלי אוכל נפש א"כ לא מוכח מידי דשאני התם דבכה"ג לא הוי איסורא כלל משא"כ תקנת העיקול היתה בכל גווני וגם מדכתב א"ו איסורא עביד משמע להדיא דאף דאין לו זכות בו אלא ע"י מיגו מ"מ עביד איסורא בכלי אוכל נפש וא"כ הדרא קושין לדוכתא ואפשר דהא דמשני לעבור עליו בשני לאוין עדיפא מיניה משני דפשטא דקרא משמע דמיירי בתפס בעדים ודוחק וצ"ע:

ב ולכן לא יוכל לעשות אא"כ יוכל לברר שהוא שלו. הסמ"ע והט"ז פרשו דהיינו אף שא"י לברר שהוא שלו אינו אסור אלא להכות או להזיקו אבל תפיסה בעלמא מותר אף שהתפיסה לא תועיל אם יכפור כיון שתופס בעדים וכתב עוד הט"ז דאם הכהו שלא בעדים אינו פטור במיגו דלא הכיתי שיהיה נאמן לומר שכדין הכהו שלא הורשה להכות אלא בחפץ המבורר לנו דוקא והביא ראיה מהטור שכתב אבל אם אינו יכול לברר שבדין עשה יכול להוציאו ממנו ולאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל שלי אני רוצה וכו' וקשה פשיטא א"ו דקמ"ל דלא פטרינן ליה אף שאין עדים בדבר ההכאה עכ"ד ומדברי הר"א מטולא שהובא בתשו' מיימוני בס"ס נזיקין ובמרדכי בפ' הגוזל בתרא משמע להיפך שכתב שם גבי ההיא מסותא דהוי מינצי עלה בי תרי דאם קדם האחד ותקפה בידי עכו"ם לעצמו אע"ג דל"א עביד אינש דינא לנפשיה אלא בחפץ המבורר וידוע לנו וכו' מ"מ לא דייני ביה דין מסור אף אם הפסידו הרבה שלקחו ממנו יותר ודמי לנסכא דר"א אין חטפי ודידי חטפי ואם יש עדים שתקף ע"י עכו"ם לאו כל כמיניה ואם אין עדים נאמן במיגו עכ"ל אלמא אף שאין מבורר לנו שהוא שלו אם הזיקו שלא בעדים נאמן לומר שכדין הזיקו במיגו ואין טעם לחלק בין היכא שיש לו מיגו גם על גוף הטענה או היכא שאין לו מיגו רק על מה שהזיקו לבד אמנם נראה דהאי דינא דהט"ז תליא באשלי רברבי דהנה התוס' בפחז"ה גבי קריביה דרב אידי בר אבין והוא בטור וש"ע לקמן סי' קל"ט ס"ד איתא התם דאם שנים חלוקים על שדה שבאו לירש כל אחד אמר אני קרוב וראוי ליורשו וגבר האחד ואכל פירותיו ואח"כ הביא השני עדים שהוא קרוב אין העדים יודעים אם אותו שגבר תחילה הוא קרוב או לא מוציאין מאותו שגבר תחילה שהוא ספק קרוב והאחר קרוב ודאי וצריך להחזיר כל הפירות שאכל אפי' א"י שאכלם אלא על פיו שהודה בהם וכתבו התוס' שם דאף שטוען ברי שהוא קרוב יותר צריך לשלם הפירות דכיון שאין לו זכות בפירות אלא מכח הקרקע והקרקע יוצאה מתחת ידו בדין דליכא מיגו עלה ממילא צריך לשלם ג"כ הפירות אף שהודה בהם בעצמו ואית ליה מיגו וכ"כ הסמ"ע שם והש"ך כתב שם שכן הוא דעת הטור אך הרמב"ן והריב"ש חולקים בזה

דמהני המיגו לפוטרו מהפילו וכן הכריע הש"ך שם וא"כ ה"נ בהאי דינא דהט"ז כיון שתפס בעדים אלא שההכאה היתה שלא בעדים ומן הדין אין לו רשות להכות אלא בדבר שהוא שלו וא"כ אם האמת הוא שהחפץ שלו רשות בידו להכותו להצילו מידו ואם החפץ אינו שלו חייב גם בעבור ההכאה וזה בזה תליא וא"כ כיון שהחפץ יוצא מתחת ידו בדין כיון שיש עדים שחטף ואוקי החפץ בחזקת מרא קמא א"כ ממילא צריך לשלם ג"כ בעבור הזיקו והכאתו דזה בזה תליא דכיון שאין אנו מאמיני' לו על החפץ שהוא שלו ממילא הכאתו היתה בחנם וחייב בעבור ההכאה ומעתה מה שהביא הט"ז ראיה לדינו מדברי הטור ליתא דהטור לטעמיה אזיל ולשיטתו הדין כן דלא מהני מגו על ההכאה לבד אבל לשיטת החולקים התם ה"ה הכא מהני המיגו לפוטרו מההכאה לבד ומעתה אין הכרע מדברי הר"א מטולא דהתם איירי שיש לו מיגו על גוף הטענה ובכה"ג מהני מיגו לכ"ע לפטרו אף ממה שהזיקו כיון שאנו מאמינים אותו על גוף הטענה שהאמת אתו אבל היכא שהתפיסה היתה בעדים רק שההכאה היתה שלא בעדים תליא בפלוגתא דהני רבוותא דלהתוס' והטור א"נ ולהרמב"ם והריב"ש והכרעת הש"ך שם מהני המיגו אף בכה"ג לפוטרו מההכאה לבד וז"ב ונכון:

ג דוקא בעניני מסים. הסמ"ע כתב הטעם כיון שהמס הן גובין ליתנו למלך הרי הן כיד המלך וצריך היחיד לברר זכותו לפני המלך ונראה דמה"ט נמי אם היחיד חייב לאחרים חוב הקהל בעניני מסים קודם לכל בע"ח דכיד המלך דמיא והוי כגבוי וכ"פ בתשו' הרדב"ז ח"א סי' צ"ו דחוב המלך ממיני מסים הוא קודם לחובות אחרים דכגבוי דמי והביא ראיה מפ' חז"ה דף נ"ה דהיכא שהוא חייב למלך ממיני מסים חשיבי כל הנכסים שלו ראוי לגבי בכור כיון שהן משועבדים למלך כגבוי בידו דמי ע"ש וא"כ ה"ה קהל בעניני מסים כיון שהן כיד המלך חשיבי כמוחזקים והם קודמים לשאר בע"ח ועיין בפ' חז"ה שם ולקמן סי' שס"ט ס"ט ע"ש:

ה

א ואם עבר ודן דינו דין. הרי"ף והרא"ש בפ' משילין הביאו הירושלמי דבין בשוגג ובין במזיד דינו דין וכ"כ הטור ואיכא למידק כיון דהא דאסור לדון בשבת וי"ט הוא משום גזירה שמא יכתוב ומה"ט נמי אסרו חז"ל מקח וממכר בשבת וי"ט כמ"ש רש"י ותוס' שם והיא הסכמת רוב הפוסקים וא"כ כשדן בשבת וי"ט יהא פסול להעיד ולדון כמו בעובר על שאר איסור דרבנן ומוכר ולוקח בשבת וי"ט דודאי נפסל מדרבנן וה"נ יפסל מדרבנן ואין דינו דין וליכא למימר דפסולי דרבנן בעי הכרזה זה ליתא דהא כתב הנ"י פז"ב

והביאו הסמ"ע וש"ך בסי' ל"ד דלאותו עדות שנפסל בשבילו פסול אף בלא הכרזה וא"כ ה"נ אותו הדין יש להבטל כיון שנפסל בשבילו בשלמא לפי שיטת הרב רמ"א בסימן ל"ד ס"ג בהגה דבפסול דרבנן בעינן דוקא שעבר משום חימוד ממון ניחא דהא לגבי הדיינים ליכא חימוד ממון אבל לשיטת המחבר שם דמשמע דלא מחלק בהכי וכמ"ש הכנה"ג שם קשה ואפשר לומר כיון דלדון בין אדם לחבירו הוא דבר מצוה כדפריך הש"ס בפ' משילין שם והא מצוה קעביד א"כ הוי כקוברי מת בי"ט ראשון דלא מיפסלי לעדות משום דסברי מצוה קעבדי כדאיתא בסי' ל"ד ס"ד וה"נ סברי הדיינים דמצוה קעבדי ולא מפסלי ולפ"ז אף אי נטלו שכר לדון בשבת וי"ט דעשו איסור בשביל חימוד ממון לא מפסלי מה"ט משום דסברי מצוה קעבדי אך מ"מ נראה דבכה"ג מ"מ אותו הדין בטל כמבואר בסי' ט' דדיין שנטל שכר לדון דינו בטל ואע"ג דהתם טעמא משום קנס שעבר על מה אני בחנם דחייב לדון בחנם שהוא מצוה והכא אדרבה עבירה הוא לדון בשבת וי"ט מ"מ אותו הדין בטל ממ"נ דאם אתה אומר שהוא עבירה הרי עבר על איסור דרבנן משום חימוד ממון ונפסל ואם אתה אומר שלא נפסל בהכי משום שהיה סבור דמצוה קעביד א"כ הרי עבר על מה אני בחנם ושפיר יש לקנסו שאותו הדין בטל כן נ"ל:

ב אין דנין בלילה. וכתב בתשובת מוהר"ם דאם נתרצו שני הצדדים לדונם בלילה מותר לדונם דלא גרע מקבלו עליהם קרוב או פסול כתב הסמ"ע דמה"ט נהגו עתה להקל לדון בלילה דמאחר שבא לדין כששלחו אחריו ה"ל כקבלוהו עליהם והב"ח כתב דאם שולחין אחריו לא הוי כקבלוהו אם לא כשבאין מעצמן לדון דאז ה"ל כקבלוהו כדאיתא בירושלמי דר' אבהו דן יחידי ואמר כיון שבאין מעצמן ה"ל כקבלוני עליהם ע"ש והביאו הכנה"ג ויש לתמוה דהכנה"ג עצמו כתב בסי' ג' דלא מהני מה שבאין מעצמן אלא לענין לדון ביחידי אבל בקרוב ופסול בעינן קבלה בפירוש וה"נ כפסולין דמי כיון דמדאורייתא פסולין לדון בלילה וכן ראיתי להמ"ל בפ"ג מה"ס שהשיג על הב"ח בזה ולכאורה יש להוכיח כן מדברי הטור בסי' רנ"ג שכתב חולה שצוה לפני ג' לא מבעיא אם שלח החולה לקבלם אלא אפי' באו מעצמם נעשו כדיינים לדון על כל דבר ספק שיסתפק בצוואה בד"א ביום אבל אם צוה לפניהם בלילה כיון שאין השעה ראויה לדון נעשו עדים ואינם יכולים לדון אח"כ משמע דבלילה נעשו עדים אפי' אם קבצם החולה וכן משמע יותר מלשון הטור ברמזים בפי"נ והרי הרא"ש שם כתב דאם שלח לקבצם הוי כאלו צוה החולה שאלו השלשה יהיו דיינים על צוואתו וא"כ אף אם צוה בלילה נעשים דיינים דהא הוי כאלו קבלום עליהם א"ו דבעינן קבלה בפירוש אך יש לדחות ראיה זו די"ל דהרא"ש שם לא כתב סברא זו אלא בתורת לא מבעיא אבל האמת אינו כן דהא הרא"ש

שם הביא ראיה לסברא זו מהא דאמרינן בפז"ב ההיא אודיתא זימנין כתבינן וזימנין לא כתבינן כנפינהו איהו כתבינן והנה רבא פליג שם ואמר כנפינהו איהו נמי לא כתבינן עד דאמר ליהוי עלי דייני אלמא דרבא ס"ל דכנפינהו איהו לא חשיב כאמר ליהוי עלי דייני ולכך אם צוה השכ"מ בלילה לא מהני אף אם קבצם דלא קבלינהו לדיינים בזה אך מ"מ אין זה מוכרח די"ל דאף רבא מודה דכנפינהו איהו הוי כאלו קבלום עליהם לדיינים כיון שדקדק להביא ג' דוקא דמה"ת נאמר דפליג על רב אדא בר אהבה בזה והא דס"ל דלא מהני כנפינהו איהו הוא משום דס"ל דלענין אודיתא למיכתב שטר בעינן קביעות ב"ד דוקא בפירוש והא ראיה דהא חזינן דמר בר רב אשי פליג עליו התם ואמר דאף שאמר הוו עלי דייני לא כתבינן עד דקבעו דוכתי ומזמני ליה והכי קי"ל כדלקמן סי' ל"ט ס"ז ע"ש ובש"ך אלמא דס"ל דבעינן דוקא קביעות ב"ד גמור וא"כ י"ל דמה"ט נמי סבר רבא דבעינן דוקא שיאמר בפירוש הוו עלי דייני אבל מ"מ מודה דאף בכנפינהו סתם דעתו שיהיו דיינים מדקבץ ג' דוקא והא דמשמע בטור ר"ס רנ"ג ורמזים דבחולה לא מהני כשקבצם בלילה הוא משום כיון דהם פסולים לדון בעינן קבלה בפירוש אמנם מ"מ באמת הדעת נוטה כסברת הב"ח דכל הפסולים היכא שבאו מעצמם לדון לפניהם הוי כקבלוהו עליהם דכיון שדנין לפניהם אין לך אומדנא דמוכח גדולה שודאי קבלוהו עליהם אך מ"מ לענין לדון בלילה ולענין אין עד נעשה דיין בעינן קבלה בפירוש דוקא והוא ע"פ מה שהביא הב"י בסי' ז' מחודשים ט' בשם תשובת הרשב"א בשכ"מ שצוה ואמר בפירוש שפלוני ופלוני יהיו עידי צואה וכל דיניה יהיו ע"פ אחד מהם דיכול הוא להעיד אלא שאח"כ לא ידון ואע"פ שצוה השכ"מ שיהיה דיין בדבר הוא סבר שיכול להעיד ולדון ורחמנא אמר לא ידון אחר שיעיד עכ"ל וא"כ ה"נ לענין לדון בלילה נמי נימא הכי דאף שבאו מעצמם לדון בלילה הם סברו דיכולין לדון בלילה דלאו כ"ע דיני גמירי ורחמנא אמרה שלא לדון בלילה והוי קבלה בטעות ובהכי ניחא נמי דברי הטור דר"ס רכ"ג ע"כ נראה עיקר דלענין לדון בלילה בעינן קבלה בפירוש דלא כהב"ח. אמנם יש לי מקום עיון בקבלוהו עליהם בפירוש לדון בלילה אי יכולין לחזור בהן קודם גמר דין כמו בקבלו קרוב או פסול דקי"ל בסי' כ"ב דקודם גמר דין יכול לחזור בהן או דילמא דהכא שאני כיון דאם התחילו לדון ביום גומרין אף בלילה א"כ כשקבלו לדון בלילה והתחילו לדון שוב אינן יכולין לחזור בהן כיון דתחלת הדין היתה ע"פ קבלה א"כ הוי כהתחילו ביום דגומרין בלילה אף ע"י כפיה וה"נ התחלה בהיתר היתה ע"פ קבלתם ושוב יכולין לגמור הדין בלילה אף ע"י כפיה דגמר דין כשר בלילה ולכאורה יש להוכיח דיכולין לחזור בו מהא דכתב המרדכי ר"פ ז"ב בשם רבינו מאיר והביאו הסמ"ע בסי'

כ"ב ס"א דבקבל עליו שלשה רועי בקר לדון דקודם גמ"ד יכול לחזור בו ולטעון בענין אחר ע"ש אלמא דס"ל דקודם גמ"ד יכול לחזור בו ממה שטען קודם א"כ ה"נ בקבלו לדון בלילה כיון שחזרו קודם גמ"ד הרי יכולין לחזור אף ממה שטענו מקודם וא"כ הדר ה"ל תחלת דין ואין דנין בלילה בכפיה ואף למ"ש בסי' ג' סק"ד דנראה דלמאי דקי"ל כשיטת הרמב"ם דהיכא דהודה דרך הודאה גמור' לפני עדים א"צ לומר אתם עידי דליתא לדברי ר"מ דכיון שקבלום עליהם ה"ל כהודאה גמורה מ"מ כיון דחזינן דר"מ ס"ל דיכול לחזור מהטענו' שטען מקודם אף דבכל הודאה לפני ב"ד קי"ל דא"צ אתם עידי ע"כ צ"ל דר"מ ס"ל כיון דחוזר בו קודם גמ"ד נתבטל הקבלה למפרע ולא הוי כהודאה בב"ד א"כ אף לדידן דס"ל דהוי כהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים מ"מ כיון שנתבטל הקבלה למפרע לא הוי רק כאלו הודו לפני עדים באתם עידי ולאו התחל' הדין מיקרי כיון שוועד הב"ד נתבטל למפרע אך מ"מ עדיין יש לפקפק בזה די"ל דאף ר"מ מודה דוועד הב"ד לא נתבטל אלא משעת החזרה ואילך אך מ"מ ס"ל דיכול לחזור אף מהטענות דכיון דטעמא דהודא' בב"ד א"צ א"ע הוא משום דלפני ב"ד ודאי אינו טוען להשטאה בעלמא ואם כן בקבלו עליהם ב"ד שפסולים לדון כיון שדין הוא שיכולין לחזור בהן קודם גמ"ד יכולין לומר שלהשטאה בעלמא טענו כן כיון שהיו יודעין שיכולין לחזור בהן אבל בקבלו לדון בלילה י"ל דלא נתבטל וועד הב"ד אלא משעת החזרה ואילך ושוב א"י לחזור בהן דגמ"ד כשר בלילה ואדרבה יש לדמותו להא דכתב הרב רמ"א בסימן כ"ב ס"א בהגה דלענין עדות כשקבל עליו פסול להעיד מיד שהעיד א"י לחזור בו אף קודם הגמ"ד אלמא כיון שנגמר מעשה הקבלה א"י לחזור בו וא"כ ה"נ לענין לדון בלילה כיון שא"צ לקבלתו רק לענין תחלת הדין דגמ"ד כשר בלילה א"כ כשהתחילו לדון בלילה מיד נגמר מעשה הקבלה ושוב א"י לחזור בהן וצ"ע לדינא בזה ודוק היטב:

ג דיניהם דין. והש"ך הסכים כרוב הפוסקים דאין דיניהם דין ונראה פשוט שהבע"ד יכולין לחזור מטענותיהם כמו בעדים שהעידו בלילה דכתב הש"ך בסי' כ"ח ס"ק ל"א דיכולין לחזור מעדותן וה"נ כיון שאין דיניהם דין יכולי' לחזור מטעניתיה' כמו בשני' שדנו שיכולי' להחליף טענותיה' כדאיתא בסי"ג ס"ב ואפשר דאף למ"ד דבדיעבד דיניהם דין מכל מקום יכולין לחזור מטענותיהם כיון דמיירי הכא שדנו בכפיה ועשו שלא כדין יכולין הבע"ד לומר משטה היינו בהם ויכולין לחזור מטענותיהם ועיין בש"ך סי' כ"ח סק"כ:

1

א לדון בדין פחות מש"פ. משום דלא אקרי ממון לענין גזל כ"כ הסמ"ע ע' בשבועות פ' שבועת הפקדון דף ל"ח אמרי' התם אמתניתין דתן לי פקדון ותשומת יד וגזל ואבידה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת אמר ר' יוחנן פרוטה מכולם מצטרפת ולית מאן דפליג עלה וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה' שבועות דין י"א א"ל חבירו תן לי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת ואפי' היה לו פרוטה אחת מכולן הרי אלו מצטרפין וחייב עכ"ל וא"כ לפ"ז ה"ה אם תובע חצי פרוטה גזל וח"ע הלואה מצטרפין וב"ד נזקקין לו וכן אם התחילו לדון בש"פ גומרים לפחות מש"פ של גזל ואבידה וק"ל טובא דאמאי מצטרפין גזל פמש"פ הא בש"ס דסנה' דף נ"ז ודף נ"ט משמע להדיא דלכך אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא כל פמש"פ מחלי ישראל בתר הכי וכ"כ התוס' בעירובין דף ס"ב ובע"ז דף נ"א בהא דאר"י גופי' ב"כ נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להישבון דבגזל מישראל איירי ולכך לא ניתן להישבון משום דישראל ודאי מחיל הגזילה בתר הכי וא"כ אמאי מצטרפין גזל בפחות מש"פ לתשומת יד ואבידה כיון דכבר מחל לו הגזל היכי מצי תבע ליה אח"כ אטו אם אדם מחל לחבירו שום דבר ואח"כ גזל הלה ממנו דבר אחד מי מצי לחזור ולתבוע ממנו מה שמחל לו קודם לכן וגם לענין אבידה קשה טובא דמשמעות לשון הרמב"ם פי"א מה' אבידה והט"ו בר"ס רס"ב דאבידה שאין בה ש"פ אין שום חיוב להחזירה אף לכתחילה משום דקנה האבידה לגמרי במציאתה והתורה לא חייבה לקיים בה מצות השבה כלל וא"כ אמאי מצרפינן אבידה של פחות מש"פ לחוב של הלואה כיון שקנה האבידה לגמרי והוי שלו ואפשר הא דאמרינן הכא דמצרפי גזל ואבידה בפחות מש"פ מיירי שגזל מתחילה יותר מש"פ והחזירה לו רק שנשאר אצלו פחות מש"פ שלא החזירו וכן באבידה מיירי בהכי ובכה"ג לא נמחל לו המותר בגזל וכן באבידה לא קנה המותר ומ"מ אף בכה"ג אי הוה נשבע לשקר על הפחות מש"פ לבדה לא היה חייב בקרבן שבועת הפקדון כיון שהוא פחות מש"פ לא הוי כפירת ממון אבל כי מיצטרפת לה לפקדון ותשומת יד חשיבא ממון להתחייב בקרבן שבועת הפקדון וע"ל בסמ"ע סימן ש"ס סק"ט וסי' שס"ז סק"ז ע"ש ועדיין צ"ע ודוק:

2

א אין עד נעשה דיין. וכ"פ הרמב"ם בפ"ה מה"ע ויש להקשות לפי מ"ש הרמב"ם בפ"ב מה"ס דמן התורה בחד דיין סגי דכתיב בצדק תשפוט עמיתך ומד"ס עד שיהיו שלשה

ושנים שדנו אין דיניהם דין והוא משום דפוסק כר"א בריה דרב אידי וכמ"ש הכ"מ שם בשם הרשב"א ואם כן כיון דקי"ל דבקיום שטרות דרבנן עד נעשה דיין א"כ פה היכא דלא בעינן דיינים מן התורה נמי עד נעשה דיין וכ"כ הרמב"ם שם להדיא בד"א בדבר שצריך עדים מן התורה וצריך דיינים לדון באותו דבר מן התורה אבל בשל דבריהם עד נעשה דיין וא"כ בד"מ כיון דמן התורה סגי בחד דיין אלא מדרבנן צריך שלשה אם כן אמאי לא יצטרף ע"א להיות דיין אחד כיון דמן התורה סגי בחד ואפשר לומר דדוקא בקיום שטרות עד נעשה דיין משום דמן התורה ל"ח כלל שהוא מזויף אלא דחז"ל החמירו בזה להצריך קיום ולכן הקילו ג"כ בזה דעד נעשה דיין לקיום הלזה משא"כ הכא הא דתקנו חז"ל דבעינן תלתא לד"מ הוא משום גזירה דיושבי קרנות ובתלתא א"א דלית בהו חד דגמיר א"כ אם נצטרף לע"א למנין הדיינים אכתי איכא למיגזר דדילמא אינך תרי יהיו לא גמירי ופסילי לדון והעד שהוא הדיין הוא יהיה הגמיר והדר ה"ל דאורייתא ואין עד נעשה דיין בדאורייתא וכיון דשייך גזירת חז"ל בכה"ג וחדא גזירה הוא פסול אף בדיעבד כמו שנים שדנו שאין דיניהם דין אף בדיעבד משום האי גזירה כמ"ש הכ"מ שם בשם הרשב"א ולפמ"ש לקמן בשם כמה פוסקים דכי היכי דבעדי' נמצא אחד מהן קא"פ כל העדות בטילה ה"ה בדיינים אם נמצא אחד מהן פסול כל הוועד בטל לק"מ בלא"ה דכיון דאין עד נעשה דיין ופסול מן התורה לדון א"כ כי מצטרפת ליה עם דיינים אחרים כל הוועד בטל מדאורייתא דנהי דסגי בחד מן התורה מ"מ נפסלו הכשרים שנצטרפו עם הדיין שהוא העד וא"כ הדר ה"ל פסול דאורייתא ואין עד נעשה דיין בדאורייתא וע' בראב"ד פי"א מה"ס ד"ח וכ"מ ולח"מ שם:

ב באלו אין דיניהם דין. בתשו' מוהר"מ מלובלין סי' ס"ג הוכיח כדיעה זו מדחזינן דר' יהודה ס"ל דאוהב ושונא פסולים לעדות ויליף לה מקרא דוהוא לא אויב לו ולא מבקש רעתו א"כ ה"ה לרבנן דמוקמי להאי קרא לדיינים דפסול בדיעבד וכן הוא שיטת הרמב"ם מדהקשה בפי' המשניות דאמאי לא מוקמינן מתניתין דנדה ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון באוהב ושונא ואי אמרת דבדיעבד דיניהם דין לק"מ דאינו כשר לדון משמע דאף בדיעבד אין דינו דין א"ו דהרמב"ם ס"ל דאויב ושונא מיפסלי אף בדיעבד ודלא כהב"י וכל דבריו נכוני' מאוד וכ"כ הלח"מ בס"פ ט"ז מה"ע ומוהרש"ק בהגהות הט"ז שכן הוא שיטת הרמב"ם וכן הוא דעת התוספות והרא"ש והטור וכ"פ הב"ח ועיקר אך יש לדון באוהב שדן לחוב את אוהבו או שונא שדן לזכות את שונאו אי הדין בטל בדיעבד די"ל כיון דאוהב פסול לדון משום דלא חזי ליה חובא ושונא משום דלא חזי ליה זכותא וא"כ הכא שדן לחוב את אוהבו ולזכות את שונאו דינו דין או דילמא בכל גווני אין דינו

דין דהתורה לא הכשירה לדון אלא היכא שיכולי' הדיינים לדון לשני הבע"ד להצדיק את הצדיק ולהרשיע את הרשע ולא שידונו דוקא לזכות אחד מהן או לחוב את אחד מהן ועוד יש להסתפק אף אם ת"ל דבדיעבד אם דן לחוב את אוהבו או לזכות את שונאו דינו דין אם לכתחילה יכול התובע לכוף את הנתבע לדון לפני דיין שאוהב את הנתבע שאם יחייבנו ישלם לו ואם יזכה אותו יחזור ויתבענו לפני ב"ד אחר וכן אם הדיין שונא לתובע אם יכול לתבוע את הנתבע באופן שאם יחייבנו ישלם לו ואם יזכה את הנתבע יחזור ויתבענו לפני ב"ד אחר או דילמא דהנתבע מצי למימר לא אדון עמך באופן הזה דלקתה מדת הדין שאם יחייבני אשלם ואם אזכה יהי' הדין בטל והנה בדין הא' אם דן לחוב אוהבו ולזכו' שונאו אם דינו דין לכאור' יש להוכיח קצת מתוס' דנדה והרמב"ם שהקשו הא דלא מוקי הש"ס מתניתין דיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון באוהב ושונא וא"א דיכול לדון לחוב את אוהבו ולזכות שונאו מאי קושיא דאינו כשר לדון משמע בכל גווני שדן אין דינו דין ובאוהב ושונא הדין כשר בחד גוונא א"ו דס"ל דבכל גווני אין דיניהם דין אך מ"מ נ"ל עיקר דבכה"ג דינם דין דהא לר"מ דמוקי קרא דולא אויב לו לענין עדות ודאי הסברא נותנת דאם הוא מעיד לזכותו נאמן וכן משמע להדיא בהרמב"ם פי"ג מה"ע והט"ו בסי' ל"ג ס"י שכתבו זה שפסלה התורה עדות הקרובים לא מפני שהן בחזקת אוהבין זה לזה שהרי פסולין להעיד לו בין לזכות בין לחובה לפיכך האוהב ושונא כשרין לעדות וכו' אלמא דפשיטא להו דאם היה אוהב פסול לעדות היה כשר לחובה וכן הדין בנוגע בעדות דכשר לחובה לרוב הפוסקים כמ"ש הש"ך בר"ס ל"ז א"כ ה"ה לרבנן דמוקמי קרא לדיינים הדין קיים אם זיכה את שונאו וחייב את אוהבו ועוד ראיה מפורשת מהא דאיתא בברייתא דגיטין דף נ"ב אין אפוטרופסין רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים ופריך לזכות אמאי לא ומשני לחוב ע"מ לזכות ופרש"י לדון עם בע"ד של יתומים הבאים לעורר על נכסיהם שמא יתחייבו בנכסיהם ולכשיגדלו היתומים ידונו עמו ופריך אם דנו ונזדכו היתומים אמאי לא הוי דינא ומשני אין רשאים לדון ולחוב ע"מ לזכות ואם דנו ע"מ לזכות ונתחייבו אין היתומים נפסדים וכ"כ הט"ו בסימן ר"ץ ס"ב היה לאדם תביעה אצל היתומים אין לאפוטרופס לטעון בשבילם לדון עמו שמא יתחייב בדין אבל אם ירד עמו לדין וזכה בשבילם הדין קיים הרי להדיא דאף שהדיינים אינן יכולים לחוב את היתומי' מ"מ אם דנו לזכות היתומים דינם דין וה"ה באוהב ושונא אם דנו לחוב את אוהבו ולזכות את שונאו דינם קיים גם יש ללמוד. משם כי היכא דהתם משמע דלכתחילה אין לאפוטרופס לדון ע"מ שאם יזכה בדין יהיה הדין קיים ואם יתחייב יהיה הדין בטל משום דלקתה מדת הדין בכה"ג כמ"ש הה"מ בפי"א מה' נחלות

והסמ"ע שם בס"ק ל"ג ע"ש ה"ה הכא אין יכולת ביד התובע לכוף את הנתבע לדון לפני דיינים אא"כ שיהיה הדין קיים בין לזכות בין לחוב ולא באופן אם יזכה נתבע שיחזור ויתבענו ח"ב לענ"ד:

ג יכול להושיב דיינים אחרים כשרים שידונו. מוהרא"י בפסקיו כתב דמנהג הוא שלא לפסול שום ב"ד ואע"ג דיש לחתור אחר המנהג ידע מר דגדולי עולם ישבו בארץ מי ישנה מנהגם וכתב הסמ"ע דאף שכתב מור"ם בד"מ דאפי' ב"ד הפסול בוררין מ"מ לא כתבו כאן בש"ע אלא הפסול משום אהבה ושנאה ולא כתב סתם הפסול לדון משום דמהרא"י בעצמו פקפק על המנהג אלא שלא רצה לשנות את המנהג עכ"ל ובתשובת בית יעקב סימן י"ט כתב ואני תמה על מהרא"י והפוסקים שתלו הדבר במנהגא והעיקר על מהרא"י האיך עולה על הדעת להכשי' ב"ד הפסול לברור ב"ד הרי מבואר בהדיא בש"ס דאיסורא איכא דהא בר"פ זבל"א וזבל"א פריך הש"ס מאי זבל"א וזבל"א בג' סגי ומשני דה"ק כשז"ב לו ב"ד אחד וז"ב לו ב"ד אחד שניהם בוררין לו עוד אחד ופריך תנן וחכמים אומרים שני דיינים בוררים לו אחד ואי ס"ד כדאמרי' ב"ד בתר דפסלי להו אזלי וברורי להו בי דינא אחרינא הרי בהדיא דב"ד הפסול אין רשאין לברור ב"ד אחר ואמאי לא רצה מוהרא"י לשנות המנהג בדבר הפשוט בגמרא והניח בקושיא ואני אומר דאין כאן קושיא כלל דודאי זה פשוט דאין ב"ד פסול יכולין לברור דיינים אחרים בע"כ של הבע"ד כשהבע"ד רוצים ב"ד אחר דהא אפילו ב"ד כשר אינם יכולים לברור דיינים אחרים בע"כ של הבע"ד דהא הא דג' דיינים יכולין לכוף את האדם לדון לפניהם היינו דוקא אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עמו בעירו אבל אם רוצה לדון בעירו אלא שאינו חפץ בשלשה שבירר לו התובע אז זב"א וזב"א דבהכי מיירי מתניתין דזבל"א וזבל"א כמ"ש התוס' והרא"ש ברפ"ק דסנהדרין וכמ"ש הט"ו בסי' ג' ס"א וא"כ ע"כ הא דכתב מוהרא"י והרב דב"ד הפסול בוררין ב"ד אחר מיירי כשהנתבע מסרב לירד לדין או שבורר לו ב"ד אחר שאינו רוצה לדון אלא לפניהם דוקא והתובע אינו רוצה לכך בכה"ג אף ב"ד הפסול לדון אותם מ"מ אם כוחם חזק ואמיץ יכולים לברר דיינים בע"כ של הנתבע שידונו לפניהם ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דהא מתניתין דקתני זבל"א וזבל"א מיירי שאינם מסרבים לדין אלא שנחלקו בהבחירה שזה פוסל ב"ד של חבירו וחבירו פוסל ב"ד שלו שאינו רוצה לדון לפניו וע"ז קתני שניהם בוררין להם עוד אחד ולפי אוקימתא זו היינו כדפרש"י כלומר אין יכולין לכוף זה את זה אלא בוררין ב"ד שיתרצו בו שניהן וא"כ פריך הש"ס שפיר היכי קתני וחכמים אומרים שני הבתי דינים בוררין להם ב"ד אחר והיינו דאין צריך דעת הבעלי דינים בזה כדמוקי לקמן ומשמע דאף שיש

לבע"ד ב"ד אחר שנתרצו בו שניהם מ"מ שני הבתי דינים אלו שבררו להם כבר יכולין לברור להם ב"ד אחר בע"כ של הבע"ד וע"ז פריך שפיר בתר דפסלי להו אזלי וברירי להו ב"ד אחרינא דהיכי מצי לכופן לדון בפני ג' שמבררים להם כיון שהב"ד פסלי להו ויכולין להשוות עצמן לדון בפני ב"ד אחר בעירן שהוא מרוצה לשניהם וליכא למימר דחכמים איירי כששני הבע"ד א"י להשוות עצמן לדון לפני ב"ד אחר אלא שהנתבע רוצה דוקא ב"ד שמברר הוא זה ליתא דבכה"ג לא הוי פליג ר"מ דפשיטא דג' דיינים יכולים לכוף לדון את האדם בע"כ וכיון דלר"מ אין הנתבע יכול לכוף את התובע לדון לפני ב"ד שלו כמ"ש רש"י א"כ פשיטא דכל ב"ד דעלמא יכולין לכוף את הנתבע ולברר דיינים וזה ברור ובחנם תמה הב"י בזה ואדרבה נלפענ"ד עיקר דאף ב"ד הפסול משום קורבה יכולין לברור דיינים כיון דמיירי הכא שהנתבע מסרב לדין או שרוצה לדון דוקא לפני דיינים שמברר הוא או חוץ לעירן א"כ מה"ת לא יהיו יכולין ב"ד הגדול שכוחם חזק שהן פסולין להם מחמת קורבה לכוף אותם לדון בפני ב"ד שיבררו הם דהתורה לא פסלה קרובים אלא שידונו הם בעצמם אבל מה"ת לא יהיו יכולין לכוף למסרב לדון לפני ב"ד כשר שיבררו הם וראיה לזה מהא דאמרינן בפ"ק דב"ק דף ט"ו וכתובות דף מ"א דדיני קנסות לא מגבינן בבבל ואי אמר קבעו לי זימנא דאזלינא לארעא דישראל קבעינן ליה ואי לא אזיל משמתינן ליה הרי אף דדייני בבל פסולים לדיני קנסות דבעינן סמוכין מ"מ יכולין לכוף שילכו לפני דייני א"י שכשרים לדיני קנסות ודוחק לחלק בין לכוף לדון בפני ב"ד סתם או ב"ד מיוחד דהא בס"פ ז"ב גבי הא דשלחו ליה למר עוקבא השיאוהו ויראה פנינו בטבריא למאי דמוקי בד"ק משמע דאף לב"ד מיוחד יכולין לכופם ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהנתבע מסרב שלא כדין יכולין אף ב"ד פסול לכופם שידונו בפני ב"ד כשר שיבררו הם וכ"כ הש"ך בר"ס י"א בשם מוהרש"ל דבמקומות שאין שם ב"ד יכולין בני העיר לקבוע לו זמן שילך לפני ב"ד אחר או יעשה כל דבר לפניהם ע"ש ואולי אף מהרא"י לא פקפק בדין זה אלא היכא דאיכא בי דינא אחרינא שיכולים לכוף אותם לדון בד"ת וקמ"ל דאפ"ה יכולין אף ב"ד הפסול הקבוע בעיר לכוף אותם ולהושיב דיינים אחרים אבל היכא שאין מי לכוף אותם אלא ב"ד הפסול משום קורבה בזה לא ערער אדם מעולם שיכולין לכוף ולהושיב דיינים אחרים:

ד אסורים לישב בדין. הכי ילפינן בש"ס לרבנן מקרא דולא מבקש רעתו מכאן אזהרה לשני ת"ח ששונאין זא"ז שאין יושבין בדין כאחד וכתב הנ"י וז"ל שאין יושבין בדין כאחד לכתחילה הוא דקאמר הכי דלית להו למיעבד הכי אבל היכא שדנו אין דיניהם בטל בשביל כך והשיג עליו הב"ח מדלא כתב הכי בשונא לבע"ד משמע דס"ל התם

כשיטת הסוברים דאף בדיעבד אין דיניהם דין וא"כ אף בשני ת"ח השונאים זא"ז נמי כיון דמקרא ילפינן לה אף בדיעבד ראוי להיות דינם בטל ובתשוב' מוהר"מ מלובלין סי' ס"ג נדחק בזה מאוד ע"ש ולכאורה י"ל דדברי הנ"י נוטים לכוונה אחרת והוא משום כיון דהטעם דשני ת"ח השונאים זא"ז אין יושבין בדין כאחד הוא משום דמפני השנאה שביניהם דעת כל אחד מהן לסתור דברי חבירו כמ"ש הרמב"ם והמחבר וא"כ כ"ז שייך לכתחילה שלא ישבו בדין יחד דדילמא יבטלו דעת אחד מהן ברוב שלא כדין דמפני השנאה שביניהם לא יודה לו חבירו השונאו על האמת ויצא משפט מעוקל אבל בדיעבד היכא שדנו והסכימו כולן לדיעה אחת דיניהם דין אך באמת זה ליתא כיון דזה הוא פסול דאורייתא לדון בתחילה יחד א"כ אף שדנו והסכימו לדיעה אחת הדין בטל דהא הוכחתי בסי' ח"י סק"א בראיה ברורה מש"ס דרפ"ק דסנהדרין דאם ישבו ארבעה דיינים בדין אחד הדין בטל אף בדיעבד משום דאין ב"ד שקול והתורה הצריכה שיהיה דוקא ב"ד נוטה וכשדנו בב"ד שקול הדין פסול אף בדיעבד ע"ש וא"כ הכא כשישבו שלשה ושני דיינים מהם שונאים זא"ז לא הוי ב"ד נוטה דהא אם יחלקו שני הדיינים השונאים זא"ז לא יכריע השלישי דהא ליכא רובא דהא השונא מתכוין לסתור דברי חבירו ואינו מודה על האמת וא"כ בטלה דעתו וליכא רובא וא"כ לכתחילה כשישבו השלשה לדין לא משכחת שיוגמר הדין אא"כ שיסכימו שני הדיינים השונאים זא"ז לדיעה אחת והתורה הקפידה שיהא דוקא ב"ד נוטה כדי שאם יחלקו ביניהם יהא אחד מכריע ביניהם ומה"ט הצריכה רחמנא ג' דיינים כמ"ש הרמב"ם בפ"א מה"ס ד"ד וא"כ הכא כשישבו מתחילה לדון ושנים מהם שונאים זא"ז אין כאן ב"ד נוטה כלל והדין בטל אף בדיעבד אך לפמ"ש בסי' י"ח שם דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דדיין אחד כשר מן התורה לא בעינן ב"ד נוטה כלל א"כ הכא כשהסכימו כולם לדיעה אחת הדין קיים בדיעבד וכן למ"ש בסי' כ"ב בשם התוס' דפ' מצות חליצה לחד שנויא דהא דהקפידה תורה להיות ב"ד נוטה לאו דוקא משום טעמא שמא יחלקו ואין מי שיכריע ביניהם רק דבכל מקום בעינן ב"ד שיהא ראוי לב"ד נוטה אף בדבר דלא שייך מחלוקת ע"ש וא"כ י"ל כיון דהכא שייך לפעמי' הכרעה כששני דיינים השונאים זא"ז ישוו ביחד ויחלקו עם הדיין השלישי הוי ב"ד נוטה די"ל דלא הקפידה התורה אלא שיהיה ראוי לב"ד נוטה בשום פעם ודוק אך כבר כתבתי שם דרוב המפרשים ס"ל כפשוטו דטעמא דקרא שמא יחלקו ביניהם לכך הצריכה התורה ב"ד נוטה וא"כ למאי דס"ל לרוב הפוסקים דאף מדאורייתא בעינן תלתא א"כ כששני דיינים שונאים זא"ז לא הוי ב"ד נוטה והדין בטל אף שהסכימו כולם לדיעה אחת וגם י"ל דכיון דדעת כל אחד לסתור את דברי חבירו חיישינן שמא הטעה אותו שיודה לדבריו

כדאמרינן בפ' שבועת העדות דף ל"א מנין לדיין שלא ישב תלמיד בור לפניו ופרש"י לישא וליתן בדין עמו שלא יטעהו ע"ש שוב ראיתי בחדושי הר"ן פ' ז"ב שכתב לתרץ הא דלא מוקי הש"ס מתניתין דיש שכשר להעיד ואינו כשר לדון באוהב ושונא משום דשונא אף שאינו ראוי לדון מ"מ אם דן דינו דין בדיעבד דומיא דשני ת"ח השונאים זא"ז שאין יושבין בדין לכתחילה ואם דנו דיניהם דין והכי משמע לישנא דאין יושבין בדין ה"ה שונא נמי דינו דין ומשום הכי לא מצי לאוקמא לאתויי שונא עכ"ד משמע דבשני ת"ח השונאים זא"ז פשיטא לו יותר דבדיעבד דיניהם דין אך מ"מ לדינא שיטת הב"ח מחוור יותר דלמאי דקי"ל דשונא פסול אף בדיעבד ה"ה דשני ת"ח השונאים זא"ז אין דיניהם דין בדיעבד:

ה שהדיינים לא יהיו קרובים זה לזה. הכנה"ג בסי' זה ובסי' ל"ו הביא בשם תשובת מוהרש"ך דכי היכא דבעדים נמצא אחד מהם קרוב או פסול כל העדות בטילה ה"ה בדיינים אם נמצא אחד מהם פסול בטל כל הוועד ע"ש וע' בהשגות הראב"ד בפי"א מה"ס דכתב דלכך אב ובנו מונין להם אחד בד"מ דכיון דאינו עולה מהחשבון הרי הוא כמו שאומר למחזי אתיתי דאינו פוסל בעדות וכן בדין וכו' והביאו הריב"ש בתשובה ס"ס תי"ג וכתב עליו ומדבריו נראה דכל שהיו הדיינים שלשה כשרים אפילו נצטרף עמהם רביעי קרוב לאחד מהן כשרים ששני הקרובים מונין להם אחד והנה מדבריהם משמע נמי דדוקא כשהקרוב אינו ממנין הדיינים אינו פוסל דהוי כאתי למיחזי ומסתמא אמרינן דאתי למיחזי לפמ"ש הש"ך בסי' ל"ו סק"ח וגם כל היכא דיחד עדים אינם נפסלים בצרוף הקרוב כמבואר בסי' ל"ו שם משא"כ כשהקרוב הוא ממנין הדיינים כגון שנצטרפו חמשה דיינים לקבל עדות או לענין דין כגון שהיו ג' ואחד מהן אומר א"י שהדין הוא דמוסיפין שנים כדאיתא בסי' ח"י והיה בהם אחד קרוב נפסלו אף שלשה הנשארים אף שהסכימו לדיעה אחת דכל היכא דבעדים כל העדות בטילה ה"ה בדיינים דמה"ת נחלק ביניהם ובמ"ל פט"ז מה"ע בהגה פקפק בדין זה וכל דבריו אינם מוכרחים כלל וע' מ"ש סי' ג' סק"ב:

ח

א במסרב בו להכותו. ונראה דמשום הכי פסק הרמב"ם בפ"ה מה' רוצח ד"ו דשליח ב"ד שהכה את הבע"ד הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה דפטור מגלות משום דהוי כאב הרודה את בנו והרב הרודה את תלמידו דפטורים מגלות והראב"ד בהשגתו השיג עליו בזה ולפענ"ד הרמב"ם יליף לה מהכא כיון דמוכח בר"פ המנים דשליח ב"ד יכול להכות

המסרב לבוא לדין כמו שהוכיח הנ"י שם והביאו הב"י א"כ ממילא נשמע דפטור מגלות דכיון דעביד ברשות ב"ד הוי כאב הרודה את בנו והרב הרודה את תלמידו דפטורים מה"ט כיון דברשות קעבדי וה"נ הכא וכן הסכים הכ"מ שם וע' סי' ד':

ב וכן אם הזיקו בממונו פטור. וכתב הב"י בשם ריו"ו דאפי' אם יכול להצילו בדבר אחר ג"כ פטור והביאו הב"י ויש לתמוה מהא דפ' המניח דף כ"ח ע"א דאמרי' התם דבמקום פסידא כ"ע ס"ל דעביד אינש דינא לנפשיה וקאמרינן עלה ת"ש וקצותה את כפה ממון מאי לאו בשאינה יכולה להציל ע"י דבר אחר ומשני לא בשיכולה להציל ע"י ד"א ופריך אבל אינה יכולה להציל ע"י ד"א פטורה אי הכי אדתני סיפא ושלחה ידה פרט לשליח ב"ד לפלוג וליתני בדידה בד"א בשיכולה להציל ע"י ד"א אבל אינה יכולה להציל ע"י ד"א פטורה ומשני ה"נ קאמר בד"א בשיכולה להציל ע"י ד"א אבל אינה יכולה להציל ע"י ד"א נעשה כשליח ב"ד ופטורה ואי אמרת דבשליח שהזיק בממונו פטור אף כשיכול להציל ע"י ד"א מאי פריך לפלוג ולתני בדודה דכשאינה יכולה להציל פטורה הא איצטריך למילף מידה פרט לשליח ב"ד דאף כשיכול להציל ע"י ד"א פטור מלשלם דמי הבושת א"ו דאף בשליח ב"ד אם יכול להציל בד"א חייב ופריך שפיר דלפלוג בדידה דהא אף היא עצמה אם אינה יכולה להציל בד"א פטורה ומשני דהיא עצמה נמי פטורה מה"ט דנעשה ידה כשליח ב"ד דעביד אינש דינא לנפשיה ובאמת י"ל דר' ירוחם אדרבה למד דינו מסוגיא זו מדמוקי הקרא דוקצותה את כפה בשיכולה להציל ע"י ד"א א"כ כי מיעט קרא ושלחה ידה פרט לשליח ב"ד היינו דאף בשיכולה להציל בד"א פטור אך לפ"ז קושיית הש"ס דלפלוג וליתני בדידה אינו מובן כלל כיון שהוא דין אחר לגמרי דממעט שליח ב"ד אף ביכול להציל ע"י ד"א א"ו דביכול להציל ע"י ד"א אף שליח ב"ד חייב אלא דשליח ב"ד שעושה בציווי הב"ד מסתמא עביד כדין שאינו מכהו אלא בשא"י להציל ע"י ד"א או י"ל דושלחה ידה היינו מלשון רשותה כמו ויקח כל ארצו מידו ונקט קרא ושלחה ידה היינו שעשתה ברשותה שהיתה יכולה להציל ע"י ד"א אבל בשא"י להציל ע"י ד"א הוי כעשתה הדבר שלא ברשותה דמחמת אונס של הכאת בעלה עשתה כן ונעשה ידה כשליח ב"ד ופטורה שוב מצאתי להת"ח בפ' המניח שם שכתב בפשיטות בפירושא דשמעתתא דביכול להציל ע"י ד"א אף שליח ב"ד חייב והנה אף דאשתמיט ליה דברי הב"י בשם ריו"ו מ"מ לדינא נראה עיקר כוותיה וכן משמע מלשון הנ"י בר"פ המניח שהביא הב"י שכתב גבי הא דאמרי' התם מאה פנדא למחייה וז"ל אם אינו יכול להציל ע"י ד"א אלא ע"י הכאה ולא בהכאה אחת יכה אפילו מאה מכות פטור וממילא שמעינן דשליח ב"ד נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא צייתי דינא דאי לא תימא הכי מארי

ממונא היכי יהבי לי' רשותא למעביד הכי מי אלים משליחא דבי דינא עכ"ל וא"כ כיון דהנ"י יליף שליח ב"ד מהיכא דעביד אינש דינא לנפשיה בעינן דוקא שא"י להציל ע"י ד"א דומיא דהתם וגם באמת הוא דבר תימה לומר דשליח ב"ד פטור אף ביכול להציל ע"י ד"א דהא הרודף אחר חבירו להורגו דכל ישראל חייבין להצילו בנפשו מן התורה ואין לך שליח ב"ד גדול מזה ואפ"ה אם היה יכול להצילו באחד מאיבריו והרגו חייב עליו וכן אם אחד רואה לאדם שמכה חבירו אינו פטור כשמכהו ומצילו אלא בא"י להצילו ע"י ד"א כמ"ש הרא"ש בפ' המניח סי' י"ג לענין מותר נזק אדם באדם ע"ש ומה כח ב"ד יפה לא שייך כאן לומר דהא אף ב"ד שטעו בשומא ושליח ב"ד אף בכל שהוא מכרו בטל כדאיתא בכתובות דף ק' כ"ש הכא שאין לך טעות גדול מזה דהיה יכול להצילו ע"י ד"א והזיק ממונו של חבירו בחנם דחייב לשלם ואפשר דמש"ה השמיט הרב דברי רי"ו אלו:

ט

א כשיתבענו הנותן. וכתב הסמ"ע אבל בלא תביעה א"צ להחזירו כיון שלא קבלו אלא מרצון הנותן וכדי לזכות את הזכאי ול"ד לריבית דכתיב וחי אחיך עמך עליך להחזיר לו כדי לחיות בו והט"ז חולק דאף בריבית בעי תביעה ומכח זה העלה במי שחייב לאחרים ואין לו אלא מה שנתן ר"ק לאחד דאין מוציאין ממנו מדר"נ כיון שלא תבעו הלוה והנה אף שראיית הט"ז מדברי רש"י פא"נ אינו מוכרח להמעיין שם מ"מ נראה עיקר כהט"ז דהנה הב"ח הקשה דמנ"ל להרמב"ם דצריך להחזיר השוחד כשיתבענו דהא בריבית יליף מקרא דוחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דליחי בהדך כדאיתא פא"נ וא"כ בשוחד דליכא קרא מנ"ל דצריך להחזיר ותירץ דבריבית נמי לא איצטריך קרא להכי דפשיטא דבעי למיהדר הריבית דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אלא כיון דכתיב בריבית חיה לא יחיה דאיכא למידרש למיתה ניתן ולא להשבון א"נ ויראת מאלקיך למורא ניתן ולא להשבון וכדדריש ליה התם אליבא דר"י דס"ל דר"ק א"י בדיינים להכי איצטריך וחי אחיך עמך ומינה דבשוחד לא איצטריך קרא דכיון דאמר רחמנא לא תקח שוחד אי עבר ולקח גזל הוא בידו ובעי למיהדר עכ"ד והנה דבריו נכונים מאוד שכן מוכח להדיא בש"ס דתמורה דף ו' דבעי למימר התם דפלוגתא דאביי ורבא דפליגי אי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני או לא פליגי בפלוגתא דר"י ור"א אי ר"ק יוצאה בדיינים או לא ודחי דהתם בר"ק בקראי פליגי דמר יליף לה מוחי אחיך עמך ומר מחיה לא יחיה ע"ש וא"כ מוכח להדיא דבשוחד דליכא קרא אי עביד

לא מהני לרבא דקי"ל כוותיה אלא דקשה למה לא אמר שם זה הנ"מ בין אביי לרבא אך מה שנראה מדברי הב"ח דאף בריבית נמי יוצאה בדיינים מטעמא דאי עביד לא מהני אלא דבעי קרא דוחי אחיך עמך להוציא מדרש' הפסוק דחי' לא יחיה לא נהירא לי דהא קי"ל דאם לקח ר"ק ומת אין הבנים צריכים להחזיר משום דכתיב וחי אחיך עמך לדידיה אזהר רחמנא דליהדר לבריה לא אזהר כדאיתא בפ' הגוזל בתרא ואי אמרינן דאף בריבית אי עביד לא מהני א"כ הוי גזל גמור ואף הבנים מחויבים להחזיר וכן גם מן המלוה עצמו איתא ביו"ד סי' קס"א ס"ה דאין יורדין לנכסיו להוציא הריבית מתח"י אלא שכופין אותו עד שתצא נפשו בכדי לקיים העשה והוא מדברי הנ"י בפא"נ בשם הרשב"א דיליף לה מהא דאין הבנים חייבים להחזיר ע"ש ואי משום טעמא דאי עביד לא מהני פשיטא דהוי כגזל ויורדין לנכסיו א"ו כיון דכתיב קרא וחי אחיך עמך גלי לן קרא דאי עביד מהני בריבית ואינו חייב להחזיר אלא משום מצוה דוחי אחיך עמך וכה"ג משני הש"ס התם בתמורה כמה מילי דגלי לן קרא דאי עביד מהני ע"ש ולכך כיון דלא הוי אלא מ"ע גרידא אין יורדין לנכסיו והבנים אינן מחויבים להחזיר וממילא בשוחד דלא גלי לן קרא יורדין לנכסיו והבנים מחויבים להחזיר דהוי כגזל מעליא וכ"כ מסתימת הפוסקים ובאמת בזה אפשר לומר הא דיליף רבא בפ' הגוזל בתרא מדכתיב וחי אחיך עמך אדידיה אזהיר רחמנא לבריה לא אזהיר ולכאורה אין מן המקרא ראיה גמורה לזה ומנ"ל לרבא למידרש כן וכבר עמד בזה בתשובת שארית יוסף סי' ס"א ולפמ"ש י"ל דרבא לטעמיה דסבר אי עביד לא מהני וא"כ קשה למה לן קרא תיפוק ליה דאי עביד לא מהני א"ו גלי לן קרא דאין כאן אלא מ"ע לדידיה ולא לבריה דבריבית אי עביד מהני ואין בו אלא מ"ע ואין העשה מוטל על הבנים וא"ש ומעתה כיון שהעלינו דלכך בעי להחזיר השוחד משום דאי עביד לא מהני והוי גזל וא"כ קשה למה בעינן תביעת הנותן דהא גזילה פשיטא דחייב להחזיר אף בלא תביעת הנגזל א"ו ע"כ צ"ל דלכך בלא תביעה א"צ להחזיר משום דאמרינן כיון דמתחילה נתנו לו מרצונו הטוב מסתמא מחל לו אח"כ כיון שאינו תובעו וא"כ אף בריבית שייך האי טעמא דאף דר"ק יוצאה בדיינים מ"מ מהני מחילה גבי' כדאיתא ביו"ד סי' ק"ס ס"ה וכיון שאינו תובעו מסתמא מחל לו וכ"כ הב"ח דבין בשוחד ובין בריבית בעינן תביעה אח"כ משום דאמרינן דמסתמא מחל לו כשאינו תובעו ובהכי ארווח לן נמי הא דפסק הרמב"ם בפ"ד מה"מ דאין לוקין על לאו שבריבית משום דיוצאה בדיינים והוי לאו הניתק לעשה וכן בשוחד אין לוקין מה"ט כמ"ש הרא"ה בס' החנוך מצוה פ"ג ואמאי לא כתבו דבלא תבעו שלא נתקיים העשה לוקין א"ו כיון דהטעם דבלא תבעו א"צ להחזיר הוא מטעם מחילה א"כ נתקיים העשה דמחילה הוי

כקבלה כדאיתא בגיטין דף ע"ד ובי"ד סי' רנ"ח סי"א ובס"ס רל"ב ואף שלא קיים העשה בידים הוי לאו הניתק לעשה כדמוכח בש"ס בריש תמורה דהוי בעי למימר דתמורה הוי לאו הניתק לעשה ע"ש אמנם יש להבין כיון דהרמב"ם והמחבר לא קבעו זמן להתביעה ומשמע דכל זמן שיתבענו מחויב להחזיר ואמאי כיון דבלא תביעה א"צ להחזיר משום דאמרינן דודאי מחל לו א"כ אף שתבעו אחר זמן רב מאי מהני התביעה כיון שכבר מחל לו וצ"ל דכ"ז שאינו תובעו אמרינן מסתמא מחל לו כיון שמתחילה נתן לו מרצונו הטוב ועכשיו אינו תובעו אבל כשתבעו אח"כ נאמן לומר שלא מחל לו קודם לכן דכיון שודאי נתחייב לו אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וכדאיתא בפא"נ ובסי' רל"ב ס"ב דהמקבל מעות מחבירו ואשכח ביה טוביינא דא"צ להחזיר לו משום דאמרינן דבמתנה נתן לו ופסקו הרא"ש ורי"ו שם והבעה"ת בשער מ"ו דאם בא אח"כ הנותן ותבעו דחייב להחזיר לו ונאמן לומר טעיתי דברי ושמא ברי עדיף בכה"ג ע"ש וה"נ אף דמסתמא כשלא תבעו מחל לו מ"מ כשתבעו אח"כ נאמן לומר שלא מחל לו דברי ושמא ברי עדיף בכה"ג שהמעות בא לידו באיסור שלא כדין וחייב להחזיר ועוד י"ל דבתבעו נאמן לומר דמה שלא תבעו היה בטעות שלא ידע הדין שחיי' להחזיר ומחילה בטעות לא הוי מחילה בכה"ג כמו באסמכתא להפוסקים בסי' ר"ז ס"י בהגה מה שאין כן כשלא תבעו א"צ להחזיר דאמרינן דילמא ידע ומחל וכמ"ש הש"ך בס"ס י"ז לענין בע"ד שתבע פחות ממה שהגיע לו ע"פ הדין ע"ש ובמ"ש שם באריכות אך לפ"ז למה שהעליתי דבין בריבית בין בשוחד הא דא"צ להחזיר בלא תביעה הוא מטעם מחילה א"כ מה שפסק הט"ז במי שחייב לאחרים ואין לו לשלם רק מה שאחד לקח ממנו ר"ק דאין מוציאין ממנו מדר"נ כיון דר"ק בעי תביעה ליתא דהא בכה"ג שהוא חייב לאחרים א"י למחול להלוה שלו כמבואר בסימן פ"ו ס"ה ואולי הט"ז מיירי שלקיחת הריבית היה קודם שלוה מאחרים ונאמן לומר שמחל לו קודם ההלואה כיון שלא תבעו אך מ"מ בגוף הדין נראה כהט"ז מטעם השני שכתב דכיון דאינו מחויב להחזיר אלא משום מ"ע דוחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דליחי בהדך והכא לא יבוא לחיותו של הלוה כלל דהא הבע"ח שלו יטלנו וכ"כ הש"ך בר"ס פ"ו דבצדקה והענקה אין ומוציאין ממנו מדר"נ מה"ט ע"ש אך בשוחד בכה"ג היכא שחייב לאחרים מוציאין מן הדיין מה שנתן לו הבע"ד מדר"נ כן נ"ל בביאור הדברים ולדינא בכ"ז ודוק:

ב שכר לדון וכו'. וכתב הב"ח דאם לקחו בתורת שכר א"צ להחזירו בדין דדוקא בלקחו בתורת שוחד דאמרה תורה לא תקח אם לקח הוי גזל בידו אבל במה שעבר על מה אני בחנם וכו' א"צ להחזיר ותדע מדתניא בפ' עד כמה מנין שאם לא מצא בחנם שילמד

בשכר ת"ל אמת קנה ואי חייב להחזיר אף בשכר לא ימצא ומאי אמת קנה עכ"ל ויש להקשות לפמ"ש לעיל דהטעם דבשוחד מחזירין משום דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וא"כ ה"נ כיון דאיכא איסורא ליטול שכר לדון נמי נאמר דאי עביד לא מהני דהא אף באיסורא דרבנן אמרינן דאי עביד לא מהני כמ"ש הסמ"ע והש"ך בסי' כ"ח וכ"ש הכא וצ"ל דיש חילוק בין איסור לאו אף שהוא מדרבנן ובין מצות עשה דכאן לא הוי אלא עשה דמה אני בחנם ולא כתבה רחמנא בלשון לא תעביד וכן נראה מלשון הב"ח ועוד י"ל דהכא גלי קרא דאי עביד מהני מדכתיב אמת קנה כמ"ש הב"ח ויש להביא ראיה לדברי הב"ח מהא דאיתא בסי' רס"ד ס"ח גבי מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו וא"ל העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכר הראוי לו בד"א בשלא נתן לו אבל אם נתן לו א"י להוציא מידו והרי התם מחויב להצילו כדאמרינן בסנהדרין דף ע"ג והשבותו לו לרבות אבידת גופו וחייב אפי' למטרח ולאוגורי כדאמרינן התם וא"כ כשנוטל שכר יותר פשיטא דעובר על מה אני בחנם ואפ"ה אם נתן אין מוציאין מידו וכן משמע מדברי הב"י בבד"ה ביו"ד סי' של"ו דאף דאסור למי שיש לו סממנים וחבירו חולה להעלות בדמי הסממנים יותר מן הראוי משום דחייב להציל את חבירו מקרא דוהשבותו לו לרבות אבידת גופו מ"מ אם נטל אין מוציאין מידו וכן יש להוכיח לכאורה מדברי הרב רמ"א באה"ע סי' קס"ט ס"נ בהגה בשם תשובת הרשב"א גבי חליצה מוטעת דביבם שאינו הגון דחייב לחלוץ לה מטעינן ליה ואומרים לו חלוץ לה ע"מ שיתנו לך מאתים זוז ואין נותנין לו וכתב הרב שם ואם כבר נתנו לו או השלישה לו המעות א"י לחזור בה הרי אף דביבם שאינו הגון חייב לחלוץ מן הדין ומצווה בחליצה מדאורייתא אפ"ה אם קבל המעות א"צ להחזיר אף שעבר על מה אני בחנם אך אי משום הא לא איריא די"ל דס"ל כמ"ש הרמב"ן והביאו הב"י ביו"ד סי' של"ו דגבי חליצה לאו חיובא דמצוה היא דאי כניס לה לאו איסורא קעביד ע"ש ואף שאין דברים אלו מוכרחים כ"כ מ"מ נראה דבע"כ צ"ל כן דהא מדברי הרב שם נראה דאם קיבל המעות אין מוציאין מידו והחליצה כשרה ואמאי כשרה כיון דעבר על מה אני בחנם תיפסל החליצה גופה כמו הנוטל שכר להזות ולקדש דמימויו מי מערה ואפרו אפר מקלה דכיון שעבר על מה אני בחנם קנסוהו חז"ל דמעשיו בטלין כמבואר בפ' עד כמה א"ו דזה לא חשיב חיובא דמצוה אך מ"מ יש להוכיח כדברי הב"ח מדברי רמ"א באה"ע ר"ס קס"ה שכתב גבי מי שאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ דכופין אותו בשוטים לחלוץ ומיהו אם אפשר להטעותו ולומר לו שיקח ממון הרבה עדיף טפי ויזהירו שלא ישלישו הממון ביד שליש כי אז לא יכול לומר משטה אני בך והרי התם מצוה מדאורייתא

או לייבם או לחלוץ ואפילו שבועה אינה חלה לבטל מצוה דאורייתא זו כמ"ש הרב בסי' קס"א ס"ד בהגה שם ואפ"ה א"צ להחזיר הממון אף שעבר על מה אני בחנם א"ו כדברי הב"ח דבכה"ג א"צ להחזיר אך מ"מ מה דמשמע מדברי הרב בסי' קס"ה דאף היכא שחייב מן הדין לחלוץ או לייבם והוא לא רצה לא זה ולא זה והשליש המעות ביד שליש דקנה המעות צל"ע טובא דאמאי זכה בו אידך כיון דזכיה מטעם שליחות הוא ומה"ט אין ישראל זוכה לכותי משום דאין שליחות לעכו"ם כדאיתא בסי' רמ"ג סי"ד וא"כ האיך זכה בו היבם הא אין שלד"ע והכא עבירה הוא כיון שעבר על מה אני בחנם ואף דאין השליש עושה העבירה מ"מ כיון שהיבם עושה העבירה מיחשב שליח לדבר עבירה כמ"ש התוספות בפ"ק דמציעא ד"י ע"ב דכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה מחשיב שלד"ע ע"ש וכ"כ הרב רמ"א ביו"ד סי' ק"ס סעיף י"ו בהגה ע"ש ובאמת המעיין במרדכי פ' החולץ שמשם מקור הדין יראה דלא מיירי התם היכי דחייב לחלוץ מן התורה אבל בכה"ג דחייב מן התורה או לחלוץ או ליבם וכן בדיין שלא רצה לדון אלא בשכר והשלישו ביד שליש י"ל דלא קנו המעות כלל משום דאין שלד"ע וצל"ע שוב ראיתי במ"ל בסוף ה"ע כתב דמדברי הריטב"א בספ"ב דקדושין מוכח דהיכי דנטל שכר לדון דחייב להחזיר ע"ש ולפענ"ד נראין דברי הב"ח עיקר מהני ראיות שהבאתי ובאמת לכאורה י"ל דטעמא דהריטב"א הוא דכיון דנתבטל הדין הוי כמו נתינה בטעות ולכך חייב להחזיר לו אבל היכא דנתקיים הדין א"צ להחזיר מה שנטל כשיטת הב"ח ואין כאן מחלוקת בין הריטב"א להב"ח אך לאחר העיון נראה דאף היכא שנתבטל הדין מ"מ א"צ להחזיר המעות כיון דמן התורה הדין קיים אלא דחז"ל קנסוהו שיבטל הדין לא הוי נתינה בטעות וראיה גדולה לזה ממשנה ערוכה בפ' יש בכור והובא בכתובות ר"פ הנושא כתב לכהן אני חייב לך חמש סלעים חייב ליתן לו ה' סלעים ובנו אינו פדוי וכ"פ הט"ו בי"ד סי' ש"ה ס"ד דאף שחייב א"ע ליתן ה' סלעים בעבור פדיון בנו ופירש בשעת נתינה שנותנו בעבור פדיון בנו אפ"ה בנו אינו פדוי משום גזירה שיאמרו פודין בשטרות כדאיתא בש"ס שם וחייב ליתן לכהן החמשה סלעים הרי להדיא אף שבנו אינו פדוי בכל גוונא מ"מ חייב ליתן לו ה' סלעים ול"א דהוי נתינה בטעות דהרי לא חייב א"ע אלא לפדיון בנו ובנו אינו פדוי מ"מ כיון דמן התורה בנו פדוי וחיוב מעליא הוא אלא דחז"ל גזרו שלא יהיה בנו פדוי לא מיחשב נתינה בטעות וכ"כ הט"ז שם בסק"ב ע"ש וא"כ ה"נ כיון דמן התורה דינו דין אלא דחז"ל קנסו אותו שכל דיניו יהיו בטילין א"כ נתינה מעלייתא היא ולא הוי נתינה בטעות ולישב דברי הריטב"א י"ל דס"ל כשיטת בה"ג שהביא הטור שם דאם פירש בשעת נתינה שנותנו לפדיון בנו בנו פדוי ולכך לא

הוי חיוב בטעות כיון שיכול לקיים בנתינה מצות פדיה ואיהו דאפסיד אנפשיה שלא פירש בעת הנתינה אבל לשיטת רש"י והרא"ש והט"ו שם מוכח דלאו מה"ט חייב בה' סלעים דאף שפירש בשעת נתינה לא הוי בנו פדוי ואפ"ה לא מיחשב נתינה בטעות כיון דמן התורה בנו פדוי וא"כ ה"נ אף שהדין בטל מדרבנן א"צ להחזיר המעות וכשיטת הב"ח וז"ב לענ"ד:

ג שדן בטלים. יש להסתפק בבע"ד שקבלו עליהם לדון לפני קא"פ ונטל שכר לדון אי דינו בטל די"ל כיון דהטעם שדינו בטל הוא משום שעבר על מה אני בחנם ובכה"ג י"ל דליכא חיוב עליו לדון בחנם ומותר ליטול שכר אף לכתחילה כיון דמן התורה פסול לדון אלא שהם קבלוהו עליו יכול לומר איני רוצה לדון אתכם כיון שהתורה פסלה אותי לדין זה או דילמא כיון שהם קבלוהו מחויב לדון להם בחנם וכן יש להסתפק לענין עדות בקבלו עליהם קא"פ להעיד אי מותר לו ליטול שכר להעיד ולכאורה יש להביא ראיה ממ"ש הר"ן בפ' שבועת העדות בשם הירושלמי דהיכא שקיבל עליו קרוב לעד או שאמר לע"א הרי אתה מקובל עלינו כשנים יכול יהא חייב ת"ל והוא עד או ראה הכשר להעיד עדות ממון יצא זה שאינו כשר להעיד הרי דבכה"ג אינו חייב קרבן שבועה כיון שאינו עד גמור וה"נ יכול להמנע מלהעיד ורשאי ליטול שכר ע"ז אך משום הא לא איריא די"ל דדוקא מקרבן שבועה פטור אבל מ"מ מחויב להעיד משום מצות השבת אבידה וגם עובר על לא תעמוד על דם רעיך וכמ"ש באריכות בר"ס כ"ח וכן הדעת נוטה אך מ"מ לענין דיין מסתברא כיון שמן התורה פסול לדון ואיכא בי דינא אחרינא יכול להמנע לדון בחנם אף שהם מקבלים אותו אך לפ"ז קצת קשה הא דפריך הש"ס בפ' שני דייני גזרות אהא דתניא מכוער הדיין שנוטל שכר לדון אלא שדינו דין הא הנוטל שכר לדון כל דיניו בטלים ומוקי לה באגר בטלה ואמאי לא משני דמיירי שקבלוהו עליהם לדון ביחידי כדמשמע לישנא דנקט מכוער הדיין וכו' אלא שדינו דין משמע שהוא דן ביחידי וכעין זה מוקי ברפ"ק דסנהדרין מתניתין דבכורות דן את הדין ביחיד שקבלוהו עליהם ע"ש ולכך בכה"ג מן הדין רשאי ליטול שכר ודינו דין אלא שמכוער הדבר וצ"ע לדינא:

יא

א כיצד מזמינים. עש"ך שכתב בשם מוהרש"ל דבמקומות שאין שם ב"ד וא' תובע לחבירו והנתבע אומר הבא לי הזמנה ממקום שיש ב"ד יכולין בני עיר לקבוע להם זמן או יעשו כל דבר לפניהם ע"כ ונ"ל ראי' מספ"ק דב"ק דאמרינן התם גבי דיני קנסות דלא דייניגן בבבל ואי אמר קבעו לי זימנא לא"י קבעינן לי' ואי לא אזיל משמתינן ליה

הרי אף דדייני ח"ל פסולים לד"ק משום דאינן סמוכים מ"מ יכולין לקבוע זמן לדון לפני סמוכין וה"ה לענין ד"מ יכולין דייני דלא גמירי לקבוע זמן לדון לפני ב"ד כשר שוב ראיתי שמוהרש"ל עצמו הביא ראי' זו ונכון הוא וע' סי' ז' ס"ז בהגה ומש"ש ולענין אם התובע אינו רוצה לגלות לנתבע אופן תביעתו כלל דעת הש"ך שאין הנתבע מחוייב לבא עמו לדין כלל וכן הסכים בתשוב' ח"צ סי' קס"ט:

ב הלך הב"ד למקום אחר צריך לילך אחריהם. נראה פשוט דהרב מיירי כאן שלא נשאר ב"ד אחר בעיר דאם נשאר ב"ד אחר בעיר פשיטא דא"צ לילך אחריהם דהא אף כשהם בעיר אחת יכול אחד מהבעלי דינים לומר לא אדון בפני ב"ד זה אלא בפני ב"ד אחר וכל מקום שאינו צריך לבוא לפניו א"צ לחוש להזמנתו ג"כ כמבוא' בסי' י"ד ס"ג ובהגה שם א"ו דהרב מיירי שלא נשאר ב"ד אחר בעיר או שאינו רוצה לדון לפני ב"ד אחר והנה מקור דין זה הביא הב"י מהש"ס דר"ה דף נ"א ההיא איתתא דאזמינוה לדינא קמיה דאמימר בנהרדעא אזל אמימר למחוזא ולא אזלא בתריה כתב פתיחא עילוה א"ל רב אשי לאמימר והא תנן שאפי' ראש ב"ד בכל מקום שלא יהיו העדים הולכים אלא למקום הועד א"ל ה"מ לעדות החודש דא"כ אתה מכשילן לעתיד לבוא אבל הכא עבד לוה לאיש מלוה והנה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור השמיטו דין זה והוא תמוה וגם על הרב רמ"א יש לתמוה לכאורה דשינה מלשון הש"ס דבש"ס משמע דאף שיש ב"ד בעיר אלא שהראש ב"ד הלך למקום אחר כותבין פתיחא דהא מסתמא נשאר ב"ד בנהרדעא כשהלך אמימר למחוזא ועוד דאי אמרינן דהמעשה היה שלא נשאר ב"ד בנהרדעא א"כ מאי אקשי ליה רב אשי לאמימר ממתניתין דעדות החודש דשאני התם דאף שמצוה לכתחילה בראש ב"ד שיקדש החודש מ"מ נשאר ב"ד אחר לקדש החודש כדקתני הולכי' למקום הוועד משא"כ הכא כיון שלא נשאר ב"ד בנהרדעא מחויבת לילך אחר אמימר א"ו דאף במעשה דאמימר נשאר ב"ד בנהרדעא אלא דכתב פתיחא עלה מפני שלא הלכה אחריו שהוא ראש ב"ד וא"כ קשה למה השמיט הרב רמ"א דינא דש"ס דהלך הראש ב"ד למקום אחר וכתב דין אחר דהלך הב"ד למקום אחר דע"כ מיירי שלא נשאר ב"ד בעיר והנראה בזה דדעת הרי"ף וסייעתו שהשמיטו דין זה משום דס"ל דפלוגתא זו דאמימר ורב אשי דר"ה הוא משום דאזלי לטעמייהו בס"פ ז"ב דאמימר ס"ל דכופין את הנתבע לילך לבית הועד ורב אשי פליג עליו שם דא"צ לילך לבית הועד ולכך בעובדא דהכא שאמימר הלך מנהרדעא למחוזא והאשה לא היתה רוצה ללכת אחריו וא"כ אמימר שהיה ראש ב"ד ומומחה שבכולם ודאי נחשב לב"ד הגדול כמ"ש הרמב"ם והמחבר בסי' י"ד ס"א ולכך כתב אמימר פתיחא עליה דאף שנשאר ב"ד בנהרדעא מ"מ מחויבת לילך

אחריו שהיה ראש ב"ד וב"ד הגדול ואמימר לטעמי' דס"ל דכופין את הנתבע לילך אחר בית הוועד ולכך פריך לי' רב אשי ממתניתין דקידוש החודש שאין העדים צריכים לילך אחר הראש ב"ד אף שמצוה בראש ב"ד לקדש החודש כדפירש"י מ"מ כיון שיש בית הוועד במקומם א"צ לילך אחריו וא"כ ה"נ אף שעדיף טפי לדון לפני ב"ד הגדול כדכתיב צדק צדק תרדוף הלך אחר ב"ד יפה מ"מ אין כופין את הנתבע לילך אחריו ורב אשי לטעמי' דס"ל פז"ב דא"צ לילך לבית הוועד לכך הוצרך אמימר לשנויי דשאני התם דאתה מכשילן לעתיד לבוא אבל הכא עבד לוה לאיש מלוה וכפי דבריו בפז"ב שם ומעתה לכך השמיטו דין זה הרמב"ם והרא"ש כיון דכתבו דין הליכה אחר ב"ד הגדול בפז"ב א"כ ה"ה אחר ראש ב"ד כמי שהוא ג"כ בכלל ב"ד. הגדול וגם הרב כמ"א השמיט דין הליכת אחר ראש ב"ד שהוא בכלל דיני ב"ד הגדול שנתבארו בסי' י"ד אלא שהרב רמ"א אתא לאשמועינן דין אחר שכלוד מעובדא זו דאף היכא שכתבו הזונה אדעתא שיבוא להעיר שהב"ד שם והלכו להם שמחויב לילך אחריהם ואם לא הלך מנדין אותו אף שתחלת ההזמנה לא היתה אדעתא דהכי וזה נלמד מעובדא דאמימר זה נ"ל ברור והרב הגדול מוהר"ם בן חביב בספרו יום תרועה על מס' ר"ה פקפק בדינים אלו בחנם והברור כמ"ש אך יש להקשות לכאורה לפי שיטת התוס' והרא"ש שהביא הרב בסי' י"ד בהגה דבטעכת נלך לב"ד הגדול אף הכתבע מצי לכוף להתובע והא דמחלקינן בספז"ב בין תובע לנתבע דדוקא לנתבע מצי למיכף משום דעבד לוה לאיש מלוה הוא דוקא בבית הוועד שהוא קיבוץ חכמים הרבה א"כ אמאי אמר אמימר הכא בעובדא דר"ה הטעם משום דעבד לוה לאיש מלוה הא כיון דאמימר חשוב כב"ד הגדול א"כ אף להתובע מצינן למיכף ולמה ליה טעמא דעבד לוה לאיש מלוה ודוחק גדול לומר דאמימר שהוא הראש ב"ד לא חשיב רק כבית הוועד ויש לתרץ דאי לאו טעמא דעבד לוה לאיש מלוה מסברא לא הוי מצינן לכוף את הנתבע לילך לב"ד הגדול כיון שהוא מוחזק בממונו ידו על העליונה דמאן דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא וכסברא זו כתב בתשובת הרב כמ"א סי' ק"ד ע"ש ולכך הוצרך לומר טעמא דעבד לוה לאיש מלוה ולפ"ז איפשטא לי מה שנסתפקתי לשיטת הסוברים דבטענת נלך לב"ד הגדול כייפינן אף להתובע היכא שהתובע אומר נלך לב"ד הגדול ותובע להנתבע והנתבע טוען להד"ם אי מצי התובע לכופו כיון דקי"ל בסי' י"ד דהתובע לא מצי לכוף להנתבע לילך לבית הוועד היכא שטוען להד"ם דלא שייך כאן עבד לוה לאיש מלוה כיון שאינו יודע אם הוא עבד כלל אי גם בטענת נלך לב"ד הגדול נמי דינא הכי או דילמא כיון דחזינן דבטענת נלך לב"ד הגדול מצינן לכוף אף להתובע א"כ כ"ש דמצינן לכוף אף להנתבע בטענה ריקנית ואיפשטוא לי מסוגיא

זו כיון דחזינן דאף לענין בדה"ג הוצרך הש"ס לפרש טעמא דעבד לוה לאיש מלוה א"כ היכא שהנתבע טוען להד"ם דלא שייך טעם זה לא כפינן ליה לילך אף לבדה"ג שוב מלאתי בפרישה סי' י"ד שכ"כ להדיא דבעינן בטענת נלך לבדה"ג עדים או ראיה להתובע אף לשיטת הרא"ש והטור אך מדברי הב"ח שם נרא' להיפך ולפענ"ד ראיה מוכרחת מסוגיא דר"ה כפרישה ועיין בסמ"ע סי' י"ד סק"ט:

ג אין כותבין עליו פתיחא של שמתא. וכתב הסמ"ע דל"ד כותבין אלא ה"ה אף בלא כתיבה אין מנדין אותו דזיל בתר טעמא אם לא דהיו מחולקין דשליח אומר דהזמינו על שם שלשתן והלה כופר דאז מנדין אותו ואין כותבין הנידוי דיש בו אפוקי ממונא עכ"ל ולפענ"ד אין דבריו מוכרחים דנראה דבכ"הג שמוד' הבע"ד שהזויכו נאמן השליח לומר שהזמינו על שם שלשתן כצווי הב"ד דחזקה דשליח עושה שליחותו ולווה ישנה צווי הב"ד לגרע שליחותו להזמינו על שם אחד דבשלווא כשאומר שלא הזווינו כלל ל"א חזקה שליח עושה שליחותו לענין ממון דדילמא ע"י איזה סיבה לא קיים שליחותו משא"כ הכא כיון דחזינן דעשה שליחותו מה"ת נאמר ששינה בשליחותו מצווי הב"ד להזמינו בשם אחד ובכה"ג יש להאמין לשליח אף לאפוקי ממונא ומצאתי סעד לדברי בתשו' ר' בצלאל אשכנזי סי' כ"ט שכתב להדיא כסברא זו לענין שליש דאף דפליגי אמוראי אי אמרינן חזקה שע"ש היינו כי מספקא לן בעיקר השליחות אבל היכא דודאי נעשה השליחות בהא ודאי לכ"ע לא אמרינן דשינה השליח משליחותו דחזקה דשליח אינו משנה בשליחותו ומהני אף להוציא ממון ע"ש והרי ק"ו הא התם י"ל דשינה בשליחותו להנאתו או לסיבה אחרת ואפ"ה ל"א כן כ"ש הכא מה"ת ישנה השליח ב"ד שליחותו ותמיבהו בשם אחד מהדיינים דבזה ודאי אמרינן דמסתמא לא שינה ומהני אף לאפוקי ממון ואפשר דלעכין ממון הבע"ד נאמן במיגו דאי בעי אמר שלא הזמינו כלל ובגוונא דלית ליה מיגו באמת לא מהימן וצ"ע לדינא:

יב

א דפשרה צריכה קנין. בש"ס אמרינן ביצוע בשלשה דברי ר"ו וחכמים אומרים פשרה ביחיד אמר רב אשי שימו פשרה א"צ קנין דאי ס"ד צריכה קנין למ"ד צריכה תלתא למה לי תסגי בתרי וליקני מיניה ומסיק סתמא דש"ס והילכתא פשרה צריכה קכן וכתבו התוס' והא דלא סגי בתרי משום דלא בקיאי בפשרה שפיר והוי כמו קנין בטעות עכ"ל וקשה דהא הש"ס מפרש לעיל דטעמא דר"מ דמקשינן פשרה לדין ולא דעדיף יותר מדין וא"כ לר"מ ע"כ צ"ל דס"ל דאף בדין לא מהני קנין לדון לפני שנים וא"כ ליפלגו בדין גופא

דלרבנן מהני קנין לדון לפני אחד כדאיתא פז"ב דף כ"ד ולר"מ לא מהני וביותר קשה לשיטת הי"א שהביא המחבר והיא שיטת הרמב"ם דבפשרה בעינן דוקא שנים ולא מהני יחיד אף בקנין ולגבי דין פסק הרמב"ם גופי' והמחבר בסי' כ"ב ס"א דאם קיבל עליו אחד והפסולים בעבירה כג' ב"ד מומחין לדון לו לאחר ג"ד א"י לחזור בו ואם קנו מידו אף קודם ג"ד א"י לחזור בו ואמאי יהא עדיף פשרה מדין דלא מהני ביה קנין ביחיד ועוד הקשו התוס' בשמעתין על דברי רשב"ג דאמר יפה כח פשרה וכח הדין ששכי' שדנו בע"ד ד יכולין לחזור בהן ושנים שעשו עשרה אין בע"ד יכולין לחזור בהן הא בדין כעין פשרה בקנו מידו ודאי דא"י לחזור בהן וכן הקשה הרשב"א הביאו הב"י ונדחקו בזה ולפענ"ד דכולה סוגיא מיירי שהבע"ד קבלו קנין בפני עדים שיסמכו בדברי טענותיהם על הפשרה ולא פרשו מי ומי הפשרנים וכמה יהיו דבכה"ג מהני ודאי קנין דאין אחר קנין כלום ובזה פליגי ר"וו וחכמים דר"מ סובר דביצוע בשלשה דסבר דנהי שקיבלו קנין לסמוך על הפשרה נ"א מקשינן פשרה לדין וכי היכא דבדין חייבה התורה להיות ג' דייכים ה"ה בפשרה בעינן ג' דפשרה היינו דין וממילא כי היכא דבדין אם אחד מסרב יכולין כל ג' דיינים לכוף הנתבע לעמוד לדין ה"ה בפשרה אם הנתבע מסרב יכולין כל ג' דבקיאי בפשרה לכוף הנתבע לפשר ביניהם וחכמים ס"ל דפשרה ביחיד דלא מקשינן פשרה לדין וסגי בחד דבקי בפשרה ויכול ג"כ לכוף המסרב לפשר ביניהם כונו יחיד מומחה שדן יחידי דלגבי פשרה כ"ע כמומחין נינהו ולפ"ז ל"ק קושיית הש"ס דאי בעי קנין למה לי תלתא לר"מ דהא בשעת קנין לא פירש כונה הפשרנים ולכך מצריך תלתא כונו גבי דין דחזרה הפשרה לדין ובזה א"ש אף דברי רשב"ג דאמר יפה כח הפשרה ומכח הדין דהוא כוני מיירי בכה"ג ומיירי שדנו בכפיה ולכך בדין יכולין לחזור דשנים שדנו אין דיניהם דין אבל בפשרה כיון שקבלו קנין מקודם לסמוך על הפשרה לכך אם אח"כ אחד מסרב כל שנים שדנו בפשרה ע"י כפיה דינם דין ואינם יכולין לחזור בהן דבפשרה לא בעינן תלתא וא"ש ובזה נתיישב מה שיש להקשות לפי שיטת התוס' והמחבר בסי"ח דס"ל דבפשרה צריכים שיסכימו כולם לדיעה אחת ואין הולכין בהם אחר הרוב מהא דפריך הש"ס דף ג' ע"ב דר' יאשיה יליף דד"מ בשלשה מתלתא אלהים דכתיבי בפרשה ור' יונתן אמר דראשון תחילה נאמר ואין דורשין תחלות אלא מדכתיב תרי אלהים בעינן שנים ואין ב"ד שקול מוסיפים עליהם עוד אחד ופריך הש"ס ור' יאשיה ל"ל ב"ד נוטה ודחיק הש"ס לאוקמי דס"ל כר"י דלית לי' ב"ד נוטה ופליג עליה בחדא ע"ש ומאי קושיא דילמא ר' יאשיה ס"ל כר"מ דבפשרה בעינן שלשה דמקשינן פשרה לדין וא"כ בעינן תלתא אלהים משום דאי משום ב"ד נוטה הוי סגי בפשרה בשנים דלא

שייך ביה ב"ד נוטה דהא בלא"ה צריכים שיסכימו כולם לדיעה אחת אף בג' פשרנים לכך גלי קרא דבעינן תלתא משום דבתלתא מתברר הדין שפיר וה"ה בפשרה דמקשינן פשרה לדין ולפמ"ש ניחא דהא ר"מ דמצריך בפשרה ג' ע"כ מיירי שקיבל קנין לסמוך על פשרה ולא פירש כמה פשרנים יהיו דאי בפירש אף בחד סגי דאין אחר הקנין כלום וא"כ בכה"ג דלא פירש נראה ברור דהולכין אחר הרוב אף לענין פשרה דהא הוכחת הפוסקים דבפשרה אין הולכין אחר הרוב הוא משום דאמרינן בספ"ב דע"ז כדאמרי בי תלתא עד שיאמרו תלתא והיינו דוקא כשפירש שסומך על פשרני' אלו אז אמרינן דלא סמך עד שיסכימו כולם דאדעתא דהכי קבלם אבל הכא שקיבל קנין בסתם שהוא סומך על הפשרה ולא פירש כמה יהיו הפשרנים הרי לחכמים סגי אף בחד רק דר"מ ס"ל דמקשינן פשרה לדין מ"מ מה"ת נאמר שיגרע מדין שלא יהיו הולכין בהן אחר הרוב כיון דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא וא"כ אף שישבו ג' והסכימו שנים לדיעה אחת נתקיים הפשרה וא"כ פריך הש"ס שפיר ור"י לית לי' ב"ד נוטה דאי ס"ל ב"ד נוטה ל"ל תלתא אלהים כיון דלא נ"מ מידי לדינא כלל כ"ז נלפענ"ד נכון ולפ"ז יש לתת טוב טעם לשיטת הרמב"ם לפי מה שהבין הב"י מדבריו דבפשרה בעינן דוקא שנים ולא סגי בחד אף בקנין דלפי מ"ש דלהמסקנא דסוגיא מיירי פלוגתא דר"מ וחכמים ורשב"ג שקיבל קנין בסתם לפני עדים שסומך נפשו על הפשרה א"כ בכה"ג הדעת נותן דמסתמא לא סמך נפשו על דעת אחד דמסתמא לא האמין לעד אחד בדבר שאינו יכול להתברר כיון דפשרה הוא לפי אומד הדעת ומה"ט אמרינן בפ"ב דקדושין דבשודא דדיינא לא שייך דליהדר ולידיניה אף דשודא הוא לפי אומד דעת הדיין לפי שיטת רש"י והרמב"ם וש"ע בסי' ר"מ וחז"ל הוצרכו לתקן שם שיהיה נאמן דיין אחד לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי וכמבואר לקמן בסי' כ"ג וע"ש בש"ך סק"ג וא"כ הכא שסומך נפשו מעצמו וסומך על הפשרה מסתמא לא סמך עצמו על נאמנותו של דיין אחד רק על שנים דוקא דהימנינהו רחמנ' בכל מקום ולכך בעינן דוקא שנים שעשו פשרה זהו טעמא של רשב"ג וכן הוא כוונת הרמב"ם שהוא מעתיק תמיד לשון הש"ס ככתבו ומה שיש לפרש בלשון הש"ס כן יש לפרש בלשונו כמ"ש המפרשים בכמה דוכתי ובזה מתורץ מה שהקשה בב"י ובכ"מ על הרמב"ם דהא בש"ס מבואר להיפך דלרשב"ג ה"ה חד נמי והא דקאמר תרי כי היכי דליהוי עליה סהדי חדא דיש להעמיס הסברא הנ"ל בלשון הש"ס ג"כ ועוד י"ל דהש"ס לא קאמר הכי אלא לפי הס"ד דרב אשי דס"ל דפשרה לא בעי קנין ודברי רשב"ג אתי כפשטן דמיירי שקיבל עליו אנשים מיוחדים לפשרה והא דמחלק בין פשרה לדין משום דס"ל כר"מ במתניתין דפ' ז"ב דנאמן עלי אבא דיכול לחזור בו אף לאחר גמ"ד וקבלו עליו

וא"כ ה"ה בשנים לדין דיכולי' לחזור אף בקבלום עליהם ובפשרה א"י לחזור בהם וא"כ כיון דרשב"ג מיירי בקיבל אנשים מיוחדים א"כ ליכא טעמא לסברת רשב"ג לכך צ"ל דה"ה חד נמי והא דקאמר תרי כי היכי למיהוי עליה סהדי משא"כ לפי המסקנא דע"כ רשב"ג מיירי שקיבל קנין לסמוך על פשרה ולא פירש כמה יהיו הפשרנים מוקמינן דברי רשב"ג כפשטא דמצריך תרי משום דמסתמא לא סמך א"ע אלא אתרי דהימנינהו רחמנא בכל מקום ומסתבר טעמי' ולכך פסק הילכתא כוותיה ולא כרבנן משום דכ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו ולאו דוקא במתניתין דה"ה בברייתא כמ"ש הש"ך בסי' קע"א סק"ט בשם התוס' ע"ש. העולה מכ"ז לדינא דהיכא דקיבל קנין וסמך א"ע על דיין אחד בפשרה ודאי דא"י לחזור בו אך היכא שקיבל קנין לפני עדים שסומך נפשו על פשרה ולא פירש כמה יהיו הפשרנים ואח"כ מסרב לדון עמו בזה יכול אף אחד לדונו בכפיה לעשות פשרה ולשיטת הרמב"ם בעינן בכה"ג שני פשרנים דוקא ומסתבר טעמי' **אך** בכה"ג היכא שדנו לפני ג' פשרנים הולכין אחר הרוב כיון דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא נתקיים הפשרה וא"י לחזור בהן כ"ז נכון מאוד בסברא אך לא מצאתי גילוי לזה בדברי הפוס' אחרי ימים רבים שכתבתי זה מצאתי בחדושי הר"ן שהביא בש"ס איכא מאן דמתרץ שתירץ כן קושיית התוס' למ"ד פשרה צריכה קנין דמוקי לדברי רשב"ג דמיירי שקיבל קנין לסמוך על הפשרה ולא פירש כמה יהיו הפשרנים כמ"ש והנאני מאוד ומה שהקשה שם הר"ן ע"ז אין דבריו מוכרחים כלל לפי סוגיית הש"ס לדברי התוס' שלפנינו ע"ש:

ב צריכה קנין. ופשרה שעשו בע"ד עצמם ביניהם כתב הש"ך בשם תשובת מוהר"מ מלובלין דא"צ קנין ומסתימות לשון הש"ך משמע דאף הנתבע שנתחייב ליתן ג"כ א"י לחזור בו אך המעיין במוהר"מ מלובלין עצמו סי' מ"ו יראה דטעמו דכיון דנתפשרו מרצונם הטוב שוב אין התובע יכול לחזור בו דמחילה א"צ קנין דדוקא בפשרה שע"פ הדיינים יכול התובע לחזור בו דיכול לומר הדיינים הטעו אותי וע"פ הפצרתם מחלתי כמ"ש התוס' משא"כ כשנתפשר מעצמו ה"ל מחילה וא"צ קנין אבל הנתבע אף בנתפשר מעצמו יכול לחזור בו שלא ליתן כפי הפשר' וכן הכנה"ג העתיק דברי מוהר"ם מלובלין וכתב הטעם משום דמחילה א"צ קנין א"כ ממילא דהנתבע יכול לחזור בו אך היכא דהנתבע חוזר בו נראה דאף התובע שוב יכול לחזור בו כמ"ש הרב בהגהת ש"ע ביו"ד ס"ס רל"ו דשנים הנשבעים זה לזה ועבר אחד מהן על השבועה דאף השני פטור ע"ש וה"נ התובע לא נתפשר אא"כ יחזיק הנתבע הפשרה אבל אם יחזור בו אף הוא יבטל הפשרה. אמנם לפענ"ד יש מקום עיון בזה דנראה דהיכא דנתפשרו הבע"ד בעצמו אף

הנתבע שנתחייב ליתן א"י לחזור בו דהא מצינו כמה דברים שאדם מתחייב א"ע בדברים בעלמא כדאמרינן בס"פ הפועלים מתנה ש"ח להיות כשואל ופריך הש"ס במאי בדברים ומשני בההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשי' וכן ערב משעבד נפשיה בדברים בלא קנין בההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' וא"כ ה"נ בפשרה שעשו הבע"ד בעצמם ונתחייב הנתבע ליתן לו קצת מהתביעה י"ל דגמר ומשעבד נפשיה כיון דעביד אינש דזבין דיניה כדאמרי' בפ' חזקת הבתים ולקמן סי' קמ"ו סי"ח דאם הביא המחזיק עדים שרצה המערער לקנותו ממנו דאינה טענה לומר לו אם הוא שלך למה רצית לקנותו ממני משום דעביד אינש דזבין דיניה ופירש הרא"ש שם דלפעמים שאדם קונה מה שמן הדין הוא שלו לפי שאין אדם יודע אם יזכה בדין וגם כדי לסלק מעליו מריבות ע"ש וא"כ ה"נ י"ל בההיא הנאה שנתפשר עמו בינו לבינו גמר ומשעבד נפשיה ומחייב א"ע אף בדברים בלא קנין וראיה ברורה לדברי מהא דכתב המחבר בסי' ר"ה ס"ג והוא מדברי הרמב"ם דפשרה דינה כמכר ואם אנסוהו בפשרה הפשר' קיימת כמו במכר דתלוהו וזבין זביניה זבינא ומשמע התם דאף הנתבע שנתחייב בפשרה ליתן ע"י אונס ג"כ הפשרה קיימת וכן מבואר שם בב"י להדיא וז"ל ופשרה דמיא למכר לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין לכך מתפייס ליטול קצת בפשרה וכן הנתבע ירא שמא יחייבנו לשלם כל מה שתובע ממנו ולכך מתפייס לשלם מקצתו בפשרה והיינו מכר ממש שהוא מוכר לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שמתפשרים ביניהם והלכך אם אנסו עד שנתפשר עמו פשרתו פשרה אא"כ מסר מודעא עכ"ל הרי להדיא דאף דתלוהו ויהיב לא מהני אף בקנין וגם במכירה אם אנסו למכור בפחות מדמי שויו הוי כתלוהו ויהיב כמ"ש הטור שם בס"ד מ"מ אם אנסו לפשר פשרתו פשרה דהוי כמכר ממש ותלוהו וזבין זביניה זבינא דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני והתם הקנין פשיטא דלא מעלה ומוריד כלל דהא היה באונס ותלוהו ויהיב לא מהני אף בקנין א"כ ה"נ בפשרה שעשו הבע"ד עצמן ביניהם אף בלא קנין כיון שהפשרה מהני לגבי התובע שא"י לחזור בו ה"נ מהני לגבי הנתבע שאינו יכול לחזור בו ממה שנתחייב ליתן דהוי כמו קנין מטלטלין שבמשיכת החפץ נקנה המקח וה"ה אם הי' החפץ ברשות הלוקח כיון שנגמר המקח קיים המקח אף בלא נתינת המעות כמבואר לקמן בסי' ר' וה"נ כיון דפשרה דמי למכר ממש אף לגבי נתבע שנתחייב ליתן קצת ממון לקנות כל התביעה והרי הוא מוחזק בממונו א"כ כיון שהתובע א"י לחזור בו גם הנתבע א"י לחזור בו וקנה כל תביעת התובע דהא ברשותו הוא וחייב ליתן הממון שהתחייב א"ע ובאמת הי' נ"ל דאף באנסוהו לפשר וקבל עליו פשרנים ושמעו הפשרה וקבלוהו

עליהם אף שלא היה קנין א"י לחזור בהן דהא הטעם דפשרה צריכה קנין דיכול לומר הדיינים השיאו אותי בפשרה והטעו אותי בדבריהן והרי הכא הכל היה מחמת אונס והקנין לא מעלה בזה כלל דהא הקנין באונס היה אלא דאמרינן דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני א"כ אף בלא קנין נמי אך מ"מ יש לדון בזה כיון דבכ"מ פשרה צריכה קנין כ"ז שלא קיבל בקנין כדרך כל הפשרות יהיב דעתיה למיהדר ולא גמר ומקני אך מ"מ בפשרה מרצון הטוב שעשו הבע"ד עצמם ביניהם נראה עיקר דאף הנתבע אינו יכול לחזור בו אף בלא קנין כיון דפשרה דינה כמכר לענין אונס א"כ ה"נ וליכא למימר דבסי' ר"ה מיירי שכבר קיים הנתבע הפשר וסילק להתובע זה ליתא דס"ס מאי מהני הסילוק כיון דבאונס הוא א"ו דאמרינן דהוי כמכר ותלוהו וזבין זביניה זבינא א"כ היכא שהתפשר את עצמו הנתבע מרצונו הטוב ונתחייב ליתן אף שעדיין לא סלק המעות הוי כקניית מטלטלין שברשותו שבגמר המקח נקנו המטלטלין וחייב ליתן המעות אמנם מדברי התוס' בסנהדרין שרצו לומר הא דאמרינן פשרה צריכה קנין היינו לגבי הנתבע שנתחייב ליתן אבל לגבי התובע בקבלה בעלמא סגי דמחילה א"צ קנין וכ"ה בתשו' מיימוני לספר שופטים סי' ט' שכן הוא שיטת הראבי"ה וראב"ן וכ"כ הטור בשם רבינו ישעיה א"כ מוכח מדבריהם דלא ס"ל הסברא שכתבתי דאף שהתובע א"י לחזור בו בלא קנין מ"מ הנתבע יכול לחזור בו אמנם אנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם וט"ו בסי' ר"ה דפשרה דינה כמכר וא"כ ממילא בפשרה שעשו בע"ד בעצמם אף הנתבע א"י לחזור בו ואפשר דאף אלו הפוסקים דמחלקי בין תובע לנתבע היינו דוקא היכי שהוזקקו לדון לפני פשרנים בזה ס"ל דפשרה אין דינה כמכר אבל בפשרה שעשו בע"ד בעצמם בזה י"ל דכ"ע מודי דחשיבא כמכר דעביד אינש דזבין דינא כדאמרינן בפ' חז"ה וא"ר לזלזל א"ע בזלזולא דבי דינא אך כ"ז הוא לפמ"ש התוס' בסנהדרין דהא דפשרה צריכה קנין הוא משום די"ל הדיינים הטעו אותי בדבריהם והם השיאו אותי לפשר אך לפמ"ש התוס' והרא"ש בפ' המקבל דהטעם דפשרה צריכה קנין משום דיכול לומר אלו הייתי יודע שהדין עמי לא מחלתי כ"כ ע"ש א"כ אף בפשרה שעשו הבע"ד עצמם יכול לומר כך וגם התובע יכול לחזור בו מה"ט דהוי מחילה בטעות ובאמת בתשו' מוהר"מ מלובלין שממנו הוא מקור דין זה מיירי בפשרה שאין בו שום טענה ותביעה ומחל קצת מן החוב מעצמו דבזה פשיטא דהוי מחילה גמורה וכן מבואר בלשונו וכן העתיק הכנה"ג דבריו והמה דברים פשוטים ולא ניתנו ליכתב מרוב פשיטותם דמה לי מחילה במקצת או בכולו אבל בפשרה גמורה שע"י טענות ותביעות י"ל דאף התובע יכול לחזור בו דיכול לומר אלו ידעתי שהדין עמי לא מחלתי כלל והוי מחילה בטעות כמ"ש תוס' והרא"ש בפ' המקבל

וכ"כ בגדולת מרדכי בפ"ק דסנהדרין ע"ש אך מדברי הסמ"ע בשם הד"מ נראה דלא חש לסברא זו שכתב שאם אחר הפשרה אמר בפי' אני מוחל לך לכ"ע א"צ קנין ולפי סברא זו אכתי יכול לומר אילו הייתי יודע שהדין עמי לא מחלתי כל כך וכן נראה ממ"ש הרב רמ"א בס"ס צ"ו בהגה בשם הריב"ש דבע"ד שתבע חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שמתחייב לו ע"פ הדין יותר אין לו לדיין לפסוק יותר ולא אמרינן דהוי מחילה בטעות כמ"ש הש"ך שם דמספיקא לא מוציאין ממנו דדילמא מחל לו במחילה גמורה ע"ש וא"כ ה"ה בסמך עצמו על הפשרנים שא"י לומר אלו ידעתי שהדין עמי לא מחלתי כ"כ אך לפמ"ש בס"ס י"ז דהיכא שחזר התובע וטוען ברי שטעה בדין מהימן א"כ אין ראיה משם אך מ"מ נ"ל שהדין עם הד"מ והסמ"ע דכיון דקי"ל דעביד אינש דזבין דינא ופשרה דמיא ממש למכר כמ"ש הרמב"ם לענין אונס דהוי כתלוהו וזבין א"כ לא שייך בזה לומר מחילה או חיוב בטעות כיון דדרך בני אדם לעשות כן כדי להשקיט ממריבות כמ"ש הרא"ש בפ' חזקת הבתים וכ"ש בנתפשרו בינם לבין עצמם דאי"ל אילו הייתי יודע הדין לא פשרתי א"ע דכיון דעביד אינש דזבין דינא הוי מכר גמור ואינו יכול לבטל המכירה בשום טענה דדברים שבלב לא הוי דברים ובעינן גילוי דעת דוקא כדאיתא בסי' ר"ז ס"ג וד'. ודע דנ"מ עוד מטעמים האלו היכא שמתחילה בררו פשרנים לפשר ביניהם ואח"כ הגידו הפשרה וקבלו עליהם הפשרה דלפי הטעמים שכתבו התוס' בסנהדרין בכה"ג א"י לחזור אף בלא קנין דהא הדיינים לא השיאו אותם להפשרה וגם אח"כ שמעו הפשרה וקבלו עליהם וא"כ בכה"ג אף הנתבע א"י לחזור בו לפמ"ש דהפשרה הוי כמכר אבל לפי דברי התוס' דפ' המקבל אף בכה"ג צריך קנין דיכול לומר אם הייתי יודע שהדין עמ' לא הייתי מקבל עלי הפשר וע' בתשו' מוהרש"ל סי' ד' ובב"ח ועדיין צ"ע לדינא בכ"ז ותמיהני מאוד מסתימת לשון הש"ך בכ"ז:

ג מחילה א"צ קנין. ע' בתשו' מוהר"ם מלובלין ומ"ש עליו בסי' כ"ב ס"ג באריכות מדינים אלו ע"ש:

ד אין בדבריו כלום. וכתב הח"מ באה"ע ס"ס נ' דדוקא בכה"ג שכתב בקנין וקנס אבל אם כתב אני מקבל בקנין ובאם שלא אקיים אתן קנס אזי הקנס הוא השובר של הקנין ואם נותן הקנס פטור מהקנין וכ"כ הב"ש שם ואם כתוב בשטר הפשרה שיפרע את חבירו כך וכך ושאר תנאים ובקנס כתב בלקוטי מוהרי"ל בלקוטי דינים בשם מוהר"ש שאם עבר הזמן ולא פרעו שבשביל כך לא הפסיד הקנס אם קיים שאר התנאים ולא עבר עליהן דמצי למימר זוזי אנסוהו מאחר שלא הוקנס בפירוש על פרעון המעות ע"ש

ה ועשו פשרה בקנין וביטול מודעא יכול לחזור בו. בב"י בשם תשו' הרשב"א מפורש הטעם דהוי כתלוהו ויהיב והרב מוהרש"ק בהגהות הט"ז תמה דהא בסי' ר"ה ס"ב פסק דפשרה דינה כמכר והניח בצ"ע ולק"מ דע"כ ל"א דפשרה דינה כמכר אלא דוקא בדבר שא"י להתברר אי כדברי התובע או כהנתבע או במקום שיש עסק שבועה ביניהם אבל בדבר שודאי אין לו זכות ע"פ הדין זה הוי כמתנה גמורה ותלוהו ויהיב לא מהני אף בביטול מודעא כשהכרנו באונסו כמ"ש בסי' ר"ה סי"א בהגה וכ"כ בתשו' מהר"ם מלובלין סי' כ"ג חילוק זה שוב ראיתי בתשוב' מבי"ט ח"א ס"ק שביאר להדיא תשובת הרשב"א זו כמ"ש וכ"כ הב"ח סי' ר"ה סט"ז וז"ב

ו אם רבים הם הפשרנים. דין זה למדו התוס' ומרדכי בפ"ק דסנה' מהא דאמרינן ס"פ בתרא דע"ז כדשיימי בי תלתא אפילו תרי מגו תלתא כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בי תלתא כדשיימי בי ארבעה כדאמרי בי ארבעה ומבואר בתוס' ומרדכי דאף בשלשה פשרנים צריכים שיסכימו כולם לדיעה אחת ולפענ"ד יש בזה מקום עיון דהנה הה"מ ספ"ח מה' מכירה הביא שני פרושים דלדעת הרמב"ם החילוק הוא בין שאמר כדשיימי בי תלתא דלשון בי הוא ב"ד ולכך אזלינן בתר רובא כמו בשאר ב"ד דהולכין בו אחר הרוב משא"כ כשאמר כמו שיאמרו תלתא בעינן שיאמרו הג' כולם ויש מפרשים דיש חילוק בין לשון כדשיימי בי תלתא שהוא לשון שומא הולכין בו אחר הרוב משא"כ כשאומר סתם והנה המחבר בסי' ר"ו ס"ב סתם כשיטת הרמב"ם רק הטור ס"ל כשיטת היש מפרשים כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ה וא"כ שיטת הרמב"ם כשאומר שהוא סומך עצמו על פשרת הב"ד פשיטא דהולכין בו אחר הרוב דומיא כשאמר כדשיימי בי תלתא אך אף שלא אמר כלום רק שהיו לפני הב"ד ואמרו להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו ואמרו פשרה בעינא י"ל דסמך עצמו על הרוב כדרך ב"ד ול"ד להיא דסי' ר"ו שאמר בפי' כדאמרי תלתא משמע שיסכימו כולם משא"כ כשאמר סתם שסומך א"ע על הפשרה מה"ת נאמר שלא סמך א"ע על הרוב וגם אף היכא דאמר בפי' שסומך א"ע כדאמרי תלתא צ"ע דאפשר לומר שאין התובע יכול לחזור בו כשהרוב מסכימים לדיעה אחת ול"ד להוה דספ"ב דע"ז דהתם מיירי שהמוכר אומר כשאמכור שדה זו הרי היא קנויה לך בסך שיאמרו הג' וא"כ כיון שהמוכר הוא המוחזק ידו על העליונה ויכול לומר לא התחייבתי א"ע עד שיאמרו הג' כולם משא"כ בתובע ונתבע אין התובע יכול לחזור דדילמא היה כוונתו על הרוב מהשלשה והממע"ה וכה"ג מחלק הש"ס בס"פ ג"פ גבי שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע ואם אמר שדי מכורה לך הקטן מכור משום דיד בעהש"ט על התחתונה והמוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש ואולי משום הכי נקט המחבר אם רבים

הם הפשרנים דביותר מג' ודאי אין הולכין אחר הרוב כיון דנחית לדיעות דאפי' כדאמר כדשיימי בי ארבעה בעינן שיסכימו כולם אך בתוס' ומרדכי מבואר דאף בג' פשרנים אין הולכין אחר הרוב ולפענ"ד צ"ע לדינא וע' ביו"ד סי' רי"ו ס"ז בהגה ובש"ך שם ובסי' רכ"ח ס"מ ובט"ז שם ומ"ש סי"ג סק"ג:

יג

א אפי' אם ע"א מעיד כדבריו. כ"כ הטור ויש לתמוה טובא דהא בש"ס אוקי רבין רישא בעדים פסולים ודיינין כשרים מיגו דפסלי עדים פסלי נמי דייני סיפא בדיינים פסולין ועדים כשרים דמיגו דפסלי דייני פסלי נמי עדים ופריך רבא בשלמא מיגו דפסלי עדים פסלי נמי דיינים איכא ב"ד אחרינא אלא מיגו דפסלי דייני פסלי נמי עדים הא עדים תו ליכא ומשני לא צריכא דאיכא כת אחרת אם כן משמע להדיא דגבי דיינים כיון דאיכא ב"ד אחרינא הוי כמו עדים היכא דאיכא כת אחרת וא"כ כיון דבעדים ואיכא כת אחרת קי"ל דלא הוי נוגע כמ"ש הש"ך בסי' ל"ז סק"ו בשם המישרים וכדמשמ' להדיא בש"ס לאוקימתא דר"א ור"ד דפליגי ר"מ ורבנן אי צריך לברר דהיכא דאיכא אחרת לא הוי נוגע א"כ ה"ה לענין דיינים לא חשיב נוגע כיון דאיכא ב"ד אחרינא וכן נראה מלשון רש"י דפירש לפי מאי דמוקי ר"א סיפא דזה פוסל עדיו של זה בערעור דפגם משפחה ופירש"י ודייני בערכאות שבסוריא כדאוקמינא ולאו פסול ממש קאמר אלא בעינא בי דינא מעלי' ואמאי לא מפ' דפליגי גבי דיינים ג"כ בפסול ממש דלרבנן א"י לפוסלן והא דפליגי בדיינים ועדים הוא משום דברישא קמ"ל רבותא לרבנן דאף בדיינים דאיכא ב"ד אחרינא חשיב נוגע וסיפא קמ"ל רבותא לר"מ א"ו דרש"י ס"ל דבדיינים ודאי לא הוי נוגע כלל כיון דאיכא ב"ד אחרינא וליכא למימר דלכך לא מצינן לאוקמי רישא בפסול ממש דא"כ היכי קתני בברייתא לעולם פוסל והולך עד שיקבל עליו ב"ד שמומחה לרבים ואי בפסול משפחה או בגזלנותא מיירי מאי מעליותא דמומחה ז"א דא"כ תיקשי ג"כ לרבין דמוקי רישא בעדים פסולים ודיינים כשרים ובפסול ממש מאי מעליותא דמומחין ועוד דלר"א ור"ד ניחא לפמ"ש התוס' והרא"ש בפ"ק דסנהדרין דפלוגתא דר"מ וחכמים בערכאות דר"מ סבר דערכאות פסולי לדון כיון דלא גמירי דינא ורבנן סברי דערכאות עדיפי וא"כ י"ל דרישא מיירי נמי בפסול ממש ובגזלנותא דלר"מ יכול לפוסלן בבא הוא ואחר עמו דלא הוי נוגע כלל כיון דבלא"ה יכול למנוע מלדון לפניו ולרבנן דס"ל דכשרים לדין הוי נוגע ולכך אף לר"מ במומחין מודה דאינו יכול לפוסלן דהוי נוגע א"ו דבדיינים לא הוי נוגע כלל כיון דאיכא ב"ד אחרינא והוי כמו עדים ואיכא כת אחרת וכן הדעת נותנת

ודברי הטור תמוהים בזה אם לא שנאמר דהטור פוסק כתי' רבין דא"י לפסול דיינים אם לא במיגו אך לפ"ז אף לענין עדות באיכא כת אחרת א"י לפוסלן וזה דלא כהש"ך בסי' ל"ז שהבאתי ועוד כיון דלתי' ר"א ור"ד מוכח דלגבי דיינים יכול לפוסלן וכן מוכח לר"א לפי פירש"י ממתניתין גופה למאי דמוקי בערעור דפגם משפחה למה נחית המשנה מדיינים לעדים ליפלגו ר"מ ורבנן בדיינים גופא בהאי פלוגתא א"ו דבדיינים מודי רבנן דלא הוי נוגע כלל ויכול לפוסלן א"כ אף דלתירוץ רבין א"י לפוסלן ה"ל פלוגתא דאמוראי וה"ל ספק פסול ולא ידון מספק כדאיתא בסי' ל"ד סכ"ח ועיין מ"ש שם ועוד דהרי"ף והרא"ש השמיטו דברי רבין משמע דלא ס"ל כוותיה ועוד דלמ"ש בס' תורת חיים דרבין מיירי בבא הוא לפוסלו בלא ע"א עמו א"כ אין ראיה מדבריו כלל והסברא נותנת דלא הוי נוגע כלל כיון דאיכא ב"ד אחרינא וצ"ע בזה ובחדושי הארכתי:

ב והם דנין אותם. דין זה צריך ביאור דבב"י העתיק כאן דברי הנ"י שכתב כן ס"פ ז"ב גבי שנים שנתעצמו בדין זה אומר נידון כאן וז"א נלך לב"ד הגדול כופין אותו ודן בעירו ואם הוצרכו לישאל דבר מב"ד הגדול כותבין ושולחין והן דנין להם בעירן כפי מה שיבוא בכתב מב"ד הגדול וכדאיתא בסי' י"ד ס"א והנה מדהעתיק כאן דין זה לענין זבל"א משמע דאף היכא דאיכא ב"ד אחר אלא שהם בררו להם דיינים אלו והוצרכו לשאול כותבין ושולחין ואיכא למידק דמנ"ל להב"י דין זה דבשלמא התם גבי שנים שנתעצמו בדין מיירי שאין כאן ב"ד אחר אלא זה ולכך אף שאין יודעין הדין יכולין לשלוח לבדה"ג והם פוסקי' את הדין כפי מה שיצא מבדה"ג דהוי כפוסקין מתוך הספרים וכ"ע נמי ממשה רבינו גמרי בסימן י"ח ס"ה אבל הכא בזבל"א ויש דיינים אחרים בעירן והבוררים אינם יודעים את הדין פשיטא דהברירה בטילה דכיון שא"י את הדין כמאן דליתנייהו דמי דמה"ט אם שנים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר א"י יוסיפו הדיינים ולא אזלינן בתר רובא דכיון דאמר א"י כמאן דליתא דמי וא"כ ה"נ כיון שהבוררים אומרים שא"י הדין כמאן דליתנייהו דמי והוי טעות בהברירה ואף ששולחים לב"ד הגדול מ"מ הבע"ד הם לא סמכו על דעת בדה"ג רק על דברי הבוררים ומצי לחזור ולברור דיינים אחרים וכ"כ הר"ן בחדושיו פאד"מ במתניתין דד"נ הכל מלמדין לזכות וז"ל וכ"נ שב"ד שקבלוהו עליהם בע"ד אף בזמן שנחלקו אין הכל עונים עליהם שהרי לא קבלו אלא דעתן של אלו ורשאין הבע"ד לסרב על דינם של אלו העונים ולברור להם דיינים אחרים וכדכתיבנא בר"פ ז"ב דמצי חד מן בע"ד למימר לא בעינא קמיה ב"ד דר"ה אלא קמי ב"ד דר"ח וכי אמרינן דבד"מ הכל מלמדין זכות וחובה היינו שדינם דין ואין משתקין אותן כ"ז שבע"ד אין מסרבין בהן וכ"נ שדין יוסיפו הדיינים אינו אלא לדעת בע"ד דכשקבלו עליהם אלו

הג' דיינים ואמר האחד א"י בטלה קבלתם ושוב אין להם לדון ולהוסיף מכח אותה קבלה אלא בקבלה אחרת עכ"ל וא"כ כ"ש הכא כשהבוררים אומרים א"י שהבע"ד יכולים לומר אין אנו רוצים לסמוך על בדה"ג ודוחק לומר דהכא מיירי שנחלקו שני הבוררים בדין והשלישי אומר א"י ולכך יכולין לשלוח לבדה"ג דהא שני הבוררים יכולים לברור שלישי וא"צ דעת הבע"ד בזה כמ"ש הרב בהגה דפשטא דלישנא לא משמע הכי גם מדברי הרב שהעתיק דברי הג"א על דברי המחבר משמע דהמחבר לא מיירי בהכי ויותר נראה דהא דשואלין לב"ד הגדול והם דנים אותם כאן היינו באופן שכשיבוא מב"ד הגדול הבוררים עצמם יסכימו לדבריהם מדעתם שיראו עכשיו מה שלא ראו מתחילה וא"כ זה הוי דעת הבוררים עצמם וכמ"ש בתשו' הרשב"א שהביא הב"י בס"ס זה והביאו הרב בהגהות ש"ע סי' י"ח בס"א ע"ש אך מ"מ אכתי קשיא לי לפ"ז דנהי דבכה"ג מהני השאלה לבדה"ג מ"מ מנ"ל להב"י שבכה"ג יכולת בידי הבוררים להפסיד לבעה"ד בהוצאות הדרך לשלוח למקום אחר הא יכלי הבע"ד לומר אדעתא דהכי לא קבלנום עלינו ומצי לברור בי דינא אחרינא וגם אף היכא שנחלקו שני הבוררים והשלישי אומר א"י נראה נמי שאין יכולין להפסיד הבע"ד בהוצאות הדרך ויכולין לדון לפני ב"ד אחר בעירן וכ"כ מדברי הרב בסי"ד בהגה א' וכ"ש הכא דאומרים כולם א"י שהברירה בטילה דהאיך יכולין להפסיד ממון הבע"ד מספק דדילמא לא יסכימו לדבריהם מדעתם ואולי המחבר מיירי בגוונא דא"צ הוצאות לשלוח לב"ד הגדול ומשום הכי לא כתב המחבר כאן דשכר השליחות יפרעו שניהם כמ"ש בס"ס י"ד וע' בב"ח ר"ס י"ד ד"ה ואם יצטרכו לישב ודבריו שם אינם מובנים ע"ש:

ג ושאם לא יסכימו לדעת אחת ילכו אחר הרוב. ודוקא כשכתבו כן בתחלה הולכין אחר הרוב הא מסתמא אין הולכין אחר הרוב בפשרה כמ"ש בסי' י"ב ס"ח וכ"כ הסמ"ע ונראה דבעשרה ויש ה' דיינים ואחד אומר שהנתבע יתן ק' וא' אומר ר' וא' אומר ש' וא' אומר ת' וא' אומר ת"ק מצטרפין לש' דהא רוב דיעות מסכימין לש' דבכלל האומר ת' ות"ק הוא ג"כ ש' והשנים שאומרים פחות נתבטלו ברוב וכן הוא הדין גבי שומא בסי' ק"ג ס"ב דשלשה שירדו לשום ואח' אומר ק' ושנים אומרים ר' נתבטל היחיד במעוטו ואם א' אומר פ' וא' אומר ק' וא' אומר ק"כ נידון בק' כיון דגם האומר ק"כ מודה ששוה מאה ע"ש וכן הוא לענין צירוף עדות בסי' ל' ס"ג וה"ה לענין דיינים אך מ"מ לשיט' הרמב"ם והמחבר בסי' נ"ג דממוצעים ביניהם לענין שומא ואם אחד אומר צ' ואחד אומר ק' ואחד ק"ל נידון בק"י מפני שממצעים ביניהם יש לדון אם הדין ג"כ כאן הכי לענין פשרה

ואפשר דלענין פשרה כיון שהתנה בפירוש לילך אחר הרוב זה לא חשיב רובא וכן הדעת נוטה ובלא"ה הרי הסמ"ע שם פוסק דלא כהרמב"ם ומחבר בזה ע"ש:

יד

א וי"א דבטענת נלך לב"ד הגדול אין חילוק בין תובע ונתבע וכל אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו. ונראה דאף לדיעה זו אין התובע יכול לכוף את הנתבע לילך לב"ד הגדול אלא בגוונא שיש להתובע עדים או ראיה שנראה לב"ד שיש ממש בטענתו אבל בטענה ריקנית אין מחייבין את הנתבע אף לילך לב"ד הגדול דהממע"ה וכ"כ הפרישה דלא כמו שנראה מדברי הב"ח וכבר כתבתי בסי' י"א ס"ב ראיה לזה ממס' ר"ה ד' ל"א ע"ב ע"ש:
ב התובע צריך לילך אחר הנתבע אם הוא בעיר אחרת. בתשו' ח"צ סי' י"ד פסק בקהל שתובעים ליחיד אף שאינו מבני עינן כיון שהיחיד צריך ליתן להם משכון קודם שירד לדין כדאיתא בסי' ד' א"כ הם חשיבי כמוחזקים והנתבע צריך לדון בעירם לפני דייני העיר וגם אין יכול הנתבע לומר אינו רוצה לדון לפני דייני העיר מפני שאימת הפרנסים על הדיינים כמו בעשיר מוחזק בעירו שמוציאין אותו לדון בעיר אחרת דיש חילוק בין יחיד לרבים דרבים לא חשידי ע"ש שהאריך בזה וכל דבריו נכונים:
ג מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר. המרדכי בס"פ ז"ב כתב וז"ל אם ראובן אמר לשמעון נלך לבדה"ג ואמר שמעון ואני אבוא אחריך לאותו בדה"ג אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעות על שהלכתי לב"ד נגדך ולא באת אני שואל ממך יציאותי רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו ולא שייך ראובן לומ' לשמעון משטה אני בך בדבר הזה והרבה דברים יש שאין צריכין קנין עכ"ל ודברים אלו אינם מובנים לכאורה וכתב ע"ז מוהר"ם מטיקטין בגליון דמיירי שראובן התובע טוען על שמעון הנתבע נלך לבדה"ג והלך שמעון וראובן לא הלך וכשחזר שמעון לביתו חזר ראובן לתבעו בעירו יכול שמעון לתבוע מראובן יציאותיו על שהזקיקו לצאת חנם ודאי אם לא חזר ראובן ותבעו לדון בעירו לא היה שמעון יכול לתבוע יציאות דרכו כי ראובן יאמר אתה לא הפסדת אני הפסדתי על עצמי שעכבתי את דיני דאנא קים לי בתביעתי שהיית חייב לי וכו' ודבריו מוכרחים לפי לשון המרדכי ומה שפי' בזה בכנה"ג אינו נכון במ"ש המרדכי ר"מ מחייב את ראובן וגם מה שסיים ולא שייך ראובן לומר לשמעון משטה אני בך דאיפכא ה"ל למימר אך מ"ש מוהר"ם מטיקטין דאם לא חזר ראובן ותבעו לדון בעירו א"צ ראובן לשלם לשמעון יציאותיו כי יאמר אתה לא הפסדת אני הפסדתי על עצמי שעכבתי את דיני דקים לי בתביעתי שהיית חייב לי בחנם דחק דניחא בפשיטות

דהא לא הפסיד את שמעון כלל דהא אף אם היה תובע את שמעון בב"ד הגדול ושמעון זכה בדין לא היה חייב ראובן לשלם לו יציאותיו כמ"ש המחבר והמרדכי שם בשם ר"י א"כ השתא שאינו תובעו כלל לא הפסידו מידי גם נ"ל דלפי דברי מוהר"מ מטיקטין ע"כ צ"ל דהמרדכי מיירי הכא דכשהתובע תבעו לנתבע בעירו נתחייב הנתבע בדין דאם הנתבע זכה בדין א"צ התובע לשלם לו הוצאותיו כלל דמאי היזק גרם לו דהא אף אם היה תובעו בבדה"ג היה הנתבע מפסיד ההוצאות שלו וא"כ לא הפסידו כלום במה שלא הלך אחריו ומאי דיני דגרמי שייך בזה הרי לא הפסידו כלום משא"כ אם הנתבע נתחייב עכשיו בדין בעירו יכול הנתבע לומר דילמא אם היה הדין בבדה"ג לא נתחייבתי לך שם בדין כלל ולמה הפסדתני לילך לבדה"ג בחנם ואף לשיטת הרמב"ם דאף טענת נלך לב"ד הגדול לא מצי הנתבע למיטען אלא התובע מ"מ מצי הנתבע למימר דאף שחז"ל חייבו אותי לילך לבדה"ג משום עבד לוה לאיש מלוה מ"מ הדבר הוא לטובתי ג"כ דצדק צדק תרדוף הלך אחר ב"ד יפה ודילמא אם הייתי דן בבדה"ג הייתי זוכה בדין ולמה הפסדתני חנם הוצאות הדרך אך באמת לא ידעתי מה הכריחו למוהר"מ מטיקטין לפרש דראובן חוזר לתבוע לשמעון לדון בעירו הא יש לפרש בפשיטות דחוזר ותבעו לדון לפני בדה"ג לכך צריך לשלם לו מה שהפסידו שהלך מתחילה בחנם אבל אם חזר לתובעו לדון בעירו נ"ל דאף אם הנתבע נתחייב עכשיו בדין א"צ לשלם לו ההוצאות שהפסידו מקודם כיון דבלא"ה לא היה משלם לו עבור ההוצאה לבדה"ג אך מ"מ לדינא מסתבר כוותיה דמוהר"מ מטיקטין מה"ט דכתיבנא:

ד אלא צריך לברר כמה הוציא או הב"ד ישומו לו. הש"ך תמה דמה מהני הבירור דלאו כל כמיניה שיוציא מה שירצה וגם שומת ב"ד לחוב נמי לא מהני דדילמא לא הוציא כלל לכך פסק הש"ך דבעינן תרוייהו בירור ושומא וכן הוא בתשובת הרא"ש צריך לברר והב"ד ישומו לו אך בד"מ הביא גם בשם תשובת הרא"ש דצריך בירור ומה שאינו מברר צריך שומא לכך הניח הש"ך דברי הרב רמ"א בצ"ע ול"נ דלק"מ ואין כאן מחלוקת כלל לענין דינא דהמעיין בתשו' הרא"ש שבב"י מבואר שצריך להביא ראיה כל הדרך שהוצרך לילך והשלוחים שהוצרך לשלוח ושכר הסופר וב"ד ישומו כמה היה ראוי שיוציא בהוצאות הדרך ושכר השלוחים והסופר ובאמת גם הרב רמ"א מיירי בגוונא שידוע שהוצרך ללכת ולשלוח שלוחים דאם אינו ידוע כלל שהוצרך לשלוח שלוחים לזה לא מהני שומת ב"ד דדילמא מעולם לא שלח שום שליח לו אלא דהרב רמ"א מיירי שידוע שהיה לו הוצאות הדרך ושליחות וכיוצא בזה רק שהשכירות אינו ידוע דיש שנשכרים בזול ויש בדרך הממוצע ג"כ ולענין זה כתב הרב דאם א"י לברר כמה הוצרך לשלם

שכירות הדרך והשלוחים ישומו ב"ד בפחות שבשכירות וכזה ישלם לו וכמ"ש הט"ו בסי' שע"ה ס"ח דמי ששמין בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה ישבע כמה הוציא ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והיא גלויה לעיניהם וישערו העצים ושכר האומנים בפחות שבשערים שומעין לו ונוטל בלא שבועה וה"נ אבל כשמברר ההוצאות בשכר השליחות והסופרים אם הוציא בדרך הממוצע צריך לשלם לו כן כיון דמתוך סירובו הוצרך להוציא כן ולא שינה מדרך כל הארץ פשיטא דלא היה צריך להמתין עד שיזדמן לו בזול וחייב לשלם לו וכ"כ הט"ו באה"ע סי' נ' ס"ג לענין שדוכין שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלקו מעות לחזנים ולשמשים וכיוצא בהם ועשה כדרך שעושים כל העם וחזרה בה משלמת הכל שהרי גרמה לו אבוד ממון הרי אף שאין הדבר הכרחי להאכיל לריעיו מ"מ כיון שעשה כדרך כל העם משלמת לו מדיני דגרמי וא"כ דברי תשו' הרא"ש והרב רמ"א עולים בסיגנון אחד דהרב איירי שידוע שהיה לו הוצאה לכך צריך לברר כמה הוציא ואם הוציא בדרך הממוצע חייב לשלם ואם אינו מברר ישומו ב"ד בפחות שבשערים וכזה ישלם לו והרא"ש כתב דצריך להביא ראיה שהוצרך לשלוח שלוחים וליתן שכר הסופר ואח"כ ישומו ב"ד בפחות שבשערים כמה ראוי להוציא וישלם לו וזה לא הוצרך הרב לאשמועינן דמילתא דפשיטא הוא דבעינן למידע שעכ"פ הוציא הוצאותיו וגם הרא"ש לא כתבו אלא להשיב שואלו דבר כפי המעשה שהיה שם ועיקר הרבותא דא"כ לישבע וליטול וז"ב אך יש להקשות על הרב איך סתם כאן כהרא"ש הא בסי' שפ"ח ס"ז הבי' בש"ע שיטת ר"ת דאם המוסר אומר איני יודע כמה הפסדת ע"י ישבע הנמסר ויטול משום דעשו תקנת נגזל במסור וא"כ ה"נ כיון דחייב בהוצאות משום דיני דגרמי דמי למסור דג"כ אינו חייב אלא משום דד"ג וישבע ויטול בשלמא הרא"ש לטעמיה אזיל דחולק שם על שיטה זו אבל הש"ע שהביא שם שיטה זו והרב לא הכריע שם קשה למה סתם כאן כהרא"ש וצ"ל דיש חילוק בין מסור שנתכווין להזיק עשו בו תקנת נגזל משא"כ הכא שלא נתכוין להזיק אלא דהיה סבור שהדין עמו ומחמת כן סרב לדון בזה כ"ע מודי דלא עשו בו תקנת נגזל וראיה לזה דהא הה"מ פ"ז מה' חובל הוכי' דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת ר"ת דאם המוסר א"י כמה הפסיד ישבע הנמסר ויטול והרי הרמב"ם בס"פ ו' מה' זכיה כתב והביאו הט"ו באה"ע שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה ויאכיל לריעיו או יחלק מעות לחזנים ולשמשי' ועשה כדרך שעושים כל העם וחזרה בה משלמת הכל שהרי גרמה לו לאבד ממון והוא שיהיה לו עדים כמה הוציא הרי אף דהתם חייבת ג"כ מדיני דגרמי צריך דוקא להביא עדים כמה הוציא ואינו נשבע ונוטל

דלא עשו תקנת נגזל בכה"ג כיון שלא נתכוונה להיזק ולפ"ז אף היכא שתפס בעדים לא מהני תפיסה לישבע וליטול אף לשיטת המחבר בסי' שפ"ח דמהני תפיסה מ"מ בכה"ג שלא נתכוונה להזיק בודאי לא עשו תקנת נגזל בכה"ג כנ"ל אך מדברי הטור בסי' שפ"ח משמע להיפך דהא כתב שם בשם תשובת הרא"ש ברחל שטענה על ראובן שמסרה ביד עכו"ם להפסידה הרבה וקצת בירר' בעדים וקצת בהוכחה והוא השיב לא הפסדתיך והשיב הרא"ש כל מה שתוכל לברר בעדים יפרע לה וישבע ראובן שאינו יודע שהפסיד יותר דכיון דסליק בתיקו אם עשו תקנת נגזל במסור מספיקא לא מפקינן ממונא והקשה הב"י שם דשבועה זו מה טיבה דכיון שבררה בעדים שמסרה פסול לשבועה ותי' הב"י דהרא"ש מיירי שלא התכוין להזיק אלא להציל את שלו ולכך לא נפסל ע"ש הרי אף שלא נתכוין להזיק אלא להציל את שלו תלה ליה הרא"ש בהאבעיא אי עשו תקנת נגזל במסור אלא דמספיקא לא מפקינן ממונא ואפשר דהרא"ש עדיפא מינה קאמר דאף במסור גופא מספיקא אין מוציאין ועוד י"ל דמסור אף דלא נתכוין להזיק מ"מ גרע ממסר' וחזר' בשידוכין שוב מצאתי בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קע"ב שכתב להדיא דאף להה"מ דהרמב"ם סובר כשיטת ר"ת מ"מ במסרב לדון כיון דלא נתכוין להזיק אלא להציל את שלו אינו נ"ו ע"ש וכן מסתבר אמנם אם הבע"ד תפס מן המסרב שלא בעדים בזה ודאי נשבע כמה הוציא בהוצאות הדרך דנאמן במיגו דלהד"ם וכ"כ הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ו בשם תשובת הרשב"א באחד שמסר את חבירו ואינו יודע כמה הפסידו דאם תפס מטלטלין שלא בעדים אין לו עליו אלא חרם סתם וכתב הש"ך שם דדין זה אמת אף למ"ד דבספיק' דדינא לא מהני תפיסה מ"מ כיון דהכא מטעם נאמנות אתינן עלה וא"כ כיון שתפס שלא בעדים מהימן במיגו דלהד"ם והא דאינו נשבע בנק"ח כמו בטוען על המשכון להגאונים דאפי' טוען שכנגדו שמא צריך שבועה צ"ל דהרשב"א מיירי שהנמסר רוצה להחזיק במטלטלים ואינו חפץ שיפדם המוסר ושיגבה מהם חובו דבכה"ג א"צ לישבע ולכך כתב דסגי בתפס סתם עכ"ד והנה מ"ש דהרשב"א מיירי שאינו רוצה לגבות מהם חובו דבכה"ג א"צ שבועה הוא דוחק גדול שהרשב"א יכתוב דין זה ברמיזה וגם הש"ך עצמו בסי' ע"ב ס"ק ע"א הניח דין זה בצ"ע ויותר נ"ל ע"פ מ"ש הש"ך בסי' פ"ט סק"י לתרץ דברי הגאונים דס"ל דבכל הנשבעין ונוטלין אף בלא תפיסה כשתפסו שלא בעדים מהני התפיסה ליטול אף בלא שבועה דכיון דטענתייהו עדיפא דאף בלא תפיסה נוטלים בשבועה לכך היכא שתפסו בלא עדים מהני אף ליטול בלא שבועה מכח המיגו שלהם ע"ש ודבר אמת בשפתיו שכן תי' הרשב"א בחידושיו לשבועות בסוגיא דקציצ' להדי' כהש"ך וא"כ לפ"ז ניחא די"ל דהרשב"א ס"ל כשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' שפ"ח

דאם תפס הנמסר אף בעדים אין מוציאין מידו משום דדילמא עשו תקנת נגזל במסור ומהני תפיס' בספיקא דדינא וא"כ אי עשו תקנת נגזל במסור אי תפס שלא בעדים לא היה צריך שבועה כלל דהא כל הנשבעים ונוטלים כשתפסו שלא בעדים א"צ שבועה וא"כ כיון דלא נפשט' האבעיא במסור א"כ כשתפס שלא בעדים מספיקא לא משביעינן ליה דדילמא קיי"ל עשו תקנת נגזל במסור ובתפס שלא בעדים נוטל בלא שבועה ועוד נ"ל דאף לשיטת הסוברי' דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא היינו דוקא היכא שאנו רוצים להחזיק אותו בדבר התפוס רק מחמת התפיסה לזה אמרינן דלא מהני תפיסה משום דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא משא"כ בתפס שלא בעדים דאנו מוציאין אותו מחזקת מ"ק במיגו מעליא דאית ליה אלא דמ"מ צריך שבועה להנאונים משום כיון דלאו אגופא דמשכון קטעין הוי כשאר נשבע ונוטל וא"כ כיון דאי אמרת עשו תקנת נגזל במסור לא מיחייב שבועה א"כ מספיקא לא משביעינן ליה כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז סק"י ע"ש ודוק ונכון ולפ"ז במסרב דלא עשו תקנת נגזל לכ"ע בתפס בעדים צריך שבועה בנק"ח אמנם מ"ש הרשב"א דא"צ אלא חרם סתם צל"ע טובא בין למ"ש הש"ך ובין לתירוצי דאכתי יצטרך לישבע היסת דאף דאין נשבעין היסת על טענת שמא מ"מ כיון דלא מהימן אלא במיגו דלהד"ם צריך עכשיו שבועה כמו אם היה טוען להד"ם כמ"ש הש"ך סי' קכ"ו ס"ק נ"ו וסי' קמ"ט ס"ק כ"א וכן משמע בתשובת הרא"ש שהביא הטור באה"ע סימן נ' בענין הוצאת שידוכין ע"ש וצ"ע:

טו

א ודין האשה קודם לדין האיש. זהו ש"ס ערוך ביבמות פרק נושאין משום זילותא דאיתתא ונראה דזה דוקא כשלא פתחו בדין האיש אבל אם כבר פתחו בדין האיש לא מסלקינן ליה לדון האשה תחילה דבש"ס לא אמרינן דשרינן ליה תיגרא ברישא אלא היכא שבאו שניהם כאחד וכן הרמב"ם והמחבר כתבו היו לפניו דינים הרבה משמע שבאו בב"א משא"כ היכא שכבר פתחו בדין האיש לא מסלקינן ליה **בשביל** האשה לפמ"ש הריטב"א והרב בהגה ס"א דהיכא שכבר פתחו בדין אחד לא מסלקינן ליה לדון קרובו של חכם משום דכבוד קרובו של חכם אינו אלא מדרבנן וכשפתחו בדין האחר איכא עשה דאורייתא דכקטן כגדול תשמעון וה"נ משום זילותא דאיתתא לא דחינן עשה דאורייתא ועוד דהא רבא אמר ביבמות שם מרישא כי הוי אתי גברא ואיתתא לדינא קמאי הוי שרינא דינא דגברא ברישא אמינא דמחייב במצות כיון דשמענא להא דנותנין למעשר עני לאשה תחילה משום זילותא שרינא תיגרא דאתתא ברישא מ"ט משום

זילותא וא"כ כיון דרבא יליף לה ממעשר עני מנ"ל למילף דמקדימינן לאשה אף כשכבר פתחו בדין האחר לדחות עשה דאורייתא ויש עוד להביא ראיה לזה מר"פ שבועות העדות דילפינן התם דנשים פסולות לעדות מדכתיב ועמדו שני האנשים בעדים הכתוב מדבר דאי בבע"ד וכי אנשים באים לדין נשים אינן באות לדין ואם נפשך לומר נאמר כאן שני ונאמר להלן שני מה להלן בעדים אף כאן בעדים מאי אם נפשך לומר וכ"ת אשה לאו אורחא משום כל כבודה בת מלך פנימה נאמר כאן שני וכו' והקשו התוס' השתא נמי דמיירי בעדים מנ"ל למעוטי נשים דילמא הא דנקט קרא אנשים משום כל כבודה בת מלך ותירצו דגבי עדים ע"כ צריכה לבוא דאין עד מפי עד כשר אבל לדין יכולה למסור טענותיה ביד אחר הרי אף דבת"ח דזילא ביה מילתא למיזל לבי דינא דזוטר מיניה לאסהודי א"צ למיזל כדאיתא בש"ס שם דילפינן לה מאבידה דפעמים שאתה מתעלם ואפ"ה באשה אי הוי האשה כשירה להעיד היתה צריכה למיזל ולאסהודי בע"כ ולא חיישינן לזילותא דידה לדחות עשה דאורייתא ע"ש ברא"ש וא"כ ה"נ משום זילותא דאיתתא לא דחינן עשה דאורייתא דכקטן כגדול תשמעון כשכבר פתחו להאיש בדיניה כמ"ש הריטב"א אך מדברי הב"ח מוכח להיפך שהקשה על הרמב"ם והסמ"ג דמנ"ל שדין האלמנה קודם לדין ת"ח ותירץ דילפי' מקרא מדנקט ריבו אלמנה ומשמע דמקדימינן דין האלמנה לדין אחר ומה איריא אלמנה תיפוק ליה דבלא"ה דין האשה קודם לדין האיש א"ו דאשמועינן דדין האלמנה קודם אף לדין ת"ח ואי אמרינן דכשפתחו בדין האיש לא מקדימינן לאשה א"כ היכי מוכח דדין האלמנה קודם לדין ת"ח דילמא עשה דכבוד תורה עדיף והא דנקט ריבו אלמנה אתא לאשמועינן דדין האלמנה קודם לדין ע"ה אף בפתחו ליה בדינא דהא ע"כ דין יתום ואלמנה קודמים לדין אחר אף בפתחו ליה בדינא דהא קודמים לדין ת"ח ות"ח קודם לאחר אף בפתחו ליה בדינא א"ו דאף שאר אשה שאינה אלמנה קודמת לדין האיש אף בפתחו ליה בדינא וא"כ הא דנקט קרא ריבו אלמנה לאשמועינן דקודמת אף לדין ת"ח אך בלא"ה אין דברי הב"ח מוכרחים דדילמא נקט קרא ריבו אלמנה לאשמועינן דאלמנה קודמת לדין שאר אשה ואולי הרמב"ם מצא כן באיזה תוספתא וע"כ נ"ל עיקר דאין האשה קודמת לאיש כשפתחו ליה בדינא דמשום זילותא דאיתתא לא דחינן עשה דאורייתא גם נראה דאין אשה גרידא קודמת לדין ת"ח דכבוד תורה עדיף מזילותא דאיתתא וכ"כ הב"ח והכנה"ג פקפק בדבר והעיקר כהב"ח כדמוכח בר"פ שבועות העדות שהבאתי ודע דדין ישראל קודם לדין עכו"ם ועבד כיון דישראל חייב במצות דהא ס"ד דרבא ביבמות דאף דין האיש קודם לדין האשה מה"ט אלא דהדר ביה דמשום זילות' דאיתתא מקדימינן לה וא"כ הכא דלא שייך האי טעמא

מקדימינן לישראל דחייב במצות דמה"ט האיש קודם לאשה להחיותו כדאיתא בסוף הוריות וביו"ד סי' כנ"ב ס"ח ע"ש ודין נערה בתולה קודמת לדין האשה דנערה בתולה יש לה זילותא יותר מאשה נשואה כן משמע מתשובת הרי"ף סי' צ"ד ע"ש:

ב עדות אשה או קרוב אע"פ שדעתו סומכת על דבריהם. הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב גבי אבא מארי ברי דקים לי בגוי' מרענ' שטרא אפומיה כתבו לחד פירושא דמיירי בשודא דדייני פי' שחייב עוד לאחרים ויהביניה להאי דלא איתרע שטריה וכ"כ הרמב"ם והטור הביאו ומדבריהם שכתבו ע"ז דברי הגאון דאנן לא בקיאין קים לי בגויה היכי הוי משמע דאף בכה"ג שחייב לאחרים לא דיינינן בזה דין שודא ליתן לבע"ח האחרים אלא חולקין ביניהם ואע"ג דאף האידנא דיינינן דין שודא בשני שטרי מכר או מתנה שזמנם ביום אחד והדבר מסור לדיינים כל שדעתו סומכת להעמיד שדה זו בידו יעמידו כדאיתא סי' ר"מ ס"ג שאני התם דיש ספק בלא דעת הדיינים למי מהן מכר תחילה ולאותו שמכר תחילה הוא קנה השדה ולכך בכה"ג סמכינן על דעת הדיינים שאומדין למי מהן מכר תחילה אבל בשני שטרי הלואות ליכא ספק כלל דהא שיעבוד שניהם שוה בו אלא שנולד ספק בעבור העדות אשה או קרוב ומן הדין לא מהימני וכיון דאנן השתא לא בקיאין היכי הוי קים לי בגויה לא מרעינן לשטרא ולא שייך הכא שודא כלל אך מ"מ לולי דבריהם ז"ל היה נ"ל דאף האידנא בכה"ג יהבינן להאי דלא איתרע שטריה דהא אמרינן בפ' הכותב האי מאן דאיכא עלויה כתובת אשה ובע"ח וליכא אלא ארעא ולא חזיא אלא לחד מנייהו לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן משום דיותר מה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא והקשו הרא"ש והר"ן וכי משום האי טעמא לחודא כגזול מן האשה ותירצו כיון דאם תפס לא מפקינן מהאי טעמא אנן מתפיסינן ליה לבע"ח לכתחילה ותו לא מפקינן מיניה וא"כ ה"נ נאמר כיון שדעת הדיין סומכת על דברי האשה וקרוב שהשטר פרוע בטעמא כל דהוא אף האידנא מתפיסינן לבע"ח האחר לכתחילה ותו לא מפקינן מיניה אך מ"מ מסתימת דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש לא משמע כן:

טז

א ואם גלוי וידוע לב"ד וכו'. מפשטא דלישנא משמע דאף במלוה ע"פ והנתבע חייב היסת נותנין זמן להנתבע בכדי להפטר מהשבועה וכ"כ הב"ח דכאן מיירי דוקא במלוה ע"פ דאידי ואידי דברים בעלמא הוא לכך נותנין לו יותר מל' יום אבל במלוה בשטר אין נותנין זמן להנתבע להביא עדים יותר מל' יום אף שגלוי לב"ד כמ"ש הרב רמ"א בר"ס כ"ד ע"ש אך לקמן בסי' פ"ז סל"ג כתבתי דכאן מיירי דוקא במלוה בשטר אבל במלוה

ע"פ היכא שגלוי לב"ד שיש עדים בדבר אין משביעין אותו כלל אף שלא הביא העדים לזמן שנתנו לו דאין משביעין אותו היכא שיש להתברר הדבר והא דבר"ס כ"ד איתא דאין נותנין לו זמן יותר מל' יום העיקר כמ"ש מוהרש"ל דשאני התם שאינו מכחיש גוף התביע' רק שטוען יש לי בידך כנגדו משא"כ הכא שמכחיש גוף התביעה וכ"כ הט"ז בר"ס כ"ד אך בסי' פ"ז העליתי דהיכא שהנתבע אומר שיש לו עד המסייע משביעין אותו דזה לא חשיב בירור כ"כ ע"ש ויש להסתפק היכא שטוען שיש לו עד המסייע וגלוי וידוע לב"ד שהוא כן אי נותנין לו זמן יותר מל' יום שהוא זמן ב"ד בכל דוכתי וגם בלא"ה הרבה פוסקים ס"ל דאין עד המסייע פוטר מן השבועה כלל וצ"ע:

ב שטר שבידך. וכתב הסמ"ע פי' כשאומר כן לאיש אחר שאינו תובע שלו וכ"כ הב"ח דמ"ש הרמ"בם שטר שיש לי בידך אין הכוונה שהלוה תובע למלוה שטר **שלויתי** בו ממך זכות יש לי בו על אחר דבזה ודאי כופין להוציאו דהשטר הוא של הלוה דהא הוא נותן פשיטי דספרא אלא אף בשטרות אחרים אצל איש אחר כופין להוציא זכותו דכופין על מדת סדום והביא ראיה מסי' ס"ו סי"ט ע"ש וקשה טובא דלפ"ז אמאי אם טוען שהוא יודע בודאי שהשטר שיש אצלו יש לו זכות בו והלה כופר צריך לישבע היסת שאינו אצלו ומי גרע משני עדים שכבשו עדותם דפטורים מלשלם בדיני אדם כמבואר בר"ס כ"ח והוא משום **שאין** אדם מחויב להעיד לחבירו אלא מפני מדת ג"ח כמ"ש הנ"י בשם הרא"ה ר"פ הכונס וא"כ ה"נ היכא שיש ביד חבירו זכותו והוא אינו רוצה ליתן לו ודאי דפטור מלשלם דלא יהא כמו שכובש עדותו בעצמו וכ"כ הרמב"ן בסוף ב"ב בדיני דגרמי שלו דמי שראה עדים באין להעיד לחבירו והחזיקינהו בביתו דפטור מלשלם דהוי כמונע מליתן מתנה לחבירו או מלהציל ממונו דפטור מלשלם ע"ש וא"כ כיון דאם אינו מראה זכותו פטור מלשלם בדיני אדם אלא דחייב לצי"ש וא"כ אמאי אם כופר חייב היסת הא לא הוי כפירת ממון כלל ואין משביעין היסת בדבר דליכא כפירת ממון וכ"כ הב"ח בר"ס כ"ח ובסי' פ"ז דמה"ט הטוען לחבירו שידע לו בעדו' וכבש עדותו אינו חייב היסת דלא הוי כפירת ממון ע"ש וה"נ ויש לתרץ דבשלמא כשטוען אתה כבשת עדותי כיון דשוב א"י לחזור ולהעיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וא"כ עיקר תביעתו על מה שהפסידו בכבישת עדותו ולכך כיון שאינו חייב בתשלומין אלא לצי"ש לא הוי כפירת ממון אבל הכא נהי דאם חבירו שרף זה השטר היה פטור מלשלם מ"מ כשהתובע טוען שעדיין זכותו ביד שכנגדו והרי חבירו חייב להוציאו ולהצילו מן המזיק דכופין על מדת סדום ועובר על לא תעמוד על דם ריעך וגם איכא בזה משום השבת אבידה כמ"ש בר"ס כ"ח סק"ב ומכין אותו עד שתצא נפשו חשיב ממון גמור וכשהנתבע כופר בזה חייב לישבע

אך מ"מ קשה למ"ש הריב"ש סי' שד"ם והש"ך בסי' פ"ז ס"ק פ"א דמי שטוען לחבירו שנשבע לו ליתן מתנה והלה כופר דאין משביעין ע"ז משום דאף אם יודה אינו חייב אלא משום השבועה ואף דכופין אותו לקיים שבועתו לא הוי כפיר' ממון ע"ש וא"כ ה"נ מי עדיף החיוב דהכא להוציא זכותו מהחיוב לקיים שבועתו ובאמת נ"ל שמזה הטעם כתב הרש"בא בתשובה דאפילו אם התובע טוען ברי אם אין חבירו מודה אין מחייבים אותו להוציא ראיותיו ואם רצה מחרים סתם אלמא דס"ל דאין כאן דין שבועה והב"ח כתב ולא ידעתי למה ונדחק ליישב דהרשב"א מיירי בטוען שאין בידו זכותו של ראובן שנאבד ממנו וכ"כ שהבין המחבר שהעתיק דברי תשו' הרשב"א ולשון הרמב"ם סמוכים זה לזה ולפמ"ש דברי הרשב"א א"ש כפשוטן דס"ל דאין כאן דין שבועה כלל ולפענ"ד יש ראיה גדולה לזה מדברי התוס' בפ' שבועת הדיינים דף מ"ב ע"ב ד"ה על כל דבר פשע והתוס' בר"פ מרובה שהקשו דלמה לן קרא למעט קרקעות מכפל בשלמ' למ"ד חד בגנב וחד בטוען טענת גנב ניחא דאיצטריך למעטינהו מכפל משום גנב עצמו אלא למ"ד תרוייהו בטוען טענת גנב לא איצטריך כיון דאימעוט משבועה דאין שייך כפל בטט"ג אלא היכא דנשבע ותי' דאיצטריך להיכא דנתחייב שבועה ע"י גלגול וחזרו והקשו דא"כ אמאי איצטריך רעהו למעוטי הקדש מכפל דהא התם לא שייך גלגול וכן הקשו התוס' במרובה בשם תימה לר"י ומדלא הקשו התוס' כן בשטרות משמע דבשטרות ניחא להו דמיירי דנשבע ע"י גלגול אף שהתוס' שם במרובה ד"ה יצאו שטרו' כתבו דאפי' אבדו בידי' פטור מלשלם מדאורייתא כיון שאין גופן ממון ואינו אלא גרמי מ"מ חייב לישבע ע"י גלגול שאינו ברשותו כיון דאם איתא לשטר' בעולם חייב לאהדורי ליה כמ"ש התוס' וא"כ לפ"ז קשה מאי הקשו התוס' אהקדש דמאי איצטריך רעהו למעוטי הקדש מכפל דבהקדש לא שייך גלגול ומאי קושיא הא לת"ק דר"ש במתניתין דשבועות ס"ל דאף בקדשים שחייב באחריותן פטור מכפל וא"כ משכחת שבועה ע"י גלגול בקדשים שחייב באחריותן ונתחייב לו שבועה מתביעה אחרת דיכול לגלגל שבועה על תביעת הקדשים שחייב באחריותן כמו שיכול לגלגל תביעות השטרות אף שאין גופן ממון ואם שרפו בידים פטור דאינו אלא גרמי ואפ"ה יכול לגלגל כיון שאם הן בעין חייב להחזירם וא"כ ה"ה קדשי' שחייב באחריותן כיון שאם הן בעין חייב להחזירם לו כדי שלא יגרום לו היזק חייב עליהן שבועה ע"י גלגול ולכך איצטריך קרא למיפטרינהו מכפל וליכא למימר דקושיית התוס' הוא לר"ש דס"ל דקדשים שחייב באחריותן חייבין עליהם כפל ואם כן ע"כ קרא מיירי באין חייב באחריותן ותקשה שפיר לדידיה קרא למה לי זה ליתא דמאי קושיא דילמא ר"ש סבר כמ"ד דחד בגנב עצמו דהא פלוגתא דתנאי הוא בפ' מרובה

ועוד דהמהרש"א בשבועות כתב דקושיית התוס' הוא על הברייתא ע"ש וא"כ דילמא הברייתא אתיא כת"ק דר"ש דהכי הלכתא א"ו דהתוס' ס"ל דדוקא בשטרות כיון שתובע שטרות שלו אף שאין גופן ממון חייב עליהן שבועה ע"י גלגול כיון שאם הן בעין חייב להחזיר לו את שלו משא"כ בהקדש כיון שהוא דבר שאינו שלו אף שע"י כפירתו גורם לו היזק וחייב להחזיר לו מ"מ לא הוי אלא כמונע מלהציל ממון חבירו ולא הוי כפיר' ממון כלל שיתחייב עליהם שבוע' ע"י גלגול וא"כ ה"ה לענין שבועת היסת נמי לא חשיב ממון היכא שתובע שיש לו זכות בשטר שיש לו על אחר:

יז

א מושיבים את החכם. מסתימת הלשון משמע דאף בשעת גמר דין מושיבין אותו משום דעשה דכבוד תורה עדיף דומיא דאם העד ת"ח וכ"כ הפרישה וכן מבואר מדברי התוס' והרא"ש והר"ן שהקשו על הא דפריך הש"ס אמעשה דדביתהו דר"ה דהוה לה דינא קמיה דר"נ דאמר לשמעי' אפרח עלי בר אווזא ושדי עלואי ואיקום ופרכינן עלה והאמר מר מחלוקת בשעת משא ומתן אבל בשעת ג"ד ד"ה דיינין בישיבה ובע"ד בעמידה והקשו דמאי קושיא דהיה יכול להושיבה כדאמר גבי עד ת"ח דעשה דכבוד תורה עדיף ותי' דאין באשת חבר לאחר מיתה עשה דכבוד תורה עדיף הרי להדיא דס"ל דאף בשעת ג"ד מושיבין את החכם משום דעשה דכבוד תורה עדיף אמנם לי נראה לתרץ קושיית התוס' בדרך אחר דיש להבין דמאי פריך הש"ס דבשעת ג"ד היכי עביד ומאי קושיא הא קי"ל דגומרין את הדין אף שלא בפני בע"ד כמ"ש הסמ"ע בסי' ח"י והש"ך בס"ס י"ג וא"כ דילמא אמר ר"נ הפס"ד שלא בפני אשת רב הונא וצ"ל דקושית הש"ס הוא בדרך שאלה דהיכי עבדינן כשתהי' ג"כ בשעת ג"ד או דהש"ס ידע דאשת ר"ה היתה ג"כ בשעת ג"ד ולפ"ז מתורץ קושית התוס' די"ל דדוקא גבי עדות אמרינן דעשה דכבוד תורה עדיף משום כיון דהת"ח ע"כ צריך לבוא לב"ד להעיד לכך דחי העשה דכבוד תורה עשה דעמידה משא"כ לגבי בע"ד בשעת ג"ד לא דחי עשה דכבוד תורה עשה דעמידה כיון שאין הכרח להת"ח להיות אצל הג"ד דגומרין הדין שלא בפניו א"כ אסור להת"ח להיות אצל הג"ד כדי שלא יצטרך לדחות העשה דעמידה לפני הדיינים כדאמרינן ביבמות דף כ' ע"ב אמר ר"ל כל מקום שאתה מוצא עשה ולא תעשה אם אתה יכול לקיים שניהם מוטב ואם לאו יבוא עשה וידחה ל"ת וכ"כ הרמ"בם בפ"ג מה' ציצית ד"ו דמה"ט אין לעשות חוטי צמר בכסות של פשתן אף שהשעטנז מותר בציצית מפני שאפשר לעשות הלבן שבה ממינה וכ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת וכו' וא"כ ה"נ כיון שאפשר לגמור את הדין שלא בפני

בע"ד אסור לדחות העשה דעמידה בחנם וא"ל דא"כ אף גבי עדות אמאי דחי עשה דכבוד תורה עשה דעמידה הא ת"ח שמחל על כבודו כבודו מחול א"כ אפשר לו למחול על כבודו ולמה דוחה העשה דעמידה וכעין זה אמרינן בכתובות פ' אלו נערות גבי המאנס חייבי לאוין דאינו רשאי לקיימה ולא דחי העשה את הל"ת משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל ופירשו שם דכפינן לה שלא תרצה כדי שלא תדחה הלאו זה ליתא די"ל דעשה דכבוד תורה עדיף טפי שלא כפינן ליה למחול על כבודו אף בשביל מצוה אחרת משא"כ להיות אצל הגמ"ד כיון דאין זה תלוי בכבודו כלל פשיטא דאסור להיות אצל הג"ד לדחות עשה דעמידה זה נ"ל נכון ובאמת נלפענ"ד דאף התוס' והרא"ש שכתבו דאף בגמ"ד מושיבין את החכם היינו לפי הס"ד דש"ס אבל למאי דמשני דיתיב כמאן דשרי מסאני ואמר איש פ' אתה זכאי אף הם מודי' דאף בת"ח צריכין למיעבד כן בכדי שלא לדחות העשה דעמידה ויותר טוב לגמור את הדין שלא בפני בע"ד וכמ"ש ואפשר דאף הרמב"ם והמחבר מיירי דוקא קודם גמר דין וכ"נ מדכתבו ואומרים לע"ה ג"כ שב ואי אמרת דמיירי בג"ד קשה נהי נמי דנאמר דאף בג"ד שייך סתימת טענות הבע"ד מ"מ היכי דחינן נגדו העשה דעמידה בשביל זה וכ"כ מוהרש"א בתוס' שם ודבריו מוכרחים ועוד אמאי נדחה לגבי הע"ה העשה דעמידה הא איכא תקנתא שהבע"ד שניהם יעמודו והדיינים ליתבו כמאן דשרי מסאני א"ו דהרמ"בם והמחבר מיירי קודם ג"ד:

ב אסור לדיין לשמוע. ונראה דה"ה דזבל"א וזבל"א ג"כ אסור לשמוע וכ"כ הכנה"ג בשם הראנ"ח ופשוט:

ג שומע מפי המתורגמן.

ע' ב"י שכתב דדוקא כשיש ב"ד אחר בעיר המכיר לשונם אבל כשאין ב"ד אחר בעיר המכיר לשונם יש לדון ע"פ תורגמן ע"ש וגדולה מזו נ"ל דאף אם אין מתורגמן כלל יש לדון בניהם ע"פ רמיזות ותנועות וכן באלם כשתובע ע"י רמיזות מותר לדיינים לדון דאל"כ לא שבק' חיי לאלם דכ"א יגזול את כל אשר לו ולא יזדקקו לו שום ב"ד וכן מוכח מפרש"י בפ' שבועות הדיינים שכתב אהא דקתני במתניתין אין נשבעין על טענות חש"ו ופרש"י כגון שטענו ברמיזה דחרש שדברו חכמים בכל מקום לא מדבר ולא שומע משמע דוקא בחרש אין נשבעין דחשיב כשוטה וקטן בכל דוכתי אבל באלם שהוא כפקח לכל דבריו אף שטענו ברמיזה נשבעין על טענתו וא"כ ד"ה בלועזים כשאין ב"ד בעיר המכיר לשונם יש לדון ביניהם ע"י רמיזות שוב ראיתי בתשו' הרדב"ז ח"א סי' של"א שהסכים לדברי הב"ח ומסיים שם ומזה הטעם אני אומר דאי ליכא תורגמן כלל שומעים

טענותיהם ע"י רמיזות ותנועות ודנין עליהם ע"ש וכן עיקר וע' בתשובת הרשב"א שהביא הב"י באה"ע בסי' צ"ו בענין שבועת אלמנה שנשתתק' ע"ש:

ד עד שיטעון ויאמר ע"א א"נ עלי. אלא כיון שהבע"ד טוען שהעד אומר שקר ממילא הב"ד פוסקין לו הדין דע"א אינו נאמן אלא דאתא לאפוקי כשע"א מעיד יחידי לא יאמר הדיין ע"א א"נ דבזה נותן כח להבע"ד להכחיש את העד אלא צריך שיאמר לו הרי העיד עליך וכשהבע"ד יכחישו אזי פוסקין לו הדין דע"א א"נ וכן נראין דברי הש"ך בסי' מ"ב סק"ד וכן העלה הרב מוהר"ם בן חביב בספרו כפות תמרי' פ' לולב הגזול בדף ל"ד והאריך שם לישב דברי הטור בזה ע"ש ועיקר:

ה כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים. הב"ח הוכיח מפרק הכותב בעובדא דקריבתא דר"נ דבאדם שאינו חשוב מותר ללמד לקרובו טענות אמת לטעון לפני הדיינים אבל באדם חשוב אסור ומשמע התם בש"ס דמי שאינו קרוב לבע"ד אסור אף באדם שאינו חשוב וע' בתוי"ט בפ"א דאבות במשנה דאל תעש עצמך כעורכי הדיינים שהאריך בענין זה ע"ש ובש"ג פרק הכותב שם בשם ריא"ז כתב וז"ל ומותר להשיאו עצה למחול אם יגיע לו ליורש שום הנאה במחיל' זו ובלבד שלא יהיה המעיין הזה מן הדיינים שאין לו לדיין ללמד טענות ותחבולות לבעלי דינין כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל והביאו הש"ך בפשיטות בסי' ס"ו ס"ק פ"ב ולא ידעתי דמנ"ל לחלק בהכי דמפשטא דמתניתין דאבות דקתני אל תעש עצמך כעורכי הדיינ' משמע דאף שהוא אינו דיין בדבר לא יעשה א"ע כעורכי הדיינים וכן משמע מדברי התוי"ט שם והב"ח דאף לאיש אחר אסור ואפשר דאף הש"ג לא התיר אלא לגבי יורשים וכמ"ש בתשובת מוהרש"ל סי' כ"ד דמצוה להפך בזכות אלמנה ויתומים אף למי שאינו דיין בדבר ע"ש אך מ"מ מלישנא דהש"ס בעובדא דקריבתא דר"נ משמע שלא היה דיין בדבר ואפ"ה אמר עשינו עצמינו כעורכי הדיינים ואפשר דהש"ג מיירי בקרוב להבע"ד ואפ"ה אם היה דיין בדבר אסור ודוחק וצ"ע:

ו הוי טעות בדין וחוזר וכתב הש"ך דהיינו דוקא כל זמן שלא הוציא הדיין הממון אבל אם הוציא הדיין הממון ונתנו לתובע אינו חוזר דהא הטעם שאין לדיין לפסוק יותר משום דאין להוציא ממון מספק וא"כ השתא דכבר הוציא הממון היכי דקיימא ממונא תיקום ע"כ והנה כבר האריך הש"ך בס"ק ט"ו בזה לפרש דברי הריב"ש והרב דלכך אין לדיין לפסוק יותר ול"א דדילמא טועה התובע בדין משום דמספיקא לא מפקינן ממונא ואמרינן דדילמא מחל לו התובע ולכך כשהתובע מוחזק אין מוציאין מידו דיכול לומר לא מחלתי אלא טועה הייתי ולפ"ז היכא דהתובע מודה שכוונתו היה למחילה מוציאין מידו אמנם לי נראה דאף בכה"ג אין מוציאין מהתובע דהנה כבר הארכתי בסי' כ"ב ס"ג

והעליתי מדברי הריב"ש והרמב"ם והמחבר שם דאף במחילה בכה"ג שתבעו בפחות כ"ז שלא נגמר הדין התובע יכול לחזור בו מהמחילה משום דכ"ז שלא קיבל עליו הנתבע לפרוע מה שתבעו התובע אף המחילה צריכה קנין אלא דכ"ז שאינו חוזר בו התובע אין לדיין לפסוק יותר ממה שתבעו התובע ותרצתי בזה קושיית הסמ"ע והש"ך מההיא דרבינא ורוניא ע"ש וא"כ לפ"ז נראה דבשלמא כשעדיין לא הוציא התובע הממון אף שכבר נפסק הדין שצריך ליתן לו יותר מ"מ כיון שעדיין לא חזר בו התובע רק שסומך א"ע על פסק הדיינים חייבים הדיינים להחזיר הדין דהוי טעות בדבר משנה וידונו שאין ליתן לו רק כמו שתבעו בלבד וכשידונו כן היה המחילה הראשונה קיימת דזה הוי גמר דין אמיתי דמה שפסקו מקודם הוי טעות בד"מ דאף שהתובע יכול לחזור בו מ"מ כ"ז שלא חזר בו אין להם לפסוק יותר ממה שתבעו וגם יש בזה משום אל תמנע טוב מבעליו כמבואר בסי' של"ב ס"ב משא"כ כשכבר הוציא התובע הממון ע"פ פסק הדיינים א"כ מה שתבע מקודם בפחות אף שכוונתו היה למחול מ"מ קודם גמ"ד לא היה מהני המחילה ולא נקנה עדיין להנתבע דהא התובע יכול לחזור בו ואף לאחר ג"ד הרי הדיינים פסקו שישלם לו גם המותר א"כ לא כיון הנתבע אז לזכות בהמותר דהא הא דמחילה א"צ קנין הוא משום דהמעות ברשותו וקני ליה רשותו והכא לא כיון הנתבע לקנות ובכה"ג דלא כיון הנתבע לקנות לא קני ליה רשותו כמ"ש התוס' בב"ב דף נ"ד ע"א ד"ה אדעתא ע"ש וכ"ש הכא שקיבל פסק הדיינים וקיבל ע"ע להתחייב ביותר וגם התובע חזר בו מהמחילה כשפסקו הדיינים ביותר מדמיו שתובע דהא הוציא ממנו כל הממון ואף שהוציא ע"פ פסק הדיינים ובטעות מ"מ כ"ז שלא נגמר הדין יכול היה לחזור בו ולא קנה הנמחל ואף שעתה יגמרו הדיינים את דינם ויודיעו לו שטעו בזה מ"מ הא עכשיו אין המעות ברשות הנתבע ובמה יוגמר המחילה ולכך מצי התובע לחזור בו מדבריו הראשונים וא"צ להחזיר הממון ואף לכתחילה לא מצינן להוציא המעות מן התובע כיון שאינו חייב להחזיר ע"פ הדין ובאמת לולי דברי הרב רמ"א היה נ"ל דהיכי שהדיינין פסקו יותר ממה שתבע וקבלו שני בע"ד את הפס"ד שאין לדיינים לחזור הדין דכיון דקודם הג"ד יכול התובע לחזור ועדיין לא נקנו המעות להנתבע עד שיגמר הדין ויסתלקו זה מזה א"כ הכא כיון שהב"ד גמרו את דינם ושישלם לו הכל וקבלו שניהם את דינם הרי חזר בו התובע ממחילתו דהא דמהני ג"ד הוא כיון שעומד במחילתו ונסתלקו זה מזה נקנו המעות להנתבע אבל הכא דבשע' ג"ד פסקו לו יותר הרי הנתבע לא נתכוין לזכות בהמותר והתובע נתכוין לגבות גם המותר א"כ ממילא חזרה הוא אף שפסק הדיינים היה בטעות והחזרה היתה מחמת סמיכה עליהם מ"מ המעות לא נקנו להנתבע ומחילתו

שמקודם נתבטלה עכשיו והא דכתב הריב"ש בסי' רכ"ז שראוי לסתור דינם כיון שפסקו יותר ממה שתבע התובע אין ראיה כלל דהת' משמע דהמעש' היה שנסתלק מדיינים הראשונים וחזרו ודנו לפני אחר ולפניו נתן ג"כ התובע הבריר' אם בחלוק' השכירות אם בחלוקת השנים ולכך יפה פסק דראוי לסתור פסק הראשונים ע"ש שכן משמעות דבריו שם משא"כ הכא אך מ"מ אף לשיטת הרב רמ"א נראה עיקר דהיכא שהוציא התובע כבר הממון אף שמודה שמתחילה היתה כוונתו למחילה אין מוציאין ממנו אף שחזרו הדיינים מדינם אינו מועיל כלל מה"ט דכתיבנא ודוק היטב, ועוד נ"ל לשיט' הש"ך דאף שאין הדיין רשאי לפסוק לו יותר משום ספיקא דדילמא מחל לו מ"מ אם הדיינים פסקו לו יותר ואח"כ חזר התוב' ואומר דמה שתבעו מתחילה בפחות לא היה משום מחילה רק שהיה טועה בדין הדין קיים ונאמן התובע ומחויב הנתבע לפרוע לו וראיה גדולה לזה מהא דאמרינן בפ' א"נ ולקמן סי' רל"ב ס"ב דהמקבל מעות מחבירו בין במכר ובין בהלואה ומצא יתרון בהמעות אם הוא בכדי שאין הדעת טועה דא"צ להחזיר לו דאמרינן במתנה נתנם לו או דאבלע ליה בחשבון ופסקו הרא"ש ורבינו ירוחם והביאם הסמ"ע והש"ך שם דאם בא אח"כ הנותן ואמר טעיתי במנין המעות שנתתי לך דחייב להחזיר לו וכ"כ הבעה"ת בשער מ"ו משום דברי ושמא ברי עדיף בכה"ג והבאתיו בסי' ע"ה ס"ט ע"ש וא"כ כ"ש הכא שנאמן לומר שטע' בדין דלאו כ"ע דיני גמירי ואף בצורבא מרבנן לא גרע מכדי שאין הדעת טועה ואף לשיטת הגמ"ר שחולק שם וס"ל דאין הנותן יכול לתבו' אח"כ מ"מ י"ל דהכא גרע טפי ועוד כיון דהחיוב ודאי וספק אם מחל לו ה"ל כא"י אם פרעתיך דחייב לשלם כשהתובע טוען ברי וה"נ הרי התובע טוען ברי שלא מחל לו רק שטעה בדין משא"כ כשהתובע תובע בסתם פחות ממה שמגיע לו ע"פ הדין אין לנו לפסוק יותר ממה שתבעו דאמרינן דילמא מחל לו ולא מצריכינן להב"ד לברר הדבר ולשואלו אם מוחל לו כמו בנותן לו יותר מכדי שאין הדעת טועה דא"צ לשאול להנותן אם טעה לשיטת הרא"ש ור"י וה"נ הוי כמו שאין הדעת טועה דכיון שתבעו לב"ד מסתמא כל אדם דרכו להרבות בטענות וזכיות לפני ב"ד אף בדברים שאין בהם ממש דדילמא ימצא בהם צד זכות ומדטען בפחות ממה שמגיע לו ע"פ הדין ולא טען יותר מסתמא מחל לו על המותר. וראיתי בס' כפות תמרים להרב הגדול מוהר"ם בן חביב ז"ל בפ' לולב הגזול בדף ל"ד שהאריך בזה להשיג על הש"ך מחמת קושיא זו דאמאי אינו מחויב הדיין לברר הדבר משום השבת אבידה ולשאלו דילמא טועה בדין ומכח זה העל' דבעינן דוקא שהיה הויכוח לפני הדיין ונתפייס בפחות ע"ש והוא הפך ממשמעות דברי הרב בהגה ולפמ"ש לק"מ דזה דמי ממש לנותן לו יותר בדבר שאין הדעת טועה דא"צ

להחזיר לו וא"צ לשאלו כלל אבל באמת כשאח"כ חוזר התובע וטוענו בברי שטעה בדין מחויב לשלם דברי עדיף בכה"ג וכשיטת הרא"ש ור"י וכן נ"ל עיקר לדינא בכ"ז ודלא כמשמעות דברי הש"ך בזה ודוק:

יח

א ילכו אחר הרוב. בתשוב' שבות יעקב ח"א סי' קל"ז כת' בפשיטות דאם יושב חד דגמיר בדין עם תרי דלא גמירי והם רבו עליו הולכין אחריהם וכן משמעו' הפוס' עכ"ד והנה אף דמסתימת הפוס' משמע כן מ"מ הדבר תמוה מאוד דכיון דתלתא דלא גמירי פסילי לדון ובעינן חד דגמיר כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין לרב אחא בריה דר"א דמדאורייתא חד נמי כשר והא דתקנו רבנן ג' משום דא"א דלית בהו חד דגמיר ומיני' למדו הפוסקים דאף לר' אבוהו דמדאורייתא בעינן ג' מומחים מ"מ משום נעילת דלת הקילו בהדיוטו' ואית בינייהו חד דגמיר וא"כ כיון דבתלתא דלא גמירי פסילי לדון אף אם יסכימו כולם לדיעה אחת א"כ היכי דיתבי חד דגמיר ותרי דלא גמירי היכי מצינן למדחי דעת הגמיר ליליך אחר דעת התרי דלא גמירי כיון דפסילי לדון כלל אף אם ג' דלא גמירי יסכימו לדיעה אחת וראיה לזה מהא דפריך הש"ס בפ"ק דסנהדרין לר' יאשיה דיליף דבעינן ג' מומחים מתלתא אלהים ורבי יאשיה ל"ל ב"ד נוטה ופירש"י דאי בעי ב"ד נוטה קרא לאתויי שלישי למה לי' ומאי קושיא דאי משום ב"ד נוטה הוי סגי דהשלישי יהיה גמיר וסביר בלתי סמיכה ומ"מ הוי רובא וכן הרמב"ם בפירוש המשנה ובחיבורו פ"א מה"ס ד"ד פסק כרבי יונתן דבעינן תלתא משום ב"ד נוטה ואפ"ה מצריך ג' מומחין דוקא וכ"כ הרמב"ם פ"א מה"ס ד"ח נחלקו הסנהדרין והוצרכו לסמוך אחד כדי להוסיף על מנינם סומכין מן הראשונה וכו' אלמא דאף לענין להטות אחר הרוב כיון דגזה"כ דבעינן מומחין הסמוכין דוקא לא מהני הכרעת דיין שאינו סמוך דא"כ יוגמר הדין באינן סומכין וא"כ ה"נ לענין הדיוטות כיון דהני דלא גמירי פסילי לדון האיך יוגמר הדין בהני דפסילי לדין לדון אחר דעתם וע' בחי' הרמב"ן פז"ב שנחלק שם עם רב האי גאון דרב האי ס"ל דאם נחלק ב"ד שהם ג' אחד אומר כך ושנים אומרי' להפך אם הם שוים בחכמה הולכין אחר הרוב ואם אינם שוים שהאחד עדיף מן השנים הולכין אחר מי שנותן טעם לדבריו והרמב"ן ס"ל דאף אם אינם שוים הולכין אחר הרוב ע"ש מ"מ בכה"ג דנחלקו חד דגמיר עם תרי דלא גמירי כלל דפסילי לדון בפ"ע אף הרמב"ן י"ל דמודה דדעת ע"ה אינה דיעה כלל שוב מצאתי בס' החינוך להרא"ה במצוה ע"ח לנטות אחר הרוב שכתב ובתורת רוב זה לפי הדומה הוא כששני הכיתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה שאין לומר שכת

חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפי' כיוצאי מצרים אבל בהשוית החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדיעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המועט וכו' ע"ש משמע להדיא דאף בדיני ממונות דסגי בהו חד דגמיר כמ"ש הוא בעצמו במצוה ע"ז מ"מ לא תכריע דעת הרוב הדיוטות דלא גמירי דפסילי לד"מ את דברי הגמיר דכשר לדון ד"מ וכן עיקר אך יש להקשות לפ"ז דהא מוכח בש"ס מהא דפריך ורבי יאשיה לית ליה ב"ד נוטה דהיכא דבעינן ב"ד נוטה ולא היה כן אף בדיעבד שהסכימו שניהם לדיעה אחת הדין בטל דאל"כ מאי קושיא דילמא הא דגלי קרא דבעינן תלתא אלהי' כדי לבטל את הדין אף בדיעבד אם לא היו שלשה ומשום הכי נמי קי"ל דשנים שדנו אין דיניהם דין אף דאנן קי"ל כרבי יונתן דבעינן ג' משום ב"ד נוטה וא"כ קשה היכי הכשירו חז"ל בתלתא הדיוטות דאית בהו חד דגמיר הא לא הוי ב"ד נוטה דהא אם שנים דלא גמירי יחלקו עם הגמיר לא יהיה מכריע ביניהם והדין בטל וכן אם ישבו בדין שני גמירי וחד דלא גמיר אם יחלקו הני תרי דגמירי מן הסברא דהחד דלא גמיר לא תועיל הכרעתו ביניהם וא"כ לא הוי ב"ד נוטה וצ"ל כיון דחז"ל הקילו דסגי בחד דגמיר אף דמדאורייתא בעינן ג' מומחין מ"מ משום נעילת דלת הקילו בזה דליסגי בחד דגמיר ה"נ אף דלא הוי ב"ד נוטה בכה"ג מ"מ הקילו בזה משום נעילת דלת ומ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין אף דהא דבעינן תלתא הוא משום ב"ד נוטה מ"מ כל דתיקון רבנן כעין דאוריית' תקנוהו וכיון דמדאוריית' בעינן תלת' דוקא משום ב"ד נוטה ושנים שדנו אין דיניהם דין אף דחז"ל הקילו בחד דגמיר מ"מ לא עקרו דינא דאורייתא בזה דשנים שדנו אין דיניהם דין דכעין דאורייתא תקנוהו כנלפע"ד ודע דלפי מה שהוכח' דהיכא דבעינן ב"ד נוטה אף בדיעבד אין דיניהם דין א"כ אם ישבו ד' או ו' דיינים לדין הדין בטל אף בדיעבד וכן משמע להדיא מפירש"י גבי ור' יאשיה ל"ל ב"ד נוטה דכתב רש"י לדידיה ד' או ו' כשרין הרי להדיא דלמ"ד בעינן ב"ד נוטה אף ד' וו' פסולין אף בדיעבד ואל תשיבני מלשון הרא"ש פאד"מ והטור סי' כ"ה שכתבו ואם היו ארבע' וגמי' דינא בתלתא וטעו דמשלמי' הכל ע"ש הרי להדיא דד' דיינים שדנו הדין קיים בדיעבד וליכא למימר דהתם מיירי בקבלום עליהם דהא הרא"ש והטור שם ס"ל דבג' דיינים וקבלו' פטורים מלשלם דהוי אונס וכ"ש בד' ודוחק לומר דארבעה גריעי טפי כיון דפסולים לדון משום דלא הוי ב"ד נוטה הוי כיחיד וקבלוהו דהתם משמע דעיקר הטעם דיחיד חייב משום שהגיס דעתו לדון ביחידי וא"כ ב"ד וקבלוהו מיפטרי אך אי משום הא לא איריא די"ל דהרא"ש והטור מיירי שא"א לחזור הדין כגון שהבע"ד הלך למד"ה או שאין להם לשלם ולכך משלמים הדיינים דאף דהדר דינא משלמים מד"ג לשיטתם שם ע"ש אבל מ"מ היכא שהבע"ד לפנינו ודנו בארבע' הדר

דינא ותמיהני מסתימת הפוסקים בזה אך מ"מ לפי שיטת הרמב"ם בפ"ב מה"ס דפסק כרב אחא דמדאורייתא חד נמי כשר בדין ד"מ אלא הא דתקנו חז"ל ג' משום דאי אפשר דלית ביניהו חד דגמיר ואלמוה לתקנתם דשנים שדנו אין דיניהם דין כמ"ש הכ"מ שם בשם הרשב"א א"כ י"ל בד' דיינים כשר בדיעבד דהא בד' כ"ש דאית בהו חד דגמיר ולא שייך בזה גזיר' דיושבי קרנו' ומשום ב"ד נוטה לא מיפסלי כיון דא"צ ב"ד כלל דהא מה"ט סובר שמואל דשנים שדנו דיניהם דין דלא שייך ב"ד נוטה כיון דא"צ ב"ד כלל אלא דהרמב"ם סובר דמ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין משום כיון דתקנו חז"ל ג' משום גזירה דיושבי קרנות אלמוה חז"ל לתקנתן אבל בד' וששה דלא שייך גזירה דיושבי קרנות דהא כ"ש דבהו ודאי איכא חד דגמיר ודאי דדיניהם דין ואף לכתחיל' מותר ובזה מתורץ מה שדקדק הסמ"ע בסי' ג' ס"ק י"א על הרמב"ם שם ע"ש אך לפי מה שהסכימו רוב הפוסקים כר' אבוהו דמדאורייתא בעינן ג' אף בד"מ אף ד' וו' דיינים שדנו אין דינם דין כיון דליכא ב"ד נוטה ואי לאו דמסתפינא הוי אמינא מילתא חדתא דאף דקי"ל דיחיד מומחה דן יחידי מ"מ שני מומחין שדנו אין דיניהם דין דהא הטעם דיחיד מומחה דן יחידי אף דקי"ל דמן התורה בעינן ג' מומחין הוא משום דחז"ל תקנו דיחיד מומחה עומד במקום ג' הדיוטות וכמו שהקילו בג' הדיוטות כן הקילו ביחיד מומחה כמ"ש התוס' בפ"ק דסנהדרין דף ה ד"ה ואם היה יחיד מומחה ע"ש וא"כ י"ל דדוקא ביחיד מומחה הקילו חז"ל דלא שייך לומר בעינן ב"ד נוטה דהא דן יחידי ומי יחלוק עמו ולכך עומד במקום ג' הדיוטות משא"כ בשני מומחין כיון דשני הדיוטות או ד' הדין בטל משום דלא הוה ב"ד נוטה ה"ה בשני מומחין הדין בטל בין מדאורייתא ובין מדרבנן דחשיבי כשני בתי דינים והוי כששה דיינים שהדין בטל כיון דליכא ב"ד נוטה אך אף שהסברא נכונה מאד מ"מ מדברי הרי"ף מבואר להיפך שכתב בפ"ק דסנהדרין ת"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהם דין ה"מ בשאינן מומחין ולא קבלינון בע"ד עלייהו אבל אי הוו מומחין או קבלינון בע"ד עלייהו הוי דיניהם דין ואפי' חד מומחה דינו דין ע"כ הרי להדי' דאף לרשב"ג בשני מומחין דיניהם דין אך מדברי הרי"ף אין הכרח כ"כ די"ל דאזיל בשיטת הרמב"ם דמדאורייתא אף יחיד הדיוט סגי ומ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין דאלמוהו רבנן לתקנתייהו וא"כ כיון דלא בעינן ב"ד לא בעינן ב"ד נוטה כלל אך הטור בסי' כ"ה כתב וכן הדין ביחיד או שני' מומחין ולא קבלו עליהם ולא נקיט רשות מר"ג וטעו בשיקול הדעת מה שעשו עשוי וישלמו מביתם אלמא דס"ל דבשני מומחין מה שעשו עשוי אף דהרא"ש פסק בפ"ק דמדאורייתא בעינן ג' מומחין דוקא כמ"ש הש"ך בר"ס ג' והדבר צריך תלמוד:

ב אם **ג'** מזכים ושני' מחייבים זכאי. בסי' כ"ה ס"ב מבואר בהגה דאף שאין הרוב מסכימי' מטע' אחד חשיב רובא וע' ש"ך שם ס"ק י"ט ומ"ש בזה בסי' ל' סק"ד ע"ש:
ג יוסיפו עוד דיינים. ובטור כתב יוסיפו עוד הדיינין וכתב הפרישה דגם כאן ההוספה הוא שני דיינים ואגב בא ללמדנו שהדיינים עצמן מוסיפין עליהם מי שירצו הם ושאינו תלוי בדעת הבע"ד כמ"ש בסי' י"ג בדין זבל"א ע"כ אך הר"ן בחידושיו בפאד"מ במתני' דד"מ מחזירין בין לזכות בין לחובה כתב להיפך שדין יוסיפו הדיינים אינו אלא לדעת הבע"ד דכשקבלו עליהם אלו הג' דיינים ואמר הא' א"י בטלה קבלתם ושוב אין להם לדון ולהוסיף מכח אותה קבלה אלא בקבלה אחרת ואצ"ל בשקבלו לדון בשני' שאמר אחד מהן א"י בטלה קבלתם ואין לומר בו שיוסיפו דיינים או שיעיינו אחרי' בו באותו הדין עכ"ד משמע דאף מן השנים הנשארים יכול לחזור בו ולדון לפני שלשה אחרים ועמ"ש סימן י"ג סק"ב:

יט

א הרי הוא מכלל הולך רכיל מגלה סוד. וכתב הב"ח בשם מוהר"א שטיין דבכלל זה נמי שלא יאמר אחד להנדון הדיין עשה לך שלא כדין במה שחייב אותך וכתב עליו הכנה"ג דהיינו דוקא כשאחד אומר כן לנדון מעצמו בלי שאל' הנדון אבל אם הנדון שואלו ורואה זכות לזה הנדון והדיין טעה באופן דמצי למיהדר אין בזה שום איסור ונראה דאשתמיט להכנה"ג דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' קנ"ד סי"א שפסק שם בדיינים שפסקו לשמעון להרחיק בנינו מנגד חלון ראובן וטעו בדין ושמעון כבר הרחיק בנינו שמצוה לומר לשמעון שאינו מחויב להרחיק דהשבת אבידה היא וטעו בדבר משנה וחוזר הדין ומשמע להדיא בתשו' הרא"ש שם כלל צ"ט דאף דשמעון לא שאל כלל אם טעו הדיינים מצוה לומר לו משום השבת אבידה' בדבר דאפשר למיהדר לכך נ"ל דמוהר"א שטיין מיירי בגוונא שאין הדין חוזר כגון טעות בשיקול הדעת וכיוצא בו דא"א למיהדר הדין אבל בדבר דמצי למיהדר מצוה לומר להנדון בכל גווני משום השבת אבידה:
ב ומדבריה' יצא פ' זכאי. בתשוב' מבי"ט ח"א סי' קע"ב וקע"ג נחלק עם הרב"י דדע' הרב הב"י דאותו דיין שהרוב כנגדו מחויב לחתום א"ע בהפס"ד ודעת המבי"ט דא"צ לחתום א"ע והרדב"ז הכריע שם דאם מניעת חתימתו גורמת לבטל הפסק מחויב לחתום ואם אינה גורמת לבטל הפסק א"צ לחתום במאי דלא ס"ל ונ"ל דהלכה כדברי המכריע ועוד נ"ל דהיכא דע"י מניעת חתימתו יתגל' שלא הסכים בהפס"ד יש לו לחתום בכדי שלא

יהיה בכלל הולך רכיל מגלה סוד אבל היכי דמצי לאשתמוטי שלא לחתום ולא יוודע שלא הסכי' בהפס"ד עדיף טפי שלא לחתום במאי דלא ס"ל נ"ל:

כ

א ואפילו אם פרע כבר כ"ז שמביא ראיה סותר הדין. יש לי מקום עיון באחד שתבע לחבירו בספק ע"פ עדים והשיב הלה איני יודע והוצרך לשלם בב"ד ע"פ עדים הללו ואח"כ הביא הנתבע עידי הזמה שמזימים לעדי' הללו או יורשים שתבעו מן היורשי' בשטר בב"ד ופרעו להם ואח"כ באו עדי' שהשטר פרוע מאביהן נראה דבכה"ג פטורין מלהחזיר המעות ויש לדמותו להא דאמרינן במסכ' כריתות דף כ"ד אמר רבי כרוספדאי אמר ר"י שור הנסקל שהוזמו עידיו כל המחזיק בו זכה בו אמר רבא מסתבר' טעמי' דר"י כגון דאמרי ליה נרבע שורו אבל אמרו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידע דלא רבע וטרח ומייתי עדי' ולא מפקר לי' ופריך עלה מר"ל ושני לה ע"ש וכ"פ הרמב"ם בפי"א מה' נ"מ ובפ"ד מה' עכו"ם אלמא דהיכי דנגמר דינו בב"ד ע"פ עדים והנתבע לא ידע אף שנתברר אח"כ ע"פ עדי' שהוא שקר מ"מ איאושי מייאש לה כבר ומפקר לה וזכה הזוכה בו מתורת הפקר וא"כ ה"נ כשהנתב' אינו יודע אם חייב לו או לא והוצרך לשל' בב"ד ע"פ עדים בשעת הפרעון איאושי מייאש מיניה ומפקיר המעות וזכה התובע בהמעות מתורת הפקר ואף שהתובע נתכוין לזכות בו מחמת שהיה סובר שמגיע לו ע"פ הדין מ"מ כיון שנתכוין לזכו' בו זוכה בו מתורת הפקר כמ"ש הרא"ש בתשובה והביאו הטור בס"ס רנ"ו ובש"ע ס"ב לענין מתנת ש"מ שנתן הגר ע"ש ועוד דחצירו וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו בדבר שאם היה יודע שהוא הפק' היה רוצה לזכות בו כמ"ש התוס' בפחז"ה דף נ"ד ד"ה אדעתא ע"ש וליכא למימר דבשלמא שור הנסקל כיון דאסור בהנאה הרי אפקריה לכ"ע משא"כ הכא הרי לא הפקיר המעות אלא לגבי התובע ולא לכ"ע ולא הוי הפקר דבעינן הפקר לכ"ע לעניים ולעשירים א"ו כיון דאיאושי אייאש מיניה לגבי התובע הרי אפקריה לכ"ע דאותו אחר רשות בידו לעשות בו כל מה שירצה וכאלו אפקריה לכ"ע דמי וראיה לזה מדברי רבינו אפרים שהביא הרא"ש בס"פ הגוזל בתרא שפסק באחד ששלח עם חבירו מעות לשלם לכותי ושכחן הכותי דזכה בו השליח משום דכיון דנתנו בכדי ליתנו לכותי הרי איאושי מייאש וזכה השליח מן ההפקר והביא ראי' מההי' דשור הנסקל שהוזמו עידיו ועד כאן לא פליג עליו מוהר"ם שם אלא דהתם כיון שיש ביד המשלח לחזור וליטלם ממנו לא הסיח דעתו מן המעות כיון שיש לו עדיין זכות בהם ולא אפקרי' משא"כ הכא שהסיח דעתו מהם לגמרי ע"פ עדים הוי הפקר גמור

וזכה בהם התובע מתור' הפקר דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו אמנם לפעד"נ דהאי דינא דכריתות תליא בפלוגתא דהנה בב"מ דף ס"ו ע"ב אמרינן אמר ר"נ השתא דאמרת אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי ופריך הש"ס למימרא דסבר ר"נ מחילה בטעות לא הוי מחילה והא אמר ר"נ גבי המוכר פירות דקל לחבירו דלא קנה ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומשני התם זבינא הכא הלואה ופירש"י דמחילה בטעות הוי מחילה והכא שאני דהוי הלואה והוי ריבית קצוצה והקשו התוס' דהא בכמה דוכתי מוכח דמחילה בטעות לא הוי מחילה ופיר"ת דה"פ דהכא זבינא ואמרי' מסתמא ניחא ליה ולא הוי מחילה בטעו' דאמרי' מסתמא ניח' ליה דליקום בהימנותא ואף אי הוה ידע לא היה חוזר בו משא"כ הכא גבי הלואה הוי מחילה בטעות דאמרינן אי הוה ידע דאסמכתא לא קניא לא היה מניחו לאכול וכן פירשו התוס' התם הא דעביד רבינא עובדא וחשיב ואפיק פירי הוא משום דהוי מחילה בטעות וא"כ לשיטת התוס' קשה אמאי אמרינן גבי הלואה דהוי מחילה בטעות נהי נמי שהמחילה בטעות היתה מ"מ כיון שהיה סובר שהדין כך הוא א"כ איאושי קמייאש מיניה וזכה בו אידך מההפקר א"ו דר"נ ורבינא דפא"נ לא ס"ל כר"י דכריתות אך לפירש"י והרי"ף והרמב"ם פ"ו מה"מ דס"ל דטעמא דהלואה משום דאיסורא הוא ומחילה בטעות הוי מחילה ושאני כל הני דמחילה בטעות לא הוי מחילה משום דלא ידע דמחיל כמו באונאה משא"כ גבי אסמכתא ופירות דקל ידע דמחיל כמ"ש הרא"ש לשיטתם וברמזים מבואר יותר דיש חילוק היכי דידע דמחיל אלא שאינו יודע הדין וסובר דזוכה בדין הוי מחילה משא"כ היכי דסובר דשלו הוא ובאמת אינו שלו כמו אונאה לא הוי מחילה א"כ י"ל דלפי שיטתם באמת זה הוא טעמא דמחילה בטעות הוי מחילה משום דאיאושי מייאש מיניה והוי הפקר משא"כ גבי אונאה וכיוצא בו לא שייך הפקר כלל דהא לא הפקיר מידי דסבר שהחפץ שוה כמו כל הדמים שנתן ולא הפקיר מידי דסבר דשלו בידו הוא ועוד דבאונאה תמיד דעתיה עלויה אם טעה אם לאו ומה"ט אינו חוזר אלא עד כדי שיראה לתגר ואם לא הראה מחל לו כמ"ש הרא"ש פ' הזהב ולא מייאש מיניה ודוק שוב מצאתי בהג"א שם ממוהרי"ח שמיישב ג"כ דעת רש"י דטעמא הוא משום דאיאושי מייאש מיניה וזכה ביאוש בעלי' משא"כ גבי אונאה דלא הפקיר מידי דסבר דשלו בידו הוא אבל היכא שנותן ממונו לאחר אלא דטעה וסבר שזכה בדין אף שהאמת אינו כן מ"מ זוכה בו אידך מטעם יאוש והפקר וסוגיא דכריתו' סייעתא לזה וכבר מבוארי' שיטות אלו בסי' ר"ז ס"י בהגה ועדיין אני נבוך בכ"ז וצ"ע היטב ועיין בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' ק"ב ומ"ש בסי' כ"ה סק"ב וס"ק י"ז ע"ש:

ב אבל יורש שהיה קטן וכו' שאין היורש קטן יודע כל ראיות מורישו. ונראה פשוט דה"ה בלוקח שדה מחבירו ובא בע"ח של המוכר לטרוף ממנו בשטר שבידו ואמר הלוקח אין לי עדים וראיה ואח"כ הביא הלוקח עדים שהשט"ח הוא פרוע דמקבלין עדותן דדין לוקח כדין יורש שאין הלוקח יודע בראיות של המוכר לו אם לא שהלוקח הוציא הראיה מתוך אפונדתו או שתיכף כשנתחייב בדין אמר קרבו פ' ופ' והעידוני דניכר שהיה יודע הראיה מקודם ומה מאוד תמיהני על דברי התוס' בפ"ק דמציע' דף י"ד ע"א גבי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריו' ובא בע"ח דראובן וקא עליף לה מיניה דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה והקשו התוס' שם תימה מאי נ"מ דהא כל מה שיוכל לטעון ראובן טוענין לשמעון דטוענין ללוקח ותי' דנ"מ אם אמר שמעון אין לי עדים ואין לי ראיה ואח"כ מצא עדים או ראיה שהוא א"י להביא דאין הלכה כרשב"ג בראיה אחרונה וראובן יביאם עכ"ל והוא תמוה מאוד דמה חילוק בין לוקח ליורש כי היכא דביורש אמרינן דלא ידע במילי דאבוהו ונאמן להביאם אח"כ כ"ש בלוקח דאמרינן דלא ידע במילי דמוכר ואמאי לא יהא יכול להביאם אח"כ וליכא למימר דמיירי שהלוקח הוציא הראיה מתוך אפונדתו או שאמר קרבו פ' ופ' והעידוני שבודאי ידע בהן מקודם ולכך א"נ להביאם אח"כ דא"כ קשה למה כתבו התוס' דאין הלכה כרשב"ג בראיה אחרונה הא בהוציא ראיה מתוך אפונדתו וקרבו פ' ופ' והעידוני אף רשב"ג מוד' דא"י להביאם אח"כ כדמוכח בס"פ ז"ב דאמרינן והדר קאמר קרבו פ' ופ' והעידוני אתאן לרשב"ג ע"ש ואולי כוונת התוס' הוא דשמעון וראובן טוענים שההלואה היתה אחר המכירה ודבר זה יודע שמעון כמו ראובן וזה דוחק גדול וצ"ע עוד יש לתמוה ולהקשות על דברי התוס' בעיקר הדין אם נאמר דמיירי שהוציא שמעון הראיה מתוך אפונדתו מ"מ קשה הא עיקר הטעם דבהוציא ראיה מתוך אפונדתו א"י להביאה הוא משום כיון דאמר מקודם אין לי ראיה הרי הודה שהראיה אינה אמת וא"כ מאי מועיל הא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה הא כיון דבע"ח דראובן הוציא שטר לפנינו על ראובן וכל נכסיו משועבדים בו לטרוף מן הלקוחות וא"כ כיון דהוי כהודה שמעון הלוקח שהעדים והראיה של ראובן הוא שקר א"כ יכול הבע"ח של ראובן להוציא הקרקע מיד שמעון ומה מועיל מה דמשתעי ראובן דינא בהדיה כיון דלפי הודאת שמעון מגיע הקרקע לבע"ח של ראובן והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ולישב זה צ"ל דהתוס' ס"ל דזה דמי להא דאיתא בפ' יש בכור ומבואר לקמן בס"ס מ"ט ביוסף בן שמעון שלקח שדה מיב"ש אחר אין אחר יכול להוציא שט"ח ולגבות מן הלוקח בממ"נ דאם הוא הלוה הרי חייב לשלם ואי יב"ש האחר הוא הלוה הרי טורף ממנו מדין לקוחות משום דשעבוד לקוחות מתורת ערב היא דנכסיה

דבר אינש אינון ערבין ביה וקי"ל דאין נפרעין מן הערב תחילה וא"כ אין המלוה יכול לגבות מן הערב אלא במקום שיכול לגבות מן הלוה עצמו והכא כיון שא"י לגבות מן הלוה בעצמו שיכול לדחותו אצל יב"ש האחר א"י לגבות אף מן הלוקח אלמא אף שזה שלקח מיב"ש האחר מודה שהאחר חייב לו מ"מ כיון שא"י לגבות מיב"ש האחר בעצמו א"י אף לגבות ממנו מתורת שיעבוד וא"כ ה"נ י"ל דבשלמא שמעון בעצמו אינו יכול להביאם לפני הב"ד כלל כיון שהודה בעצמו שהעדים שקרי' הם אבל כשראובן משתעי דינא בהדיה ויפטור עצמו בהם כיון שהוא בע"ד דידיה שוב ממילא אינו יכול לגבות משמעון מתורת שיעבוד כיון שאינו יכול לגבות מן הלוה בעצמו אך מ"מ אכתי קשה מהא דכתב הרב רמ"א בסי' קכ"ט ס"ח בהגה דאם הלוה כופר בהלואה והערב מודה שלוה דהערב **חייב לשלם** וא"כ בע"כ צריך ליישב דלא תיקשי מההיא דלקח יב"ש שדה מיב"ש חבירו דאין האחר יכול לגבות ממנו אף דהוי כמו שהלוה כופר והערב מודה דהא ע"כ צריך יב"ש הלוקח לומר שחבירו לוה והוא הקונה דהוי כערב מודה והלוה כופר ואפ"ה פטור מלשלם וע"כ צ"ל כמ"ש הרב בתומים ס"ס מ"ט לישב זה דהטעם הוא כיון שאינו ניכר בשטר איזה יב"ש הוא הלוה ה"ל כמלוה ע"פ ואינו טורף ממשועבדים אף שהאמת הוא שלוה ומכח זה השיג על הש"ך שם ודבריו נכונים ומוכרחים וא"כ הדרא קושיא לדוכתא דהא הכא בע"ח דראובן טורף בשטר מעליא רק שראובן הביא עדים שהשטר פרוע וא"כ כיון דשמעון הלוקח מודה דעדי' שקרים הם חייב לשלם דהוי כלוה כופר והערב מודה דחייב לשלם ואפשר דהתוס' לא ס"ל האי דינא דאי הלוה כופר והערב מודה דחייב הערב לשלם וא"כ לדידן דקי"ל בסימן קכ"ט דהערב חייב לשלם דברי התוס' צ"ע לדינא:

כא

א שהיה אנוס באותו היום. הב"ח הקשה מהירו' דקדושין דאיתא התם באמר לה מקדש אני לך על מנת להכניסך ליום פלן ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי כלום ואירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד ואין טענת אונס ולא הוי קדושין ור"ל פליג ומסתמא הלכה כר"י ותי' הש"ך ע"פ דברי הר"ן בפ' האומר דדוקא גבי קדושין דתלי בדע' האשה ס"ל לר"י דלא מהני טענת אונס דאונס רחמנא פטריה אמרינן אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן והאשה לא נתקדשה לו אלא דוקא בתנאי שיבוא ביום פלוני ויכניסנה ואף שלא בא מחמת אונס מה לה באונסו מ"מ היא לא רצתה להתקדש אלא באופן זה ומכח זה העלה הש"ך דה"ה בתנאי שדוכין היכא שלא נתקיים התנאי מחמת

אונס מ"מ נתבטלו השדוכין דחבירו לא עשה השידוך אלא בתנאי זה דוקא והשיג בזה על הט"ז בי"ד ס"ס רל"ו כאשר האריך בספרו נקה"כ שם ע"ש והנה הדברים האלו נכונים מאוד בטעמן אך דיש להקשות ע"ז ממ"ש הרב רמ"א באה"ע ס"ס קי"ח בשם י"א דאם לא מתו הבן או הבת אלא נהרגו או נשתמדו לא שייך בזה דין נדונית חתנים ואפי' לא נתן האב צריך ליתן והיינו אף שפסק ר"ת בנדונית חתנים שלא גבה החתן א"צ האב ליתן כשמתה בתו משום דאומדנא דמוכח הוא דלא נתחייב אלא דוקא כשתהנה בתו ממנו היינו דוקא במתה אבל כשנהרגה דאונס דלא שכיח הוא ולא אסיק אדעתיה אונס כזה ואפי' התנה בפי' כשתמות בתו יחזיר לו הנדן לא מהני משום דהריגה לא נכלל בתנאי זה ודברים אלו הם מפסקי מוהרא"י סי' רס"ז בשם תשובת הרא"ש והא התם נמי האב לא נתן הנדוניא אלא בתנאי זה שתהנה בתו ממנו וא"כ מאי מהני מה שנהרגה דהוא אונס דלא שכיח דהא מ"מ האב לא התחייב א"ע אלא בתנאי זה דוקא שתהנה בתו ממנה והנה בפסקי מוהרא"י שם הביא ראיה לשיטה זו מפ' מי שאחזו ומבואר לקמן בסי' רצ"ה ס"ג בלוקח קרקע והתנה עם המוכר שכל אונס שיולד בזה הקרקע יהיה המוכר חייב לשלם אפילו אם בא כותי וגזלה חייב לשלם אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה וכו' ה"ז פטור דכיון דאונס שאינו מצוי הוא לא עלה על לב זה המוכר דבר זה בעת התנאי והנה לכאורה גם משם קשה לשיטת הר"ן והש"ך דהא התם הלוקח לא נתן המעות אלא דוקא כשהאחריות יהיה על המוכר ומה מהני מה שהוא אונס דל"ש אך זה לק"מ דהא התם זה התנאי לא היה בענין המכירה דהא אף כשיגזלו השדה ממנו לא נתבטל המכירה דהא א"צ להחזיר הפירות שאכל להמוכר רק שלא רצה ליקח ממנו עד שהמוכר יתחייב א"ע באונס השדה אף שרוב המוכרים אינם מקבלים אחריות זה ולכך אמרינן כיון דהוא אונס דל"ש לא נתחייב המוכר בהתנאי הלזה דהא לא אסיק ליה אדעתיה כלל אבל בקדושין כיון דהיא לא רצתה להתקדש לו אלא בתנאי שיכניסנה ליום פ' הרי גילתה דעתה שאינה רוצה להתקדש אלא בתנאי זה דוקא ומה לה באונסו היא לא רצתה להתקדש אלא באופן זה דוקא אך מנדונית חתנים הקושיא במ"ע דהא האב לא נתחייב בהנדוניא אלא ע"מ שתהנה בתו ממנה וא"כ אף שאירע לה דלא אסיק אדעתיה כלל מ"מ הוא לא נתחייב אלא באופן שתהנה בתו ממנו וצ"ל דמ"מ יש חילוק בין אונס דשכיח קצת לאונס דלא שכיח כלל כיון דלא אסיק ליה אדעתיה כלל אף במחייב א"ע לא נכנס הדבר הזה בהתנאי כלל וחייב לשלם בכל גווני וא"כ אף בתנאי שדוכין נמי אם אירע אונס דל"ש כלל לא נתבטל השידוך בזה אך באמת דבר זה הוא מוקצה מן הדעת לחלק בין אונס דשכיח קצת לאונס דל"ש כלל דמחייב א"ע על תנאי

וכ"כ מדברי הירושלמי פ' מי שאחזו הביאו בחידושי הרשב"א שם חד בר נש אקדים פריטי לאלפא ונגב נהרא ופליגי התם אמוראי אי הספן מחויב להחזיר המעות שנטל ותלו ליה בפלוגתא דר"י ור"ל דלר"י צריך להחזיר המעות דאין טענת אונס והנה לפי דברי הר"ן צ"ל דהתם נמי שייך סברא זו דזה האיש לא נתן המעות להספן אלא בתנאי שיעבירו דוקא ומה לו להשוכר באונסו של הספן והנה בפ' מי שאחזו מבואר דסכירת הנהר הוי אונס דל"ש כלל ואפ"ה ס"ל להירושלמי דלא מהני טענת אונס בהתחייבות כלל ודוחק לחלק בין סכירת נהר לנגב נהרא ואפשר לומר דהירושלמי לא ס"ל לחלק בין אונסא דשכיח ללא שכיח כדס"ל לקצת אמוראי בש"ס דילן כן אבל לש"ס דילן יש חילוק בין אונס דשכיח לל"ש אף דמחייב א"ע שוב מצאתי בתשובת רבינו הב"י בחלק אה"ע סימן ג' שהביא בשם הריב"ש בחידושיו דס"ל דכל היכא שנתבטל התנאי מחמת אונס המעשה בטל ואפילו באונס דל"ש כלל והביא ראיה ממתניתין דגיטין ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא או שתניקי את בני ומת האב או הבן אינו גט ולא אמרינן דהוי גט כיון דאנוסה היא וגם לא מפלגינן בה בין מת האב לנפל עליו הבית דהוי אונס דל"ש כלל אלמא דכל דנתבטל התנאי באיזה ענין שיהי' לא מהני דלא גירש אלא בתנאי זה דוקא ע"ש הרי להדיא דלסברת הר"ן והריב"ש אף באונס דל"ש כלל לא מהני במחייב א"ע על תנאי וזה היפך מדברי הפסקי מוהרא"י ותשו' הרא"ש בנהרגה הבת לענין נדונית חתנים דמה חילוק בין נותן ע"מ שתהנה בתו או במגרש ע"מ שתניקי את בני ונהרגו או נפלו מן הגג ולדברי הש"ך כאן שהסכים לשיטת הר"ן אם באנו להסכים אליו דברי הרא"ש ומוהרא"י בנדונית חתנים בע"כ צריכים אנו לחלק בין אונס דשכיח קצת ללא שכיח כלל וצ"ע וע' בתשו' הרב מוהר"ש הלוי שהובא בתשו' ב"י שם שחולק על הר"ן ופוסק כר"ל אך בתשו' מוהר"ל בן חביב סי' ק"כ נדחק ליישב דברי הר"ן בזה ע"ש:

ב ה"ז פטור מקנין זה. וכתב הסמ"ע פי' דה"ל כאלו לא קנה בקנין מעולם ואפילו עבר ממנו האונס ולא בא מיד יבא כשירצה וישבע והט"ז כת' דדין זה תלי' בפלוגת' הרשב"א והרא"ש שהביא המחבר דעתם בי"ד סי' רכ"ח סמ"א בנשבע לעשות דבר ביום פ' ועבר היום ולא עשה דלהרשב"א אחר שעבר היום עברה השבועה ממנו ולהרא"ש ה"ל כאומר ליום פ' ועדיין השבועה רובצת עליו לאחר האונס כמ"ש בי"ד שם דבזה פליגי וכיון דלא נתברר הלכ' כדברי מי א"כ בחלוקה הראשונ' שיהא חבירו נאמן ליטול יכול זה לומר קים לי כהרשב"א דהקנין בטל אחר יום פלוני כיון שהיה בו אונס אבל בסיפא שיפטר חבירו כיון שזה בא ליטול ולישבע יכול שכנגדו לומר קים לי כהרא"ש וכיון שלא באת אחר האונס נפטרתי כיון שהקנין רבין עליו עכ"ל ולפענ"ד דבריו תמוהים

לפי מה שהביא הט"ז עצמו בי"ד סימן רכ"ח סק"נ דברי תשובת הרא"ש דעד כאן לא ס"ל דהשבועה חלה עליו אף לאחר הזמן אלא דוקא דנשבע לפרוע לחבירו ביום פלוני שהדבר חוב עליו אף בלא"ה והזמן אינו אלא לזרז עליו הפרעון לכך אף שעבר הזמן אמרינן שהשבועה חלה על גוף הפרעון וחייב לפרוע אף אחר הזמן מכח השבועה אבל בנשבע לעשות דבר ביום פ' מה שאינו חייב עליו בלא שבועה דמיא לנשבע שיאכל ככר זה היום ועבר ולא אכלה שעבר על השבועה ואינו מחויב עוד לאכול אותו הככר ע"ש וא"כ ה"נ בסיפא שקבל עליו בקנין שביום פ' יבוא לישבע וליטול הרי קיבל עליו דבר שאינו חייב בו דהא אין הנתבע יכול להכריח להתובע שישבע תיכף ויטול ואדרבה הדבר הוא ביד התובע דמתי שירצה רשות בידו לישבע וליטול וא"כ כשקיבל עליו בקנין לישבע ביום פלוני ויטול ואירעו אונס שלא יכול לקיים הקנין שוב אין הקנין חל עליו לאחר הזמן ונשבע ונוטל מתי שירצה כמו נשבע לאכול ככר זה היום ועוד נ"ל דאף ברישא שהוא נשבע ונפטר וקיבל עליו בקנין שישבע ביום פ' ואם לא ישבע חבירו ויטול ואירעו אונס ועבר אותו היום מ"מ אין חל עליו עוד שאם עיכב אחר אותו היום שישבע חבירו ויטול אף שמחויב הוא לישבע בכל עת שיתבענו התובע ואף לשיטת הרא"ש דס"ל דהשבועה חלה עליו אף לאחר הזמן מ"מ נראה דהיינו דוקא לענין גוף המעשה שחלה עליו השבועה לקיים הפרעון אבל מ"מ אין להפרעון שום זמן אף לשיטת הרא"ש כמ"ש הריב"ש בסי' שד"מ בנשבע לעשות דבר ביום פ' ועבר הזמן שאינו נעשה חשוד על השבועה דהרי אפשר כשעבר הזמן לא היה נזכר מן השבועה וגם עתה שהתובע מזכירו אינו נעשה חשוד אף אם ת"ל שעדיין הוא חייב להשלים גם מכח השבועה לפי שיטת הרא"ש שהבאתי למעלה לפי שאפשר שעדיין הוא שוכח וכו' ועוד שאפי' הוא נזכר עתה כיון שכבר עבר הזמן הראשון ולא נעשה חשוד מחמת שהיה שוכח מעתה אין לומר שנעשה חשוד מחמת שהוא מאחר לפרוע שהרי יש לו זמן לקיים שבועתו שהרי אין לה זמן קבוע מעתה אלא שהוא חייב להשלים] מיד שמא ימות ולא יוכל לקיים וכמ"ש הרא"ש בריש נדרים וכו' עכ"ל והביא הב"י דברים אלו באריכות לקמן בס"ס ע"ה ע"ש הרי להדיא דאף לשיטת הרא"ש אין החיוב רק לקיים גוף המעשה אבל אין לה זמן קבוע ואף דביו"ד סי' רכ"ח סמ"א כתב המחבר בדיעה הראשונה דהנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' עובר לאחר זמן בכל יום ויום על שבועתו נראה דל"ד שעובר בכל יום על שבועתו רק שכוונתו שחייב לקיים השבועה בכל יום משום דדילמא ימות ולא יוכל לקיימו וכ"נ מדברי תשו' הרמב"ן שהביא הט"ז שם והאריך בביאורו דעיקר טעמו דשני שבועות הן האחד שנשבע לעשות דבר פ' ולא תלה בזמן והשני שקיבל עליו לעשותו בזמן פ' ואין זה

תלוי בזה לכך חייב לקיים השבועה אף לאחר הזמן וא"כ כיון דעיקר החיוב לאחר הזמן הוא מכח השבועה שאין בו זמן א"כ קשה אמאי כתב הרמב"ן בתחילת דבריו שם דעובר בכל יום אחר זמן השבועה א"ו דלאו דוקא הוא אלא דכוונתו דחייב לקיים שבועתו בכל יום דדילמא ימות כמ"ש הריב"ש וא"כ ה"נ בהיה חייב שבוע' ליפטר וקיבל עליו לבוא ביום פלוני לישבע ואירעו אונס באותו היום אף שלא בא תיכף לאחר האונס לישבע מ"מ אין שכנגדו נשבע ונוטל שכבר נתבטל הזמן ושוב אין לו זמן קבוע ואף שאמר ליום פ' אין חילוק דמ"מ לאחר הזמן אין לו שוב זמן קבוע אך מ"מ נראה דנ"מ לדינא בזה בהיה חייב היסת דקי"ל דלא נחתינן לניכסיה כשא"ר לישבע כדאיתא בסי' פ"ז מ"מ בכה"ג שקבל עליו לישבע ביום פ' ובאם לאו ישבע חבירו ויטול אף שעבר הזמן מחמת אונס מ"מ גוף הקנין קיים לשיטת הרא"ש ואם אח"כ א"ר לישבע כלל נחתינן לניכסיה ונשבע חבירו ונוטל אבל היכא דרוצה הנתבע לישבע אח"כ אף הרא"ש מודה דנשבע ונפטר ולפ"ז מיושב מה שמדקדק הסמ"ע בלשון המחבר שכתב ה"ז פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו דהוי מצי לאשמועינן רבותא טפי דיכול לבוא אח"כ לישבע וליטול ולפמ"ש ניחא דהמחבר דנקט ה"ז פטור מקנין זה כוונתו שפטור לעולם אף לאחר שעבר זמן האונס כמ"ש הסמ"ע א"כ לא מבעיא בנשבע ונוטל שקיבל בקנין שאם לא יבא בזמן פלוני ליטול יפסיד זכותו ואירעו אונס פשיטא דנפטר מקנין זה דהא חייב עצמו בדבר שאינו חייב דהא רשות בידו לישבע וליטול מתי שירצה וא"כ דמי לנשבע לאכול ככר זה היום דאם עבר היום אינו חייב עוד באותה שבועה אלא אף בנשבע ונפטר שקיבל בקנין לישבע דוקא ביום פ' ואירעו אונס באותו היום כיון דהתובע יכול להכריחו בכל עת לישבע בכדי שיפטר הוי אמינא דלדעת הרא"ש חל הקנין עליו אף לאחר הזמן כמ"ש הט"ז קמ"ל דאף בכה"ג פטור מהקנין אף לאחר זמן האונס ונשבע כשיתבענו חבירו משום כיון דעבר זמן שקבע באונס שוב אין לו זמן קבוע כמ"ש הריב"ש וכשיטת הסמ"ע וכן עיקר ודע דמדברי המחבר משמע דצריך להביא ראיה דוקא שהוא אנוס אף בנשבע ונפטר אך בתוס' דכתובות ריש דף ג' משמע הא דל"ח לאונס הוא משום דרוב לא אניס וא"כ לענין ממון כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב נאמן לומר שהוא אנוס לפטור עצמו וכן הדעת נותנת דהא חזינן בפקדון דנאמן לומר נאנסו לפטור עצמו וצ"ע:

כב

א קרוב או פסול. ואם טען שבשעת קבלה לא ידע שהוא קרוב או פסול ועתה נודע לו נשבע היסת שלא ידע והדין חוזר כ"כ הב"ח בפשיטות ויש להביא ראיה לדבריו מר"פ

ז"ב דמוקי ר"ל מתניתין דזה פוסל עדיו של זה תני עדו ומיירי בע"א וקבלו עליו כתרי ולכאורה יקשה לפ"ז דא"כ היכי קאמרי רבנן אימתי בזמן שמביא עליהן ראיה שהן קרובין או פסולין אבל אם היו כשרים א"י לפוסלן הא אף שמביא ראיה שהן קרובין או פסולין מה מהני הא כבר קבלום עליהן ולרבנן א"י לחזור בהן בשלמא לשיטת התוס' שהיא שיטת הרב בהגה דס"ל דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה ניחא דאם מביא ראיה שהן קא"פ א"כ הוי תרתי לריעותא דקבל חד פסול כתרי ולא מהני הקבלה ויכול לחזור בו אבל לשיטת הרמב"ם והמחבר דאף בתרתי לריעותא מהני הקבלה קשה א"ו דמתניתין מיירי שמביא עליהן ראיה שהן קא"פ וטוען שלא ידע מקודם שהן פסולין ונאמן הוא בכך ויכול לחזור בו אך באמת ראיתי שהמרדכי בשם הר"ש משאנץ הביא ראיה זו לשיטת הסוברי' דלא מהני הקבלה בתרתי לריעותא ע"ש וא"כ מוכח מדבריו דס"ל דא"נ לטעון שלא ידע מקודם שהן קא"פ דאל"כ לא מוכח מידי אך לשיטת הרמב"ם והמחבר ע"כ צ"ל כשיטת הב"ח ואפשר לומר דאף הר"ש משאנץ ס"ל דנאמן לומר שלא ידע אך מ"מ הוכיח שפיר דמתניתין משמע דמיירי אף בפסולי דרבנן דבעי הכרזה בב"ד דכדקתני לקמן במתניתין דאלו הן הפסולין וקחשיב התם פסולי דרבנן וקאי אדברי רבנן דאמרי אימתי בזמן שמביא עליהן ראיה שהן קרובין או פסולין כמ"ש הת"ח שם ובפסולי דרבנן כיון דבעי הכרזה בב"ד י"ל דא"צ לומר שלא ידע שהן פסולין וכמ"ש הש"ך בסי' ע"א ס"ק ל"א בשם הגיד"ת לענין שטר שיש בו נאמנות דאם הוחזק המלוה כפרן בד"א בטל הנאמנות דאם נעשה כפרן בב"ד קודם הנאמנות כל מילי דבי דינא קלא איתי ליה וסבר וקבל ע"ש וא"כ ה"ה הכא אבל בפסולין דלא בעי הכרזה אף הר"ש משאנץ מודה דנאמן לומר שלא ידע שהם פסולים אך מ"מ נראה בקרובין ורגיל ביה וטוען שלא ידע שהוא קרוב דא"נ וראיה לדבר מסימן ל"ו ס"ב בעדים שנמצא בהן קרוב דהיכא שהוא רגיל ביה א"נ לומר שלא ידעו שהוא קרוב וכן מצאתי בתשו' שארית יוסף סי' ל' שפסק כן והביא ראיה זו ע"ש:

ב אבל אם קבלו כתרי. ואיכא למידק לפי שיטה זו דבתרתי לריעות' לא מהני קבלה א"כ היכי קתני במתניתין נאמנין עלי שלשה רועי בקר חכמים אומרים א"י לחזור ודייק הש"ס דף כ"ה דבדיינין איירי דאי בעדים ג' למה לי ופריך הש"ס אי בדיינים מה איריא ג' רועי בקר כל בי תלתא דלא גמירי דינא נמי ומשני אפילו הני דלא שכיחי בישוב וא"כ לפ"מ דקי"ל דרועה פסול לעדות בין רועה בהמ' גסה או דקה כמבואר בסי' ל"ד א"כ הוי תרתי לריעותא חדא דלא גמירי דינא וחדא דהם רשעים ופסולים לעדות ולדין וא"ל דבמגדלי בהמה איירי דכשרים בחוצה לארץ דהא מדמשני בש"ס אפילו הני דלא שכיחי בישוב

משמע דברועה בשדות איירי ואפשר לומר דמתניתין מיירי ברועה בהמות של אחרים דלא מיפסלי לעדות דאין אדם חוטא ולא לו כדאיתא בפ"ק דב"מ או ברועה שעדיין לא אכרזינן עליה דאנן קי"ל דרועה בעי הכרזה כדאיתא בסי' ל"ד וגם י"ל כיון דאמר סתמא נאמנין עלי שלשה רועי בקר מסתמא לא כיון אלא לרועי' דכשרים לעדות דלא אכריז עלייהו או של אחרים דהא טעמא דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה כתב הרמב"ן בפ' י"ב בשם רבינו אפרים משום דגזים ולא גמיר ומקנה וא"כ מסתמא אמרינן שלא כיון לרועה שהוא פסול לעדות שהוא תרתי לריעותא ודבר גוזמא אלא לרועה של אחרים דלא מיפסלי אלא דלא גמירי דינא ובזה מתורץ קושית אא"ז מוהרש"א ז"ל בר"פ ז"ב דפריך הש"ס לר"ל דמוקי מתניתין דזה פוסל עידיו של זה בע"א וקבלו עליו כתרי ופריך הש"ס תנינא נאמן עלי אבא וכו' ואמר רב דימי כגון דקבליה עליו בחד והקשו התו' דל"ל לאתויי הא דר"ד ותי' דאי לאו דר"ד הוי מוקי לה בקבליה עליה כבי תרי דהוי תרתי לריעותא ותמה מוהרש"א שם דהא קתני ג' רועי בקר דלא הוי רק חדא לריעותא ודחק שם מאוד בזה ולפמ"ש ניחא די"ל דמתניתין מיירי בקיבל בפירוש ג' רועי בקר שרועים לעצמם דהוי תרתי לריעותא דלא גמירי דינא וג"כ הוי רשעים לכך הוצרך לאתויי האי דר"ד דמוכח דאף בחדא לריעות' פליגי ופריך שפיר תנינא וז"ב:

ג דאיכא תרתי לריעותא. וכ' הסמ"ע דאם קיבל חד כשר במקום ג' דיינים ונגמר הדין א"י לחזור בו דלא הוי תרתי לריעותא דשם חד הוא דבעינן תלתא והוא קיבל חד כתלתא דדוקא קיבל עליו פסול אחד במקום שנים כשרים הוי תרתי שמות לריעותא חדא שהוא פסול לכל דין שבעולם והשני דמקבל אחד במקום שנים והש"ך חולק עליו וס"ל דזה הוי ג"כ תרתי לריעותא כיון דבעינן ג' והוא מקבל א' במקום ג' והוכיח כן מלשון הרא"ש והטור דנקטי אם קיבל כשר אחד במקום שנים מהני הקבלה משמע דדוקא במקום שנים מהני ולא במקום שלשה ואין דבריו מוכרחי' כ"כ די"ל דנקטי במקום שנים משום דמיירי נמי לענין עדות ובעדו' בשנים סגי ובאמת מצאתי סמך גדול להסמ"ע מל' התוספתא פ"ה דסנהד' דאיתא התם ר' יהודה אומר אמר להן אין יחידי דן אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקבלו עליהן אין יכול לחזור בו וכן היה ר' יהודה אומר מי שחייב לחבירו שבועה וא"ל דור לי בחיי ראשך וקבל עליו אינו יכול לחזור בו משמע להדיא דברישא בקיבל עליו לדון ביחידי אף באמירה בעלמא א"י לחזור בו אף בלא קנין דומיא דדור לי בחיי ראשך והיינו משום דזה לא הוי תרתי לריעותא כיון דשם אחד הוא דבעי ג' דיינים והוא מקבל אחד במקום שלשה אמנם לפ"ז היה נראה דה"ה אם קיבל חד דיין דלא גמיר כלל ונגמר הדין א"י לחזור בו דזה לא הוי רק חדא לריעותא כיון דיחיד מומחה דן יחידי

והוא קיבלו כמומחה א"כ הוי שם אחד דבעינן יחיד מומחה והוא קיבל חד דלא גמיר כלל כמומחה אך הבעל המאור בסוגיא דשיקול הדעת כתב להיפך בבבא רביעאה דכתב שם דהיכא דלא גמיר כלל לא מהני קבלתו לדיין ובין טעה או לא טעה אין דינו דין כלל דאשירה הוא דמיקרי והנה הרמב"ן בספר המלחמות שם השיג עליו וכתב בבא רביעאה דכתב בעל המאור חזינן ביה שבושא דנראה מדבריו שאפילו לאחר גמר דין יכול לחזור בו וזה אי אפשר דהא אפילו ג' רועי בקר אינו יכול לחזור בו בשלא טעו והני כיון דלא גמירי כחד דמי וכו' והביא מחלוקת זה הש"ך בסימן כ"ה ס"ק כ"ד והנה לכאורה דברי בעל המאור אתיין כפשטא דל"ד לשלשה רועי בקר כיון דהם שלשה א"כ ליכא אלא חדא לריעותא כיון דלא גמירי משא"כ כשקבל חד דלא גמיר כתלתא איכא תרתי לריעותא חדא דלא גמיר וגם הוא דיין אחד לבד והרמב"ן שהשיג עליו אזיל לטעמיה דס"ל דאף בתרתי לריעותא מהני הקבלה כשיטת הרמב"ם והמחבר וכ"כ הגאון מהר"ח יונה ז"ל בקונטרסו אך מ"מ קשה ע"ז ממ"נ דאי ס"ל כסברת הש"ך דלא תליא מידי בשם אחד א"כ אף דקיבל עליו חד דגמיר כתלתא הוי תרתי לריעותא ואי דס"ל כסברת הסמ"ע דבשם אחד לא הוי תרתי לריעותא א"כ אף בקיבל חד דלא גמיר הוי שם אחד דמקבלו שידון לו כיחיד מומחה וכן השיג עליו בזה הרב בתומים בסי' כ"ה שם אך מ"מ נלפע"ד לדינא כהסמ"ע ולא מטעמיה ובזה יהיו גם דברי בעל המאור נכונים דבאמת היכא דמקבל חד דלא גמיר כמומחה הוי תרתי לריעותא כיון דאיכא שתי דרגות לריעותא חדא שאינו מומחה לרבים והשני דלא גמיר כלל ואינו דיין כלל דאשירה הוא דמיקרי ולכך אף שקבלו עליו לא מהני דגוזמא בעלמא הוא אבל כשמקבל דיין אחד דגמיר במקום שלשה לא הוי תרתי דרגות לריעותא אף דבעינן שלשה דיינים והוא מקבל א' כג' מ"מ הא טעמא דבעינן ג' דיינים מבואר ברפ"ק דסנהדרין דפליגי בזה רבי יונתן ורבי יאשיה דרבי יאשי' סבר דילפינן לה מתלתא אלהים דכתיבי בפרשה ורבי יונתן סבר דחד לגופיה ואין דורשין תחילות ותרי אלהים הרי שנים ואין בית דין שקול הרי שלשה ומוכח שם בש"ס דרבי יאשיה ס"ל דאין צריך בית דין שקול וא"כ אנן דקי"ל דבעינן בית דין שקול ס"ל כר"י דבעינן שלשה משום בית דין שקול וכ"כ הרמב"ם בפי' המשניות והתי"ט ברפ"ק דסנהדרין וכ"כ הרמב"ם בחבורו בפ"א מה"ס ד"ד ומשמע עיקר הטעם שחייבה התורה שיהיו ג' דיינים הוא משום ב"ד נוטה דהיינו שאם יחלקו השנים יהיה אחד להכריע ביניהם וכ"כ בתשו' הריב"ש בסי' רל"ב דלכך בענין ביטול הגט בפני שנים אף שנים נקראין ב"ד דלא בעינן ב"ד של ג' אלא כדי שאם יחלקו הדיינים יהיה אחד מכריע ביניהם משא"כ בענין ביטול הגט שא"צ משא ומתן אף שנים הוי בית דין ודברים

אלו הן מדברי הרשב"א והר"ן בר"פ השולח וכן הוא שיטת התוס' בר"פ מצו' חליצ' ד"ה אין ב"ד שקול אלא בתירוצ' בתר' משמע שם להיפך וע"ש וא"כ בקיבל עליו חד דיין דגמיר לדון לפניו ליכא רק חדא לריעותא דהא האמת דאף שנים סגי ונקראין ב"ד רק דגלי קרא דבעינן ג' כדי שיהיה מכריע ביניהם וא"כ הכא שמקבל חד דיין לדון לפניו א"כ א"צ למכריע שהרי הוא אחד ואין שני לו ומי יחלוק עמו וא"כ לא הוי רק כקבלו במקום שנים ולא הוי רק חד ריעותא דקיבל חד במקום שנים ומהני הקבלה משא"כ כשמקבל עליו חד דיין דלא גמיר לדון לפניו איכא תרתי דרגות לריעותא חדא שהוא דן ביחידי ואינו מומחה לרבים ועוד שאינו דיין כלל כיון דלא גמיר ואפילו הוי תלתא דלא גמירי פסילי לדין ולכך בכה"ג לא מהני הקבלה וכשיטת הש"ך וליכא לאקשויי לפ"ז מאי פריך הש"ס ורבי יאשי' לית לי' ב"ד נוטה ופרש"י דאי בעי ב"ד נוטה קרא לאתויי שלישי למה לי ומאי קושיא הא נ"מ לכה"ג דאי משום ב"ד נוטה מהני קבל' חד דגמיר במקום שלשה אבל אי בעינן ג' מקר' יתירא לא מהני הקבלה דהוה תרתי לריעותא דקיבל חד במקום שלשה י"ל דדוחק לאוקמי קרא יתירא להכי ועוד י"ל דהא דלא מהני הקבל' בתרתי לריעותא אינו אלא מדרבנן בעלמא ובפרט למ"ש הרמב"ן דטעמא משום דגזים ולא גמיר ומקני והיינו כעין אסמכתא כמבואר בסי' ר"ז ובאסמכתא גופה כתב בהגמ"ר פז"ב ובמרדכי פ' שור שנגח דאינו אלא מדרבנן ע"ש וא"ש ובאמת נ"ל להביא ראיה לדברי בעל המאור מפשטא דמתניתין דנקט נאמנים עלי ג' רועי בקר בפלוגתא דר"מ ורבנן אי יכול לחזור בו והנה הש"ס פריך דמאי איריא ג' רועי בקר אפילו כל בי תלתא דלא גמירי דינא נמי ומשני אפילו הני דלא שכיחי בישוב נמי לרבנן א"י לחזור בו וא"כ כיון דהא דנקט במתניתין ג' רועי בקר הוא לרבותא לרבנן א"כ קשה למה נקט ג' רועי בקר לאשמועינן רבותא טפי דאפילו אמר נאמן עלי חד רועה בקר כשלשה אפ"ה א"י לחזור בו לרבנן א"ו דבכה"ג אף רבנן מודים דיכול לחזור בו כיון דהוי תרתי לריעותא ומעתה דברי בעל המאור ז"ל נכונים בטעמו ויש להם פנים בהלכה אמנם בקיבל עליו שני עדים או ג' דיינים פסולים מחמת קורבה או גזלנותא נראה דאף לשיטת הש"ך לא הוי תרתי לריעותא כיון דאין בהם אלא שם פסול אחד לא הוי גוזמא כלל אף דממתניתין דקתני נאמנים עלי ג' רועי בקר דלרבנן א"י לחזור בהן אין להביא ראיה כיון דסגי בחד דגמיר בינייהו כמבואר בר"ס ג' א"כ לא הוי רק חדא ריעותא דמקבל אחד מהן כגמיר מ"מ אכתי תקשה לשיטת הרמ"ה שהביא הטור בסי' ג' דס"ל דבעינן תלתא גמירי ובסי' זה הביא הטור בשמו דס"ל דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה א"כ תקשה מתניתין דג' רועי בקר הוי תרתי לריעותא ועוד בש"ס דף כ"ה שקיל וטרי דמתניתין דנקט ג' רועי בקר

מיירי לענין עדות ומשום דרועה פסול לעדות וא"כ תקשה דהוי תרתי לריעותא דמקבל שני פסולים לעדים א"ו דזה לא חשיב תרתי לריעותא וכן מוכח מדברי הרב בהגה דכאן הסכים דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה ובסי' כ"ח סכ"ד בהגה כתב דאם קבלו עליהם הבעלי דינים לקבל העדות בלילה מקבלין אף לכתחלה ומשמע דא"י לחזור בהן ואמאי הרי התם שני העדים פסולים כיון שאין מקבלין עדים בלילה הוי כעד מפי עד והוי תרתי לריעותא וכ"כ הב"י בר"ס ל"ג בפשיטות בשם הרשב"א דאם קיבל עליו שני נוגעים בעדו' והעידו בב"ד א"י לחזור בו א"ו דבכה"ג לא הוי תרתי לריעותא. ולענין מחלוקת רש"י ותוס' בפירושא דשמעתא הא דאמרינן כגון דקבליה עליה בחד אי קאי לרבותא לר"מ או דקאי לרבנן דבזה תליא מחלוקת המחבר והרב אי מהני קבלה בתרתי לריעותא אף שאין אני כדאי להכריע מ"מ נ"ל להביא ראיה ברורה לשיטת התוס' מהא דפריך בר"פ ז"ב לר"ל דמוקי זה פוסל עידו של זה בדקבליה עליה כבי תרי ופריך הש"ס תנינא נאמן עלי אבא וכו' ואמר רב דימי כגון דקבלי' עלי בחד והקשו התוס' שם דלמה לי להביא הא דר"ד ותירצו דבלא ר"ד ה"א דמיירי דקבלו עליו כתלתא והוי תרתי לריעותא ולשיטת רש"י דר"ד אשמועינן רבותא לר"מ מאי קושיא דילמא ר"ד ממתניתין דהכא יליף לה דאף בחדא לריעותא פליג ודוחק לומר דהקושיא קאי דמאי קמ"ל ר"ד כיון דשמעינן ממתניתין דריש ז"ב ועוד דדילמא ר"ד מוקי למתניתין דזה פוסל כשאר אוקימתות שבש"ס שם ולר"ל קמ"ל מתניתין דזה פוסל דאף בחדא לריעותא פליג ר"מ א"ו כשיטת התוס' דר"ד קאי לרבנן דבתרתי לריעותא מודי רבנן דיכול לחזור בו וע"כ דזה סברא פשוטה הוא לתנא דמתניתין מדלא אשמועינן כן במתני' ומתניתין מיירי בחדא לריעותא ופריך שפיר תנינ' וזו קושי' גדול' לשיטת רש"י והמחבר לפענ"ד:

ד יכול לחזור בו. ואם שכ"מ צוה שכל מה שיהי' ספק בצואה ידון אחד מן הקרובי' מוכח בתשובת הרשב"א שהביא הב"י סי' ז' מחודש ט' דצוואתו קיים ואין היורשים יכולים לחזור בו ע"ש והיינו משום דדברי שכ"מ ככתובי' ומסורים דמי והיינו כל דבר כפי הקנאה שלו כמ"ש הש"ך בסי' ס"ו סק"ב ע"ש ואף שהיה אביהם יכול לחזור בו מ"מ אמרינן דמסתמא לא הדר ביה כמו בכל מתנת שכ"מ אף דהשכ"מ יכול לחזור בו אמרינן מסתמא לא הדר ביה כמ"ש התוס' פ' י"כ דף קי"ד ע"ש

ה השבע לי בחיי ראשך והפטר וכו' ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמר הדין. כל זה הוא לשון הרמב"ם והטור ויש לתמוה לכאורה כיון דקיי"ל דמחילת ממון א"צ קנין כמ"ש הרמב"ם פ"ה מה' מכירה די"ג והט"ו בסי' י"ב ס"ח וכן לענין מחילת שבועה כמבואר שם סעיף י"ז וא"כ כיון שנתחייב לו שבועה בב"ד והתובע אמר לו השבע לי

בחיי ראשך והפטר אין לך מחילה גדולה מזו ואטו לענין ממון כשמחל לו מקצת הממון פשיטא דמהני וה"נ לענין שבועה מה לי דמחל לו כל השבועה או מקצתה דהאמינו בהדרת ראש בעלמא וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דאף דמחילה א"צ קנין היינו דוקא כשהדבר נגמר ביניהם אבל כל זמן שעדיין לא נגמר הדו"ד שביניהם אף מחילה לא מהני ויכול לחזור בו כל זמן שלא נשבע וכן אף להפוס' החולקים על הרמב"ם וס"ל דקבלה בב"ד מהני אף בלא קנין והוא שיטת הרמב"ן והר"ן והנ"י והריב"ש והסכי' עמהם הש"ך והוא משום דהוי ליה כגמר דין שהוא גמר דינו עליו בעצמו והאמינו לחבירו אך מ"מ בעינן דוקא שהלה קיבל עליו כמ"ש הנ"י פז"ב והריב"ש בסי' ת"ץ א"כ אף בדור לי בחיי ראשך והפטר בעינן דוקא ג"ד שהלה קיבל עליו לישבע וליפטר אבל כשהלה מסרב על הפס"ד עדיין לא הוי ג"ד ויכול התובע לחזור בו שישבע שבועה חמורה דוקא אף דהוי כמחילה מ"מ כיון שלא נגמר הענין ביניהם אף במחילה יכול לחזור בו ובאמת נראה דהרמב"ם הוכיח כן מהש"ס דהא שמואל ס"ל דמחול לך מחלוקת אבל באתן לך ד"ה יכול לחזור בו וא"כ לפי דבריו מתניתין דפליגי ר"מ ורבנן בהיה חייב לו שבועה וא"ל דור לי בחיי ראשך מיירי בנשבעין ונפטרין וא"כ תיקשי מ"ט דר"מ דסבר דיכול לחזור בו והא הוי מחילה גמורה ואטו ר"מ פליג על האי כללא דמחילה א"צ קנין וכעין זה הקשה הנ"י בשם הרא"ה על הא דקאמר במחול לך ד"ה א"י לחזור בו ע"ש ותירוצו לא שייך לענין שבועה א"ו צ"ל דשמואל ס"ל כר"ל דפליגי לפני ג"ד ולכך סובר ר"מ דיכול לחזור בו אף במחיל' כיון שלא נגמר הדין וממילא לדידן דס"ל דלפני ג"ד יכול לחזור בו אף במחול לך ה"ה נמי אף לענין שבועה בשבועת הנפטרי' בעינן ג"ד דוקא והיינו לשיטת הרמב"ם בעינן שנשבע דוקא ולשיטת החולקים בעינן שהלה קיבל עליו ולא סירב בהפס"ד וכן משמע בהנ"י שכתב ומיהו ה"מ שקיבל עליו הלה אבל לא קיבל עליו יכול לחזור בו דכיון שלא קיבל עליו לא הוי ג"ד דאי אמרת דמכיון שפסק עליו בעצמו את הדין חשיב ג"ד אע"פ שלא קיבל עליו חבירו א"כ הא דאמר ריש לקיש מחלוקת לפני ג"ד היכי משכחת לה גבי שבועה לפני ג"ד א"ו כיון שלא קיבל עליו הלה לא חשיב ג"ד ויכול לחזור בו עכ"ל משמע דאף בדור לי בחיי ראשך והפטר והלה מסרב יכול לחזור בו דהא ריש לקיש גופיה ס"ל דבין באתן לך בין במחול לך מחלוקת כדמוכח בר"פ ז"ב דמוקי מתניתין דזה פוסל עדיו של זה וזה פוסל עדיו של זה בדקבלם עלייהו כבי תרי דלר"מ יכול לחזור בו בכל גוונא וא"כ לדבריו מתניתין דדור לי בחיי ראשך מיירי נמי אף לענין שבועת הנפטרין ואפ"ה ס"ל לר"מ דיכול לחזור בו קודם ג"ד וכן צ"ל לשמואל דס"ל דבמחול לך מחלוקת ואפ"ה יכול לחזור בו קודם ג"ד אף לענין שבועת הנפטרין וא"כ לדידן דקי"ל דקודם גמר

דין יכול לחזור בו אף במחול לך א"כ ה"ה לענין שבועה באומר לו דור לי בחיי ראשך והפטר והלה מסרב ואינו רוצה לקבל פסק הדיינים חשוב קודם גמ"ד ויכול לחזור בו ולפ"ז יצא לנו מזה דבר חדש בשני בע"ד המתווכחים זה עם זה והתובע רוצה לוותר לו מקצת התביעה והנתבע רוצה יותר ולא נגמר הדבר ביניהם אף במחילת ממון לא מהני בכה"ג דמה לי מחילת ממון או מחילת שבוע' כ"ז שלא נגמר הענין ביניהם לא הוי מחילתו מחילה ויכול לחזור בו ובאמת מצאתי שכן מוכח להדיא בתשו' הריב"ש בסי' רכ"ז והביא הב"י בקצרה בסי' כ"ד וז"ל הריב"ש שם אבל במה שראוי לסתור דינם הוא מפני שלא עיינו בתביעות ראובן ונתנו לו יותר ממה שתבע שהוא בתביעתו נתן הבחירה לשמעון אם בחלוקת השכירות כפי הסך ההוא אם לשכור או להשכיר או בחלוקת השנים ע"פ הגורל ולזה אף אם יהיה הדין דחלוקת השכירות עדיפא כיון שהוא ויתר לשמעון בפני ב"ד ונתן לו הבחירה היה ראוי לדיינין לפסוק הדין כפי תביעתו ואע"פ שנחלקו המפרשים ז"ל אם יכול לחזור בו קודם שנגמר הדין כיון שלא קנו מידו אם לאו ומחלוקתם תלוי בגירסת ההיא דפי"נ עבדי גנבת וכו' אי גרסינן נשבע בלא ואו או גרסינן ונשבע בואו וכן בפי' סוגיא דהמפקיד אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מ"מ ראובן זה לא חזר בו לפני הדיינין ואע"פ ששמעון לא קיבל דבריו מ"מ כיון שראובן עמד בתביעתו לא היה להם לחייב את שמעון ביותר מתביעתו של ראובן וכו' עכ"ל וכ"פ הרב רמ"א בס"ס י"ז בהגה הרי להדיא דאף דהריב"ש מטעם מחילה אתי עלה דראובן מחל תביעת השכירות בפני הב"ד מ"מ כתב דזה תליא בפלוגתת הפוסקי' אלו אם יכול לחזור בו קודם גמר דין אף במחילת ממון אמנם דברי הריב"ש צריכין ביאור דלכאורה משמע דבריו דהא דראובן יכול לחזור בו תליא בפלוגתת הפוסקים דלהרמב"ם דמצריך שזה שכנגדו ישבע ה"נ לא הוי ג"ד עד שיקבל עליו חלוקת השנים ויחלוקו בהשנים ולש"פ דא"י לחזור בו אף בלא קנין ה"נ א"י לחזור בו אף קודם גמ"ד וקשה לי טובא ע"ז מתרי גיסא דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל דאף בשבועת הנפטרין בעינן שיוגמר הדין וישבע בעל כרחך צ"ל דעד כאן לא ס"ל כן אלא לענין פטור שבועה דאף דהוי כמחילה מ"מ כ"ז שלא נשבע עדיין לא נגמר כל ענין הויכוח שביניהם ולא חשיב ג"ד אבל לענין מחילת ממון פשיטא כשמחל לו מקצת התביעה וקבל עליו הלה הוי מסילה דאטו כשמחל לו מקצת הממון שחייב לו לא תהני עד שיסלק לו מותר הממון בתמיה דבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא וכן קשה לשיטת הפוסקים דלא בעינן קנו מידו וא"י לחזור בו מ"מ הרי בעינן שהלה קיבל על עצמו השבועה כמ"ש הנ"י והריב"ש בסי' ת"ץ והרי הכא לא קיבל עליו שמעון חלוקת השנים והוי כמו קודם גמ"ד וא"ל דהכא לא הוי כסירב

בדבר כיון ששמעון דן עמו בדי תורה ואם יזכה ראובן בדין ישלם לו והוי כקיבל עליו אם יזכה בדין זה ליתא דהא עדיין לא גמרו הדיינים את הדין ודנו בחלוקת השכירות ובכה"ג יכול לחזור בו לכ"ע ואכתי לא חידש הריב"ש סברא זו דאין להם לפסוק יותר ממה שתבעו התובע וצ"ל דהריב"ש לא נחית לזה בכאן ועיקר כוונת הריב"ש להביא דקודם ג"ד יכול לחזור בו ולהרמב"ם בעינן דוקא שנשבע ולשאר הפוסקים שהלה קיבלו עליו והכא ששמעון לא קיבלו עליו פשיטא דלכ"ע יכול ראובן לחזור בו ולזה כתב דמ"מ ראובן לא חזר בו לפני הדיינים ואע"פ ששמעון לא קיבל דבריו מ"מ כיון שראובן עומד בתביעתו לא היה להם לחייב את שמעון וכו' הרי שעיקר כוונת הריב"ש דכיון ששמעון לא קיבל דבריו לא הוי ג"ד ויכול לחזור בו לכ"ע ועוד אפשר דהריב"ש לא כתב זה אלא אף אי אמרינן דלשיטת ש"פ לא בעינן קיבל דבריו תליא בפלוגתא זו דלשיט' הרמב"ם במחיל' ממון בעינן עכ"פ ששמעון קיבל דבריו דאל"כ לא הוי ג"ד כלל כן נראה מוכרח בכוונת דברי הריב"ש ודוק. והעיקר לדינא דבכה"ג שהתובע מוחל מקצת התביעה לפני הדיינים דקודם גמ"ד יכול לחזור בו התובע לכ"ע כיון שעדיין לא קיבל הנתבע דבריו אבל לאחר גמ"ד לא יכול התובע לחזור בו דהא הוי מחילה גמורה רק שהנתבע דן עמו בד"ת שאם יזכה בדין ישלם לו וקיבל דבריו מקרי וכיון שנגמר הדין הוי ג"ד גמור וא"י לחזור בו לכ"ע משא"כ כשהנתבע מסרב בפסק הדיינים לא מקרי ג"ד והתובע יכול לחזור בו דאף במחילה כ"ז שלא נגמר ענין הויכוח שביניהם יכול לחזור בו ולפ"ז נתיישב לי מה שהקשו הסמ"ע והש"ך בס"ס י"ז על הריב"ש דס"ל דאם הבע"ד תובע בדבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו יותר ע"פ הדין דאסור לו לפסוק יותר ממה שתבעו התובע והקשו מפ"ק דב"ב גבי רוניא דאקפיה רבינא מד' רוחותיו ואתא לקמיה דרבא ותבעו אגר נטירא וא"ל זיל פייסיה במה דאפייס ואי לאו דיינינא לך כרב הונא אליבא דר"י וכתבו התוס' דלא להפחידו אמר כן והיכי מצי לפסוק יותר ממה שתבעו התובע ולפמ"ש א"ש דהכי קאמר זיל פייסיה במה דאפייס וקבל עליך את הדין דשוב לא יהיה יכול רבינא לחזור בו דהוי ג"ד ואי לאו דתסרב בדין א"כ יהיה יכול רבינא לחזור בו דכיון שלא קיבל עליו את הדין הוי כקודם ג"ד דהתובע יכול לחזור בו אף במחילת ממון ודיינינא לך כר"ה אליבא דר"י וא"ש וזה נכון ועיקר לדינא בכ"ז אמנם בתשובת מוהר"ם מלובלין סי' מ"ז ראיתי שנשאל בראובן שיש לו פס"ד על שמעון ולוי שיפרעו לו בכל יריד ל"ג זהו' ושמעון ולוי הפצירו בו מחמת שאין להם לשלם כ"כ לזמנים הללו עד שנתרצה ראובן ליקח מהם עשרים זהו' והמותר ישלמו לו זהוב אחד בכל שבוע רק שהענין לא נגמר ביניהם שראובן רצה שיתחילו לשלם לו זהוב אחד בכל שבוע מר"ח ניסן ואילך והחייבים רצו

שיתחילו לשלם לו מר"ח אייר ואילך ומחמת זה לא נגמר ביניהם ומכח זה רצה ראובן לחזור בו מכל הפשרה מאחר שלא נגמר אז הפשרה ביניהם והשיב מוהר"ם וז"ל אך מה שטען שוב שלא נגמר הענין בינו ובינם אם קבלו המתחייבים מחילתו עכ"פ רק שבקשו עוד זמן יותר או שהוא נתן להם זמן עד ר"ח ניסן באם יתרצו ויתחילו לשלם לו מן ר"ח ניסן אזי זכו במחיל' אבל אם לא רצו בדבר ומאנו לקבל אותה המחיל' וגם המלוה לא נתן להם שום זמן אזי בטילה אותה המחילה אז מיד ולא זכו בה המתחייבים מעולם עכ"ל והנה הרבז"ל גייז לדינים אלו בלי שום ראיה כאלו קבלם מסיני ולפענ"ד נראה עיקר דהיכ' שלא נגמר הענין בינו לבינם כיון שרצו שירחיב להם זמן יותר א"כ ראובן יכול לחזור בו דכיון שלא נעשה סוף וגמר ביניהם הוי כקודם גמ"ד דיכול לחזור בו אף בפטור ומחילה כמו שהוכחתי מדברי הרמב"ם והט"ו והריב"ש גם מ"ש מוהר"ם באם שהמתחייבים לא רצו לקבל ומאנו בהמחילה והמלוה נתן להם זמן עד ר"ח ניסן באם שיתרצו דהמחילה מהני נראה דאף בכה"ג יכול המלוה לחזור בו עד ר"ח ניסן קודם שהודיעו המתחייבים שנתרצו בהמחילה דכיון דבשעת אמירת המלוה לא נתרצו בהמחילה א"כ לא זכו בהמתנה ומחילה בע"כ דהא הא דמחילה א"צ קנין הוא מתורת משיכה דהרשות קונה לו א"כ פשיטא דאין אדם זוכה במתנה בע"כ ואף במחל לו בקנין אינו זוכה בע"כ כדאיתא בחולין דף ל"ט ע"ב והוינן בה ולת"ק אפילו עומד וצווח ופרש"י דפשיטא דאין אדם זוכה במתנה בע"כ וא"כ נהי שהמלוה נתן להם רשות עד ר"ח ניסן מ"מ דמי למה דאיתא בסי' רמ"א ס"ג דהמוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול ע"ש וה"נ כ"ז שלא נתרצו החייבים בהמחילה לא זכו והתובע יכול לחזור בו אך מ"מ נ"ל דהמלוה צריך לחזור בו בפני עדים אבל בלא עדים א"נ לומר חזרתי בי אח"כ משום דאמרינן מסתמא היה עומד בדיבורו עד עכשיו וכיון שנתרצו נגמרה המחילה וראיה לדבר ממתנת שכ"מ שלא נגמרה עד לאחר מיתה והשכ"מ יכול לחזור בו עד יום מותו ומ"מ כשמת מתוך החולי נגמרה המתנה ולא חיישינן דילמא חזר בו כמו שהוכיחו התוס' בפ' י"נ דף קי"ד ד"ה ניחוש דילמא הדר ביה ע"ש אלמא דמסתמא מוקמינן לו בחזקת שעומד בדיבורו וה"נ אף שיכול לחזור בו עד ר"ח ניסן מ"מ כ"ז שלא חזר בפני עדים אמרינן מסתמא היה עומד בדיבורו וליכא למימר כיון שטוען ברי עדיף טפי דא"כ אף במתנת שכ"מ נמי נטעון ליתומי' ודוחק לומר זה הוי מילתא דלא שכיח לחזור בו ולא טענינן ליתמי כנלע"ד:

כג

א נסתלקו מלפניו. הרשב"א בחידושיו לקדושין הקשה ה"ד אי דאיכא סהדי דפסיק להו דינא נחזי סהדי מאי קאמרי דסתמא דמילתא סהדי דייקי אכולא מילתא וכדפריך פחז"ה גבי אומן אומר שתים קצצת לי וכו' אי דאיכא עדים לחזי עדים מאי קאמרי ולא דחינן דחזו בהא ולא חזו בהא אלמא עדי' מסתמא עבידי דדייקי וידעי כולה מילתא ואי דליכא סהדי נהימניה בין בשודא בין בשאר דינים ואפי' אין בע"ד עומדין לפניו מיגו דאי בעי אמר אכתי לא פסקת דינא והכי קאמינא ותי' דבשודא ליכא מיגו דהא מאן דזכי בדיניה לא מקבל מיניה דליהדר ולדייניה כדאמרינן הכא מסתפי דילמא הדר ומחייב ליה ואפילו בשאר טענות דעלמא נמי לא קשיא דהא בע"ד מודים שכבר נפסק הדין והאיך הוא יכול לטעון שלא פסק ובעלי הדבר מודים זה לזה שכבר נפסק הדין ואין לדיין שייכות אצלם בדין זה והודאתם כמאה עדי' עכ"ד ותירוצו אינו מובן לי דמ"ש דבשאר דינים ל"ק דהא בע"ד מודים שכבר נפסק הדין והאיך הוא יכול לטעון שלא פסק הא כל מיגו כך הוא דמהימן בטענה זו במיגו דאי בעי טעין טענה מעלייתא וה"נ כיון דלא מהימנינן להדיין ולבע"ד שלו זוכה משום דחשדינן להו דשקרי להימני במיגו דאי בעי עבדי קנוניא ואמרי שעדיין לא נפסק הדין והדיין יזכה לו עכשיו וכן בשודא לא שייך דמסתפי דילמא הדר ומחייב ליה דהא אף השתא חשדת להו בשקרנים במה שאומרים שלזה הבע"ד זיכה ובאמת הוא החייב א"כ להימני במיגו דעבדי קנוניא ואמרי שעדיין לא נפסק הדין וליכא למימר דהוי מיגו בשנים דלא אמרינן דהא כתבו התוס' בקדושין דף מ"ג והש"ך בכללי המיגו דבמקו' הרווחת ממון אמרינן מיגו בשנים דמסתמא יכוונו יחד וצ"ל כיון דלגבי הדיין ליכא הרווחת ממון לא אמרינן מיגו לגבי הבע"ד משום די"ל דהבע"ד ירא להאמינו לומר שלא נפסק הדין משום שירא שמא עכשיו רוצה הדיין לשקר ואח"כ תשתנה דעתו ולא ירצה לשקר אך אין זה במשמעות לשון הרשב"א אמנם קושי' הרשב"א לכאורה מעיקרא לק"מ במה שהקשה דאף כשנסתלקו מלפניו להימן הדיין במיגו דהא הטעם דבנסתלקו מלפניו א"נ הוא משום כיון דאין עומדים לפניו לא רמי אנפשיה ולא מידכר כדפירש"י והרשב"א והר"ן וא"כ כיון דלא חשדינן ליה דמשקר רק ששכח א"כ לא שייך מיגו גביה דהא אין רצונו לשקר כמ"ש התוס' בפ' הכותב לענין פוגמת אך לאחר העיון הקושיא נכונה היא דהא בודאי אף לאחר שנסתלקו מלפניו נאמן הדיין כע"א לחייב שבועה ול"ח דילמא לא רמיא עליו כמו בכל עדים דעלמא דל"ח לזה אלא שבעודן לפניו האמינו חז"ל אף לדיין אחד אבל לאחר שנסתלקו כיון דאיכא עוד סברא דלא רמיא עלה לא האמינו חז"ל ע"א להוציא ממון וא"כ הקשה הרשב"א שפיר

כיון דכבר האמינו חז"ל בעודן לפניו לומר לזה זכיתי וה"ה אף אם יאמר שעדיין לא נפסק הדין והבע"ד מכחישו נמי נאמן הדיין מתקנת חז"ל וכמו שאכתוב לפנינו א"כ אף כשנסתלקו מלפניו נמי יהיה נאמן הדיין לחודא אף מדאורייתא במיגו דאי בעי אמר שעדיין לא נפסק הדין דכיון דמדרבנן נאמן בזה א"כ הוי מיגו מעליא אף מדאורייתא וא"כ כיון דמיגו מעליא הוי א"כ הוי כמו עדים דמיגו דאוריי' הוא ומה"ת נאמר דלא רמיא עליה ולא מידכר כיון דודאי לא משקר ל"ח להכי כמו דל"ח להכי בכל עדי' דעלמא אך מ"מ יש לתרץ קושית הרשב"א ע"פ מ"ש הר"ן בפ' עשרה יוחסין דהא דהאמינו חז"ל לדיין בעומדין לפניו הוא משום דאי אפשר בלא"ה משום דזימנין טובא ליכא עדים האיך דן את הדין ודומיא דנאמנות החיה ע"ש וא"כ י"ל דנהי דהאמינו חז"ל בעומדין לפניו משום דא"א בענין אחר מ"מ באין עומדין לפניו לא רצו להאמינו אף במיגו וכמ"ש הר"ן בפ' האומר גבי האב שאומר נשבית ופדיתיה א"נ לפוסלה מכהונה דא"נ במיגו דקדשתיה וגרשתיה דנאמן משום דמה שהאמינה תורה לאב חידוש הוא שלא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א דעלמ' דיינו שנאמין לו באותה טענה עצמה אבל אין אומרים מיגו מחמת טענה זו דאין לנו בו אלא חדושו לבד ע"ש וה"נ נהי דהאמינו חז"ל בעומדין לפניו הוא משום דא"א בלא"ה ודיינו שנאמין אותו בטענה זו וכן כשהדיין אומר שעדיין לא נפסק הדין ולא כשנסתלקו מלפניו במיגו שעדיין לא נפסק הדין וזה נכון אמנם מה דפשיטא ליה להרשב"א שהדיין נאמן לומר שעדיין לא נפסק הדין מלפניו אף שהבע"ד מכחישו לא ידעתי מנ"ל זה ונ"ל דהרשב"א ס"ל כיון דהטעם דנסתלקו מלפניו א"נ הוא משום דלא רמיא עליה ולא מידכר א"כ בכה"ג לא שייך לומר ששכח כל הענין ויש להאמינו כמו בעומדין לפניו וכ"כ הרשב"א גבי מקח דפריך ולחזי זוזי ממאן נקט דפריך אאין מקחו בידו כיון דלא שקל זוזי אלא מחד ודאי מידכר דכיר ומהימן מדרבנן כמו במקחו בידו והדיין בעומדין לפניו ע"ש וה"נ ודאי מידכר דכיר וגם אי אפשר בענין אחר דא"כ אף כשעומדין לפניו יכחיש הדיין שכבר נפסק הדין יום או יומים קודם ולא דכיר א"ו שהדיין נאמן לומר שהדין לא נפסק אלא עכשיו דזה ודאי דכיר ובאמת בזה ניחא נמי מה שהקשה הריטב"א והביאו הש"ך דמאי מהני הפס"ד כשאין עומדין לפניו הלא הבע"ד יכול לומר שהפס"ד נכתב אחר שנסתלקו מלפניו ולפמ"ש ניחא דאיכא למימר דבזה לא שייך לומר דלא דכיר אימת נכתב הפס"ד דדוקא לענין למי זיכה ומי חייב שייך לומר דמתבלבל הוא אח"כ לאיזה מהן זיכה ואמרינן דלא דכיר אבל לדבר זה אימת נכתב הפס"ד מידכר דכיר ומהימן בזה אף לאחר שנסתלקו לומר שהפס"ד כתב בעודן לפניו וגם א"א בלא"ה דא"כ מה הועילו חז"ל בתקנתן שהאמינו לדיין בעודן לפניו משום

דזימנין טובא ליכא סהדי האיך דן את הדין והא סוף סוף הא אח"כ יסתלקו מן הדין ולא יהיה נאמן אלא ע"כ זה יתברר ע"י הפס"ד שיהי' נאמן שכתבו בעודן לפניו דבזה לא שייך דלא דכיר אך מ"מ מדברי הרשב"א בחידושיו והר"ן דפירשו גבי מקח דאף בלא נקט זוזי אלא מחד א"נ כשאין מקחו בידו אלא בעומדין לפניו אבל בשאין עומדין לפניו א"נ אלמא דאף בכה"ג שייך לומר דלא דכיר באין עומדין לפניו אך מ"מ י"ל דלענין זה שיאמר שלא דנו לפניו כלל עדיף טפי ולא שייך כלל לומר דלא מידכר וכן לענין אימת נכתב הפס"ד נמי מידכר ועוד דסתמא דמילתא כותבין הפס"ד בעודן הבע"ד לפני הדיין וכ"נ מדברי הט"ו וכ"כ מוהרש"ק בהגהות הט"ז וכן נ"ל עיקר:

ב אם אין בידו פסק דין. ואם כתב בפסק דין בסתם קרקע פלוני שלך והאחר המחזיק בקרקע טוען שהפסק דין היה שלו ונפל ממנו והאחר מצאו דעת הש"ך דנאמן המוחזק שממנו נפל כדלקמן סי' מ"ט גבי שני יב"ש שאין א' יכול להוציא שטר על חבירו ודבריו תמוהי' מאוד דהא קי"ל בסוף ב"ב דלנפילה לא חיישינן וכ"ש הכא דהוי נפילה דיחיד וכמבואר לקמן סי' נ' והא דשני יב"ש אין מוציאין שטר זע"ז הוא מטעם דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו או דשמא החזיר לו השטר כשפרע לו כמבואר בסי' מ"ט אבל פשיטא דלנפילה לא חיישינן וכבר השיג עליו הרב בתומי' בזה והדברי' ברורי'

ג וכ"ז דוקא וכו' ואם הוא מכחיש לדיין שלא קבלו עליו העלה הש"ך דהבע"ד נאמן ודבריו נכונים אך יש לעיין אי ליכא עדי' שקבלו עליו אי נאמן הדיין לומר לזה חייבתי אף בעומדין לפניו די"ל דהבע"ד נאמן להכחישו במיגו דלא קבלתיו עלי לדיין אך י"ל כיון דהאמינו חז"ל לדיין לא מהני מיגו נגדו דהוי כמיגו במקום עדים וכעין זה כתב הב"ש באה"ע סי' קמ"א ס"ק י"ד דלא מהני מיגו נגד השליש מה"ט ע"ש וכן נראה מדברי הש"ך בסק"א שכתב כשהבע"ד מודים שהפס"ד נכתב בעודן לפניו מהני ולא מהימן הבע"ד במיגו דאי בעי היה אומר שהפס"ד נכתב אח"כ וכן משמעו' דבריו בסק"ו אך מן הסברא נראה להיפך לפמ"ש הר"ן דהא דהאמינו חז"ל לדיין הוא משום דא"א בלא"ה א"כ מה"ת יאמינו חז"ל לדיין היכא דאיכא מיגו להבע"ד נגדו שהוא ראיה להנתבע וכעין זה כתב הר"ן לענין נאמנות החיה דמהני נגדה ערעור חד ולא אמרינן כ"מ שהאמינו ע"א ה"ה כשנים ואין דבריו של א' במקום שנים משום דנאמנות החיה אינו אלא משום דא"א בענין אחר לכך לא הוי כשנים ומהני ערעור חד ע"ש וא"כ הה"ד לענין מיגו נמי י"ל כן וכן יש להוכיח מדברי הרשב"א בחידושיו שהבאתי לעיל שהקשה דאמאי לא מהימן הדיין אף בנסתלקו מלפניו במיגו דאכתי לא פסקתי דינא ואי אמרת דאף בליכא עדים שקבלו עליו לדיין מ"מ מהימן הדיין בעומדין לפניו ולא מהימן הבע"ד במיגו דלא קבלתיו עלי

לדיין דהוי מיגו במקום עדים א"כ ניחא דלכך בנסתלקו מלפניו לא מהימן הדיין במיגו ומשום דאיכא להבע"ד מיגו כנגדו דלא קבלתיו עלי לדיין אלא שבעודן לפניו הוי מיגו במקום עדי' א"ו ע"כ דאף בעומדין לפניו נמי לא מהימן אלא ביש עדי' שקבלו עליו לדיין דוקא ומקשה שפיר אך יש לדחות ראיה זו די"ל דקושית הרשב"א הוא דמסתמא קתני נסתלקו מלפניו א"נ משמע דאף כשיש עדים שקיבלו עליו דליכא מיגו להבע"ד מ"מ א"נ הדיין וצ"ע לדינא:

ד ואפי' אם יש שני עדים שמכחישים אותם. וכתבו הסמ"ע והש"ך דוקא שני הדייני' נאמנים יותר משני עדים אבל ע"א ודיין אחד אינם נאמנים יותר משני עדים דעלמא ונראה דאף כשהבע"ד עומדים לפניו מ"מ לא מהימני יותר משני עדים דעלמא דעד כאן לא האמינו חז"ל לדיין כשעומדין לפניו אלא כשליכא מאן דמכחיש ליה אבל כשיש עדי' המכחישי' אותו אף שיש עמו עוד ע"א א"נ וראיה מפ"ב דכתובות בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דלא מהימני השנים שאומרים מת יותר מהמכחישים אותם אף דע"א לבד נאמן בעדות אשה משום דמילתא דעבידי' לגלויי לא משקרי מ"מ לא מהני סברא זו ליפות כחם נגד המכחישים וכן אף כשהאשה אומרת ברי לי שמת בעלי לא מהני היכא דאיכא תרי ותרי שמכחישים זא"ז מה"ט כמ"ש הר"ן וש"פ שם ע"ש אך בדיין אחד כשעומדין לפניו וע"א מכחישו נראה שהדיין נאמן כמו בשני דיינים ושני עדים המכחישי' זא"ז שהדיינים נאמני' ול"ד לנאמנו' החיה שנאמנת לומר זה כהן וכו' דמבואר בש"ס דקדושין דהיכא דאיכא ערעור חד אינה נאמנת הרי כתב הר"ן שם הטעם דלא אמרינן כל מקום שהאמינה תורה ע"א הוי כשנים ואין דבריו של א' במקום שנים דלא אמר הכי אלא בעדו' אשה שראוי להאמינה משום מילת' דעבידא לגלויי לא משקרי אבל נאמנות החיה הוא משום דאי אפשר בלא"ה ולכך אף ערעור חד מהני ע"ש וא"כ הכא גבי נאמנות הדיין אף דהא דחז"ל האמינוהו הוא ג"כ מטעם דא"א בלא"ה מ"מ ל"ד להתם דהתם החיה ועד המכחיש הם שוים בנאמנותם אלא דחז"ל האמינו לחיה משום דא"א בלא"ה והיכא דאיכא עד המכחיש לא תקנו משא"כ הכא נאמנות הדיין ודאי עדיף מהעד דהא חזינן דשני דיינים ושני עדים המכחישים זא"ז הדיינים מהימני טפי ולכך אף דיין אחד וע"א מכחישו הרי נאמנות הדיין עדיף מע"א אלא שדיין אחד מ"מ לא מהימן מדאורייתא להוציא ממון על פיו וא"כ כיון שחז"ל האמינו לדיין אחד משום דא"א בלא"ה מהימן נמי אף כשע"א מכחישו דהא נאמנות הדיין עדיף טפי מע"א המכחישו ובזה ניחא הברייתא דקדושין דבחיה מחלק דבערעור חד אינה נאמנת וגבי

נאמנות הדיין לא מחלק משמע דבדיין ערעור חד לא מהני דהדיין הוי כתרי ועיין בב"ש באה"ע סי' ד' סק"ס ודו"ק:

ה כל מה שאומר תוך הזמן נאמן אבל אם כבר כתב ונתן להם הפשרה וכו' הלשון סתום קצת דלא תליא מידי בכתב הפשרה דה"ה אם כבר אמר הפשרה ונסתלקו מלפניו א"כ הדיין שוב להוסיף או לגרוע אלא דמ"ש כל מה שאומר תוך הזמן נאמן היינו אם אומר כל הפס"ד תוך הזמן נאמן אבל לאחר אמירת הפשר ונסתלקו פשיטא דשוב א"נ ואולי דלכך כתב אבל אם כתב וכו' דאורחא דמילתא קתני דבכתיבה קשה לכוין הכוונה ועיין בש"ך דכתב בשם מוהריב"ל דכ"ז דוקא כשרוצה להוסיף או לגרוע בדבר שלא היה משמעו' כתיבת הפס"ד כן אבל בדבר שסובל גם הפס"ד כן אף פשרן אחד נאמן לפרש דהריו דכיון דלא נתפרש ה"ל כאלו לא דן ונשאר הרשות בידו לפרש כן ויש להבין לפמ"ש רש"י וסייעתו דבנסתלקו מלפניו א"נ משום דלא רמיא עליה ולא מידכר א"כ האיך נאמן לפרש דבריו כיון שכבר דן מקודם דילמא אז היה כוונתו להיפך ועכשיו שכח הדבר וצ"ל דעד כאן לא אמרינן דלא רמיא עליו אלא כשהדיין אומר לזה חייבתי והבע"ד מכחישו בברי דמדאורייתא אין ע"א נאמן להוציא ממון אלא דחז"ל האמינו אותו משום דא"א בלא"ה כמ"ש בסק"א משום הכי בנסתלקו לא רצו חז"ל להאמינו וחששו דלא רמיא עליו משא"כ בגוף הפס"ד והפשר להיכן דעתו נוטה בזה נאמן מדאורייתא דהא שני הבע"ד סמכו עליו והאמינוהו בכל אשר יאמר אז דעתו דעת תורה ודעת נוטה וא"כ כיון שנאמן מן התורה שוב לא חששו בזה דלא רמיא עליו כמו דל"ח להכי בכל עדי' דעלמא לכך כשאח"כ מפרש דבריו שכן היתה כוונתו בכתב הפשר שלו כיון שאין הבע"ד יכול להכחישו נאמן בזה מדאורייי' ול"ח דילמא לא רמיא עליו ולפ"ז אף בשודא אף לאחר שנסתלקו מלפניו נאמן לפרש דבריו שמקודם כיון שאין הבע"ד מכחישו וכן הדעת נוטה ועיין תשובת מוהרי"ט סימן קמ"א:

כד

א יש לך משלי כל כך. הטור כתב משכון היה לי בידך ונפחת מדמיו וכו' והסמ"ע הביא בשם הד"מ שהמרדכי בריש ב"מ כתב דאפילו התובע מודה שנפחת רק שמחולקי' בשיעור הפחת אפ"ה דינא דנזקקין לתובע תחילה ע"כ והנה מדברי הד"מ והסמ"ע שהביאו דברי המרדכי על דברי הטור והרב רמ"א משמע דאף שאנו יודעים שיש לו עדי' שיודעים בדבר כמה נפחת דינא הכי דצריך לשלם מיד ויש להקשות דהמעיין במרדכי ריש ב"מ יראה שלא הביא כלל דברי התוס' שפירשו דמיירי שאני יודעי' שיש

לו עדי' בזה לכך כתב שפיר דאף שהמלוה מודה שנפחת ומחולקים בשיעור הפחת צריך לשלם מיד אבל היכא שידוע שנפחת המשכון ומחולקים בשיעור הפחת וידוע להב"ד שיש עדי' שיודעים בדבר נראה דבכה"ג א"צ הנתבע לשלם דהא התוס' פאד"מ דף ל"ה הקשו דאמאי צריך הנתבע לשלם כשאומר שיש לו עדים ומ"ש מהא דאמרינן בפ' המקבל ומבואר לקמן סי' שי"ז בההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא מלוה אומר ג' ולוה אומר ב' ומסיק דהיכי דקדים מלוה ואכיל פירי דג' שנין לא מפקינן מיניה אע"ג דהפירות בחזקת הלוה הם משום דאטרוחי בי דינא תרי זימני לא מטריחינן וה"נ נאמר הכי וכן הקשה הריב"א במרדכי פרק הפרה ותירצו התוס' דהתם היינו טעמא משום מילתא דעביד' לגלויי אבל הכא משו' דברים בעלמא דקאמר לוה לאשתמוטי לא שבקינן מלהוציא ממון מידו ור"ל דבשלמא התם הכל רואין שיש לו טענה מעלייתא להמחזיק בקרקע דהא בשטר כתוב בו שנין סתמא וכשיבואו העדים יתברר הדבר לכך לא מפקינן מיניה משא"כ הכא אין ידוע כלל אם יש לו ללוה שום טענ' על המלוה דדילמא לא היה לו בידו שום משכון כלל ורק דאשתמוטי קמשתמיט וכן פירש מוהר"ם מלובלין בחידושיו שם וא"כ בכה"ג שידוע שנפחת המשכון וא"י כמה ואנו יודעים שיש עדים בדבר א"כ דמיא ממש לכתוב בשטר שנין סתמא דלא מפקינן מיד המוחזק כיון דעביד לגלויי ע"י עדי השטר והכא נמי עביד לגלויי על ידי העדים כמה נפחת והוא נפחת לפניני ואולי אף הד"מ והסמ"ע מיירי בגוונא שאין אנו יודעים אם יש עדים שיודעים בדבר ודוחק ויותר נראה כיון דהכא מיירי שאין ידוע שנפחת המשכון רק ע"פ הודאת המלוה א"כ מהימנינן למלוה כמה נפחת במיגו דאי בעי אמר שלא נפחת כלל דהיה צריך הלוה לשלם אף שידוע שיש עדים שהכירו המשכון כמ"ש התוס' וא"ל דהוי מיגו להוציא די"ל דבאית ליה שטר להמלוה קמיירי ובמקום שטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא ועוד י"ל דהא הטעם דלא אמרינן מיגו להוציא דלא אלים כח המיגו להוציא מחזקת ממון דאלימא טובא וא"כ הכא כיון שמן הדין מוציאין מיד הנתבע אלא שאנחנו באנו לחוש דדילמא יבואו העדים ויעידו כדברי הלוה ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן וא"כ כיון דאיכא מיגו להמלוה הרי יש ראיה שדברי המלוה אמת הן ובודאי לא יבואו עדי' שקרים להכחיש דברי אמת ולכך מהימנינן לי' מצד הדין להוציא ממון ולפ"ז היכא שגלוי לכל שנפחת המשכון באופן דליכא מיגו להמלוה ומחולקים בשיעור הפחת וידוע שיש עדים בדבר שיודעים כמה נפחת בכה"ג אין מוציאין מיד הנתבע עד שיביא המלוה ראיה כמה נפחת כדלקמן סי' שי"ז בשטר דכתוב ביה שנין סתמא וע"ש בסמ"ע ס"ק י"א ובש"ך סק"ח ודוק שוב ראיתי בהג"א בפאד"מ דמדבריו שם נראה כמ"ש וכן נ"ל עיקר:

ב וכן כל כיוצא בזה. ובתשובת מיימוני לס' משפטים סי' נ"ז כתב יש גאונים שפרשו נזקקין לתובע תחילה אם ראובן טוען על שמעון ושמעון טוען על ראובן ושניהם כופרי' זה לזה משביעין את הנתבע תחילה עכ"ל אך מלשון הריטב"א שהובא באס"ז בפ' המפקיד משמע להיפך שכתב שם גבי מתניתין דהמלוה על המשכון ואבד וטוען המלוה סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה טוען ג' דינרים היה שוה חייב הלוה ש"ד מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון ומפרש הש"ס דהלוה נשבע כמה היה שוה והמלוה נשבע שאינו ברשותו ומי נשבע תחילה המלוה שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון והקש' הריטב"א ותיפוק ליה דהכי דינא שישבע המלוה תחילה שאין המשכון ברשותו כדמוכח לעיל ותירץ דס"ד דהלוה ישבע תחילה שהוא מחויב ש"ד ושבועה שאינו ברשותו הוא תקנתא דרבנן קמ"ל דע"כ ישבע המלוה תחילה ולפי דברי הגאוני' למה ליה להמציא דבר חדש לחלק בין ש"ד לדרבנן בפשיטות ה"ל לתרץ כיון דהמלוה תובע תחילה את הלוה מותר המעו' והלוה כופר אף שיש להלוה תביעה עליו עבור המשכון נזקקין להתובע תחילה להשביע את הלוה תחילה א"ו דהריטב"א לא ס"ל כהגאוני' אך מ"מ מסתברא כדברי הגאונים והב"ח הביאם בפשיטות וכן אנו נוהגים:

כה

להיות הענין הלזה צריך לימוד גדול בש"ס ופוסקים ראשונים ואחרוני' והדבר עמוק מאוד מאוד מי ימצאנו ואיש תבונות ידלנו ה"ה הרב הש"ך אשר העמיק והרחיב הענין בפלפול גדול לברר וללבן כל שיטת הראשונים ואחרון בא הגאון מהו' חיים יונה תאומי' ז"ל וחיבר קונטרס מיוחד להשיג עליו והרב הגאון מוהר"ם א"ש ז"ל בסוף ספרו פנים מאירו' לב"ק ישב דברי הש"ך ולהיות כי לא נמצאו החבורי' הללו אצלי לא פלפלתי בדבריהם בארוכה ומעט אשר טעמתי מדבריהם הוא אשר הביא אפס קצהו בס' האורים ותומים להגאון מהו' יהונתן זצ"ל ואת אשר הוסיף הוא ראיתי ואף שקצת דבריו אינם נכונים בענין זה מכל מקום הרחיב הענין בזה להבין דברי חכמים וחידותם במה שנוגע להבנת הפשט בכמה ענינים וע"כ קמתי אני הצעיר ונתתי אל לבי לעיין בענין זה כפי קט שכלי ואת אשר ישים אלקים בפי אותו אדבר ומילין אחבר וחיילים אגבר ובעזה"י יתלבן ויתברר כמה דברים בכור הבחינה והבירור והמעיין יבחר ויקנה לו חבר והשם יאזרני חיל למען שמו הגדול וזה החלי בעזרת אלי צורי וגואלי:

א כל דיין. כתב הסמ"ע דקדק וכתב כל דיין דדוקא דיין כגון מומחה או הדיוט וקבלו אבל הדיוט ולא קבלו אין דינו דין כלל כמבואר בס"ד ואין חילוק בין טועה בד"מ לטועה בשיקול הדעת לעולם צריך לשלם מדיני דגרמי והוכיח כן הש"ך מדברי הרי"ף דהיכי דשייך ד"ג לעולם צריך לשלם ואין חילק בין טועה בד"מ לש"ה אך הרב הש"ך כתב דלפי שיטת הסוברים דאף אי שייך ד"ג מ"מ היכא דהדר דינא פטור א"כ ה"ה הכא פטור אף בטועה בשיקול הדעת דלאו כלום עביד דלמה סמך הנתבע על דבריו של הדיין ושילם להתובע כיון שהדיין לא כפה אותו על התשלומין וכ"כ הרז"ה ומכח זה השיג הש"ך בס"ק מ"ה על הרמב"ם והמחבר ולי קשה יותר אף לשיטת הסוברים דהיכא דחייב מד"ג אף בהדר דינא חייב דהא עיקר הוכחתם דילפי לה ממראה דינר לשולחני דחייב אף דאלו הוי קמן הוי הדר ובמראה דינר גופא דעת הרי"ף והרמב"ם דבעינן שיאמר לו עלה דידך קסמיכנא ואף להחולקים כתב המרדכי וש"פ כאשר הביאם הש"ך בסי' ש"ז ס"ק י"ב דדוקא היכא שאם השולחני אומר שהוא טוב צריך לקבלו בע"כ ולית ליה לאשתמוטי אז חייב לשלם אבל במקח ומשכון אין לו בע"כ ליקח ולקנות ופטור והביא ראיה ברורה לזה מפחז"ה גבי לוקח מגזלן ונתבאר סי' קמ"ו סט"ז וא"כ הכא כיון שהוא הדיוט ולא קבלו אמאי חייב בלא נו"נ ביד דלמה סמך הנתבע עליו לשלם להתובע כיון שהדיין לא כפה אותו על התשלומין והוא הדיוט ולא קבלו אם לא שנאמר דהכא מיירי דמוכחא מילתא שהבע"ד סומך על הדיין ונותן לו על פיו דבכה"ג חייב אף במראה דינר כמ"ש הש"ך שם וכן מבואר בסי' קכ"ט ס"ב בהגה דמי שאמר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא ועשאו על פיו והיה שקר דחייב לשלם לו ומיירי דמוכחא מילתא דעליו קסמיך כמ"ש הש"ך שם בסק"ז וא"כ ה"נ כיון שהוא גמיר למידן ואמר לו שהדין הוא דחייב לשלם הוא סומך עליו ומשלם להתובע על פיו חייב הדיין לשלם מד"ג ואפשר דבכה"ג גם הש"ך מודה שחייב לשלם לו דהוי דומיא דערב אך לפמ"ש הש"ך בסק"ד אות ב' לתרץ קושית התוס' ממראה דינר לשולחני דהתם חייב דה"ל לומר לו אל תסמוך עלי משא"כ לגבי דיין לא היה יכול לומר אל תסמוך עלי כיון דגמיר ליביה אנסיה למנוע שלא יגזול את חבירו ופטור מלשלם ולכך פריך הש"ס בטועה בד"מ אמאי משום כיון דהדר דינא לאו כלום עביד אלמא אף דסמיך עליו מ"מ פטור בהדר דינא אך מ"מ עדיין י"ל דהיינו דוקא בקבלו עליה אבל בלא קבלו עליה כיון דהדיוט ולא קבלו פסול לדון ביחידי ה"ל לומר לו אל תסמוך עלי והוי דומיא דערב בסי' קכ"ט ומראה דינר וכ"ש בהדיוט דלא גמיר כלל דפשיטא דה"ל לומר לו אל תסמוך עלי אף לשיטת הש"ך וצ"ע וע' בחידושי הר"ן דכתב להדיא דבדיין דלא גמיר פטור מתשלומין כיון דהדר דינא אם לא

שכפה אותם להעמיד את דינו בכח מלך ושלי' וכת' שכ"ד הרי"ף והרמב"ם והיינו כמ"ש הש"ך בס"ק מ"ה אך מ"ש הר"ן שם דבלא גמיר כלל אף שקבלו עליו פטור מתשלומין כיון דהדר דינא דבר זה תליא בפלוגתא זו אי חייב מד"ג היכא דהדר דינא:

ב חוזר הדין ודנין אותו כהלכה מדברי כל הפוסקים משמע דאף שכבר שילם הבע"ד חוזר הדין ומחזיר הממון וכן מוכח לפי שיטת הרמ"ה והסכים עמו הש"ך בס"ק כ"ט דס"ל דהא דטועה בשיקול הדעת אינו חוזר מיירי דוקא כשכבר שילם הבע"ד ע"פ הדיין אבל בלא שילם הדין חוזר א"כ מוכח דבטע' בדבר משנה חוזר אף בכה"ג דהא אמרינן טעה בד"מ חוזר בש"ה אינו חוזר א"כ תרוייהו בחד גוונא מיירי ויש להקשות ע"ז מהא דאמרינן במס' כריתות דף כ"ד ע"א א"ר כרוספדאי א"ר יוחנן שור הנסקל שהוזמו עידיו כל המזיק בו זכה בו ואמר רבא התם מסתבר טעמים דר"י כגון דאמרי ליה נרבע שורו אבל אמרו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידע דלא רבע וטרח ומייתי עדים ומזים להו ולא מפקר ליה ופריך עלה ושני לה התם וכ"פ הרמב"ם בפי"א מה' נ"מ ופ"ד מה' עכו"ם אלמא היכי דנגמר דינו בב"ד ע"פ עדים אף שנתברר אח"כ להיפך ע"פ עדים מ"מ כל הקודם בו זכה בו משום כיון דנגמר דינו איאושי מייאש מרא מיניה ומפקר ליה וא"כ ה"נ אף בטועה בד"מ וכבר שילם הנתבע להתובע אמאי חוזר הדין כיון שנפסק הדין מפי ב"ד כבר אייאש הנתבע ממנו וזכה בו התובע מתורת הפקר דידו קונה לו וליכא למימר דשאני התם כיון שנגמר דינו להריגה אפקריה לכ"ע משא"כ הכא דלא אפקרי' אלא אדע' התובע לכך לא הוי הפקר גמור דבעינן הפקר לכ"ע לענייי' ולעשירים זה ליתא כיון דאייאש מרא מיניה לגבי התובע הרי אפקריה לכ"ע דהא התובע רשות בידו לעשות בו כל מה שירצה וראיה לדבר מדברי רבינו אפרים שהביא הרא"ש בס"פ הגוזל בתרא שפסק באחד ששלח לחבירו מעות לשלם לכותי ושכחו הכותי דזכה בו השליח משום כיון דנתן לו ליתנו לכותי אייאש מרא מיניה וזכה מהפקר והביא ראיה מההיא דשור הנסקל שהוזמו עידיו וע"כ לא פליג עליו רבינו מאיר התם אלא משום דכיון שיש בידו לחזור וליטלם לא הסיר דעתו מהם וכיון שיש לו עדיין זכות בהם לא אפקריה כמ"ש שם באריכות אבל אי לאו האי טעמא זכה בהם השליח מתורת הפקר אף דלא נתנו לו אלא אדעת שיטלם הכותי אפילו הכי הוי הפקר מעליא וא"כ הכא בטועה בד"מ וכבר שילם להתובע הרי הוציאו מרשותו ואייאש מיניה וא"כ זכה בו התובע מתורת הפקר אף שטעה הדיין בדינו והנה בש"ס י"ל כיון דמיירי ביחיד הדיוט וקבלוהו י"ל דהנתבע לא מייאש מיניה עד שישמע מפי המומחה אם האמת כדבריו אך הרי"ף כתב להדיא טעה בד"מ חוזר לעולם בין מומחה בין שאינו מומחה בין נשא ונתן ביד בין לא נשא

ונתן ביד וקשה טובא במומחה ונשא ונתן ביד אמאי חוזר הדין ולא אמרינן דאייאושי מייאש מרא מיניה כיון שנפסק הדין מפי המומחה ודאי דין תורה דן דהא מה"ט מומחה וקבלוהו פטור מלשלם דמיחשב טעותו לאונס וא"כ דמי לשור הנסקל דמייאש מיניה כיון שנגמר דינו ע"פ בית דין מומחין ודוחק גדול לחלק בין שור הנסקל שנגמר דינו בב"ד של כ"ג מייאש טפי ובין יחיד מומחה או ג' מומחין לא מייאש מיניה כולי האי ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שהאמת הדין כן הוא אלא שהרי"ף מירי בדין שיש בו הכחשה וכפירה בין התובע לנתבע דבכה"ג אף שיצא הדין לזכות את התובע ושילם לו אינו מייאש כדאמרינן בפ' אלו מציאות דראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר מ"ט דההוא דנפל מיניה לא מייאש דסבר אינש אחרינא לא הוי כאן נקיטנא ליה ואמינא את הוא דשקלתיה וכתבו הרא"ש והטור בסי' רס"ב דאף שטוען ברי והוצרך לישבע בב"ד לא מייאש דסבר למחר אתפוס מידו שום דבר כיון שיודע האמת ע"ש והיינו שיתפוס שלא בעדים וא"כ ה"נ אף שנפסק הדין בבית דין לזכות התובע מ"מ כיון שהנתבע יודע האמת לא מייאש מיניה וסבר למחר אתפוס מידו שלא בעדים אבל דין תורה שהוא בלא הכחשות שבין תובע לנתבע ושילם להתובע ע"פ פסק בית דין איאושי מייאש מיניה ואין הדין חוזר אף בטעות בד"מ אמנם בש"ס דב"ק דף י"ב משמע להיפך דקאמר התם לענין לגבות עבדים מן היתומים הוי עובדא בנהרדעא ואגביה דייני דנהרדעא הוי עובדא בפומבדיתא ואגביה רב חנא בר ביזנא א"ל ר"נ זילו אהדרו ואי לא מגבינא להו לאפדיינכו וכתבו התוספות שם דר"נ חשיב להו טועה בד"מ וכן בכתובות דף נ' ע"ב איתא ג"כ לשון זה לענין מזונות הבנות ממטלטלין ע"ש והרי רב חנא בר ביזנא מומחה הוי וכן דייני דנהרדעא הוא רב אדא בר מניומי כדאיתא בפ"ק דסנהדרין אלמא אף במומחה וכבר שילם הבע"ד והדין לא תליא בהכחשה שבין תובע לנתבע אפ"ה אם טעה בד"מ חוזר אך אכתי י"ל דהני עובדי הוי ביתומים קטנים דלאו בני מחילה נינהו והפקרן אינו הפקר כדאיתא בפ' אלו מציאות דף כ"ב ע"ב ע"ש או דכל הני עובדי היו היתומי' מתווכחי' נגד הפס"ד ואמרו כתבו לי מאיזה טעם דנתוני ולכך באו לפני ר"נ ולכך לא הוי יאוש ואין להקשות מדברי הרי"ף שהקשה לר"ח דס"ל טועה בשיקול הדעת חוזר בלא נו"ן ביד מעובדא דעכברא דשכיב אדינרי דפ' ז"ב דאמר ר"ח כבר הורה זקן ומאי קושיא דילמא התם היה המעשה ביתומים גדולי' ומטעם דזכה מן ההפקר י"ל דהלשון כבר הורה זקן משמע משום דכבר הורה זקן קם דינא מצד עצמו ומקשה שפיר ובאמת נראה להביא סעד לדברי מהסוגיא דפ"ק דסנהדרין דף ו' ע"א דפריך ר' אבא לר"א דס"ל דשני' שדנו אין דיניהם דין ממתניתין דבכורו' דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי ושני ליה דמירי

בקבלוהו עלייהו ומסקינן התם א"ל רב ספרא לר' אבא דטעה במאי אי דטעה בד"מ הא טעה בד"מ חוזר ולכאורה תמוה מאוד מה מהענין קושיא זו לכאן והא קושיא זו הוא אפשטא דמתניתין דבכורות ושם ה"ל להש"ס לקבוע קושיא זו ולפמ"ש ניחא דהנה התוס' שם בדף ה' כתבו דה"מ הש"ס לשנויי דלכך מה שעשה עשוי דמיירי במומחה אף שלא קבלוהו וא"כ לפ"ז בלא"ה לא הוי מצי רב ספרא להקשות על מתניתין מהא דטועה בד"מ חוזר די"ל דמתניתין מיירי במומחה ומייאש מרא מיניה ולכך מה שעשה עשוי דזכה בו אידך מתורת הפקר והא דטועה בד"מ חוזר מיירי בהדיוט דלא מייאש מיניה אבל השתא דפריך ר' אבא לר"א ממתניתין דדן את הדין ומוקי לה בקבלוהו א"כ ע"כ דחיקא לי' לאוקמי מתניתין במומחה ולכך פריך לי' רב ספרא לר' אבא גופא לדידך דמוקמית לי' בהדיוט א"כ אי מיירי בטועה בד"מ למה מה שעשה עשוי הא קי"ל טועה בד"מ חוזר וא"ש ונכון. אך מ"מ נראה אף לסברתינו היינו דוקא בחייב את הזכאי ושילם ע"פ המומחה אבל בזיכה את החייב ע"פ מומחה תליא בפלוגתת הפוסקים דלפי שיטת מהרי"ק והרב רמ"א בסי' קס"ג דס"ל דיש יאוש בחוב אינו חוזר הדין אף בטועה בד"מ אבל לפי שיטת הגאון ת"ל בהגהותיו ובתשובה סי' קמ"ד דס"ל דלא מהני יאוש בחוב משום דכיון שנתחייב מעיקר' לפרוע לבע"ח משום פריעת בע"ח מצוה לא פקע ביאוש וא"כ ה"נ כיון שטעה בדין ובאמת הוא חייב לשלם לא מהני מה שנתייאש התובע וחוזר הדין ומשלם אבל בחייב את הזכאי ושילם לו ע"פ ב"ד מתחילה מתורת הפקר בא ליד התובע ואף שהתובע נתכוין לזכות בו מכח הדין מ"מ זכה בו ממילא מתורת הפקר כמ"ש הרא"ש והביאו הטור בס"ס רנ"ו ובש"ע שם ס"ב והוא משו' דחצירו וידו קונה לו שלא מדעתו כמ"ש התוס' בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא ע"ש זהו מה שנ"ל בדינים אלו וראה זה דבר חדש הוא מה שלא שערום הראשוני' ואולי מקום הניחו לי להתגדר בזה וצע"ג לדינא אך כ"ז לפי שיטת הרמב"ם פי"א מנ"מ ופ"ד מעכו"ם ורבינו אפרים שהביא הרא"ש בס"פ הגוזל בתרא שפסקו כסוגיא דכריתות אך לפמ"ש בסי' כ' דיש פוסקים דלא כסוגיא דכריתות א"כ בטועה בד"מ הדין חוזר אף בשלשה מומחין ומוציאין הממון מן התובע להנתבע:

ג אע"פ שגרם להזיק לא נתכוין להזיק. דעת הסמ"ע דאף בנו"נ ביד פטור בטועה בד"מ אך הרב הש"ך האריך להוכיח מדברי התוס' ומרדכי והרמב"ן והנ"י דבנו"נ ביד חייב וכ"כ הר"ן בחידושיו והרב בתומים הביא מדברי הרשב"א בחידושיו פא"ט גבי זילו אמרו לי' לברי' דר"י בר חמא דלשלם דמי תורא למריה דכתב להדיא דלהרי"ף בטועה בד"מ אף בנו"נ ביד פטור והאריך להוכיח כשיטה זו וכל דבריו אינם מוכרחי' לפמ"ש הש"ך

בס"ק י"ד אות ב' בישוב דברי הרי"ף ע"ש ולפענ"ד נראה להביא ראיה ברורה כהרמב"ן דבטועה בד"מ חייב בנו"נ ביד לשיטת הרי"ף דאל"כ קשה להרי"ף דפסק כתירוץ רב חסדא דמוקי מתניתין דפאד"מ ודבכורות בטועה בשיקול הדעת וכאן שנו"נ ביד וכאן שלא נו"נ ביד ובטועה בד"מ פסק הרי"ף דחוזר והביא ראיות מכמה סוגיות הש"ס ותימה דתקשה קושית הש"ס דלמה אמר ר"ע לר"ט מומחה לרבי' אתה תיפוק ליה דטועה בד"מ חוזר וליכא למימר כדמשני חדא ועוד קאמר ליה חדא דטועה בד"מ חוזר ועוד וכו' אכתי כיון דחזינן דר"ט אמר הלכה חמורך טרפון ס"ל טועה בד"מ אינו חוזר מנא לן דר"ע פליג עליו בזה ולעשו' פלוגתא חדשה בין ר"ט לר"ע מה שלא נזכר בדבריהם כלל וא"כ מנ"ל למיפלג על ר"ט בדבר שלא מצינו תנא אחר דפליג עליו בשלמ' על תירוץ רב ששת דמשני הכי חדא ועוד קאמר לא קשיא דאזיל לטעמיה דמוקי מתני' דפאד"מ דמחזירין מיירי בטעות בד"מ א"כ מוכח ממתניתין הכי אבל לר"ח דמוקי מתניתין דפאד"מ בלא נו"נ ביד ובש"ה מנ"ל דטעות בד"מ חוזר ולמיפלג על ר"ט א"ו זאת היא סברת חוץ דטועה בד"מ חוזר אלא דלשנויא דר"ח ר"ט נו"נ ביד הוי ולכך אמר הלכה חמורך טרפון והוצרך ר"ע להשיב לו מומחה לרבי' אתה וא"כ כיון דר"ט הכי ס"ל מה"ת נאמר דר"ע פליג עליו בהא וזו ראיה גדולה לפענ"ד אך אכתי י"ל דטועה בד"מ אף נו"נ ביד פטור משום כיון דמיירי הכא בדיין דגמיר ולא סביר וא"כ כיון שהוא בקי בדינים י"ל דאם טעה בד"מ הוי כאנוס בטעותו ופטור כמו מומחה דפטור אף בטוע' בש"ה משום דהוי כאנוס בטעותו וה"ה מאן דגמיר אף דלא סביר לענין טעות בד"מ הוי מומחה והוי אנוס בטעותו ופטור וכן נראה מדברי הלח"מ פ"ד מה"ס וא"כ אין ראיה מר"ט דמחייב בנו"נ ביד אף בד"מ משום דאיהו ס"ל דאף המומחה לרבי' חייב לשלם א"כ ה"ה בטעה בד"מ אבל לר"ע דפליג עליו דמומחה פטור אף בש"ה א"כ ה"ה מאן דגמיר חשיב כמומחה לענין טעות בד"מ אך ע"כ הרשב"א בפא"ט לאו מה"ט אתי עלה דא"כ הא דפטור בד"מ אף בנו"נ ביד הוא משום דחשיב כמומחה לענין זה א"כ אינו פטור אלא בקבלוהו אבל בלא קבלוהו חייב דהא אף המומחה לרבים חייב בלא קבלוהו וא"כ היכי הוכיח הרשב"א התם דרבא טועה בשיקול הדעת היה דאל"כ האיך חייב רבא לשלומי דטועה בד"מ אף נו"נ ביד פטור ומאי קושיא הא התם לא קבלו לרבא כמו שהוכיח הרשב"א שם דאל"כ אמאי חייב רבא לשלומי דודאי רבא אין לנו מומחה ממנו א"ו דטעמא דהרשב"א לאו משום הכי הוא אלא דס"ל דטועה בד"מ פטור דבע"ד פשע דה"ל לשיולי' ולגלות טעותו כיון שטעה בדבר הפשוט כמ"ש הרשב"א בתשובה והביאו הש"ך בסק"א אות ב' וא"כ ראיה ברורה מדברי הרי"ף להיפך דמה"ת נשויה פלוגתא בין ר"ט לר"ע בחנם כמ"ש אך מ"מ

הסברא נכונה בעצמה די"ל דטעה בד"מ וקבלוהו עליו פטור אף בנו"נ ביד דבד"מ הוי כאנוס בטעותו כיון שטעה בדבר הפשוט וכעין מ"ש הרשב"א בתשובה ובזה יש לדחות ראיית הש"ך מהנ"י דמיירי דלא קבלוהו ע"ש אך מ"מ מדברי התוס' והרמב"ן משמע דאף בקבלוהו חייב בנו"נ ביד ועוד דבס"ב סק"ז הוכחתי דרוב הפוסקים ס"ל דאף במומחה גופיה אינו פטור בנו"נ ביד משום דהוי אנוס בטעותו אלא הטעם הוא משום כיון דהוא מומחה ולא צריך קבלה מסתמא כי קבלוהו אדעתא לפטרו מהתשלומין קבלוהו וזה לא שייך בהדיוט וקבלוהו לענין ד"מ וא"כ חייב בנו"נ ביד אף בטעה בד"מ אך לפ"ז לשיטת התוס' והרא"ש דבטעות בד"מ חייב לשלם מד"ג אף בלא נו"נ ביד היינו דוקא במומחה ולא קבלוהו אבל בהדיוט וקבלוהו כיון דגמיר למידן הוי לענין טעות בד"מ כמומחה וקבלוהו דפטור משום דהוי כאנוס בטעותו אך מדברי הטור והרב בהגה לא משמע כן וצ"ל דס"ל דהדיוט וקבלוהו הוי כתחילתו בפשיעה לענין שיקול הדעת וסופו באונס לענין ד"מ ולכך חייב אף בלא נו"נ ביד אך במומחה וקבלוהו וטעה בד"מ הדבר פשוט דפטור מלשלם בין בנו"נ ביד בין בלא נו"נ ביד דלא גרע מטעה בשיקול הדעת דפטור מלשלם בכל גווני כמ"ש הש"ך בסק"ח ופשוט:

ד ויש חולקים זו היא שיטת התוס' והרא"ש דס"ל דהא דאמרינן דטעה בד"מ פטור מתשלומין משום דלאו כלום עביד היינו לרבנן דלא דייני ד"ג אבל לדידן דדייניגן ד"ג אף בכה"ג חייב והוכיחו כן ממראה דינר לשולחני דחייב לר"מ אף דאילו הוה קמן הוי הדר וכן הא דס"ד בבכורות דמתניתין דהתם אתיא כר"מ דדאין ד"ג והתם קתני טיהר את הטמא וקס"ד שערבן בעה"ב עם פירותיו אלמא אף דהדר דינא מ"מ חייב לר"מ והרב הש"ך האריך לדחות דברי התוס' ומוקי האי דטיהר את הטמא בלוקח ומוכר ומכח זה יישב ג"כ קושית התוס' שהקשו בטיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו אמאי חייב הדיין להס"ד דש"ס ולמה גרע ממטמא ומדמע ומנסך דבשוגג פטור ודחקו התוס' דחכם בעל הוראה חשוב כמזיד שהיה לו לדקדק בהוראתו ולפי מאי דמוקי בלוקח ומוכר ניחא בפשיטו' ומזה הוציא דין חדש דחכם שהורה בייי"נ שהוא כשר וערבו בעה"ב ביין כשר ונודע שטעה שהדיין פטור דלא גרע ממדמע בשוגג דפטור והנה בעיקר התירוץ שלו כבר מחי ליה מאה עוכלא הגאון מהו' חיים יונה ז"ל והסכים עמו הרב בתומים ולפנינו נדבר מזה וביותר תמיהני על הש"ך דתירץ קושית התוס' ממדמע בשוגג דפטור על טיהר את הטמא ועירבן בעה"ב עם פירותיו הא קושית התוס' קשה ג"כ בטימא את הטהור למאי דס"ד דמשלם מביתו משום דמה שעשה עשוי וקם דינא וכי יגרע ממטמא בשוגג בידים דפטור מלשלם וכן בהורה בכשרה שהיא טריפה וטעה בש"ה אף דמה שעשה

עשוי מ"מ יפטר מלשלם כמו מטמא בשוגג דפטור משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק ובאמת האי דינא שהמציא הש"ך בהורה ביי"נ שהוא כשר וטעה שהדיין פטור כשערבו בעה"ב ביין כשר אף שהוא כתב שהוא דין חדש אני אומר שהוא ישן נושן אף בלא תירוצו ומתלתא קראי שמיע לי דהתו' בסנהדרין הקשו בשם רבינו אפרים למאי דס"ד שעירבן בעה"ב אמאי יגרע ממטמא בשוגג דפטור בשלמא להמסקנא ניחא דלמה ליה לערב בידים אבל להס"ד קשה לזה מתרצי דחכם בעל הוראה חשוב כמזיד אמנם התוס' בגיטין דף נ"ג ע"א ד"ה שלא יהיו הקשו בסיגנון אחר הא דקתני דן את הדין טימא את הטהור מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואמאי הא שוגג הוא ולמאי דס"ד דמוקי לה כר"מ דדאין ד"ג ניחא דלקמן קניס שוגג אטו מזיד אבל למאן דמוקי כרבנן ובאגע בהו שרץ קשה לר' יוחנן ותירצו דהתם פשע דמה היה לו לטמאותה כדי להחזיק דבריו והוי כמו מזיד דהכא וכן הרשב"א בחידושיו לגיטין הקשה ג"כ קושית התוס' למאי דמוקי בבכורות טימא את הטהור דאגע ביה שרץ וכרבנן ואכתי הא שוגג הוא ולא אשכחן תנא דמחייב מטמא בשוגג אלא ר"מ ותירץ דהאי כפושע חשבינן ליה דנהי דסבר דפירותיו טמאין מ"מ למה ליה למינגע בהו שרץ וכ"כ הרמב"ן בחידושיו לגיטין בס' חמש שיטות וכ"כ הרמב"ן בסוף ב"ב בדיני דגרמי שלו דף מ"ב ע"ב ובדף מ"ג ע"א כתב דלמאי דס"ד לאוקמא ממתניתין דדן את הדין טימא את הטהור כר"מ שמעינן מינה דדאין ד"ג בהיזק שאינו ניכר אפילו בשוגג דקניס שוגג אטו מזיד ע"ש הרי להדיא דהתוס' בגיטין והרמב"ן והרשב"א ס"ל דדיין חשיב כשוגג אלא דהיכא שנו"נ ביד חשיב כמו כמו מזיד אלא דלפי הס"ד דמוקי מתניתין כר"מ דדאין ד"ג ר"מ לטעמיה דקניס שוגג אטו מזיד אבל לדידן דקי"ל מטמא ומנסך בשוגג פטור א"כ אף לדידן דדייניו ד"ג מ"מ טימא את הטהור וטעה בש"ה דקם דינא וכן בהורה בכשרה שהיא טרפה או בטיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו וכן בייי"נ בכה"ג בכולן פטור הדיין מלשלם דלא גרע ממטמא בשוגג דפטור דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק ובאמת דברי התוס' דסנהדרין צריכין ביאור שהקשו מההיא דמטמא ומדמע על טיהר את הטמא למאי דס"ד שעירבן בעה"ב ולא הקשו למאי דס"ד דטימא את הטהור ישלם מביתו משום דקם דינא דליהוי כמטמא בשוגג ואפשר דעל טימא את הטהור ידעו התוס' דיש לדחות דחכם בעל הוראה חשיב כמזיד אבל בטיהר את הטמא ובעה"ב ערבן עם פירותיו קשיא להו טפי דחשיב כשוגג דמנא ידע שהבעה"ב יערב אותן עם פירותיו ובזה יש לישב ג"כ דברי הש"ך אך יותר נראה דקושית התוס' קאי למ"ש לעיל מיניה בד"ה מה שעשה עשוי דמה דקתני בטיהר את הטמא מה שעשה עשוי מיירי בערבן בפירות מרובים ומה דקתני ישלם מביתו מיירי

בעירבן בפירו' מועטי' והקשו למאי דס"ד דאתי' כר"מ הא שמעי' לי' דס"ל גבי נפלו ונתפצעו דאפי' שוגג לא יעלו דקניס שוגג אטו מזיד וא"כ היכי בטלי ברובא ותירצו כיון דע"פ חכם עביד לא קנסו האי שוגג א"כ לענין ד"ג מוקי לה כר"מ ולא כוותיה לכל מילי ולפ"ז ניחא דמרישא בטימא את הטהור לא מצי להקשות די"ל כמ"ש התוס' בגיטין דאתי כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד אבל מטיהר את הטמא מקשי שפיר דמ"ש ממדמע בשוגג דליכא למימר דאתיא כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד דא"כ אמאי בטלי ברובא נקנוס נמי שוגג אטו מזיד דזה תליא בזה כדמוכח בפ' הניזקין דף נ"ד ע"א דמדמי להו הש"ס התם להדדי ע"ש וקושייתם הכא אזלא לתי' בתרא דלעיל אבל התוס' בגיטין דתי' דלס"ד אתיא כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד ס"ל כתי' קמא דהתוס' כיון דע"פ חכם עביד לא קניס וא"ש ובזה יש לתרץ מה שהקשה הר"ן בפ"ק דע"ז על הראב"ד והרשב"א דס"ל גבי דיני ממונות בלא נו"ן ביד חוזר הדין אבל באיסור והיתר לא משום דשויא אנפשיה חד"א והקשה הר"ן דא"כ למה ליה לר"ח לאוקמא טימא את הטהור דאגע ביה שרץ תיפוק ליה דשם בלא"ה הדין קיים דשויא אנפשיה חד"א והרב הש"ך בס"ק י"ד אות י"ד ט"ו תי' דר"ח לאו משום מתניתין דפאד"מ דמחזירין מוקי טימא את הטהור באגע ביה שרץ אלא משום כיון דמוקי מתני' בנו"ן ביד א"כ היינו כרבנן דלא דייני ד"ג לכך הוצרך לאוקמא דאגע ביה שרץ ובאמת דבריו תמוהים וכי מה ענין זה לד"ג דהא דר"ח מחלק בין נו"ן ביד או לא היינו לענין מה שעשה עשוי אבל לענין תשלומין אין חילוק והנה לשיטת הרי"ף דס"ל דטעמא דר"ח דבלא נו"ן ביד משום פסידא דבע"ד נגעו ביה כיון דאין הדיין צריך לשלם בלא נו"ן ביד דלא דנין ד"ג בדיין לכך הדין חוזר אלמא אף אי אמרינן דקם דינא ס"ל לר"ח דפטור בלא נו"ן ביד ולכך הדין חוזר ניחא דלכך הוצרך לר"ח לאוקמא טימא את הטהור באגע ביה שרץ דאי לאו הכי פטור מלשלם לאוקימתא זו אך הש"ך באות ט"ו כתב דהראב"ד והרשב"א לא ס"ל כסברת הרי"ף אלא כמ"ש הרמב"ן במלחמות דטעמא דר"ח משום דנו"ן ביד אלים דינא להיות קיים א"כ אין ענין זה אי דייניו ד"ג בדיין שייכות לתירוצא דר"ח והדרא קושית הר"ן לדוכתה וכן האריך הרב בתומים לדחות דברי הש"ך בזה ועוד קשה לי טובא לפמ"ש התוס' והרא"ש בשמעתין דס"ד דמתניתין דטיהר את הטמא מיירי שערבן בעה"ב עם פירותיו ולהמסקנא מוקי לה כשערבן חכם ויש לתמוה דלמה הוצרך ר"ח לאוקמא כשערבן חכם הא עיקר שנויא דר"ח הוא לתרץ דומיא דמתניתין דפאד"מ דקתני דמחזירין אמתניתין דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וא"כ למה ליה לר"ח לאוקמא טיהר את הטמא שערבו חכם נהי נמי דפירושא דמתניתין כדס"ד שערבן בעה"ב מה חזרה שייך התם הרי כבר

ערבן הבעה"ב פירות אלו עם פירותיו הטהורים ונטמאו כבר ולכך צריך לשלם מביתו ולשיטת הרי"ף דטעמא דר"ח דבלא נו"ן ביד חוזר הדין משום פסידא דבע"ד נגעו בה אלמא דלא דאין ד"ג בדיין ניחא דלכך הוצרך לאוקמא שערבן חכם משום דאל"ה פטור לשלם אבל לשיטת התוס' והרא"ש קשה וזה ראיה גדולה לדברי הש"ך דלכך מוקי בערבן חכם משום דמתניתין אתיא כרבנן דלא דייני ד"ג אלא שהדברים דחוקים מה ענין זה לתירוצו דר"ח אך לפי שיטת התו' דגיטין והרמב"ן והרשב"א דס"ל דחכם חשוב כשוגג אלא דבנו"ן ביד חשיב כמזיד אלא דס"ד דש"ס בבכורו' דמתניתין אתיא כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד יש לישב קושית הר"ן ומה שהקשיתי על התוס' והרא"ש דכיון דר"ח הוצרך לאוקמא מתניתין בנו"ן ביד מוקי נמי טימא את הטהור באגע ביה שרץ טיהר את הטמא בערבן חכם בכדי שלא נצטרך לאוקמא מתניתין כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד דלא כהלכתא ודלא כסתמא דגיטין המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור ולכך מוקי בנו"ן ביד דבכה"ג חשוב כמזיד ולפמ"ש הנ"י דטעמא דר"ח דבלא נו"ן ביד חוזר הדין משום דלא רצו חז"ל לחייב את הדיין בגרמא בעלמא אף דדייני ד"ג מ"מ היכא דאפשר החזרה תקנו יותר החזרה בשיקול הדעת מלחייב את הדיין משום דאין לך אדם שנעשה דיין לעולם א"ש טפי דבלא ר"ח הוי מצי לאוקמא מתניתין כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד אבל השתא דחזינן דהקילו חז"ל בדיין להיות חוזר הדין בלא נו"ן ביד משום דאין לך אדם שנעשה דיין לעולם א"כ כ"ש דמטעם זה ליכא למיקנס גבי דיין שוגג אטו מזיד לכך הוצרך לאוקמא באגע ביה שרץ וערבן חכם דחשיב כמזיד. ובדרך פלפול יש לתרץ קושית הר"ן בדרך זה ע"פ מה שתירץ הש"ך דטיהר את הטמא מיירי בלוקח ומוכר אלא דנו"ן ביד לא שייך לאוקמא בכה"ג ולפ"ז ניחא דדוקא לתירוץ ר"ח הוצרך לאוקמא טימא את הטהור דאגע ביה שרץ משום דאל"כ תקשה קושית התוס' דליהוי כמטמא בשוגג דפטור אבל באגע ביה שרץ חשוב כמזיד בשלמא בלא ר"ח מצינן לאוקמא מתניתין כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד וטיהר את הטמא בלוקח ומוכר כמ"ש הש"ך אבל לר"ח דס"ל בלא נו"ן ביד הדר דינא א"כ לא מצינן לאוקמא טיהר את הטמא בלוקח ומוכר דהא הדר דינא ונו"ן ביד לא שייך גביה כמ"ש הש"ך א"כ ע"כ צ"ל כמ"ש התוס' שערבן בעה"ב עם פירותיו ומה שעשה עשוי בערבן בפירות מרובים וישלם מביתו בערבן בפירות מועטים וקשה קושית התוס' דהא ר"מ קניס גבי נפלו ונתפצעו שוגג אטו מזיד וצ"ל כתי' התוס' דלא אתיא כר"מ בזה וא"כ מוכח דמתניתין לא אתיא כר"מ דמחייב מטמא בשוגג דקניס שוגג אטו מזיד דא"כ לא בטיל ברובא כדמוכח בפ' הנזקין דמדמי להו הש"ס אהדדי וא"כ קשה בטימא את הטהור הא ה"ל כמטמא בשוגג דפטור ולכך מוקי לה באגע ביה

שרץ דחשיב כמזיד דלמה ליה לטמאו' בידים וא"ש. ותבנא לדינא דמדברי התוס' בגיטין והרמב"ן והרשב"א מוכח דס"ל דבטיהר את הטמא ובעה"ב ערבן עם פירותיו אף לדידן דדייניגן ד"ג פטור הדיין מלשלם משום דהוי כמטמא בשוגג וכן בי"נ בכה"ג וכשיטת הש"ך וכן בטימא את הטהור וטעה בשיקול הדעת אף דקם דינא מ"מ פטור מלשלם משום דהוי היזק שאינו ניכר ובשוגג פטור וכן בהורה בכשרה שהיא טרפה וטעה בש"ה אף דקם דינא מ"מ הוי היזק שאינו ניכר כמו מטמא בשוגג וכן מוכח מדברי הרמב"ן בד"ג שלו דף מ"ג ע"ב שהקשה בטבח אומן שקלקל אמאי חייב כשעשה שהייה או דרסה הא הוי היזק שאינו ניכר ותי' כיון דפסול בשחיטה הוא הוי כמתיז ראשה בסייף דניכר היזקה אלמא דטריפות שאינו ניכר חשיב כמטמא בשוגג דפטור והא דזיכה את החייב חשיב כהיזק ניכר הוא כמ"ש הרמב"ן שם דמוחל שטר ומראה דינר לשולחני הוי היזק ניכר דלא שייך גבייהו הרי שלך לפניך דהא לא מיהדר והוי כנוטל כיסו מזה ונותן לזה ע"ש וזה הוא דלא כהש"ך דפסק בפשיטו' בכללי הדינים שלו דבאיסור והיתר וטעה בש"ה כיון דקם דינא משלם מביתו ונראה מדבריו דס"ל דחכם חשוב כמזיד רק בטיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו חשוב כשוגג דלא סליק אדעתיה שיערבן בעה"ב וכמ"ש לעיל וזו היפך שיטת התוס' דגיטין והרמב"ן והרשב"א דס"ל דחכם חשוב כשוגג ופטור בהיזק שאינו ניכר והא דמשני הש"ס גבי ר"ט חדא ועוד קאמר ליה חדא דטועה בד"מ אתה וא"נ בש"ה טעית מומחה לרבים אתה אף דהתם הוי היזק שאינו ניכר י"ל דרב ששת דמשני הכי ס"ל כחזקיה בגיטין דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק או דר"ע ס"ל כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד ולהמסקנא ניחא בלא"ה דמוקי לה בנו"נ ביד די"ל דר"ט בידים האכילו לכלבים דחשיב כמזיד ובאמת גדולה מזו נלפענ"ד לשיטת התוס' דטימא את הטהור חשיב היזק שאינו ניכר אף דאגע ביה שרץ אח"כ וכן בהורה ביין כשר שהוא נסך וערבו החכם אח"כ בי"נ ג"כ פטור דאע"ג דהתוס' כתבו דמאי דאגע ביה שרץ חשוב כמזיד י"ל דהתוס' ס"ל דהא דמוקי בבכורות בנו"נ ביד שיטת הש"ס אזלא לרב חסדא דס"ל בלא נו"נ ביד הדר דינא וכ"כ הרא"ש בפאד"מ דסוגיא דהתם אזלא כר"ח ולכך כשאגע ביה שרץ חייב דחשוב כמזיד אבל לדידן דקי"ל דטעה בש"ה קם דינא וא"כ תיכף כשהורה שהפירות הם טמאים והיין הוא י"נ קם דינא ופטור משום דהוי היזק שאינו ניכר בשוגג א"כ אף דאגע ביה שרץ אח"כ או שערבו בי"נ גמור אף דבזה הוי כמזיד מ"מ לאו כלום עביד כיון דבלא"ה אסור משום דקם דינא ויש להביא ראיה לזה מב"ק דף קי"ז ולקמן סי' שפ"ח ס"ד וכמ"ש לקמן בס"ב סק"ז באריכות וכ"כ מדברי התוס' בגיטין דף נ"ג ע"ב וב"ק דף מ"ה ד"ה השתא שהקשו שם לפירש"י דפירש

הא דמוקי הש"ס התם בגומרין דינו של שור שלא בפניו קמיפלגי דלרבנן חייב דאמר אי אייתיתי' ניהלי הוי מעריקנא ליה לאגמא השתא אתפסתיה להוראי ביד מאן דלא מצינא לאשתעויי דינא בהדיה ופרש"י דחייב משום דאתפסיה בידים והקשו התוס' דאם כשתפסוהו מאליהן פטור גם כשאתפסיה בידי' יהא פטור דסוף סוף אפי' לא היה מתפיסו היו תופסין אותו מאליהן ולא הפסידו הבעלי' כלום בתפיסתו עכ"ל הרי אף דמה שהתפיסו בידים חשיב כמזיד מ"מ פטור דלאו כלום אפסדיה וע' במ"ל בפ"ג מה"ג בזה באריכות וא"כ ה"נ כיון דבלא"ה קם דינא לאו מידי אפסדי' במאי דאגע ביה שרץ או שערבו עם יי"נ גמור והתוס' שכתבו דבכה"ג חשיב כמזיד אזלי לשיטת רב חסדא בש"ס דס"ל דבלא נו"נ ביד הדר דינא או דמיירי דאגע ביה שרץ קודם שהורה בו שהוא טמא אבל כשהורה מקודם א"כ כבר אסרו ולאו כלום עביד ובאמת הרמב"ן בד"ג שלו דף מ"ב ע"ב כתב להדיא דלרבנן דפטרי מטמא בשוגג אף בנו"נ ביד ואגע ביה שרץ פטרי לדיין דחשוב כשוגג אך הרמב"ן לאו מהאי טעמא אתי עלה כדמוכח למעיין היטב בדבריו ע"ש ודוק והוא סותר לדבריו בחידושי גיטין דס"ל דבאגע ביה שרץ חשיב כמזיד אך מ"מ לשיטת התוס' והרא"ש דבש"ה קם דינא נראה עיקר דאף בנו"נ ביד אח"כ אף דהוי כמזיד מ"מ פטור דלאו כלום עביד אך מ"מ נ"ל דבהורה בכשרה שהיא טריפה והאכיל אח"כ בידים לכלבים אף שמקודם קם דינא ולאו כלום עביד מ"מ חייב דהא הא דפטור בהיזק שאינו ניכר הוא משום דיכול לומר לו הרי שלך לפניך וא"כ כיון שהוא בעצמו האכילו אח"כ בידים לכלבים לא שייך לומר בזה הרי שלך לפניך דהא הוא הפסידו בידים אח"כ והא דכתבו התוס' דבאתפסיה בידים יש לפטרו משום דבלא"ה היו תופסין אותו היינו משום דס"ל להתוס' גם באתפסיה בידים הוי היזק שאינו ניכר כמ"ש התוס' בגיטין שם דכן מוכח הסוגיא אלא דבאתפסיה בידים יש לקנסו משום דהוי כמזיד ולכך היכא דלא הפסידו אין לקנסו אבל היכא דהפסידו בידים אח"כ י"ל דבכה"ג לא שייך לומר הרי שלך לפניך כיון דאזקיה בידי' אח"כ וניכר הזיקו וכן נראה בהורה בכשירה שהיא טריפה וצוה להאכילו לכלבים כיון דאנן דיינינן ד"ג לא שייך לומר בכה"ג הש"ל כיון דהוא צוה להאכילו לכלבים ועל פיו האכילו בעה"ב לכלבים היזק ניכר הוא ולא שייך בזה לומר הש"ל כן נ"ל. אמנם כ"ז לפי שיטת התוס' דגיטין והרמב"ן והרשב"א שם דחכם חשוב כשוגג אך לפמ"ש התוס' בסנהדרין דחכם חשוב כמזיד דה"ל לדקדק בהוראתו ולידע שהבעה"ב יערב וכעין זה כתבו התוספות בב"ק דף ק' ד"ה טימא את הטהור דמה"ט דמחייב התם במזיד כדי שלא יהיה כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ה"נ אית לן לחייב את הדיין אף בשוגג כדי שידקדק בדין יפה א"כ הדיין

חייב לשלם הן בטימא את הטהור או טיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו לדידן דדייניין ד"ג ואף שאיני כדאי להכריע בין גדולי הראשונים מ"מ לפענ"ד יש להביא ראיה לשיטת התוס' דסנהדרין ודב"ק משום דלפי שיטת התוס' בגיטין דס"ל הא דס"ד בטיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו דמשלם מביתו אתיא כר"מ דקניס שוגג אטו מזיד יש להקשות דהא קי"ל גזל חמץ ועבר עליו הפסח תרומה ונטמאת אומר לו הש"ל ואינו חייב כמו מטמא במזיד דהא אי הוי ביד בעה"ב הוי מוכרו קודם הפסח ושומרו שלא יטמא וצ"ל כמ"ש הרמב"ן בד"ג שלו דשאני מטמא ממש בידים משא"כ הכא דממילא אתי ולא מחמת עצמו של גזלן אלא שעכבו מלעשות תקנה לאיסורו בכה"ג לא קנסו חז"ל וא"כ ה"נ בטיהר את הטמא ועירבו בעה"ב עם פירותיו אמאי חייב משום דקנסו שוגג אטו מזיד הא אף במזיד בכה"ג אין לקנסו דהא החכם לא עביד כלום בפירות הטהורים אלא דמחמת זה שטיהר את הטמא מנע הדיין את הבעה"ב לשמור את פירותיו שבביתו שלא יטמאו א"כ דומה ממש לגזל תרומה ונטמאת דאומר לו הש"ל אף דאם לא היה גזלה היה הבעה"ב משמר שלא יטמאו ואפ"ה פטור כיון דהוא לא עביד מעשה בידים וא"כ בטיהר את הטמא נמי בשלמא אי אמרינן דחכם חשוב כמזיד וכמ"ש התוס' בב"ק דחייבוהו חז"ל כדי שידקדק בהוראה י"ל דהא לענין דיין אף דלא עביד מעשה בידים החמירו עליו חז"ל בכדי שידקדק בהוראתו וקנסוהו בזה יותר ממזיד גמור משום כדי שלא יהיו נפישי יושבי קרנות הקופצי' להורות אבל אי אמרי' כשיטת התוס' דגיטין דחכם חשוב כשוגג ולרבנן פטור לגמרי אלא דר"מ הוא דקניס שוגג אטו מזיד קשה דהא בכה"ג אף במזיד אין לקנסו כיון דלא עביד מעשה בידים א"ו דדיין יש לקנסו טפי אף לרבנן בכדי שידקדק בהוראתו היטב וזו ראיה נכונה לפענ"ד. גם לענין מה שהוכיחו התוס' והרא"ש דלדידן דדייניין ד"ג אף היכא דהדר דינא חייב והסוגיא אזלא לרבנן דלא דייני ד"ג צל"ע טובא דהא מוכח דאף לדידן דקי"ל דדייניין ד"ג מ"מ היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק דהא קי"ל המטמא בשוגג פטור משום דלאו שמיה היזק וכן מוכח בגיטין דף כ"ג ע"ב דמוקי התם דכ"מ ס"ל היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק אף דר"מ גופיה דאין ד"ג וכן מוכח מדברי התוס' בסנהדרין גופייהו שהקשו למאי דס"ד דמוקי טיהר את הטמא שערבן בעה"ב ליהוי כמטמא בשוגג דפטור משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק אלמא אף דלס"ד מתניתין ר"מ הוא דדאין ד"ג אפ"ה היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק ופטור ולא מחייבינן בהיזק שאינו ניכר משום ד"ג וע"כ צ"ל כמ"ש הרמב"ן בד"ג שלו ובחידושיו לגיטין דכל שחייב במעשה ממש לרבנן חייב בגרמא לר"מ וכל הפטור במעשה ממש לרבנן כגון היזק שאינו ניכר פטור לר"מ בגרמא וה"ה במעשה

ממש שלא חייב ר"מ אלא בגורם היזק ואין כאן היזק מאחר שאינו ניכר ע"ש הרי אף דאח"כ שורף הבעה"ב התרומה שנטמאת וכן היין שנסכו והוי היזק הניכר לכל מ"מ כיון דבשעת מעשה שטימא או ניסך היין לאו כלום עביד דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק ואומר לו הרי שלך לפניך אף שאח"כ שורפו הבעה"ב ומשליכו לחוץ מ"מ זה ההיזק עושה הבעה"ב מעצמו והמטמא והמנסך לאו כלום עביד א"כ כ"ש בטעו' בד"מ כיון דהדר דינא א"כ מה שאסר הדיין לאו כלום עביד וגרע ממטמ' דפטור משום היזק שאינו ניכר וכ"ש הכא שדיבורו אינו עושה איסור כלל אלא שאח"כ ע"פ דבורו זורקו הבעה"ב לכלבים דאינו חייב משום ד"ג כמו מטמא דפטור משום היזק שאינו ניכר אף שאח"כ עושה הבעה"ב על ידו היזק הניכר ומ"מ כיון דהוא לאו כלום עביד אינו חייב מד"ג והנה דברי התוס' יש לתרץ דאזלי הכא בשיטת ריצב"א שהביאו התוס' בב"ב דף כ"ב וכ"כ התוס' בב"ק דף נ"ד ע"א משם ר"י דדיני דגרמי אינו אלא קנסא בעלמ' כמו מטמא במזיד כדי שלא יהיה כ"א הולך ומטמא טהרותיו של חבירו ע"ש וא"כ י"ל דלכך היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק דמדאורייתא לא דיינינן ד"ג ומדרבנן חייב משום ד"ג במזיד ומשום כדי שלא יהיה כ"א הולך וכו' ולכך בדיין חייב אף בהדר דינא משום דדיין חשיב כמזיד וחייב משום קנסא דרבנן מד"ג כמו מטמא במזיד אך לשיטת הרא"ש בב"ב ובפ' הגוזל דס"ל דד"ג מדאורייתא וכן הוא שיטת הטור בכמה דוכתי הדרא קושיא לדוכתה ולא מצאתי שום מקום לישב זה אם לא שנאמר דהתוס' והרא"ש ס"ל דדוקא במטמא ומדמע אינו חייב מד"ג כיון דבשעת מעשה לאו כלום עביד דהיזק שאינו ניכר הוא ואח"כ כשטמאו אין בידו לתקן א"כ אף שאח"כ משליכו בעליו לחוץ מ"מ זה ההיזק הוא עושה מעצמו ואינו בצווי המטמא כלל ולכך פטור משא"כ בטעות בד"מ כיון דהדר דינא נהי דמה שאסר הבהמה לאו כלום עביד מ"מ בשעה שמשליכו הבעה"ב לכלבים הרי הוא כמו שעושה בצווי החכם דהא החכם יכול לחזור מדינו דהא הדר דינא ולכך חייב משום ד"ג דהוי כמו שחכם משליכו לכלבים בידים אח"כ כיון שאינו חוזר מדבריו הוי כמו שהבעה"ב משליכו ע"פ צווי החכם והא דהקשו התוס' על טיהר את הטמא וערבן בעה"ב דליהוי כמטמא בשוגג אע"ג דהדר דינא וא"כ חייב מד"ג שאני התם דנהי דהדר דינא והוי כערבן בעה"ב ע"פ צווי החכם אכתי לא עביד אלא היזק שאינו ניכר ולא גרע ממטמא בידים בשוגג דפטור אבל בהורה בכשרה שהיא טרפה וטעה בד"מ והאכיל' הבעה"ב לכלבים כיון שקודם שהאכילה הבעה"ב לכלבים הוי מצי הדיין לחזור הוי כמו שזרקו הבעלים לכלבים ע"פ צווי החכם והיזק הניכר הוא וחייב משום ד"ג ודוק. העולה מזה דלפי שיטת התוס' דגיטין והרמב"ן והרשב"א דחכם חשוב כשוגג

א"כ בחכם שטעה בשיקול הדעת והורה ביין כשר שהוא נסך וערבו הבעלים ביי"נ אחר פטור הדיין דהוי כמטמא בשוגג ואף כשערבו החכם בעצמו אח"כ יש לפוטרו דלאו כלום עביד כיון דבלא"ה מה שעשה עשוי וכן בהורה בכשרה שהיא טרפה וטעה בש"ה והבעלים האכילו לכלבים פטור הדיין דהוי היזק שאינו ניכר כיון דמה שעשה עשוי אם אם לא כשהדיין בעצמו האכילו לכלבים אבל בטעה בד"מ והורה ביין כשר שהוא נסך וערבו הבעלים ביי"נ אחר פטור הדיין דהוי כמטמ' בשוגג אם לא שהחכם בעצמו ערבו דהוי כמזיד כיון דבד"מ הדר דינא למה ליה לערב וטובא עביד אבל בהורה בכשרה שהיא טרפה וטעה בד"מ והבעלים האכילו לכלבים חייב הדיין מד"ג כיון דמצי הדר ביה הרי הוא כאלו זרקו הבעלים בצווי הדיין והיזק הניכר הוא וחייב הדיין מד"ג זהו מה שעולה בדינים אלו לפי שיטת התוס' דגיטין וסייעתם אך לפי שיטת התוס' דסנהדרין בכל ענין חייב הדיין לשלם לדידן דדיינינן ד"ג אמנם אלו הדברי' מרפסי איגרי לחלק בכל חילוקי' אלו וגם לפי שיטת התוס' קשה טובא דמנ"ל לרב ששת להקשות הא לאו כלום עביד דילמא ר"ע כר"מ ס"ל דדאין ד"ג וכמו שהקשה הש"ך וגם לפי שיטת התוס' צריכים אנו לומר אי קם דינא אף לרבנן חייב ופשטא דש"ס דמוקי בבכורות לרבנן טימא את הטהור דאגע ביה שרץ לא משמע כן כמ"ש הש"ך ע"כ מכ"ז נלפענ"ד דהדרך המחוור דהיכא דהדר דינא פטור הדיין אף למאן דדאין ד"ג וכפשטא דהש"ס וכדעת הרי"ף והרמב"ם ומה שהקשו התוס' והרא"ש מההיא דס"ד בבכורות דטיהר את הטמא וערבן בעה"ב עם פירותיו חייב לר"מ מד"ג אף דהדר דינא וכן מראה דינר לשולחני חייב לשלם אף דאלו הוה קמן הוי הדר נ"ל לתרץ ברווחא דהנה ידוע דשיטת הרמב"ם והרא"ש דדיני דגרמי מדאורייי' וגרמא בניזקין פטור ומחלקי' דהיכא דהוא בעצמו עושה ההיזק וברי היזקא נקרא ד"ג וחייב מדאורייי' והיכא דלא ברי היזקא אינו אלא גרמא בניזקין ופטור וזו היא שיטת הרא"ש בפ' לא יחפור ופ' הגוזל עצי' ושיטת התוס' בשם ריצב"א ור"י דד"ג אינו אלא מדרבנן משום קנסא ואין מחלקים בחילוקים הללו אלא שחכמים קנסו בדברים האלו היכא דשכיחא ורגיל היזקא לפי ראות עיניהם ולשיטה זו הסכים הרב הש"ך בסי' שפ"ו ע"ש ובאמת י"ל דתרוייהו טעמי שווים לטובה דהיכא דברי היזקא חייב בד"ג מדאורייתא והיכא דלא ברי היזקא אינו חייב אלא מקנסא דרבנן וכ"כ בתשובת משאת בנימן סי' כ"ח ודבריו נכוני' ולפ"ז מתורץ קושית התוס' דגבי דיין הסברא נותנת דהיכא דקם דינא דהוא חייב מד"ג מדאורייתא דהא ברי היזקא אף דיין חייב ואף דלא נתכוין להזיק מ"מ אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד אך היכא דהדר דינא דלא הוי ברי היזקא וא"כ מדינא דאוריי' פטור דאינו אלא גרמא בעלמא

אלא שמדרבנן יש לחייבו מקנסא בעלמא וא"כ י"ל בדיין לא קנסו חז"ל כמ"ש הרי"ף והרמב"ן בס' המלחמות דכיון דגמיר למידן וקבלוהו או דגמיר וסביר ולא קבלוהו לא מחייב דרחמנא אנסיה ופקדי' למידן דינא ובכה"ג לא חייבוהו חז"ל משום קנסא שאין לך אדם שנעשה דיין לעולם וכן אף בהורה בכשרה שהיא טרפה אף שהוא גמיר ולא סביר וקבלוהו עליהן אין לקנסו כיון דגמיר וקבלוהו לא שייך למיקנסיה דליביה אנסיה להורות איסור בדבר שהוא ידוע שהוא אסור וגם קבלוהו ולפ"ז מיושב קושית התוס' דגבי מעשה דר"ט שהאכיל הפרה לכלבים פריך הש"ס שפיר בשלמא אי קם דינא א"כ חייב מדינא מד"ג א"כ אף שלא נתכוין להזיק יש לחייבו דאדם מועד לעולם משא"כ אי הדר דינא א"כ לא ברי היזקא ואינו חייב אלא מקנסא א"כ בדיין יש לפוטרו דחשיב כמו שוגג דליביה אנסיה כיון שהוא גמיר וקבלוהו אבל בטיהר את הטמא כיון דמיירי בהדיוט וקבלוהו אף דהדר דינא יש לקונסו דהא בהוראת איסור והיתר בעינן דוקא דגמיר וסביר דהא דדרשו חז"ל ורבים חללים הפילה זה שלא הגיע להוראה ומורה הגיע להוראה היינו דוקא דגמיר וסביר כדאיתא בריש הוריות וכמ"ש הבעל המאור והנ"י א"כ התם יש לקנסו אף דהדר דינא דהתם לא שייך לומר דליביה אנסיה כיון שהורה שלא כדין ואף שקבלוהו לא היה לו להתיר דבר איסור ושפיר יש לקנסו וכן במראה דינר לשולחני אף דאלו הוה קמן הוי הדר ונ"מ חייב לשלם מקנסא ובזה מתורצי' כל הקושיות וזה נכון מאוד לפענ"ד. והרב הש"ך תירץ קושית התוס' דלמאי דס"ד בבכורו' דמתניתין אתיא כר"מ ההיא דטיהר את הטמא מיירי דומיא דזיכה את החייב דהיינו שבאו הלוקח ומוכר לשאול אם יקח פירותיו של מוכר אם הם טהורים אי לאו וטיהר זה את הטמא ולקח זה על פיו ואח"כ נודע דשלא כדין טיהרו ורוצה שיחזיר לו פירותיו ויתן לו את מעותיו וקמ"ל דמה שעשה עשוי לענין זה שא"צ להחזיר המוכר המעות וישלם מביתו כדין מראה דינר לשולחני והגאון מהו' חיים יונה השיג עליו והסכים עמו הגאון בתומים דמה ענין זה למראה דינר לשולחני הלא אין לך מקח טעות גדול מזה שזה יחזיק במקח בדבר שהוא אסור באכילה ע"ש ואני אומר אף דצדקו דבריהם בזה מ"מ יש לתרץ קושית התוס' בדרך זה דמיירי שהמוכר ולוקח באו לשאול אם הפירות הם טהורים או טמאי' והורה שהם טהורי' ואכלם הלוקח וא"כ אם האמת שהפירות הם טמאים בודאי צריך המוכר להחזיר מה שנטל יותר מכדי שוויים דודאי פירות טמאים הם בזול יותר אבל כיון שהדיין טעה בשיקול הדעת א"צ להחזיר מותר המעות דמה שעשה עשוי דיכול לומר דמה חזית דטעמא בתרא דילך עיקר דילמא קמא עיקר והפירות טהורים הם וכאן לא שייך לומר דהוי מקח טעות כיון דאסורים באכילה דזה לא שייך אלא כשהדבר

בעין אף שאסורים מספיקא צריך המוכר ליטלם משום דהוי מקח טעות אבל כשאכלם שאין הדבר בעין יכול לומר הלוקח שכשרי' הוי ואין מוציאין ממון מספק דהממע"ה כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ט ע"ש וס"ק כ"ז וא"כ הכא שטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי לענין זה דיכול לומר דילמא טעמא קמא דילך אמת ואין מוציאין מיד המוכר והא דלא מוקי בנו"נ ביד בכה"ג היינו משום כיון דמוקי טימא את הטהור באגע ביה שרץ מוקי נמי טיהר את הטמא בכה"ג שערבן חכם וא"ש. עוד הקשה הרב הש"ך דברי התוס' אהדדי דכאן ס"ל דאף בטועה בד"מ חייב משום ד"ג ובפא"ט גבי זילו אמרו ליה לבריה דר"י בר חמא דלשלם דמי תורא למרא כתבו התוס' ואע"ג דטועה בד"מ הוא בידים האכילו לכלבים אלמא דוקא משום בידים האכילו לכלבים אבל בלא"ה פטור ונראה לתרץ דהתוס' הקשו שפיר דהא הרשב"א בחידושיו שם כתב דעל כרחך לא קבלו לרבא עליהם ומעצמם טרפו להם דאל"כ פשיטא דרבא פטור מלשלם דאין לך מומחה וגדול ממנו וא"כ י"ל דאף דס"ל להתוס' דהטועה בד"מ חייב מד"ג היינו דוקא בקבלו עליהם דהא התוס' ילפי לה ממראה דינר לשולחני והרי שם שיטת הרי"ף הוא דבעינן דוקא שיאמר לו עלה דידך קסמיכנא והביאו התוס' בב"ק דף קע"א וכ"כ בקיצור פסקי התוס' שם ואף להחולקים שם בעינן דלא יכול לאשתמוטי וכמ"ש בסק"א וא"כ התם דלא קבלו לרבא עליהם אינו חייב מד"ג דיכול לומר לא ידעתי שתסמוך עלי ודוחק לומר דמיירי התם דא"ל עלה דידך קסמיכנא ועוד דאף אם א"ל כן אח"כ פטור דהא הא דחייב בא"ל חזי דעלך קסמיכנא הוא משום דה"ל לומר לו אל תסמוך עלי וא"כ במומחה כיון דמומחה וקבלוהו פטור משום דהוי כאנוס בטעותו אלא דבלא קבלוהו חייב דלמה לו להורות כשלא שאלוהו וא"כ י"ל דדוקא בש"ה חייב כיון דקם דינא למה ליה להורות כשלא שאלוהו משא"כ בטועה בד"מ כשלא שאלוהו א"כ מתחילה לאו כלום עביד דהא דינא לאו דינא ולא ידע שהבעה"ב יסמוך עליו ואף שאח"כ א"ל חזי דעלך קסמיכנא מ"מ אינו חייב בשביל שלא א"ל אל תסמוך עלי משום דשוב ה"ל כמומחה וקבלוהו דפטור מלשלם דהוי אנוס בטעותו זה נ"ל נכון לישב דברי התוס' דלא ליסתרו אהדדי אך הטור כתב בפשיטות דאף מומחה ולא קבלוהו חייב לשלם מד"ג לשיטה זו כמ"ש הש"ך בסק"ה ואולי יש לחלק בין דין להוראה דבדין כיון שלא קבלוהו והוא כפה הבע"ד לדון לפניו א"כ מתחילה דעתו היה שהם יסמכו על דבריו ולכך חייב מד"ג משא"כ בהוראה כשלא שאלוהו והוא אמר מעצמו שהבהמה טריפה יכול לומר לא ידעתי שיסמכו עלי ועמ"ש בסק"א ודוק:

ה ולענין הוראת איסור והיתר וכו'. הרב הש"ך השיג ע"ז ודעתו דאף באיסור והיתר בעינן קבלוהו דוקא והוכיח כן מדברי התוס' והרשב"א ומ"ש הנ"י דאנוס הוא דכל מי שהגיע להוראה ואינו מורה הוי עצומים כל הרוגיה ליתא דמ"מ אינו מחויב לפסוק בלא קבלוהו בעל כרחו ודבריו נכונים אך מ"מ נ"ל דאם ראה המורה שאוכלים דבר איסור לדעתו ואסר להם חשוב כאונס דהא מחויב למנוע את חבירו שלא לאכול דבר איסור כן מוכח בתוס' דע"ז דף נ"ח ע"ב גבי ר"ל דאיקלע לבצרה חזא ישראל דקאכלי פרי דלא מעשרי ואסר להו חזא מיא וכו' אתא לקמיה דר"י א"ל אדמקטורך עלך זיל הדר וכתבו התוס' שם דאין לפרש דלא תפסיד בגדיך בהוראתך בשביל שטעית דהא רשב"ל מומחה לב"ד היה ופטור ומאי קושי' הא התם לא קבלוהו עליהן כדמשמ' בש"ס ומומחה ולא קבלוהו חייב א"ו כיון שרצה למנוע מהם שלא יאכלו דבר איסור א"צ קבלה וז"ב:

ו טעה בשיקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים וכו'. יש להסתפק בדין שיש בו שני טעמים והדיין טעה בד"מ ובאמת בזה הדין יש בו ג"כ מחלוקת והוא שיקול הדעת דסוגיא דעלמא דלא כוותיה רק שהדיין לא ידע מפלוגתא זו ופסק כן מטעם אחר וטעה בדבר משנה אי חשבינן ליה כטעה בד"מ או דילמא דמ"מ כיון דדין זה הוא ג"כ מחלוקת ודן כחד תנא אף דלא ידע סברא זו מ"מ קם דינא ויש להביא ראיה מפרק מי שהיה נשוי דף צ"ד ע"ב גבי אימא דרמב"ח כתבתינהו לניכסי לרמב"ח בצפרא לאורתא כתבתינהו לרב עוקבא בר חמא אתא רמב"ח לקמיה דרב ששת אוקמיה בניכסיה אתא מר עוקבא לקמיה דר"נ אוקמי' בניכסיה וקאמ' התם רב ששת לטעמיה משום דקדים א"ל ר"נ אטו בירושלים יתבינן דכתבינן שעות וא"ל ר"ש לר"נ ומר מ"ט עביד הכי א"ל שודא דדייני א"ל אנא נמי שודא דדייני א"ל חדא דאנא דיינא ומר לאו דיינא ועוד מעיקר' לאו בתורת הכי אתית לה והנה התוס' בפ' הכותב דף פ"ה והר"ן ס"ל דשודא דדייני א"צ אומד אלא למי שהדיין רוצה יכול ליתן בלי שום טעם אלמא אף דר"ש רוצה היה ליתן לרמב"ח מ"מ חשיב טעות בדין כיון דלאו מהאי טעמא אתא עלה אלא משום דקדים וזה היה בטעות הדין בטל אף שתלוי ברצון הדיין ורצונו היה לזכות לרמב"ח מ"מ חשיבא טעות בדין וא"כ ה"ה בכל טעות בד"מ אף שבאמת זה הדין הוא נכון לדעת חד תנא מ"מ הדיין לאו מהאי טעמא אתי עלה והדין חוזר אך מ"מ י"ל דטעות בשיקול הדעת עדיף טפי כיון שהוא מחלוקת תנאים או פוסקי' והוא פסק כאחד מהם אף שהוא לא פסק מטעם זה מ"מ דין תורה דן כחד תנא ודינו דין דאטו דיין שדן דין אמת אלא שטעה בטעם הדין יהיה דינו בטל אך מ"מ הדעת מכרעת כיון דסוגיא דעלמא דלא כוותיה והוא טעה לגמרי בדבר משנה אין דינו דין כלל וחוזר וצ"ע לדינא:

ז הואיל והוא מומחה חוזר הדין. היינו אף בנו"נ ביד חוזר הדין משום פסידא דבע"ד כיון דהדיין פטור מלשלם וזו היא שיטת הרי"ף רבו וכן הבינו הסמ"ע והש"ך דלא כהנ"י שרצה להשיא דברי הרמב"ם לשיטה אחרת דמ"ש הואיל והוא מומחה ס"ל שהמחזיר את הדין הוא מומחה ודבריו דחוקים מאוד כמבואר לכל בדברי הרמב"ם בכמה הוכחות וכן מבואר להדיא בפי' המשניות להרמב"ם בפ"ד דבכורות ע"ש והנה הרב רמ"א סתם כדברי המחבר וכתבו הסמ"ע והש"ך דסמך עצמו אמ"ש בס"ג בהגה די"א דמה שעשה עשוי וישלם מביתו ואין הדין חוזר וה"ה הכא במומחה אין הדין חוזר ולאו שפיר עביד הע"ש שסתם כאן כדברי המחבר ואין דבריהם מוכרחים דאף דהאמת דהרא"ש והטור חלקו אדין זה וס"ל דאף במומחה אין הדין חוזר אף שאיכא פסידא דבע"ד ופסקו כרב ששת גבי טועה בש"ה דאף בלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו מ"מ אכתי י"ל דבמומחה וקבלוהו הדין חוזר משום פסידא דבע"ד כסברת הרי"ף דאף דהרי"ף למד דין זה מתירוצא דר"ח וא"כ ממילא לאנן דפסקינן כר"ש אין הכרח לסברא זו וכן הוא סברת הרא"ש כמבואר למעיין בדבריו מ"מ אכתי י"ל מסברא דבמומחה וקבלוהו כיון שהוא פטור מלשלם הדין חוזר משום פסידא דבע"ד וכן מוכח משיטת הרמב"ם גופיה דהא הוא פסק דמומח' ולא קבלוהו והדיוט וקבלוהו הדין חוזר בלא נו"נ ביד ואם אי אפשר לחזור משלם מביתו וא"כ ע"כ לא ס"ל להרמב"ם כשיטת הרי"ף דטעמא דר"ח דס"ל בלא נו"נ ביד הדין חוזר משום פסידא דבע"ד כיון שהדיין פטור מלשלם דהא להרמב"ם אף לפי האמת דבלא מ"נ ביד הדין חוזר מ"מ אם אי אפשר לחזור משלם מביתו א"כ כ"ש באם שיהיה הדין דבלא נו"נ יהיה מה שעשה עשוי דהדיין יהיה חייב לשלם וליכא פסיד' דבע"ד כלל א"ו דהרמב"ם ס"ל דטעמא דר"ח דדוקא בנו"נ ביד מה שעשה עשוי כיון דעביד מעשה ראוי שיתקיים הדין שלו כמ"ש הרמב"ן במלחמות או כמ"ש הנ"י דבלא נו"נ ביד לא רצו חז"ל לחייב את הדיין בגרמא בעלמא היכא דאפשר בחזרה וא"כ מכל זה אין ראיה דבמומחה וקבלוהו הדין חוזר אף בנו"נ ביד משום פסידא דבע"ד וא"כ ע"כ צ"ל דהרמב"ם ס"ל כן מסברא דנפשיה וא"כ אף לדידן דס"ל באף בלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי מ"מ במומחה וקבלוהו י"ל דהדין חוזר אף בנו"נ ביד משום פסידא דבע"ד וכן משמע מסתימת דברי הרב רמ"א והע"ש ובזה ניחא נמי הא דפסק הרב רמ"א ביו"ד סי' רמ"ב דאם המורה טעה בשיקול הדעת יכול לחזור מהוראתו ותמה הש"ך בס"ק י"ד דדבריו סותרים למה שפסק הכא בס"ג דבטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי אף בלא נו"נ ביד ולפמ"ש ניחא דהא התם מיירי מסתמא בהגיע להורא' דהיינו דגמיר וסביר וקבלוהו דפטור מלשלם ולשיטת הרב בס"א בהוראת איסור והיתר לא בעינן קבלה כלל

וכן לשיטת התוס' דגיטין ורמב"ן ורשב"א בענין איסור והיתר פטור הדיין מלשלם בכל גווני משום דהוי היזק שאינו ניכר אם לא בנו"נ ביד כמ"ש בס"ק ד' באריכות וא"כ כיון דפטור מלשלם הדין חוזר משום פסידא דבע"ד אמנם יש לתמוה על הרמב"ם דמנ"ל דין זה דבמומחה וקבלוהו הדין חוזר משום פסידא דבע"ד כיון שאין זכר לסברא זו בש"ס כלל והנראה בזה דהרמב"ם למד כן מהסוגיא דבכורות דאמרינן התם על מתניתין דדן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו לימא מתניתין ר"מ היא דדאין דיני דגרמי ומשני אמר רבי אילעא אמ' רב כגון שנשא ונתן ביד ויש להקשו' מדפריך הש"ס לימא מתניתין כר"מ דדאין ד"ג משמע דאי אתיא כר"מ ניחא המתניתין דאף בלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו כרב ששת וא"כ קשה מאי משני רב דמתני' אתיא כרבנן דלא דייני ד"ג ומיירי בנו"נ ביד והא אמרינן בפ' הגוזל בתרא דף קי"ז ההוא גברא דאנסוהו נכרים ואחוי אחמר' דרב מרי א"ל דרי ואמטי בהדן דרי ואמטי בהדייהו אתיא לקמיה דרב אשי פטריניה א"ל רבנן לרב אשי והא תניא אם נו"נ ביד חייב א"ל ה"מ היכא דלא אוקמיה עלויה מעיקר' אבל היכא דאוקמיה עלויה מעיקרא מקלי קלייה ופרש"י דעל מה שהראה להם פטור דאנוס הוא ועל מה דאמטי להו תו דידהו אמטי וכ"פ הטור והמחבר לק' סי' שפ"ח ס"ד דאף דלא אוקמינהו עלויה רק שיכול האדם לשלוט בו ליטלו פטור על ההבאה וא"כ מאי משני הש"ס דמתניתין אתיא כרבנן דלא דייני ד"ג ומיירי בנו"נ ביד הא כיון דס"ל דאף בלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי כדמוכח מהאתקפתא א"כ הוי תיכף כשנגמר הדין כמקלי קלי וע"ז פטור דהא לא דיינינן ד"ג וא"כ אף שנו"נ ביד אח"כ פטור דהא לאו כלום עביד וכ"ש הוא מהתם דכיון שהדין הוא דמה שעשה עשוי ויש לבע"ד כח להוציא ממנו בכל ב"ד שבישראל א"כ כדיניה עביד ואמאי חייב לשלם בנו"נ ביד הן בחייב את הזכאי הן בטימא את הטהור א"ו מוכח דזה ס"ל להש"ס לסברא פשוטה דהיכא דאיכא פסידא דבע"ד הדין חוזר ולפ"ז א"ש דבשלמא למאי דס"ד דש"ס דמתני' אתיא כר"מ ואף בלא נו"נ ביד משלם מביתו לכך נמי מה שעשה עשוי דהא ליכא פסידא דבע"ד אבל לפ"מ דמשני הש"ס דמתני' כרבנן דלא דייני ד"ג א"כ בלא נו"נ ביד הדין חוזר כיון דא"צ לשלם א"כ איכא פסידא דבע"ד ולכך בנו"נ ביד חייב לשלם דטובא עביד ומזיק ממש הוא וא"ש. ובזה נתיישבו לי דברי הרי"ף ודברי בעל המאור בשם רב האי גאון שהרי"ף הוכיח דהלכה כר"ח דבלא נו"נ ביד הדין חוזר מדמוקי הש"ס בבכורות מתני' דהתם בנו"נ ביד והבעל המאור כתב בשם רב האי דסוגיא דהתם אזלא לרבנן דלא דייני ד"ג אבל לר"מ דדאין ד"ג משמ' התם דמתני' מיירי בלא נו"נ ביד ואפ"ה מה שעשה עשוי. ולכאורה דברי הרי"ף תמוהי' מאוד דאיך השוה הנושאי' להדדי דר"ח

מוקי בנו"נ ביד לענין מה שעשה עשוי ובבכורו' מוקי לענין תשלומין למאן דלא דאין ד"ג וכ"כ הרמב"ן גופיה במלחמות ולפמ"ש א"ש דהרי"ף הוכיח דסוגיא דהתם אתיא כר"ח דבלא נו"נ ביד הדין חוזר דאל"כ דבלא נו"נ ביד הדין קיים א"כ מאי משני התם דמתניתין אתיא כרבנן ובנו"נ ביד הא כיון דבלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי א"כ אף בנו"נ ביד ליפטר מלשלם דהא כבר מקלי קלי להו א"ו דבלא נו"נ ביד חוזר הדין ולכך חייב לשלם בנו"נ ביד דטובא עביד ולזה יפה דחה הבעה"מ בשם רב האי דסוגיא אזלא התם אליבא דרבנן דלא דייני ד"ג וא"כ כיון דבלא נו"נ ביד פטור מלשלם א"כ הדין חוזר משום פסידא דבע"ד אבל לדידן דקי"ל כר"מ דדאין ד"ג א"כ הדיין חייב לשלם ומה שעשה עשוי דליכ' פסיד' דבע"ד אך הרי"ף ס"ל דזה סברא פשוטה דאף לר"מ בדיין לא דיינינן ד"ג דא"כ אין לך אדם שנעש' דיין לעולם כמ"ש הרי"ף בסוף דבריו סבר' זו בפשיטו' בהשיגו על הגאון ע"ש אלא דהוכיח דסברת ר"ח אמת דהיכ' דאיכא פסיד' דבע"ד כגון בלא נו"נ ביד חוזר הדין ובזה הוכיח שפיר מסוגיא דבכורות בממ"נ כמ"ש ודברי הרי"ף ובעה"מ בשם רב האי גאון נכיני' ומדוקדקי' היטב ובאמת לפמ"ש יש לתמוה על מה שתי' הש"ך בס"ק י"ד אות י"ד קושית הר"ן שהקשה לשיטת הראב"ד דבאיסור והיתר וטעה בשיקול הדעת אין חבירו יכול להתיר משום דשויא חתיכה דאיסורא דא"כ למה ליה להש"ס לאוקמא אליבא דר"ח טימא את הטהור באגע ביה שרץ ת"ל דשם מה שעשה עשוי משום דשויא חתיכה דאיסורא ותירץ הש"ך דהסוגי' אזלא אליבא דרבנן דלא דייני ד"ג ולכך צריך לישא וליתן ביד ולפמ"ש קשה כיון דמה שעשה עשוי משום דשויא חתיכה דאיסורא א"כ אף דאגע ביה שרץ ליפטר דלאו כלום עביד ואפשר לומר דמיירי דאגע ביה שרץ קודם שאמר הפסק שהוא טמא ובכה"ג חייב לשלם דהוי מזיק ממש בידים וכמ"ש בס"ק שאח"ז אך מ"מ בחייב הזכאי ונשא הממון מיד התובע ונתן ליד הנתבע או בזיכה את החייב ונטל המשכון ממנו דוחק גדול לאוקמא מתניתין שנו"נ ביד קודם שאמר הפס"ד להבע"ד וצ"ל כמ"ש אמנם כ"ז הוא לפי שיט' הטור דס"ל דהיכא דמה שעשה עשוי אף שלא נתן הבע"ד הממון צריך לקיים הפס"ד אבל לשיט' הש"ך דפסק כהרמ"ה דהיכא שלא הוציא הממון עדיין א"צ לקיים הפס"ד א"כ לק"מ מה שהקשיתי מבכורו' דהא התם לא שייך מקלי קלי כיון שיכול להחזיר הדין קודם שנו"נ ביד וטימא את הטהור מצינן לאוקמא דאגע ביה שרץ קודם שאמר הפס"ד ולפמ"ש בביאור דברי הרי"ף והרמב"ם יש סיוע מהם לשיטת הטור דבטועה בש"ה אך שלא נתן הנתבע הממון הדין קיים וחייב לשלם וא"כ הסוגיא מכרעת דהיכא דאיכא פסידא דבע"ד הדין חוזר ולכך במומחה וקבלוהו הדין חוזר כיון דאיכא פסידא דבע"ד וכן נראה דעת הרב והע"ש שוב מצאתי להתוס' פ' הגוזל עצים

דף ק' ד"ה טיהר את הטמא שכתבו וז"ל ועוד קשה דע"כ סוגיא דהכא ודבכורות דלא כר"ח דהא משמע דאליבא דר"מ ניחא ליה בלא נו"ן ביד אלא כרב ששת וא"כ כיון דמה שעשה עשוי משום דאיירי בטוע' בשיקול הדעת כדמוקי לה ר"ש בריש סנהדרין למה נתחייב הדיין לרבא במה דאגע בה שרץ בלאו הכי עה שעשה עשוי עכ"ל וכוונתם כמו שהקשיתי ותמיהני מהש"ך בס"ק י"ד אות י"ד שהעלי' עין מדברי התוס' הללו ודבריהם ברורים מש"ס ערוכה דב"ק דף קי"ז ובש"ע לקמן סי' שפ"ח ס"ד אך מ"מ אין דברי התוס' מוכרחים די"ל דמיירי באגע בהו שרץ קודם שאמר הפס"ד ולפי שיטת הרי"ף והרמב"ם דהיכא דאיכא פסידא דבע"ד הדין חוזר ניחא בפשיטות וכמ"ש לעיל והנה העולה שם מדברי התוס' לתרץ קושיא זו בתירוצם הראשון הוא דהיכא דקם דינא אף לרבנן דלא דייני ד"ג חייב לשלם אלא היכא דהדר דינא תליא בפלוגתא דר"מ ורבנן דלר"מ דדאין ד"ג אף בהדר דינא חייב לשלם והא דפריך בבכורות לימא מתניתין כר"מ דדאין ד"ג וכן בב"ק מטיהר את הטמא דייק דחייב חכם במה שערבם הבעה"ב עם פירותיו ומחייב את הזכאי דחייב חכם אמאי דשילם הזכאי אח"כ ולא משום טימא את הטהור וזיכה את החייב דייק והא דמפרש התם טימא את הטהור דאגע ביה שרץ וזיכה את החייב שהיה לו משכון ונטלו ממנו אגב אחרינא מפרש להו זהו תורף תירוצם שם והנה מדברי התוס' אלו ראיה גדולה דלא כשיטת הטור דס"ל דהיכא דמה שעשה עשוי אף שלא הוציא עדיין מיד המתחייב צריך לשלם לו דא"כ אכתי קשה לפי מאי דס"ל להתוס' דחייב את הזכאי אינו אלא ד"ג דמחייבינן לחכם משום מאי דשילם הבע"ד אח"כ א"כ מאי משני דאתיא כרבנן ונו"ן ביד הא תיכף שנגמר הפסק מה שעשה עשוי והבע"ד מחויב לשלם א"כ אף שנו"ן החכם אח"כ ליד התובע לאו כלום קעביד דהא תיכף שנגמר הדין כבר מקלי קלייה דהא הנתבע מחויב לשלם לו והחכם פטור ע"ז כיון דלא דיינינן ד"ג לרבנן וא"כ אף שנו"ן ביד אח"כ הוא פטור כדאמרינן בב"ק דף קי"ז גבי אנסוהו נכרים להראות והראה דאף שנו"ן ביד אח"כ פטור משום דמעיקרא כי אוקמיה עלה מקלי קלי לה וכ"ש הכא דתיכף שנגמר הדין מחויב הנתבע לשל' ויכול התובע להוציא ממנו בכל ב"ד שבישראל א"כ מה שנו"ן ביד החכם אח"כ כתורה עשה ופטור מלשלם א"ו דאף היכא דמה שעשה עשוי היינו דוקא כשכבר סילק בע"ד המעות אבל אם לא נתן הנתבע המעות אין מוציאין מידו דיכול לומר טעמא בתר' עיקר כשיט' הרמ"ה והש"ך ולכך בחייב את הזכאי והחכם נו"ן ביד טובא עביד וחייב הדיין אף לרבנן אולם לעומת זה יש להביא ראיה מדברי התוס' דלא כשיט' הרמ"ה והש"ך דס"ל דאף היכא דמה שעשה עשוי היינו דוקא היכא שהוציא התובע המעות דכיון שהוא מוחזק יכול לומר דטעמא קמא אמת אבל בלא

הוציא המעות אינו יכול להוציא מספק דיכול הנתבע לומר דטעמא בתרא עיקר דא"כ תיקשי לפי מה שנראה מדברי התוס' בב"ב פחז"ה דף ל"ב ע"ב ד"ה והילכת' כרבה בארעא דס"ל דהיכא דאיכא פלוגתא דאמוראי בקרקע אף שהוא מוחזק בה אוקמינן הקרקע בחזקת מ"ק דומיא דנכסי דבר שטיא בפ"ב דכתובות דתרי אמרי כשהוא שוטה זבין ותרי אמרי כשהוא חלים זבין דמוקמינן ארעא בחזקת מ"ק והחזיקו בסברא זו קצת מהמחברים כמ"ש המ"ל בפ"ז מה' שכירות ע"ש וא"כ לפ"ז בדיין שטעה בשיקול הדעת והחזיק להתובע בקרקע של הנתבע יש לו להחזיר את הדין דהא אוקי ארעא בחזקת מ"ק והראשון חשיב כמוחזק וכ"ש הוא מהתם דאפילו במחלוקת אמוראי גמור מוקמינן בחזקת מ"ק כ"ש היכא דסוגיא דעלמא כאידך דמוקמינן בחזקת מ"ק ובמס' כתובות דף ק' ע"ב מוכח איפכא דאמרינן התם ב"ד שמכרו שלא בהכרזה נעשו כמו שטעו בדבר משנה וחוזרין ופירש"י ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלמו מביתם והרי התם מיירי בקרקעות דהא אין מכריזין על עבדים ושטרות ומטלטלין כדאיתא התם וא"כ למה ליה למימר נעשו כמו שטעו בד"מ וחוזרין הא אף אי הוי טעות בשיקול הדעת נמי הוי הדין חוזר בכה"ג דאוקי ארעא בחזקת מ"ק והמכירה בטיל' כמו בנכסי דבר שטיא דהמכירה בטילה בתרי ותרי מה"ט א"ו דטועה בשיקול הדעת קם דינא אף להוציא מיד המוחזק וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ן בסוף ב"ב בד"ג שלו דף מ"ג ע"ב שכתב וז"ל כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק שאי אפשר אלא באותו ההיזק ואינו תולה בדעת אחרים אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבא כגון זה חייב רבי מאיר ונקרא בגמרא ברי היזקא לפיכך דן את הדין לדברי האומר אין מחזירין חייב דמעידנא דאמר איש פ' אתה חייב ונתחייב לשלם ממון ועל פיו שילם מההיא שעת' הוא דגרם היזק ואע"פ שאח"כ הוא משלם כיון שהדין דחייב לשלם ממון ועל כרחו הוא משלם הדיין הוא הגורם משעה שחייבו ע"כ משמע להדיא דאף להוציא ממון קם דינא ועל כרחו משלם דאל"כ לא מקרי ברי היזקא וכמ"ש במלחמות בשמעתין ובאמת יפה תמה הרב בתומים על הש"ך כיון דס"ל דהיכא דהדר דינא אינו חייב מד"ג דלא כשיטת התוס' והרא"ש א"כ איך ס"ל דטועה בש"ה לא אמרינן קם דינא להוציא ממון א"כ חייב את הזכאי אמאי חייב הדיין לשלם לר"מ הא הדר דינא ואף שהנתבע כבר שילם להתובע הוא פשע בעצמו ולכאורה יש להביא ראיה דלא כהרמ"ה משמעתין דפריך מתניתין דפאד"מ דקתני מחזירין אמתניתין דבכורות דקתני מה שעשה עשוי ולא משני דמתניתין דפאד"מ מיירי שעדיין לא הוציא מיד הנתבע ומתניתין דבכורות מיירי שכבר הוציא ובאמת מצאתי שכן הקשה הט"ז על הרמ"ה והניח בצ"ע ולק"מ דהא במתניתין דפאד"מ

קתני ד"מ מחזירין בין לזכות בין לחובה היכי משכחת לה הא כיון דזיכה את החייב הרי כבר מוחזק במעות וקם דינא וליכא לאוקמא כגון שהתובע היה לו משכון וזיכה את הנתבע להחזיר לו משכונו ועדיין לא החזיר לו ולכך חוזר הדין וכדמוקי רבינא אליבא דר"ח מתניתין דבכורות זיכה את החייב בכה"ג דזה ליתא דלר"ח לק"מ דר"ח משני האמ' דס"ל בלא נו"נ ביד אף שכבר שילם להתובע הדין חוזר ולשאר אמוראי דמוקמי מתניתין דפאד"מ בגוונא אחרינא איכא למימר דדחיקא להו לאוקמא הא דקתני בין לחובה מיירי ביש לו משכון וז"ב. ולישב דברי התוס' דמדבריהם בב"ק מוכח דס"ל בטועה בש"ה לא קם דינא להוציא ממון ומדבריהם בב"ב משמע להיפך נלפענ"ד לתרץ ולהכריע בין הפוסקים האלו דאף דהרא"ש האריך לדחות שיטת הרי"ף דס"ל במומחה וקבלוהו הדין חוזר משום פסידא דבע"ד מפשטא דמתניתין דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם משמע דמה שעשה עשוי אף במומחה נמי וכן שאר ראיות שהביא הרא"ש לדחות שיטה זו מ"מ י"ל דהיינו דוקא היכא שהתובע כבר הוציא הממון או בזיכה את החייב שהוא כבר מוחזק בממון דכיון שטעה בש"ה והוא מוחזק קם דינא ויכול לומר טעמא קמא דילך אמת אבל כשלא הוציא עדיין הממון כיון דבזה היתה הסברא נותנת אף דטועה בש"ה קם דינא מ"מ האיך יכולין להוציא המעות מיד התובע כמ"ש הש"ך אלא דמ"מ חז"ל תקנו גם בזה שיהיה קם דינא כיון דאין פסידא להנתבע בזה כיון שהדיין יצטרך לשלם מביתו לכך תקנו גם בזה שיהי' קם דינא כיון דפסק כחד תנא ואיכא זילותא דב"ד להחזיר הדין גם י"ל כיון שנשתדל לדון ביחידי קנסוהו שיתקיים הדין וישלם מביתו כמ"ש הרא"ש לענין החזרת גדול ע"ש ולכך במומח' וקבלוהו כיון שהדיין פטור מלשלם בכה"ג היכא שלא הוציא המעות הדין חוזר לכ"ע ולכך נקט במתניתין ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ולא נקט חוזר הדין משום דבמתניתין דקתני מה שעשה עשוי מיירי בכל גוונא בין שהוציא המעות מן הנתבע ובין בלא הוציא ולכך קתני דבמומח' לרבים פטור מלשלם בכל גוונא אף שכבר הוציא המעות ומה שעשה עשוי מ"מ פטור מלשלם ולפ"ז מיושבים דברי התוס' שפיר דחייב את הזכאי לרבנן חייב בנו"ן ביד דכיון דרבנן לא דייני ד"ג א"כ כשלא הוציא מיד הנתבע הדר דינא דכיון דהדיין פטור מלשלם א"כ איכא פסידא דבע"ד והדר דינא משא"כ בטימא את הטהור ואגע ביה שרץ הקשו התוס' שפיר דשם מה שעשה עשוי בכל גווני משום דשויא חתיכה דאיסור' וכן צ"ל ע"כ אף לשיטת הש"ך דהיכא דקם דינא בד"מ היכא שהנתבע מוחזק ה"ה באיסור והיתר קם דינא משום חתיכה דאיסורא אף שלא נעשה בזה שום מעשה כלל ואין חילוק בזה בין פסידא דבע"ד או לא וא"כ אף דאגע

ביה שרץ לאו כלום עביד ולכך הוצרכו לומר דהא דמשני בטימא את הטהור וזיכה את החייב אגב אחרינא מפרש להו וא"ש. ולענין פסק הלכה נראה דודאי כ"ז שלא הוציא עדיין מיד הבע"ד הדין חוזר דהא בלא"ה דעת הרי"ף והרמב"ם והמחבר דבלא נו"נ ביד הדין חוזר כר"ח וכ"ש היכא דאיכא פסידא דבע"ד אבל כשכבר נתן לו הבע"ד המעות אין בידינו כח להוציא ממנו אף במומחה וקבלוהו דאיכא פסידא דבע"ד נגד שיטת התוס' דב"ק והרא"ש והטור ובעל העיטור דלא ס"ל האי סברא דפסידא דבע"ד אך מ"מ אם תפס הנתבע אף בנו"כ ביד נראה דלא מפקינן מיניה דיכול לומר קים לי כשיטת הרי"ף והרמב"ם דבמומחה וקבלוהו הדין חוזר משום פסידא דבע"ד ובאמת לפי שיטת הרמ"ה והש"ך דס"ל הא דטועה בש"ה קם דינא הוא דוקא במוחזק אבל לא להוציא ממון י"ל דמהני תפיסת הנתבע בכל טועה בש"ה אף שנו"נ ביד משום דהתופס יכול לומר טעמא בתרא עיקר ובפרט שהאמת כך הוא והדבר צריך תלמוד אף בדבר שהוא מחלוקת הפוסקים אי קם דינא פשיטא דמהני תפיסה כמו בכל דוכתא בספיקא דדינא ופשיט ועיין מ"ש בסק"י בדברי תוס' דכתובו' דף נ' ע"ב ע"ש:

ח וג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה. ואם קבלוהו עלייהו פטורים. זו היא שיטת הרא"ש והטור אבל הש"ך האריך להכריע נגדם והביא הרבה פוסקים חולקים עליהם והוכיח כן מהרי"ף מדלא מנה בבא ששית ג' הדיוטות וקבלוהו א"ו שהוא בכלל יחיד הדיוט וקבלוהו ובאמת א"ז ראיה כלל די"ל דהוא בכלל מומחה וקבלוהו כמ"ש הבדק הבית וכ"כ התומים וכן מוכח דהא המרדכי מנה ג"כ ה' בבות של הרי"ף ואפ"ה כתב הדין השני מומחה דלא נקט רשות מר"ג אם קבלוהו עלייהו אם טעה חוזר ופטור מלשלם אפילו אם נו"נ ביד אחר אשר קבלו עלייהו דאל"כ מה יועיל הקבלה דבלאו קבילו עלייהו הוי דינו דין הואיל והוא מומחה חשיב כג' הדיוטות א"ו להכי קבילו עלייהו שאם יטעה יהיה פטור עכ"ל הרי דכתב להדיא דטעמא דמומחה פטור משום דלהכי קבלוהו עלייהו שהוא פטור מלשלם וא"כ פשיטא דה"ה בג' הדיוטות וקבלום עלייהו נמי שייך ה"ט ופטורים ובכלל מומחה וקבלוהו איתנייהו וכן מוכח ג"כ שיטת הנ"י שכתב דג' מומחין סמוכין פטורין מלשלם אף בלא קבלה ובנו"נ ביד חייבים והרי הנ"י בעצמו כתב בסוגיא זו דהא דפריך בפ"ק גבי הדיוטות אלא מעתה טעו לא ישלמו דהיינו דליהוי כג' מומחין סמוכין דפטורין והטעם דטעותן של אלו אונס הוא וא"כ לכאורה תימה דהא חזינן דבמומחה וקבלוהו אפי' נו"נ ביד פטור דהא ר"ח מוקי למתניתין דדן את דדין בנו"נ ביד ואפ"ה קתני סיפא דמומחה פטור וכ"כ הנ"י וא"כ ג' סמוכין נמי ליפטרו אף בנו"נ ביד דהא הם נמי אנוסים א"ו דסובר הנ"י דבנו"נ ביד לא מיפטר מטעם

אונס אלא מטעם קבלה דכיון שקבלו אדעתא למיפטריה קבליה כמ"ש המרדכי ולכך בג' סמוכין בלא קבלה בלא נו"ן ביד פטורים משום דהוו אנוסין ובנו"ן ביד חייבים דהא לא קבלינהו עלייהו וכן משמע מדברי המרדכי דבריש הסוגיא כתב דלכך מומחה פטור משום דמזלא בישא דהאי גברא גרם ליה למיטעי אחר שהוא מומחה ולענין נו"ן ביד הוצרך לטעם הקבלה א"ו דס"ל דלענין נו"ן ביד לא מהני האונס והטעם י"ל דאף דמומחה אנוס הוא מ"מ לענין שיהיה נו"ן ביד [לא] נאנס והרי הוסיף בדבר שלא נאנס ולכך חייב וראיה לזה משיטת רב האי גאון הביאו המלחמות בס"פ הגוזל ומאכיל דס"ל מסור שנאנס להיות נו"ן ביד פטור ופירש הא דאמרינן גבי מסור שנאנס ואם נו"ן ביד חייב היינו שנאנס להראות והלך ונו"ן ביד בעצמו חייב משום דלענין זה לא אנסוהו אלמא דאף אם הראה מקודם ואח"כ נו"ן ביד מעצמו פטור משום דכבר מקלי קלייה כדאיתא שם בסוגיא מ"מ היכא דבתחילה אנסוהו להראות והלך ונו"ן ביד מעצמו כיון שהוסיף על האונס שלו בתחילה חייב וא"כ ה"נ כיון דלא נאנס אלא להורות דרחמנא אנסיה ופקדיה למידן דינא והוא הוסיף מעצמו ונו"ן ביד חייב כיון דע"ז לא אנסוהו וכעין זה כתב הש"ך בס"ק ל"ה ואף שכתב שם דבמומחה דפטור מטעם אונס אף בנו"ן ביד פטור דכיון שהוא מומחה ושכלו נוטה בבירור שהדין כך ולבו אנסיה לא מיחייב על מה שנו"ן ביד אח"כ דכיון שהוא סובר בפשיטות שהדין כן למה לא ישא ויתן ביד בדבר שהוא פשוט לו ששייך לחבירו והוא אנוס על הטעות אין דבריו מוכרחים בזה דאכתי י"ל דכיון שהוא עושה דבר מעצמו לא חשיב אונס וראיה ברורה מהתוס' דגיטין והרמב"ן והרשב"א בחידושיהם שהקשו על טימא את הטהור אמאי ישלם מביתו ליהוי כמטמא בשוגג דפטורים ותירצו דלפי מאי דמוקי בנו"ן ביד ניחא דחשיב כמזיד דלמה ליה לטמאות בידים וכ"כ התוספות בשמעתין הרי להדיא אף דהתוס' ס"ל דחכם שטעה בהוראה חשוב כשוגג דליביה אנסיה מ"מ מה שהוסיף לטמאות בידים מה שאין צורך לו חשוב כמזיד וא"כ כ"ש במומחה דפטור מטעם אונס דמה שהוסיף ונו"ן ביד דלא חשיב אונס וחייב ולכך ע"כ צ"ל הא דמומחה ונו"ן ביד פטור הוא משום כיון דיכול לדון בכפיה כי קבלו אדעתא לפוטרו מתשלומין קבלו כמ"ש המרדכי וא"כ ה"ה בג' הדיוטות וקבלוהו שייך טעם זה וכן מוכח מדברי הרמב"ן בס' המלחמות בהשיגו על בעה"מ דמחייב בלא נו"ן ביד משום דיני דגרמי כתב ותמה על עצמך לא יהיה הדיין אלא כמסור הרי חלקו בו בין שנו"ן ביד בין שהראה בלבד וא"ת והרי אמרו שם ואם הראה מעצמו כמו שנו"ן ביד דמי מאריה דאברהם וכי מעצמו הוא עושה והלא קבלוהו עליהם הבע"ד וגמיר למידן וא"נ לא קבלוהו והוא גמיר וסביר או בי תלתא דאיכא בינייהו חד דגמיר למידן והתובע

צווח לפניו ודן דמצוה רבה עביד ורחמנא אנסיה ופקדיה למידן להו דינא וליביה אנסיה למטעי ולא יהיה כמסור דעביד איסורא רבה שלא יתחייב בגרמתו לבד עכ"ל הרי דס"ל דהדיוט וקבלו ומומחה ולא קבלו נמי אנוסים נינהו ואפ"ה בנו"נ ביד חייב כמו במסור דחייב בנו"נ ביד ואפ"ה במומחה וקבלוהו פטור אף בנו"נ ביד כמ"ש הרמב"ן שם א"ו דטעמו כמ"ש המרדכי כיון דבלא"ה יכול לדון בכפיה ודאי דלכך קבלו בכדי לפוטרו מתשלומין אך דברי המלחמות תמוהי' טובא דלדבריו דמדמי דיין למסור שנאנס ואפ"ה בנו"נ ביד חייב א"כ אמאי גבי טבח אומן שקלקל מומחה פטור הא התם דמי לנו"נ ביד דקא עביד מעשה שהגרים או שאר פסול ואפ"ה מומחה פטור מטעם אונס כמ"ש רש"י ותוס' בב"ק דף צ"ט דפטור משום אונס אע"ג דאדם מועד לעולם מ"מ הכא הוי אונס גמור דפטור אף באדם כדלקמן ר"ס שע"ח וע"ש בש"ך וכ"מ פ"ו מה' סובל ומה שדמה הרמב"ן למסור דחייב אף באונס אם נו"נ ביד יש לדחות דשא"ה דמתכוין להזיק וליתן ממון של חבירו לנכרים והוי כמציל עצמו בממון חבירו משא"כ הכא שאין מתכווין כלל והוי אונס גמור ופטור וע' בש"ך ר"ס שע"ח ועוד י"ל דכאן דמי לפקדון שאם אינו אמוד ובאו עליו גנבים והלך ונתן להם הפקדון דפטור שבודאי לא באו אלא לשמע הפקדון כדאיתא סי' רצ"ב ס"ה וכתב שם הש"ך בשם הרמב"ן גופא דל"ד למסור שנאנס ונו"נ ביד דחייב דשאני התם דאחר שאנסוהו להביא ממונו של פלוני משמיא הוא דקנסוהו בהך אונסא דנפל מאליו ואסור להציל עצמו בממון של אחר מה שאין כן גבי פקדון ע"ש וכ"כ הסמ"ע בסימן שפ"ח ס"ק י"ג בשם הר"ן בביאור יותר ואם כן בדיין נמי י"ל דלא שייך לומר דריע מזליה גרם ליה דהאיך באים אצלו ליתן לו ממון אחרים דהרי רחמנא אנסיה ופקדיה למידן דינא וכיון דהוא אנוס גמור פטור וליכא למימר דהרמב"ן נמי ס"ל דלכך חייב בדיין בנו"נ ביד משום דעל זה לא נאנס וכמ"ש בשיטת המרדכי והנ"י זה ליתא דהמעיין בדברי הרמב"ן בס' המלחמות בס"פ הגוזל ומאכיל מוכח להיפך שכתב שם וז"ל ותדע ותשכיל ממוצא דבר זה כי מדבריו ומדברי הגאון ז"ל תוכל ללמוד סיוע למ"ש בפאד"מ שהדיין שטעה בשיקול הדעת פטור אם לא עשה מעשה שאפילו לדברי מי שהוא דן ד"ג אין הגורם כעושה מעשה שהרי הודה לנו בעל המאור ז"ל שאין מחייבין הגורם באונס אע"פ שהעושה מעשה חייב בו רבינו הגאון שהוא דן דיני דגרמי בדייני אזיל לטעמיה שהוא משוה הגורם כעושה מעשה עכ"ל משמע להדיא דלכך ס"ל להגאון דדייניו ד"נ בדייני דכיון שהוא משוה הגורם לעושה מעשה וס"ל דאף בנאנס להביא בידים פטור א"כ ע"כ בדיין כיון דבנו"נ ביד חייב לשלם ע"כ צ"ל דהדיין לא חשוב כאונס ולכך הגורם נמי חייב בדיין כן צ"ל בכוונתו וא"כ אי אמרת דלכך חייב נו"נ ביד בדיין משום דע"ז

לא נאנס א"כ אכתי האיך הוכיח הגאון בדיין מנו"נ דשאני נו"נ ביד דלא נאנס ע"ז א"ו דס"ל להרמב"ן דאי הדיין חשוב כאונס אף נו"נ חשוב כאונס ולכך להרי"ף ניחא בנשא ונתן ביד חייב באונס ולהגאון דפוטר באונס אף בנשא ונתן ביד ע"כ צ"ל דדיין לא חשיב כאונס ולכך מחייב נמי אף בגורם וכן משמע להדיא בד"ג להרמב"ן דף מ"ג ע"ב שכתב דלכך פטור בדיין בד"ג דאקילו רבנן בדיבורא בעלמא ולא עשו בו אונס כרצון כמו בנאנס להראות משמע דבנו"נ ביד חייב כמו גבי מסור וא"כ הדרא קושיא לדוכתה אמאי גבי טבח אומן שקלקל מומחה פטור משום דאנוס הא התם עביד מעשה בידים ודמיא לנו"נ ביד ואולי ס"ל דטבח אומן שקלקל לא חשיב מעשה גמור ולא דמיא לנו"נ ביד וצ"ע אך מ"מ מוכח מדבריו דס"ל דמומחה וקבלוהו לא מיפטר משום אונס דהא אף בלא קבלוהו מחשיב אנוס ואפ"ה בנו"נ ביד חייב אלא דטעמא כמ"ש המרדכי כיון דל"צ קבלה אהני קבלתו למיפטריה דאל"כ למאי קבליה וא"כ ה"ה בג' הדיוטות וקבלום פטורים מה"ט ומעתה כיון דרוב פוסקים הכי ס"ל הרמב"ן והרא"ש והטור והמרדכי והנ"י הכי נקטינן דרובא ובתראי נינהו וגם מדברי הרז"ה אין הכרח כ"כ כמ"ש התומים אך נראה לפ"ז צריך קבלה בפירוש דאל"כ לא שייך לומר דלמה קבלום עליהם דכי משום שהלך לפני הב"ד ולא סרב נגדם נאמר דקבלו עליהם באם שיטעו שיפטרו וכן במומחה וקבלוהו לפמ"ש בשיטת הרמב"ן ומרדכי והנ"י דהא דפטור בנו"נ ביד הוא דמשום דמסתמא פטרו מדהוצרך לקבל אותו א"כ צריך קבלה בפירוש דוקא ואף דהש"ך כתב בס"ק י"ב דמומחה וקבלו סגי אף בבאים לפניו לדון בלבד אזיל לטעמיה דס"ל הטעם משום דאנוס הוא לכך כל היכא שלא כפה אותם הוי אנוס ופטור משא"כ לשיטת המרדכי וסייעתו דעיקר הטעם משום הצרכת הקבלה בעינן הקבלה בפירוש דוקא ובתומים השיא דעת הרא"ש לכוונה אחרת ודעתו דאף בסתם קבלה נמי מהני ע"ש ובאמת במרדכי מבואר הטעם כפשוטה וא"כ אף במומח' וקבלוהו ונו"נ ביד בעינן קבלה בפירוש דוקא ובזה יש לתרץ דברי הרא"ש דבריש הסוגיא כתב הטעם בפשיטות דמומחה וקבלוהו פטור דהוי כאונס בטעותו כמו טבח אומן שקלקל ולבסוף הביא ראיה דמהני קבלה בג' הדיוטות ממומחה וקבלוהו והוא תמוה דג' הדיוטות לא הוו אנוסים כלל ולפמ"ש א"ש דבתחלת הסוגיא דמיירי בלא נו"נ ביד דהא הוא פסק כר"ש דאף בלא נו"נ ביד קם דינא סגי בטעם זה לבד דאנוס וא"צ קבלה בפירוש וגם אף שנו"נ ביד אח"כ נמי פטור כיון דמומחה אנוס הוא על הפס"ד גופיה ותיכף שגמר הפס"ד קם דינא א"כ אף שנו"נ ביד אח"כ ג"כ פטור דהוי כמו מסור שנאנס להראות והראה ואח"כ הלך מעצמו ונו"נ ביד פטור דלאו כלום עביד דמעיקרא מקלי קלייה כדאמרי' בפ' הגוזל בתרא וכמ"ש בש"ך בס"ק שלפ"ז אבל הכא

דמיירי הרא"ש בקבלה בפירוש הוכיח שפיר דג' הדיוטות וקבלום פטורים משום דאהני הקבלה למיפטרינהו ומדמי ליה למומחה דפטור בקבלה לשנויא דר"ח דמוקי מתניתין דבכורות בנו"נ ביד דוקא מה שעשה עשוי ובלא נו"נ ביד הדר דינא ואפ"ה קתני סיפא דמומחה לרבים פטור וע"כ צ"ל דמיירי בקבלה בפירוש ומשום הצרכת הקבלה פטרינן ליה א"כ ה"ה ג' הדיוטות וקבלום נמי פטורים מה"ט וא"ש. ובחדושי אמרתי דיש ליתן טעם אף לר"ח הא דמומחה וקבלוהו פטור אף בנו"נ ביד ע"פ מה שפירש הרי"ף הא דמשני רב יוסף דרומיא דמתניתין דפאד"מ אמתניתין דבכורות כאן במומחה כאן בשאינו מומחה היינו מתניתין דדן את הדין מיירי במומחה ולכך מה שעשה עשוי ומתניתין דפאד"מ מיירי באינו מומחה ולכך פריך הש"ס דהיכי מצי לאוקמא מתניתין דבכורות במומחה הא קתני סיפא דמומחה לרבים פטור מלשלם ולפ"ז י"ל דאף ר"ח דמחלק בין נו"נ ביד ולא נו"נ ביד הוא דוקא באינו מומחה דהא מתניתין דבכורות מיירי ע"כ באינו מומחה אבל במומחה אף שלא נו"נ ביד קם דינא ולפ"ז ניחא דלכך במומחה אף שנו"נ ביד פטור מלשלם משום כיון דאף בלא נו"נ ביד קם דינא א"כ מעיקרא מיקלי קלייה ואף שנו"נ ביד אח"כ לאו כלום עביד ולפ"ז מתורץ נמי קושית הרמב"ן בס' המלחמות דמאי פריך הש"ס אי טעה בד"מ חוזר נימא ליה ר"ע לר"ט כיון דאלו הואי פרה דינך לאו דינא השתא נמי לאו כלום עבדת ומאי קושיא דילמא מיירי בנו"נ ביד דטובא עביד ולכך א"ל מומחה לב"ד אתה דפטור אף בנו"נ ביד כדמוכח מאוקימתא דר"ח ולפמ"ש א"ש דע"כ לא היה ר"ט מאכילה לכלבים בידים דא"כ היכי מהני מומחה לפטרו כיון שטועה בד"מ חוזר א"כ מעיקרא לא עביד כלום א"כ כשנו"נ ביד אח"כ חייב אף שהוא מומחה וא"ש ונכון לולי שהראשונים לא פרשו כן ומדברי כולם משמע דמומחה וקבלוהו אף שטעה בד"מ ונו"נ ביד מ"מ פטור וכמו שהוכיח הש"ך בסק"ד אות ב' ע"ש וא"כ ה"ה בג' הדיוטות וקבלום בפירוש נמי פטורים אף שטעו בד"מ אך מ"מ בתלתא דלית בהו חד דגמיר דפסילי לדון אף דקבלוהו עלייהו בפירוש חייבים לשלם דאף אי אמרינן דאף בכה"ג נמי מיחשב קבלה בבואם לפניהם לדון בלבד מ"מ כיון דפסילי לדון לאלומי מילתא דקבלה בפירוש וכ"ש לשיטת הסוברים דבפסול גמור בעינן קבלה בפירוש דוקא והבאתי דבריהם בסי' ה' סק"ב דפשיטא דחייבים לשלם דהא הוצרכה הקבלה אך מ"מ מה שהעליתי דאף במומחה וקבלו בנו"נ צריך קבלה בפירוש מדברי בעל המאור שכתב דבכל הני בבי אין חילוק בין נו"נ ביד או לא לא משמע כן וכן מדברי הרשב"א בחידושיו פא"ט גבי זילו אמרו ליה לבריה דר"י בר חמא דלשלם תורא למרא לא משמע כן אך מ"מ דברי בעל המאור לא מכרעאן דאזיל לטעמיה דפסק דבשיקול הדעת קם דינא אף בלא

נו"נ ביד א"כ במומחה פטור אף בנו"נ ביד משום דמעיקרא מיקלי קלייה כמ"ש לעיל. ודע דלפי שיטת בעל המאור והש"ך דמומחה וקבלוהו פטור משום דהוי כאונס בטעותו נראה דבזמה"ז שנשתרבב המנהג ליטול שכר בעד הדיינות שחושבים זה לשכר בטילה א"כ אף במומחה וקבלוהו יש לחייב מידי דהוי אטבח אומן שקלקל דאמרי' בפ' הגוזל קמא דבשכר אף מומחה חייב מפני שהוא נושא שכר וה"נ כיון שנוטל שכר ה"ל לדקדק יותר וא"ל דכיון שאין נוטלין רק שכר בטילה לא מיחשב זה לשכר זה ליתא דהא עיקר טעמא הוא דזה לא מיחשב אונס גמור וש"ש חייב בו כמ"ש התוס' שם ומבואר יותר בתוס' והרא"ש ר"פ המניח וא"כ פשיטא דה"נ הוי ש"ש בשביל זה דאטו מי שהיה עוסק במלאכה ואחד נתן לו שכר כפועל בטל שישמור לו איזה דבר אטו לא מיחשב ש"ש בשביל כן דבר זה לא שמענו מעולם וא"כ ה"נ כיון דבטבח אומן בשכר חייב מטעם דהוי ש"ש וחייב באונס שהוא דומה לאבידה ה"נ בדיין מומחה ונוטל שכר הדין כן אך לפי שיטת המרדכי וסייעתו דטעמא דמומחה וקבלוהו פטור דמסתמא קבלוהו ע"מ שיפטור דאל"כ למה לו הקבלה א"כ אף בנוטל שכר שייך לומר כן רק דצריך קבלה בפירוש. גם יש להסתפק לשיטת הבעל המאור והש"ך דמומחה וקבלוהו פטור משום דהוי אניס בטעותו וסגי בבואם לדון לפניו לבד כיון שלא כפה אותם א"כ במומחה ובא התובע לדון לפניו וכפה את הנתבע לדין וזיכה את הנתבע וטעה אם חייב לשלם להתובע דהא נגד התובע הוי מומחה וקבלו דהא הוא בא מעצמו לדין ואף שעשה שלא כדין נגד הנתבע מ"מ נגד התובע הוא מומחה וקבלו או דילמא כיון דמ"מ עשה שלא כדין בענין הכפיה לא מיחשב אונס אף נגד התובע וחייב לשלם וכן משמע מסתימת הפוסקים וצ"ע:

ט או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו וכו'. דעת בעל המאור דבדיין דלא גמיר כלל לא מהני קבלה ובין טעה ובין לא טעה אין דינו דין כלל והרמב"ן השיג עליו דאפילו קיבל עליו שלשה רועי בקר א"י לחזור בו בלא טעה אבל אם טעה הדין חוזר ועיין מ"ש בסי' כ"ב סק"ג בישוב דברי בעה"מ בזה בט"ט ע"ש ולענין מ"ש הש"ך להשיג על הרמב"ן דאף בטעה מה שעשה עשוי אין דבריו מוכרחים להשיג על הרמב"ן מסברא דנפשיה וכ"כ התומים:

י וי"א דאפילו לא נו"נ ביד מה שעשה עשוי, הב"ח פסק כדעת המחבר שהיא שיטת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והש"ך האריך להכריע כשיטת הרז"ה והרא"ש והטור ואין בכל דבריהם כדאי לדחות דברי הקדמונים אך דברי הרא"ש סותרים למ"ש בבכורות דשם העתיק לשון הש"ס לימא מתניתין כר"מ דדאין ד"ג ואוקימתת הש"ס בנו"נ ביד והקשה שם ממתניתין דמי שאינו מומחה וראה את הבכור ע"ש משמע דסובר כשיטת

הרי"ף דאליבא דכ"ע מיירי מתניתין בנו"נ ביד דוקא וכן הרמזים שם כתב דן את הדין וכו' ונו"נ ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו והדברים סותרים למ"ש הרא"ש ורמזים בסנהדרין ומזה משמע שהרא"ש חזר בו בבכורות והסכים לשיטת הרי"ף ותמיהני שלא הרגיש בזה שום אחד מהמחברים אמנם אף לשיטת אלו דאף בלא נו"נ ביד מה שעשה עשוי יש מקום עיון בש"ס דרב יוסף משני על רומיא דמתניתין דבסנהדרין קתני ד"מ מחזירין ובבכורות קתני מה שעשה עשוי כאן במומחה ומתניתין דבכורות באינו מומחה ופריך ובמומחה מחזירין הא קתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ומשמע אבל מה שעשה עשוי ומשני ר"נ כאן שיש גדול ממנו כאן בשאין גדול ממנו והרא"ה פי' דתי' דר"נ מילתא באפיה נפשיה הוא דאין חילוק בין מומחה לאינו מומחה אלא ביש גדול מחזירין בכל גווני והרב בתומים הקשה דלפ"ז האיך קתני מה שעשה עשוי ומיירי שאינו מומחה דהא קתני סיפא ואם היה מומחה לרבים פטור וא"כ איך אפשר שלא יהיה מומחה בישראל להחזיר ותירץ דהרא"ה לטעמיה אזיל דס"ל כמ"ש הנ"י בשמו דר"נ ס"ל לחלק בנו"נ ביד או לא ובלא נו"נ ביד הוא דגדול מחזיר אבל בנו"נ ביד אין הגדול מחזיר וא"כ י"ל דר"נ מוקי לה בנו"נ ביד דאין הגדול מחזיר ואלו דברי שגגה הן דא"כ למה ליה לר"נ לאוקמ' מתניתין דבכורות באין גדול כיון דרישא ע"כ דיש גדול הוא כיון דמיירי בהדיוט ואם כן סיפא בעי לאוקמי מתניתין בנו"נ ביד אלא כשאין גדול ורישא מיירי שאין מומחה בעיר ומה שעשה עשוי עד שיבוא גדול ומחזירו גם מה שהקשה על הרב מוהר"י תאומים שהכריע כהרא"ה וכתב דרב יוסף סבירא ליה לחלק בין מומחה לאינו מומחה אף בשאין גדול וסובר דסיפא ואם היה מומחה לרבים פטור היינו בא"א בחזרה והקשה התומים דאם כן למה ליה מומחה בקבלה אף בלא קבלו ג"כ פטור כיון דלאו מידי עביד כיון שאפשר בחזרה והוא הסכים כהש"ך דאף לר"מ דדאין ד"ג פטור בהדר דינא ולק"מ די"ל דרב יוסף מוקי למתניתין דדן את הדין בנשא ונתן ביד כי היכא דלא מסתמא כר"מ ובפרט טיהר את הטמא דודאי הדר דינא ופטור אלא דמיירי בנו"נ ביד וא"כ כיון דמיירי בנו"נ ביד אף דהדר דינא ודאי דחייב דהוא נעשה כלוה על המעות וחייב באחריותו כמ"ש הש"ך בסק"א אות ד' והרב בתומים במחילת כבודו האריך בענין זה בדברי' פשוטי' ואינם ברורים כלל. אמנם אף דשיטת הרא"ה היא המחוורת יותר אך מ"מ רוב הפוסקים הראב"ן והרז"ה ובעל העיטור הרא"ש והש"ך פירשו דר"נ קאי אתי' דר"י ומחלק דוקא במומחה בין יש גדול לאין גדול אבל בשאינו מומחה אף ביש גדול אין מחזירין והיינו משום דרישא מסתמא מיירי ביש גדול כמ"ש הש"ך או כמ"ש התומים דמסתמא יש מומחים בישראל אך טעמא בעי אם יש גדול המחזיר מה לי אם הדיין

מומחה או לא והרא"ש כתב דמתניתין דבכורות כדאוקמא רב יוסף בשאינו מומחה ואע"ג שיש גדול ממנו להחזיר דכיון שנשתדל מתחילה לדון והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיי' הדין וישלם מביתו ואע"פ דקבלוהו מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה הילכך משלם מביתו אע"פ שלא נו"נ ביד והרב הש"ך בס"ק י"ד אות ח' ט' י' האריך לברר פרטי הדינים בזה וכתב דבמומחה ולא קבלוהו שייך נמי שנשתדל לדון יחידי דאף דמומחה הוא מ"מ לכתחילה לא היה לו לדון יחידי כדתנן אל תהא דן יחידי וכן בג' הדיוטות ולא קבלו עליהן נמי דמ"מ לא היה להם לדון לכתחל' בכפיה כיון שהן הדיוטות אך בג' הדיוטות וקבלו עליהן לא שייך טעם זה כיון שהם ג' וקבלוהו עליהן אך מ"מ הבעל המאור כתב להדיא דאין הגדול מחזיר אותם ואף הרא"ש מודה לזה וטעמא דמילתא הוא משום שאין הגדול יכול להחזיר אלא דוקא דיין מומחה שמבין דברי הגדול אבל ג' הדיוטות אין בהם השגה להבין דברי הגדול ויכול בע"ד לומר אנו כבר קבלנו עלינו ב"ד זה של הדיוטות ואין לנו אלא מה שפסקו הם ומה שחוזרים עתה חזרתם אינה חזרה שאין בהשגתם להבין דברי הגדול שמחזירם ואע"פ שחוזרים הרי הוא כאלו אינם חוזרים אבל במומחה שמבין דברי הגדול יכול להחזירו והיינו משום דחזרת הגדול בעצמו הוי חזרה גמורה אלא דאמרינן מאי חזית דטעמא בתרא דילך עיקר דילמא קמא עיקר והשתא טעית ולכך כשהגדול מחזירו א"כ ודאי טעמא בתרא עיקר ואף שאין לו כח להחזיר דיכול לומר לא קבלתי עלי רק המומחה מ"מ הרי המומחה גופיה חוזר אבל בהדיוטות חזרתם אינה חזרה שאין מבינים דברי הגדול ומה שהמומחה אומר שהדין אינו כן הבע"ד יכול לומר אנו כבר קבלנו ב"ד הדיוטות אלו ואין לנו אלא מה שפסקו הם אלא דקש' דא"כ למה לו להרא"ש לומר ביחי' הדיוט וקבלו לכך אין הגדול מחזיר משום שנשתדל לדון יחידי ת"ל שאין מבין דברי הגדול וצ"ל דטעם זה לא יתכן אלא לענין מה שעשה עשוי ועיקר קושית הרא"ש הוא אמאי ישלם מביתו הא יכול לומר אני מבין דברי הגדול שמחזירני ויחזור הדין וא"כ כיון שהוא מוחזק אמאי ישלם מביתו לכך הוצרך הרא"ש לתת טעם דכיון שנשתדל מתחילה לדון יחידי ראוי שיתקיים הדין וישלם מביתו אלו הן תורף דבריו ז"ל בתוספת ביאור ויש לתמוה דלפי דבריו שסובר דבג' הדיוטות וקבלוהו לא שייך הטעם שנשתדל מתחילה לדון יחידי וא"כ בג' הדיוטות וקבלוהו ויש גדול אף להש"ך דפסק כהרז"ה דבג' הדיוטות וקבלו וטעו צריכים לשלם מ"מ ביש גדול א"צ לשלם כיון דעיקר טעמא דצריך לשלם משום שנשתדל לדון יחידי א"כ בג' וקבלוהו דלא שייך טעם זה יכולים לומר אנו מבינים דברי הגדול וא"צ לשלם ומדברי הש"ך משמע להיפך כיון שהסכים לעיל כהרז"ה דג' וקבלוהו צריכים לשלם

ובהדיוטות מסתמא יש גדול כמ"ש הש"ך וכן הש"ך בסוף הסי' בכללי הדינים ס"ב אות ח' כתב להדיא דשלשה הדיוטות אף שקבלו אותם הבע"ד מה שעשה עשוי וישלמו מביתם אע"פ שיש גדול להחזיר וזה תימה לכאורה הא יכולים לומר אנו מבינים דברי הגדול וכיון שהם מוחזקים אמאי ישלמו מביתם אך באמת נראה דהש"ך הבין סברת הרא"ש דהא דתירץ משום שנשתדל מתחילה לדון יחידי צריך לשלם לאו מתורת קנס אתי עלה אלא דסובר שכן הוא מדינא דכיון שהדין הוא דמה שעשה עשוי משום דהבע"ד יכול לומר שאינו מבין דברי הגדול וא"כ אף הדיין חייב לשלם מדינא ואינו יכול לומר אני מבין דברי הגדול דאכתי כיון שהבע"ד א"צ להחזיר לו הרי גרם לו היזק גדול והפסדו ניכר דבשביל שהדיין טעה בדין זה מחזיק בשלו ואף שהוא מחזיק מכח ספק אכתי גרם לו היזק ודמיא למ"ש הש"ך בסי' ש"ו סק"י דאף דטבח אומן שעשה ספק טריפות פטור מלשלם משום דמספיקא לא מפקינן ממונא היינו דוקא בדבר שאין הטבח יודע הדין כלל אבל אם יודע שבשביל ספק זה תיאסר השחיט' חייב דמ"מ ה"ל לדקדק בזה שלא תיאסר מחמת ספק וא"כ ה"נ כיון דעיקר חיובא דדיין שטעה דה"ל לדקדק בהוראתו וא"כ מה בכך שהבע"ד מחזיק בדבר מחמת ספק שאינו מבין והוא אומר שמבין מ"מ פשע דה"ל לדקדק שלא יגרום היזק להבע"ד בזה ואף להרב רמ"א שם דלא ס"ל כהש"ך היינו דוקא התם דיכול לומר בשעת מעשה לא עשיתי שום היזק כלל דדילמא כשרה היא אבל הכא דבשעת שגמר הדין בודאי הזיקו שלא כדין אלא היכא שיכול לחזור ופטור מלשלם כיון שאינו גורם לו כלל וא"כ הכא כיון שהבע"ד א"צ להחזיר לו דיכול לומר שהדיין אינו מבין אם כן מתחילה עשה לו היזק גדול וטובא עביד וזה הוא כוונת הרא"ש דכיון שנשתדל לדון מתחילה ראוי הוא שיתקיים הדין וחייב לשלם מדינא ולכך יפה פסק דבג' הדיוטות וקבלוהו דצריך לשלם להרז"ה אף ביש גדול דחייב לשלם מדינא כן נ"ל בכוונת דבריו והדברים נכונים. אולם המעיין בדברי הרא"ש יראה שאין דבריו סובלים כן חדא שכתב כיון שנשתדל מתחילה לדון ביחידי ראוי שיתקיים הדין וישלם מביתו משמע דקושית הרא"ש ג"כ הוא אהא דמתקיים הדין וגם לשון דכיון דנשתדל לדון יחידי ראוי שיתקיים הדין וישלם מביתו הם דברים אך למותר דבקיצור ה"ל לתרץ דחייב מ"מ משום דיני דגרמי וקושית הרא"ש לפמ"ש הש"ך בכוונתו מתורץ יפה בזה דמ"מ חייב לשלם מפני שגרם לו היזק וכמו שכתבתי גם דברי הרא"ש צריכים ביאור דלאחר שהביא במסקנתו דברי הראב"ד דאין הגדול מחזיר אף במומחה וקבלוהו כתב אח"כ וז"ל וכל היכא דקם דינא וחייב הדיין לשלם לא מצי דיין למימר לבע"ד החזר מה שנתן לך כי טעיתי דאי יחיד שאין מומחה הוא חייבוהו חכמי' לשלם כיון שנשתדל

לדון ביחידי והוא אינו מומחה ואין הדין חוזר אפי' ע"י גדול הדור דקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו וג' הדיוטות ויחיד מומחה ולא קבלו עלייהו דינייהו דינא ומשלמי ולא מצי למימר לבע"ד זיל אהדר דלא כבעל העיטור בשם ר"ה גאון וכו' עכ"ל ודבריו תמוהים טובא דלמה ליה למימר משום שנשתדל לדון מתחילה וכו' קנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו תיפוק ליה דחייב משום דינא דגרמי מדינא דהא הרא"ש הוא מכת הסוברים דד"ג דאורייתא וליכא למימר דכ"כ משום הא דאין הגדול מחזירו הא הרא"ש הסכים לפני זה להראב"ד דאין הגדול מחזיר אף במומחה וקבלו דלא שייך שם קנס כלל דהא הוא מומחה וקבלו וגם הוא פטור מלשלם כלל והנה הש"ך הרגיש בזה בס"ק כ"ט ודחק לומר דלאו דוקא נקט הרא"ש וקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו דמדינא חייב מד"ג ובאמת זה דוחק גדול לפרש כן דכל דברי הרא"ש המה מיותרי' לגמרי וגם הפירוש השני שפירש הש"ך שם בדברי הרא"ש דסובר דאף שמדינא משלם משום ד"ג מ"מ היה לו לחזור את הדין כיון שאינו מומחה הוא וטעה אלא משום קנס הוא שמתקיים הדין ובתר דקנסוהו שמתקיים הדין חייב לשלם מד"ג מדאורייתא לשיטת הרא"ש וכתב דבג' הדיוטות ויחיד מומחה א"ל לזה הטעם דשם בלא"ה קם דינא מדינא כיון שב"ד גמור הוא ובאמת דלפי פירוש הש"ך ע"כ צ"ל כן דבג' הדיוטות ויחיד מומחה אף בלא קנס קם דינא דאל"כ תקשה קושית הרא"ש מה שהקשה על הרי"ף דסובר דהיכא דאיכא פסידא לבע"ד הדר דינא מהא דאמרינן אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כל שכן שאתה נועל דלת בפני לוין ואם איתא דכל היכא דפטור מלשלם הדר דינא מאי נעילת דלת איכא וא"כ אי אמרינן דאף בג' הדיוטות הא דקם דינא הוא משום קנס א"כ הדרא קושיא לדוכתא דכשהדיינים יפטרו מלשלם א"כ מאי קנס איכא בזה ויהיה הדין חוזר וליכא נעילת דלת ודוחק גדול לומר שהרא"ש הוצרך לטעמו משום שהדיין משלם דמה תליא במה שהדיין משלם כיון דעיקר סברתו הוא משום כיון דטעה יש לו לחזור הדין א"ו דבג' הדיוטות קם דינא מדינא משום דב"ד גמור הוא אלא דסברת הרא"ש הוא ביחיד הדיוט וקבלו כיון דליתא דיינא וטעה והוא קבלו אדעתא למידן ד"ת יש לו לחזור הדין אי לאו משום קנסא. ובהכי ארווח לן קושית התוס' דב"ק שהקשו אהא דמשני בבכורות דמתניתין דהתם רבנן היא דלא דייני ד"ג ומיירי בנו"נ ביד וטימא את הטהור דאגע ביה שרץ והקשו כיון דקם דינא דשיקול הדעת א"כ לאו כלום עביד והבאתי דבריהם בס"ב סק"ז ולפי סברת הרא"ש לק"מ דכיון דלרבנן פטור הדיין מלשלם בלא נו"נ ביד דלא דייני ד"ג א"כ הדין חוזר דהא לא שייך קנס בזה כיון דפטור מלשלם ולכך כי נו"נ ביד טובא עביד ובהיות כן מוכח דהתו' לא ס"ל כהרא"ש בזה אך באמת תמוה טובא דמנ"ל להרא"ש סברא זו

דהא ניחא בפשיטות כיון דגמיר וקבלוהו ועביד כחד תנא דין תורה דן וקם דינא ולמה ליה להרא"ש להמציא טעם חדש מלבו בחנם וגם קשה הא דהתחיל הרא"ש וכתב וכל היכא דקם דינא וחייב הדיין לשלם לא מצי דיין למימר לבע"ד החזר מה שנתן לך כי טעיתי וכו' דמה תלה הקושיא במה שהדיין משלם בפשיטות ה"ל להקשות כיון שהדיין אומר שטעה ה"ל להחזיר את המעו' ואף הבע"ד גופיה מצי לתובעו ע"פ הדיין שמודה שטעה ול"ל להרא"ש לתלות הדבר בתביעות הדיין שתובעו שיחזיר מה שנתן לו הלא הדיין חייב לשלם מד"ג שהוא דאורייתא רק שעיקר הטענה שהוא טעה בדין וזה גם הבע"ד גופיה יכול לתובעו ע"פ הדיין אמנם אחר העיון נראה דדבר גדול דיבר הרא"ש בזה ובזה יתיישבו ג"כ דברי הרא"ש בשם העיטור בשם רב האי גאון והרב הש"ך בס"ק כ"ח האריך לתמוה על הרא"ש בכמה קושיות גדולות וחישב את הרא"ש כטועה ח"ו ולפמ"ש יתיישבו דברי הרא"ש על נכון מכל הקושיות והוא דבר"ס נ"ח העתיק המחבר דינא דהש"ס דפ' הכותב דאם הלוה שלח שלוחו לפרוע להמלוה על השטר שבידו ואמר לו קח השטר ותן המעות והמלוה אומר סטראי נינהו דנאמן במיגו דלהד"ם והשליח חייב לפרוע להמשלח דה"ל ליטול השטר מידו וכתב הרב רמ"א בהגה שם וי"א דאחר דחייב השליח לפרוע למשלח לא יוכל המלוה לעכב המעות בטענת סטראי אא"כ טוען שהשליח נתנם לו ג"כ על חוב אחר וכן אינו יכול לתפוס ממנו אז מיד נפקד אח' שיאמר שהמפקיד חייב לו והטעם דהשליח יכול לומר להמלוה או התופס מה לי ולך שתביאני לידי היזק הרי אתה כאלו אתה תופס משלי ולא מן הלוה שלך שהרי אני אצטרך לחזור ולשלם לו והש"ך שם החזיק במעוז סברא זו וכתב שכן הוא שיטת הרא"ש בתשובה ע"ש והנה לפ"ז יש לתמוה על הא דקי"ל הטועה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו הרי הדיין יכול לתבוע לבע"ד הרי הוא נתן לך המעו' ע"פ צווי שלי וא"כ אף שהאמת אתך כיון דקם דינא מ"מ מה לי ולך שתפסידני והרי אתה נוטל משלי דהא אני אצטרך להחזיר לו וכי בשביל שאני פסקתי שהוא יתן לך מעות יגיע לי נזק על ידך והרי התם אף שהאמת עם התופס שמגיע לו ממון מן המפקיד דהא יש לו מיגו יכול השליח לתובעו כ"ש הכא דלא זכה התובע אלא בטעו' דש"ה אלא דקם דינא שיכול הדיין לתובעו שהוא נוטל ממון שלו לא של הבע"ד אך מ"מ היכא שהדיין חוזר מעצמו ולא ע"י גדול ממנו או ע"פ ב"ד אחר ניחא דהא הטעם דטועה בש"ה קם דינא דמצי למימר מאי חזית דטעמא בתרא עיקר דשמא קמא עיקר והשתא הוא דטעית א"כ כיון דיכול לטעון כן נגד הבע"ד ה"נ יכול לטעון כן נגד הדיין דטעמא קמא אמת והשתא טעית ואין אתה מתחייב לשלם כלל אלא שאתה מתחייב בהודאת פיך במה שאתה מודה שטעית ואתה

הוא שגורם לך היזק בעצמך ודמי' למ"ש הרב בהגה ר"ס נ"ח שם דאם טוען שבשליחות אותו חוב אחר נתת לי יכול לתפוס דאף שהשליח מכחישו מ"מ התופס יכול לומר אם אתה היית מודה לדברי היית פטור ואתה גרמת לך היזק בעצמך כמ"ש הש"ך שם וא"כ ה"נ יכול לומר דילמא אתה טועה עכשיו ואתה גורם לך היזק בעצמך ואף שהדיין יודע האמת וליביה אנסיה מ"מ הבע"ד יאמר לו מה"ת יגיע לי היזק בשביל טעותך שאתה טועה עכשיו וגורם לך היזק בעצמך כי אני בדין נטלתי אך ביש גדול המחזירו או ב"ד אחר המחזירו ואומרים שטעה בדין וטעמא בתרא עיקר אף אם נאמר דאין גדול מחזירו כשיטת הראב"ד מ"מ הדיין יכול לתבוע את הבע"ד לפני המומחה או הב"ד האחר כיון שאני צריך לשלם מביתי על פיכם שאתם יודעים שאני טעיתי בדין והאמת כן הוא אף דבטעות בש"ה קם דינא כיון דעביד כחד תנא מ"מ הרי אתה נוטל משלי ולא משל בע"ד ומה לי עמך שתביאני לידי היזק וכי בשביל שאני צויתי ליתן לך המעות לטובתך יגיע לי היזק עבורך וזה הוא כוונת הרא"ש במ"ש והיכא דקם דינא וחייב הדיין לשלם לא מצי הדיין למימר לבע"ד החזר מה שנתן לך כי טעיתי וכו' והיינו כקושייתינו דכיון דצריך לשלם מצי למימר החזר מה שנתן לך כי טעיתי ואני צריך לשלם לו א"כ הרי אתה נוטל משלי ולא מבעל דינך לזה מתרץ הרא"ש דכיון שנשתדל לדון מתחילה קנסוהו שיתקיים הדין וישלם מביתו ואינו חוזר אפילו ע"י גדול הדור והיינו משום דקנסוהו חז"ל שיתקיים הדין ולא חששו לגרם היזק שלו ולא מצי לתבוע את הבע"ד ובאמת אף ביחיד מומחה ולא קבלוהו וג' הדיוטות צריך נמי להאי טעמא דגם בהו שייך ה"ט וכמ"ש הש"ך ולכך סיים הרא"ש ויחיד מומחה וג' הדיוטות ולא קבלוהו נמי דינייהו דינא ומשלמי ולא מצי למימר לבע"ד זיל אהדר והיינו אף ביש גדול המחזירם מ"מ קם דינא כדמוכח מעובדא דמר זוטרא וגם ג' הדיוטות מסתמא איכא גדול או ב"ד אחר המכירים את טעותם ואפ"ה אמרינן בפ"ק אלא מעתה טעו לא ישלמו אלמא דקם דינא והיינו ג"כ מטעם זה כיון שדנו בכפיה קנסו חז"ל שיתקיים הדין וישלמו מביתם. ולפ"ז מיושב דברי הרא"ש שהביא בשם רב האי גאון דיחיד שאינו מומחה וקבלוהו אף שנו"נ ביד אם יש לבע"ד לשלם מחזיר הדיין את הדין להוציא ממנו ואם איננו או שישנו ואין לו כח להחזיר משלם הוא מביתו והש"ך בס"ק כ"ח האריך להקשו' דא"כ מאי פריך מתניתין דפאד"מ דקתני ד"מ מחזירין אמתני' דבכורות דקתני מה שעשה עשוי הא התם מיירי באי אפשר בחזרה ועוד דקאמר טעה בד"מ חוזר בשיקול הדעת אינו חוזר משמע דבגוונא דטעה בד"מ חוזר והיינו באפשר בחזרה מ"מ בש"ה אינו חוזר ועוד האריך להקשות הרבה קושיות ע"ז ולפמ"ש א"ש די"ל דטעמא דרב האי גאון הוא משום כיון דהדיין חייב לשלם יכול

להחזיר את הדין ע"פ תביעתו להבע"ד שהוא נוטל את שלו ולא משל בעל דינו וא"כ בגוונא שאין הדיין משלם כגון במומחה וקבלו או שהדיין הלך למד"ה או שאין לו לשלם מה שעשה עשוי ובזה ניחא נמי הא דקתני במתניתין מה שעשה עשוי דודאי מיירי היכא דאפשר בחזרה דהיכא דא"א בחזרה לא שייך לומר מה שעשה עשוי דהא ליתא דתיהדר א"ו דמיירי באפשר בחזרה ולצדדין קתני דהיכא שאין הדיין משלם כגון שהלך למד"ה מה שעשה עשוי ואין הבע"ד יכול לתבוע שוב לבע"ד חבירו וישלם מביתו מיירי בא"א בחזרה אז הדיין משלם מביתו וכה"ג כתבו התוס' גבי טיהר את הטמא דלצדדין קתני מה שעשה עשוי בערבם בפירות מרובים דבטילים ברובא ואז מה שעשה עשוי והדיין אינו משלם מביתו וישלם מביתו מיירי בערבם בפירו' מועטים דאז משלם מביתו ומה שעשה אינו עשוי ולפ"ז פריך הש"ס שפיר מתניתין דקתני מחזירין אמתניתין דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וליכא למימר דמתניתין דפאד"מ דקתני מחזירין מיירי היכא דהדיין צריך לשלם ואז מחזירין זה ליתא דהא ע"כ מתניתין דפאד"מ מיירי בג' מומחין סמוכין דהא בר"פ אחד דיני ממונות מוקי הש"ס מתניתין דקתני התם אחד ד"נ ואחד ד"מ בדו"ח מיירי לדינא דאורייתא דמדרבנן ד"מ א"צ דו"ח ורבא מוקי לה התם דמיירי בד"ק ועלה קתני מה בין ד"נ לד"מ וכו' וא"כ מיירי נמי לדינא דאורייתא או בדיני קנסות ובדיני קנסות בעינן ודאי ג' מומחין סמוכין ולדינא דאורייתא אף ד"מ גרידא בעינן ג' מומחין סמוכין כדאיתא ברפ"ק דסנהדרין ואף לתירוצא דר"פ התם דמוקי בדין מרומה ע"כ מתניתין מיירי נמי בדיני קנסות דאל"כ ליתני במתני' עוד חילוק דבד"נ בעינן סמוכין ובד"מ סגי בהדיוט א"ו דמתניתין בד"ק נמי מיירי דבעינן סמוכין וא"כ פריך הש"ס שפיר דהא בג' מומחין סמוכים פטורים הדיינים מלשלם אף בלא קבלה וא"כ אמאי מחזירין דבכה"ג הדין דמה שעשה עשוי ובזה ניחא נמי הא דאמרי' טעה בד"מ חוזר בש"ה אינו חוזר דמיירי בג' מומחין סמוכין או ביחיד מומחה וקבלוהו דאין הדיין צריך לשלם ולכך בש"ה מה שעשה עשוי זו היא שיטת רב האי לפי פי' הרא"ש וע"ז השיג הרא"ש דלישנא דמה שעשה עשוי לא משמע כלל הכי כיון דמתני' מיירי בא"א בחזרה דזה דוחק גדול הוא לומר דכול' מתני' לצדדין קתני כן נ"ל נכון מאוד בדברי הרא"ש וכל דבריו הם מדוקדקים היטב בס"ד ומעתה מ"ש הרא"ש והטור דקנסוהו חכמי' שיתקיי' הדין וישלם מביתו הדברים כפשטן דמתור' קנס אתינן עלה וכפי' השני של הש"ך ולא מטעמיה גם מה שהעלה הש"ך להאי פירוש' דאם מת הדיין כיון שהוא מתור' קסנ לא קנסו בנו אחריו והדין חוזר אף אי ד"ג דאורייי' ליתא ולפענ"ד אשתמיט ליה דברי התוס' בגיטין דמ"ד ע"ב ד"ה נטייבה שכתבו שם על הא דאמרי' גבי קנס דלא קנסו בנו אחריו ובשטר

שיש בו ריבי' שקנסו אותו דמשמע לעולם אפי' בנו דכיון דקנסו זכה בו הלוה עכ"ל הרי דלא אמרי' דלא קנסו בנו אחריו אלא היכא שאנו באי' להוציא ממנו ממון אבל היכא שמחמת הקנס כבר זכה בו האח' אף שמת שוב לא מפקינן מיניה אחר שזכה בו וא"כ ה"נ כיון שקנסו חז"ל שיתקיים הדין וכבר זכה בו הבע"ד דהא הכא מיירי שהבע"ד כבר הוציא המעות ע"פ פס"ד א"כ כבר זכה בו ואף שמת הדיין אין הדין חוזר ובנו של דיין חייב לשלם חוב אביו שנתחייב מד"ג מדינא דאוריי' וכ"ש לפמ"ש בכוונת דברי הרא"ש שהדיין יתבע לבע"ד שהרי הוא כאלו נוטל משלו אבל אין להבע"ד שום תביעה על בע"ד חבירו על מה שנטל ממנו שלא כדין א"כ פשיטא דכיון שכבר קנסו חז"ל להדיין שאינו יכול לתבוע את הבע"ד א"כ כבר זכה בו הבע"ד ואף שמת הדיין פטור לשלם לבנו ודמי ממש לשטר שיש בו ריבי' וכמ"ש התו' אך בלא הוציא הבע"ד עדיין המעות לפי שיטת הטור דקם דינא והבע"ד צריך לשלם בו בכה"ג דמת הדיין לא קנסו בנו אחריו להתקיים הדין והדר דינא וז"ב. ולפ"ז יצא לנו דבר חדש לדינא דג' הדיוטו' וקבלוהו עליהם אם טעו בש"ה לפי שיטת בעל המאור והש"ך דהדייני' חייבי' לשלם ואף לשיטת הרא"ש דפטורים מלשלם מ"מ הא העליתי לעיל דבעינן דוקא קבלה בפירוש אבל בבואם מעצמם לדין לא מהני וחייבים לשלם א"כ בכה"ג נראה עיקר לפענ"ד כיון דכאן לא שייך לקונסם על מה שנשתדלו לדון כיון דהם ג' וקבלום עליהם כמ"ש הש"ך א"כ היכא דיש גדול להחזיר הדין או ב"ד אחר המכירים את טעותם הדין חוזר והוא משום דזה הב"ד שדנו יכולים לתבוע את הבע"ד לפני המומחה או הב"ד האחר כיון שאנחנו צריכים לשלם א"כ הרי אתה תופס משלנו ולא משל בעל דינך ואין הבע"ד יכול לומר אין אתם מבינים דברי הגדול כמ"ש הש"ך וא"כ אתם גורמי' לכם היזק בעצמכם שאתם טועים עכשיו דזה ליתא דזה לא שייך אלא נגד הבע"ד חבירו כיון שהם קבלו עליהם אלו הג' דיינים יכול לומר אין לנו אלא מה שפסקו הם וחזרתם אינה חזרה שאין מבינים כלל דברי הגדול וכיון שהוא מוחזק בממון אין יכול להוציא ממנו כמ"ש הש"ך משא"כ נגד הדיינים אין הבע"ד יכול לומר כן דהרי הדיינים יכולים לתבוע אותו להב"ד אחר או להגדול כיון שהאמת הוא שטעינו והרי המומחה או הב"ד יודעים שהאמת הוא כן וגם אנו יודעי' האמת ואין רצוננו לשקר ולגזול ממון הבע"ד כיון שהאמת הוא שאנחנו חייבי' לשלם לו א"כ נהי שתפיסתך מהני נגד הבע"ד כיון שקבלתם אותנו מ"מ האיך אתה יכול להחזיק וליטול מעות שלנו כיון שאנחנו צריכים לחזור ולשלם לבע"ד שלך ע"פ דין וגם הבע"ד יכול לתבוע אותנו לב"ד אחר א"כ לא גרמנו לעצמינו היזק כלל כיון שהאמת כן הוא וא"כ מחויב הבע"ד להחזיר הממון דפשיטא שהבע"ד מחויב לקיים

דברי המומחה או שאר ב"ד שבישראל כשאדם אחר תובעו ואף שהבעל המאור כתב להיפך דג' הדיוטות וקבלוהו אין הדין חוזר ע"י גדול אולי לא ס"ל דיעה זו שבר"ס נ"ח אבל לפי מאי שהסכי' הש"ך שם כדיעה זו נראה עיקר שהדין חוזר ע"י גדול או ב"ד אחר ולאו משום חזרת הדין אתינן עלה אלא משום תביעת הדיינים להבע"ד לפני ב"ד אחר וכמ"ש אך היכא שאין לבע"ד לשלם או שהלך למד"ה נראה דצריכים הדיינים לשלם ולא אמרינן כיון דהדר דינא א"כ לאו כלום עבדי דזה דוקא היכא שהדין חוזר מעצמו מחמת שהוא טעו' בדין א"כ לאו כלום עביד אבל הכא גוף הדין קיים דמה שעשה עשוי אלא שהדיין יכול לתבוע את הבע"ד תביעה חדשה שיחזיר המעות וא"כ כיון שאין לו לשלם חייב הדיין מד"ג והוי דומיא דטועה בדבר משנה ונו"נ ביד דחייב הדיין כשהלך הבע"ד למד"ה ולא אמרינן לאו כלום עביד כיון דהדר דינא כמ"ש הש"ך בסק"א דהוי הוא כלוה וגזלן על המעות ואחריותו עליו וא"כ ה"נ כיון דע"פ זה הדין נתן הבע"ד את ממונו וקם דינא ואין להבע"ד שוב שום תביעה על הבע"ד חבירו כלל אלא שהדיין יכול לתבוע את הבע"ד אח"כ שיחזיר הממון שגורם לו היזק א"כ הדיין עשה היזק גמור ואחריותו עליו וכשאינו יכול להוציא מהבע"ד חייב הדיין לשלם זהו מה שנ"ל נכון בדיני' אלו ודוק היטב. ותבנא לדינא דלפ"ז יש מקום לדברי הש"ך דלעניין חזרה דגדול בעינן דוקא מומחה וקבלוהו אבל ג' הדיוטות וקבלוהו אף דלא שייך לקונסם לא מהני חזרת הגדול מטעמא דכתב הש"ך דיכול לומר דאין לנו אלא מה שפסקו הם וחזרתם אינה חזרה שאין מבינים דברי הגדול ומ"ש הרא"ש הטעם גבי הדיוט וקבלוהו דלא מהני חזרת גדול דקנסוהו משום שנשתדל לדון יחידי א"א למ"ש הש"ך אלא דכוונת הרא"ש ליישב הא דאינו יכול הדיין לתבוע את הבע"ד לפני הגדול מה שגורם לו להפסיד ממון שלו לכך הוצרך לומר דקנסוהו שיתקיים הדין אך באמת לא ידעתי מי הכניסו להש"ך במבוכה זו דמנ"ל לומר דבג' וקבלום לא מהני חזרת גדול דחזרתם אינה חזרה שאין מבינים דברי הגדול שהוא סברה רחוקה מאוד דמ"ש הבעה"מ דבג' וקבלוהו לא מהני חזרת גדול אזיל לטעמיה דהא הבעה"מ תלי החזרת גדול דוקא היכא דאיכא פסידא דבע"ד ולכך אין הגדול מחזיר אלא במומחה וקבלוהו דהדיין פטור מלשלם אבל כל היכא שהדיין חייב לשלם לדידיה אין הגדול מחזיר אבל להרא"ש שכתב הטעם משום קנס י"ל דהיכא דלא שייך לקנוס הדין חוזר ע"י גדול והנה בג' הדיוטות ולא קבלוהו מוכח דאין הגדול חוזר מדפריך בפ"ק אלא מעתה טעו לא ישלמו ומסתמא איכא מומחין בישראל ומ"מ הדין מתקיים ועוד מוכח כן להדיא בשמעתין דמשני ר"י כאן במומחה כאן בשאינו מומחה ואי אמרת דעיקר הטעם דוקא היכא שנשתדל לדון שלא כדין קנסוהו ח"כ למה תלי

במומחה כלל הא מתניתין דפאד"מ מיירי בג' דייני' דקתני ד"מ בג' ומתני' דבכורות מיירי ביחיד הדיוט א"כ בפשיטות ה"ל לשנויי כאן בג' דיינים לכך מחזירין בין במומחין בין בהדיוטות משא"כ התם דמיירי ביחיד הדיוט לכך קנסוהו ולמה הזכיר בתירוצו כלל כאן במומחה כיון דמתניתין מיירי בשלשה וסגי אף בהדיוטות א"ו דג' הדיוטות ולא קבלום אין מחזירין לכך מוקי בג' מומחין דמחזירין אף בלא קבלוהו אבל מ"ש הש"ך דאף בג' הדיוטות וקבלום לא מהני חזרה לא ידעתי מנ"ל להש"ך הא וליכנס בפירצה דחוקה כזו לומר דחזרתם אינה חזרה שאין מבינים דברי הגדול וכי דיין דגמיר למידן אינו מבין דברי הגדול ממנו ולכאורה יש להוכיח כהש"ך מהא דפריך בפ"ק אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני משום נעילת דלת בפני לוין ואי אמרת דבג' הדיוטות וקבלום כיון דלא שייך למיקנסינהו הדין חוזר ע"י גדול א"כ הדרא קושית הש"ס לדוכתא דאף בלא קבלוהו לא ישלמו ולא שייך בזה נעילת דלת דכיון שהדין יהיה שלא ישלמו א"כ יהי' ג"כ הדין חוזר דלא שייך למיקנס כיון שיהיו פטורים מלשלם וא"כ ליכא נע"ד דהא הדין יהיה חוזר ע"י גדול ושכיחי מומחים בישראל כמ"ש התומים אך אין זה מוכרח דאכתי יהיה נעילת דלת שיצטרך לחזור אחר המומח' שיתעבר על ריב לא לו להחזירם דהא מה"ט תקנו חז"ל הדיוטות שלא יצטרך לחזור אחר המומחה וצ"ע ומה שנדחק הש"ך ליישב לפי שיטה זו הא דהוצרך ר"י לשנויי מתניתין דבכורות באינו מומחה אף ביש גדול אין מחזירין הא כיון דסיפא מיירי באין גדול א"כ רישא נמי איכא לאוקמא בהכי והש"ך דחק מאוד בזה והתומים כתב כיון דמיירי מתניתין בהדיוט מסתמא יש מומחים בישראל לכך מחלק דבאינו מומחה אף ביש גדול מחזירין ולי נראה לתרץ לשיטת הסוברים דהיכי דהדר דינא לא דיינינן ד"ג והנה כתבתי בסק"ד דהטעם הוא כיון דהדר דינא לא הוי ברי היזקא ולא מקרי גרמי דלא דיינינן ד"ג אלא היכא דברי היזקא וכן משמע במלחמות וכ"כ בחידושי הר"ן להדיא וא"כ לכך הוצרך ר"י לשנויי דבאינו מומחה אף ביש גדול אין מחזירין דאל"כ אכתי תקשה אף אי מתניתין מיירי באין גדול אמאי ישלם מביתו כיון דגדול מחזיר ושכיחי מומחין בישראל א"כ לא ברי היזקא כיון דגדול יכול להחזיר הדין ואינו חייב מד"ג לכך הוצרך לשנויי דבאינו מומחה אף הגדול אינו מחזיר וא"ש. אך כ"ז לפי שיטת הרמב"ן ובעה"מ והעיטור והש"ך דס"ל דגדול מחזיר בש"ה אבל הרא"ש הביא בשם הראב"ד דהוכיח דאין גדול מחזיר מההוא עובדא דפ"ק דמר זוטרא דן דינא וטעה אתא לקמיה דרב יוסף א"ל אי קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים והרי ר"י גדול ממר זוטרא היה ואפ"ה לא החזירו והרב הש"ך האריך לתרץ קושיא זו ולפענ"ד יש לתרץ בפשיטות דהא הטעם דגדול מחזי' משום

דבלא גדול יכול לומר מאי חזית דטעמא בתרא דידך עיקר דלמא קמא עיקר אבל בשיש גדול שומעין להגדול וא"כ היכא דהגדול הוא קרוב להבע"ד או שיש לו צד נגיעה בדבר פשיטא דאין הדין חוזר על פיו דהא התורה פסלתו מלדון בין לזכות בין לחובה וא"כ אין קושיא מהא דר"י לא החזיר למר זוטרא דאפשר ר"י קרוב היה להבע"ד ואין הדין חוזר בשבילו אלא דמר זוטרא קבלו עליו ושאל לו איזה דרך נלך בה וז"פ ונכון לפענ"ד.
ודברי התוס' בכתובות דף כ' ע"ב צל"ע שכתבו שם גבי הא דאמרינן התם הוי עובדא בנהרדעא ודנו דייני דנהרדעא לזון הבנות ממטלטלין בפומבדיתא ואגביה רב חנא בר ביזנא א"ל רב נחמן זילו אהדרו ואי לא מגבינא לכו לאפדנייכו מנייכו וכתבו התוס' שם דטוען בד"מ חשיב להו ר"נ והוא בעצמו היה יכול לחזור מן הדין אלא שבע"ד לא היו שומעין לו כמו לדיינים לכך קאמר להו זילו אהדרו וכ"כ התוס' בב"ק דף י"ב ע"א ד"ה זילו אהדרו ע"ש ויש לתמוה דמנ"ל דר"נ חשיב להו טועה בד"מ דילמא ר"נ אזיל לטעמיה דסבר הכא דאף בטועה בשיקול הדעת הגדול מחזיר ור"נ גדול מהם היה ומזה יש סיוע למ"ש התומים דהתוס' דשמעתין פירשו נמי דר"נ לתרוצי דברי ר"י קאתי ובעינן דוקא מומחה דסמיכא ע"ש שהאריך בזה ודבריו דחוקים מאוד בכוונת דברי התוס' שם ואולי י"ל דלהתוס' קשיא להו קושית מהרש"א בשמעתין דלר"י דס"ל דגדול מחזיר למה לא החזיר ר"ע לר"ט דר"ע גדול מר"ט הוה וכיון דהדר דינא פטור מלשלם לזה ס"ל להתוס' דאף ביש גדול אין מחזירין אלא במומחה וקבלוהו או בג' מומחין משום פסידא דבע"ד כמ"ש הבעל המאור וא"כ לכך הצריך לומר לו מומחה לב"ד אתה ופטור מלשלם ולפ"ז ניחא דלכך הצריכו התוס' לומר דר"נ חשיב להו טועים בד"מ דהא התם ע"כ מיירי בלא קבלוהו דאל"כ למה אמר ר"נ מגבינא לכו לאפדנייכו דהא ר"ח בר ביזנא מומחה הוי ומומחה וקבלוהו פטור א"ו דמיירי בלא קבלוהו וא"כ כתבו התוס' שפיר דר"נ חשיב להו טועה בד"מ דאי היה שיקול הדעת אינו חוזר אף ביש גדול דהא ליכא פסידא לבע"ד דהא הדיין יצטרך לשלם וא"ש אך אכתי קשה דילמא באמת מומחה וקבלוהו הוי והא דאמר מגבינא לאפדנייכו מנייכו היינו כיון שהדין חוזר כשיש גדול והבע"ד לא היו שומעים אלא לדיינים א"כ בשאינם חוזרים יש לחייבם דהוי מזיק ממש וחייבים בד"ג דהא השתא לאו אנוסים נינהו ואף במומחה וקבלוהו חייבים אך לפמ"ש בס"ק שאח"ז די"ל דכיון דמחמת תחילת הפסק פטורים דהוי מומחה וקבלוהו והוי אנוסים אף שאח"כ יודע להם שטעו ואינם חוזרים פטורים דהוי ככובש עדותו דפטור א"כ הוכיחו שפיר דאי מיירי בקבלוהו אף שאינם חוזרים אח"כ ג"כ פטורים אך לקמן הנחתי דין זה בצ"ע עוד יש להקשות אי אמרינן דלא אמרינן טועה בש"ה קם דינא אלא להחזיק ולא להוציא ממון

א"כ מאי הוכיח התוס' דר"נ חשיב להו טועה בד"מ דהא אף אי אמרינן דהוי טועה בש"ה מ"מ ניחא דהא דייני דנהרדעא פסקו לזון הבנות ממטלטלין דהיינו עד דתלקחן לגוברין או דיבגרן וא"כ איך אמר להו ר"נ דליהדר דינא על מזונות דלהבא שעדיין לא הוציאו ומזה ראיה לשיטת הטור דבש"ה קם דינא אף להוציא ממון וצ"ע. ודע דהש"ך הוציא מכאן דלפי שיטת אלו דפסקו כר"ח דאף בלא נו"נ ביד קם דינא דה"ה באיסור והיתר חכם שאסר וטעה בשיקול הדעת אין חכם אחר יכול להחזיר ואינו מועיל אף בדיעבד והאריך בזה לתרץ קושיות הר"ן בפ"ק דע"ז על הראב"ד והרמב"ן שכתבו גבי הנשאל לחכם וטימא לא ישאל לחכם ויטהר ואף בדיעבד אינו מועיל דשויא חתיכה דאיסורא וה"מ מטומאה לטהרה או מאיסור להיתר אבל בחיוב וזכות חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה והקשה הר"ן מדאוקי ר"ח טיהר את הטמא באגע ביה שרץ אלמא דבלא"ה הדין חוזר ואין חילוק בין איסור והיתר לדיני ממונות ותירץ הש"ך דהם פסקו כרב ששת דס"ל טועה בשיקול הדעת קם דינא ומכח זה תמה על הרב רמ"א דכאן פסק דאף בלא נו"נ ביד קם דינא וביו"ד סי' רמ"ב פסק דאם המורה טעה בשיקול הדעת חבירו יכול להתירו ע"ש ובאמת לפי דברי הש"ך דברי הר"ן גופא סתרי אהדדי דבפא"ט גבי חכם אין חבירו רשאי להתיר כתב דבטועה בשיקול הדעת כההיא דסנהדרין אפילו בדיעבד אינו מותר משום דקי"ל טועה בש"ה קם דינא אם לא בטועה בד"מ או בדברי האמוראים דהוי כד"מ לכך נראה דהר"ן הבין מדכתבו הרמב"ן והראב"ד אבל בחיוב וזכות חבירו המומחה ממנו חוזר ומזכה משמע דטעמא דידהו משום דס"ל דהגדול מחזיר דהא הכא מיירי במומחה וקבלוהו דהא קתני הנשאל לחכם וכו' משמע דמיירי בחכם הראוי להוראה שהוא מומחה וגם קבלוהו ולכך בחיוב וזכות חוזר הדין ולכך הקשה הר"ן שפיר כיון דמוכח בש"ס דאו"ה שוה לד"מ בענין שיקול הדעת דלר"ח בלא נו"נ ביד אף באו"ה הדר דינא א"כ ה"ה באו"ה היכא דיש גדול מחזירין כמו בד"מ וכן הוא לשיטת הש"ך דאף דפסק דאף באו"ה קם דינא מ"מ ס"ל דבמומחה וקבלוהו מהני חזרת גדול אף באו"ה וכ"פ בכללי הדינים שלו אך מדברי הש"ך נראה שהבין דהראב"ד והרמב"ן לא תלי מידי בחזרת גדול דהא הרא"ש הביא בשם הראב"ד שחולק על סברא זו אלא דעיקר טעמא דידהו דבחיוב וזכות לא מפקינן מיד המוחזק ואזיל לטעמיה דס"ל דבטועה בש"ה לא מפקינן מיד המוחזק אבל באו"ה כל היכא דבד"מ הדר דינא אף באו"ה הדר דינא אבל כל היכא דבד"מ קם דינא כשהוא מוחזק אע"ג דהיכא דלא נתקיים הדין לא מפקינן מידו היינו משום דהמוחזק יכול לומר טעמא בתרא עיקר אבל לענין או"ה קם דינא דשויא חתיכה דאיסורא ודבריו נכונים וליישב דברי הרמ"א נראה דהרב רמ"א ס"ל דאף למ"ד

טועה בש"ה קם דינא אינו אלא מדרבנן וכן מוכח מדברי הרי"ף דפירש טעמא דבלא נו"נ ביד הדר דינא הוא משום פסידא דבע"ד ואי הוי קם דינא מדאורייתא משום פסידא דבע"ד לא הוי הדר דינא א"ו הא דקם דינא אינו אלא מדרבנן ולכך סתם ביו"ד דבאו"ה חוזר הדין משום כיון דהרי"ף והרמב"ם והמחבר ס"ל דבלא נו"נ ביד הדר דינא וה"ה באו"ה חוזר הדין ולכך פסק לקולא באיסור דרבנן דספיקא דרבנן לקולא משא"כ הכא בד"מ כיון שהבע"ד מוחזק במעות אין מוציאין מיד המוחזק נגד שיטת הפוסקים דמה שעשה עשוי ומ"מ הדיין צריך לשלם אף שאין הדין קיים אלא מצד ספיקא דדינא מ"מ הרי גרם לו היזק וכמ"ש בדברי הש"ך וא"ש וכן נכון להכריע לדעתי:

יא מ"מ יש להם לחזור אם טעו. הסמ"ע פירש דקאי על דיינים שמכריחין הקהל בזה אפילו לאחר שהוציאו הממון ע"פ פסק הדיינים הדין חוזר אבל בשקבלו עליהם בין לדין בין לטעות והוציא הממון אפשר דלא מצי לחזור והרב הש"ך הקשה דמאי נ"מ שקבלו עליהם הקהל הא מ"מ טעו בשיקול הדעת וקם דינא בלא"ה ומתוך זה מפרש הש"ך דמ"ש יש להם לחזור היינו כשעדיין לא הוציא המעות וכן פירש דברי ר"מ שבמרדכי ובאמת הש"ך אזיל לטעמיה דפסק כהרמ"ה אבל לשיטת הטור דהיכא דקם דינא מוציאין מיד המוחזק הדרא קושיא לדוכתה ודוחק לומר שהרב רמ"א יסתום דלא כהטור להוציא ממון מהדיינים אם אינם רוצים לחזור וגם בתשובת ר"מ שבמרדכי אין זכר לסברא זו ובאמת קושית הש"ך קושיא אלימתא היא וביותר יש לתמוה על הסמ"ע דמפקפק בקיבל עליו בין לדין בין לטעות אי מצי לחזור או לא הלא הרא"ש כתב להדיא אבל אם קבלו בע"ד עליהם יחיד שאינו מומחה בפירוש בין לדין בין לטעות דיניה דינא אי טעה בשיקול הדעת ופטור מדאמרינן לעיל וכו' הרי להדיא דקם דינא לכך נראה דכוונת מוהר"ם שבמרדכי והרב שטעו בדבר משנה לכך יש להם לחזור ואם לא חזרו משלמים דהא הרב רמ"א פסק דטועה בד"מ חייב לשלם מד"ג ואף לשיטת הרמב"ם והמחבר בס"א דפטרי הא כתבו הטעם משום שלא נתכוין להזיק וא"כ הכא שנודע להם שטעו ואינם רוצים לחזור הרי מתכוונים להזיק וחייבים מד"ג לכ"ע ולפ"ז יפה נסתפק הסמ"ע בקיבל עליו בין לדין בין לטעות אי מצי לחזור בטועה בד"מ די"ל דלא קיבל עליו אלא בטועה בשיקול הדעת דמ"מ דין תורה דן כחד תנא אבל דבר משנה שהוא פשוט להיפך לא קיבל עליו לכך כתב בלשון אפשר דלא מצי לחזור ובאמת דיש להוכיח כן מדברי הרמב"ן והמרדכי שהם סוברים דהא דמומחה וקבלוהו עליהם פטור מלשלם משום דלמה לו לקבלו דהא בלא"ה מומחה דן בע"כ א"ו דלהכי קבלו כדי שאם יטעה יפטר מלשלם ואפ"ה ס"ל דאף בטועה בדבר משנה ונו"נ ביד מומחה פטור מלשלם דהא

הם ס"ל כשיטת הרי"ף דפסק כר"ח דבלא נו"נ ביד חוזר הדין ואף היכא דקם דינא לא דייניגן ד"ג בדייני ואפ"ה א"ל ר"ע לר"ט מומחה לב"ד אתה ופטור ות"ל דבלא"ה פטור בלא נו"נ ביד וע"כ צ"ל דר"ט נו"נ ביד הוה ואפ"ה פטרו משום שהוא מומחה לב"ד וכ"כ הש"ך בסק"ד אות ב' הרי דלא אמרינן דלא פטרו אלא בטועה בש"ס אבל בד"מ שהוא טעות גמור לא פטרו אלא דאמרינן דמסתמא קבלו לפטרו בכל מילי וא"כ ה"נ לענין קיום הדין נמי אמרי' כשקבלו בין לדין בין לטעות קבלו לכל גווני ואף בטועה בד"מ הדין קיים אך מדברי הרא"ש משמע להדיא להיפך שכתב אם קבל עליו בין לדין בין לטעות דיניה דינא אי טעה בשיקול הדעת ופטור וכו' מדקדק וכתב אי טעה בשיקול הדעת משמע להדיא דבד"מ הדין חוזר וכדי שלא נשוה מחלוקת בין הרא"ש להפוסקים הנ"ל צ"ל דס"ל להרא"ש די"ל הא דקבלו עליו בין לדין בין לטעות לא קבלו אלא כדי לפטור להדיין מהתשלומין ולא לענין קיום הדין וסברא זו כתב הש"ך לענין שיקול הדעת ולא הוציא עדיין המעות שהדין חוזר דאף שקיבל עליו בין לדין בין לטעות י"ל שלא קבל עליו רק כדי לפטרו מהתשלומין ואף דמומחה וקבלו בסתם ג"כ פטור מ"מ לאו כ"ע דיני גמירי אבל לענין קיום דינא לא קבל עליו וממילא בד"מ הדר דינא אף בהוציא הממון והש"ך נסתפק קצת בזה ומדברי הרא"ש אלו ראיה לסברא זו ועוד ראיה מדברי הרא"ש דפסק ג' הדיוטות וקבלוהו עליהם פטורים מלשלם כיון דבלא"ה יכולים לדון בכפיה מסתמא קבלום עליהם אף שיטעו יפטרו ואפ"ה פסק הרא"ש דטועה בד"מ אפילו ג' מומחין וקבלום עליהם הדין חוזר ולא אמרינן דקם דינא דהא ג' מומחין בלא"ה יכולין לדון בכפיה ופטורים מלשלם כמ"ש הטור בשם הרא"ש וא"כ למה קבלום עליהם אלא שיהיה קם דינא אף בד"מ א"ו דאמרינן מסתמא לא קבלם עליו אלא אדעת לדון ד"ת אלא דגלי דעתיה בקבלתו לפוטרו מתשלומין ולאלומי מילתא עביד הכי וא"כ ה"נ אף בקיבל בפירוש בין לדין בין לטעות אמרינן דמסתמא לא קיבל עליו אלא לענין פטור תשלומין של הדיין אבל לא לענין גוף הדין שחוזר בטועה בד"מ כנ"ל ועיין בתשובת מעשה חייא סי' ט"ו דפסק שאם הבע"ד אמר לדיין שידון כפי שכלו אף שטעה בדבר משנה הדין קיים ע"ש וצ"ע לדינא. גם מה דפשיטא ליה להש"ך בהתנה בפירוש וקבלו לקיים כל מה שיפסקו מיד בין לדין בין לטעות כל תנאי שבממון קיים ומוציאין מיד הנתבע לדידי צ"ע טובא בזה מהא דלקמן סי' רמ"א ס"ג דהמוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול ובקרקע אף לאחר שדר והחזיק בה והיינו אף באומר לשון מתנ' גמור' כמ"ש הסמ"ע שם וא"כ ה"נ בקיבל עליו שיקיים כפי מה שיפסקו הדיינים אף בטעות

א"כ הוי כאומר דאף שיטול הבע"ד מנכסיו שלא כדין הרי הוא מוחל לו וא"כ כשנודע לו שטעו יכול הנתבע לחזור בו קודם שהוציא ממנו המתחייב:

יב ואם אינם רוצים לחזור צריכים לשלם. המרדכי והרב סתמו ולא בארו הדברים דאם הכוונה הוא שאינם רוצים לחזור היינו ששותקין והבע"ד מוציא בעצמו ע"י פס"ד של הדיינים או שהכוונה שהדיינים כופין לבע"ד שיקיים כפי פסק דינם ומפשיטות דבריהם משמע דאף שהדיינים שותקים מ"מ כשנודע להם שטעו ואינם חוזרים חייבים לשלם דהא הטעם דפטורים מלשלם דכיון שנתמנו ע"י חרם הקהל חשובים כאנוסים א"כ כשנודע להם שטעו ואינם חוזרים בהם הוי מזידים וחייבים לשלם וכן בשאר דיינים שטעו בד"מ אף לשיטת הרמב"ם והמחבר בס"א דפטורין מלשלם הא כתבו שם הטעם משום שלא נתכוין להזיק אבל כשנודע לו שטעה ואינו חוזר בו הוי מזיק גמור שנתכוין להזיק וחייב לשלם וכן משמע קצת בכתובות דף נ' ובב"ק דף י"ב דאמר ר"נ התם לדייני דנהרדעא ולרב חנא בר ביזנא זילו אהדרו ואי לאו מגבינא לכו לאפדנייכו מנייכו וכתבו התוס' שם דר"נ חשיב להו כטועה בד"מ ור"נ בעצמו היה יכול להחזיר את הדין אלא שלא היו שומעין לו כמו לדיינים בעצמן ואמאי אמר להו שיצטרכו לשלם אף אם נאמר דהמעש' היה שלא קבלו לר"ח בר ביזנא עליהם והוי מומחה ולא קבלוהו מ"מ הא בטועה בדבר משנה פטור מלשלם א"ו כיון דיכולין לחזור בו חייבים לכ"ע ודוחק לומר דר"ח בר ביזנא היה כופה לבע"ד לקיים הפס"ד דזה לא נזכר בש"ס שם כלל אך יש לדון בזה טובא די"ל כיון דמתחילה היו אנוסים במה שטעו אף שאח"כ נודע להם שטעו ואינם חוזרים בהם מ"מ פטורי' מלשלם מידי דהוי אכובש עדותו דפטור מדיני אדם כמבואר בר"ס כ"ח והוא מטעם דהתורה לא חייבה להעיד אלא ממדת גמילות חסדים והוי כמו המונע מחבירו להצילו מההפסד דפטור מלשלם וכמ"ש הנ"י בר"פ הכונס וא"כ ה"נ כיון דעל מה שהורו בתחילה בטעות שלא כדין היו אנוסים אף שאח"כ נודע להם ושתקו ולא חזרו בהם לא הוי אלא כמונע להציל את חבירו מהפסד דפטור דלאו כלום עביד ויש להביא ראיה לזה מדברי התוס' בע"ז דף נ"ט ע"ב בד"ה אדמקטורך עלך זיל הדר דכתבו התוס' שם דאין לפרש כדי שלא תפסיד בגדיך בהוראתך דהא רשב"ל מומחה לב"ד הוי ופטור מלשלם ולכאורה תמוה הא בעינן מומחה וקבלוהו ומשמע בש"ס התם דלא קבלוהו לרשב"ל כלל בזה וצ"ל כיון דרשב"ל חזא דקאכלי איסורא ומנע מהם חשיב כמומחה וקבלוהו דאנוס הוא דהיה צריך למנוע מהם כדי שלא יאכלו דבר איסור וכמ"ש בסק"ה אך אכתי קשה מאי קושיא הא כיון דר"י הודיע לר"ל שטעה א"כ יפה א"ל אדמקטורך עלך זיל הדר דאם לא תלך להודיע להם תפסיד בגדיך ותצטרך לשלם להם א"ו דכיון

דעל מה שטעה בתחילה פטור דאנוס הוא א"כ אף שלא הודיע אח"כ פוטר דהוי ככובש עדותו דפטור מלשלם וזו ראיה גדולה לכאורה אך אכתי קשה הא כובש עדותו חייב בדיני שמים וא"כ דילמא ר"י אמר לו שיתחייב בד"ש ואפשר דדוקא לענין עדות חייב בד"ש כיון שעבר על מצות עשה מדאורייתא מה שאין כן בשאר דוכתי המונע להציל את חבירו מההפסד פטור אף בד"ש אך מ"מ לענין דינא י"ל דאם נודע לו אח"כ שטעה ואינו מודיע חייב לשלם מדינא ול"ד לכובש עדותו דהכא שאני כיון דמתחילה בא ההיזק על ידו אף שהיה ע"י אונס מ"מ כיון שיכול להצילו אח"כ ואינו מציל חייב ויש להביא ראיה לזה מב"ב פ' הספינה דף פ"ח דאמר רבה התם לענין אבידה הכישה במקל נתחייב בה ומפרש התם הש"ס משום דאנקטה ניגרי ברייתא והמרדכי שם הביא בשם רבינו מאיר ביאור הדברים שהטעם הוא משום דכל מי שרואה ממון חבירו אבוד מצוה להציל משום השבת אבידה ואי לא מציל איסורא קא עביד אבל לא מיחייב לשלומי אבל מכי מטי לידיה הוי שומר אבידה וחייב בפשיעה לכ"ע ואי הכישה במקל כיון דאנקטה ניגרי ברייתא ועל ידו בא קצת היזק לבעל האבידה חייב משום שומר אבידה ע"ש באריכות וא"כ ה"נ י"ל כיון דעל ידו בא ההיזק מתחילה אף שבתחילתו היה באונס מ"מ כשאח"כ נודע לו ויכול להציל אותו מההפסד ואינו מציל חייב משום שומר אבידה דהוי כאנקטה ניגרי ברייתא דחייב אף שהאבידה לא בא לידו והא דפריך ר"ה לר"ש מעש' דר"ט דאי טעה בד"מ חוזר אמאי חייב לשלם הא לאו כלום עביד ולא אמרינן כיון דמתחילה הוא הגורם להההיזק ואח"כ אף שהבעלים עושים ההיזק מעצמם חייב משום שומר אבידה בפשיעה דשומר חייבה תורה בפשיעה אף דלא הוי אלא גרמא בעלמא כמ"ש הב"י בסי' ס"ו בשם הריטב"א ע"ש י"ל דשאני התם כיון דהדיין אינו יודע מהטעו' אינו חייב אלא היכא דהוי מזיק ממש דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד משא"כ היכא דהדר דינא דלא הוי מזיק ממש אלא שאתה בא לחייבו מדין השומרים דהוי כשומר אבידה י"ל דבכה"ג שטעה לא מיחשב פשיעה ופטור אבל אי קם דינא חייב מדין מזיק בכל גווני כמ"ש התוספות בב"ק דף כ"ז ע"ב ד"ה ושמואל אמר דאדם המזיק חייב כעין אבידה שהיא קרובה לפשיעה ושומר חכם פטור בה ע"ש ובזה יש מקום ליישב קושית התוס' והרא"ש שהקשו למאי דס"ד בבכורו' דמתניתין בלא נו"ן ביד א"כ טיהר את הטמא וערבן בעה"ב אמאי חייב לשלם הא הדר דינא ולאו כלום עביד דהבעה"ב ערבן בעצמו ולפמ"ש י"ל דסוגיא דהתם ס"ל דשומר אבידה הוי ש"ש מטעמא דרחמנא שעבדיה בע"כ כדאיתא בב"ק דף נ"ו ע"ב ולכך אף שהבעה"ב ערבן בעצמו מ"מ כיון שהדיין היה יכול להציל אח"כ כיון דהדר דינא והוא היה הגורם מתחילתו א"כ הוי כאנקטה ניגרי ברייתא וחייב

מדין שומר אבידה דהוי ש"ש וחייב אף בגניבה שהיא קרובה לאונס ובסוגיא דסנהדרין סבר ר"ה דשומר אבידה הוי ש"ח ולכך פטור כיון דטעה בדין ומתניתין דטיהר את הטמא מוקי לה בנו"נ ביד אלא דדחיקא ליה לאוקמא דר"ט נו"נ ביד הוה כמ"ש המלחמות וא"ש ודוק היטיב אך מ"מ יש להקשות ע"ז מהא דאמרינן בפרק כיצד הרגל דף כ"ו ע"ב אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם הוא וסילקן פטור מ"ט בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה ואמאי נימא כיון דהוא זרקו הוי כאנקטה ניגרי ברייתא ואח"כ כשסילק הכרי' אע"ג דלא כלים עביד ליחייב משום שומר אבידה ואפשר דהתם לא חשיב כאנקטה ניגרי ברייתא כיון שהיו מתחילה כרים וכסתות לכך פטור דהוי גרמא בעלמא כמ"ש התוס' שם ועיין לקמן סי' רס"ג ס"ב שהעתיק המחבר לשון הרמב"ם דהכישה במקל חייב כיון שהתחיל במצוה והר"ן והנ"י תמהו עליו בזה והסמ"ע שם בסק"ד ישב דברי הרמב"ם וא"כ לפ"ז אין ראיה לדינא דהכא אך מ"מ י"ל דהכא עדיף טפי כיון שהוא גרם עיקר ההיזק מתחילה ובאמת מסתימת דברי ר"מ שבמרדכי והרב משמע דבכל גווני שאין הדייני' חוזרי' חייבים לשלם ועיין ש"ך ס"ק ל"ו ועדיין צ"ע לדינא ודוק:

יג והלכו אחר שנים שבהם הם משלמים שני חלקי' והחלק השלישי מפסיד הבע"ד. זו היא ש"ס ערוכה בפז"ב דף ל' דהשלישי לא משלם דאמר להו אי לדידי צייתיתון אתון נמי לא שלימתון ואינהו נמי לא משלמי דאמרי ליה אי לאו את בהדן לא הוי סליק דינא מידי ויש לתמוה מ"ש מהא דמבואר לקמן בסי' ת"י סל"ז דשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא אלא שהאחד אין לו לשלם משתלם כולו מהאחר משום דקי"ל כר' נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ועד כאן לא פליגי היש חולקים שם אלא משום דחבירו בר תשלומין מדינא ואין לו לשלם אבל היכא דמדינא לאו בר תשלומין הוא כ"ע מודי דמשתלם כולו מהשני ומבואר שם בסמ"ע ס"ק נ"ז דאף שלא היה יכול האחד לעשות ההיזק לבדו מ"מ משלם כולו והוכיח שם כן בראיה ברורה וכן גבי מסור שחייב מדיני דגרמי כתב הש"ך בסי' שפ"ח סק"מ בשם מוהר"ם דהיכא שמסרו שנים ביחד והאחד פטור מדינא חייב השני כל ההיזק מדר"נ ע"ש וא"כ ה"נ גבי דיינים כיון שהם חייבים מד"ג וליכא לאשתלומי מאידך יצטרך לשלם כולו ובאמת מדברי הרא"ש דמחלק באם יש באלו השנים מומחה דחייב לשלם כולו משום דיכול לדון יחידי משמע להדיא דס"ל לחלק בין יכול לבדו לעשות ההיזק או לא אבל קשה מלקמן סי' ת"י דמבואר דאף שלא היה יכול לבדו לעשות ההיזק מ"מ משלם כולו וכן במכות דף ג' ע"א גבי עד זומם משלם לפי חלקו משמע להדיא דל"א כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משלם האי כיון שלא

היה יכול לבדו לעשות ההיזק וקשה ג"כ מההיא דסי' ת"י אך דהתם י"ל דעדים זוממין שאני דאינו אלא קנסא אמרינן דלא קנסיה רחמנא אלא לפי חלקו אבל הכא קשה ובאמת מהכא שמעינן בשני עדים שהעידו וע"א אמר שקר העדנו והאחר אינו מודה שא"צ לשלם מד"ג אלא חלקו כיון דבלא עדותו של האחר לא היה מועיל עדותו לבד דע"א א"נ לענין ממון וא"כ דמי ממש לדיינים דהכא ומצאתי להתומי' בס"ס כ"ט דפשיטא ליה דאם ע"א הודה ששקר העידו וחבירו אינו מודה דצריך לשלם כולו מד"ג והביא ראיה מסי' ת"י ואשתמיט ליה ש"ס ערוך דהכא והסכמת כל הפוסקי' דהדיין א"צ לשלם בעד חבירו וה"ה בעדים אך באמת לא ידעתי שום הבדל מ"ש מלקמן סי' ת"י והנה לשיטת הרי"ף דס"ל דכל היכא דאיכא פסידא לבע"ד הדר דינא וא"כ הכא חוזר הדין בחלק השלישי כמ"ש הש"ך בשם ב"ה וא"כ י"ל דבכה"ג א"צ לשלם בשביל חבירו כיון שאם לא ישלם יחזור הדין בחלק חבירו וליכא פסידא לבע"ד אבל להרא"ש והרב דכתבו דחלק השלישי מפסיד הבע"ד קשה טובא. ועוד יש לי לתמוה לפמ"ש הרב רמ"א לקמן בסי' תי"ח ס"ט בהגה בשם המרדכי דאם שנים הביאו עצים ואור וליבו ואין בכל אחד כדי ללבות פטורין וכ"כ התוס' בפ' הכונס וילפי לה התם משנויא דרב אשי דמשני גבי ליבה וליבתו הרוח ואין בכל אחד כדי ללבות פטור ופריך הש"ס מ"ש מזורה ורוח מסייעתו דמחייב גבי שבת ושני רב אשי דשאני שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל גבי ממון גרמא בעלמא הוא וגרמא בניזקין פטור והוכיחו שם התוס' דה"ה שנים שליבו ואין בכל אחד כדי ללבות פטורין וא"כ ה"נ בשלשה דיינים אמאי חייבים הא בכל אחד לבדו לא היה נעשה ההיזק אלא בצירוף שלשתם והוי גרמא בעלמא והנה לשיטת הרי"ף דלא משלמי אלא בנו"נ ביד ניחא דע"כ לא פטרינן התם אלא בגורמים היזק כמו באש אבל בעושים ההיזק בידים חייבים אף בכה"ג כמ"ש בשארית יוסף ובהגמ"ר ס"פ הפרה ע"ש אבל בלא נו"נ ביד קשה ואף להמרדכי שהסכים לשיטת הרי"ף . דדיין אינו חייב אלא בנו"נ ביד מ"מ יש להקשות כיון דהסכים להרי"ף דהיכא דאיכא פסידא דבע"ד הדר דינא א"כ מאי פריך הש"ס מתניתין דפאד"מ דקתני מחזירין אמתניתין דבכורות דדן את הדין דקתני מה שעשה עשוי אהדדי ומאי קושיא הא מתניתין דפאד"מ דקתני מחזירין מיירי בג' דיינים דהא קתני רישא ד"מ בשלשה אם כן פטורין מלשלם לכך מחזירין משום פסידא דבע"ד אבל מתני' דדן את הדין דמיירי ביחיד וקבלו וחייב לשלם לכך מה שעשה עשוי וכ"ש להרב רמ"א שהסכים כאן דאף בלא נו"נ ביד משלמים ובסי' תי"ח העתיק שיטת המרדכי קשה טובא ואפשר ליישב לפי מה שפירש"י בפ"ק דסנהדרין על הא דפריך התם אלא מעתה טעו לא ישלמו ופרש"י דהוי אנוסים בתקנות חז"ל ומשני דצריכים לשלם משום

נעילת דלת א"כ י"ל דאף דלא הוי אלא גרמא בעלמא מ"מ משלמים משום נעילת דלת ואף דהתוס' שם פירשו בע"א מ"מ י"ל דהאמת הוא כן דמשום נעילת דלת חייבים לשלם והא דלא פריך התם דליפטרו משום דאינו אלא גרמא בעלמא י"ל משום דהאי דינא ילפי התוס' ומרדכי משינויא דרב אשי וכמה אמוראי לא ס"ל התם כן לכך פריך הש"ס אליבא דכ"ע אך מ"מ עדיין קשה לי בעדים שאמרו שקר העדנו אמאי סתם הרב רמ"א לקמן בסי' כ"ט דחייבים לשלם מה שגרמו הפסד בעדותן דליהוי כשנים שליבו דפטורין אם אין בכל אחד כדי ללבות וה"נ אין בכל אחד כדי להזיק דע"א א"נ לענין ממון בשלמא הא דהתורה חייבה עדים זוממין לשלם לא קשיא דהתם רחמנא חייבם על מחשבתם אף שעדיין לא גרמו היזק שעדיין לא שילם הבע"ד על פיהם א"כ דמי לזורה ורוח מסייעתו דשבת דאמרינן מלאכת מחשבת אסרה תורה אבל לענין עדי' שהעידו שקר דהחיוב הוא משום ד"ג מה שהפסידו ע"פ עדותן קשה ובאמת י"ל דזה הוא שיטת ר"ח שהביא הטור בסי' ל"ח דס"ל דעדים פטורי' מלשלם כשהעידו שקר והש"ך שם האריך לתמוה עליו ולפמ"ש ניחא ואדרבה על הרב רמ"א קשה וצ"ע בכ"ז:

יד או שטימא או שהאכיל דבר המותר לכלבים. מדברי הרמב"ם והמחבר נראה דאף באו"ה יש חילוק באינו מומחה וקבלוהו פטור מלשלם בטועה בד"מ משום שאינו מתכוין להזיק כמבואר בס"א אבל בלא קבלוהו מתכוין להזיק הוא וצ"ל אע"ג הוראה בעינן דוקא מומחה דגמיר וסביר ובלא גמיר וסביר לא מקרי ראוי להוראה כמ"ש הבעל המאור והנ"י אפ"ה בקבלוהו ואסר את המותר לא נתכוין להזיק מיקרי משא"כ בלא קבלוהו וכן לענין טעה בשיקול הדעת ואסר את המותר דקי"ל דקם דינא כמו שהאריך הש"ך בזה נמי יש חילוק דאם אינו מומחה וקבלוהו מה שעשה עשוי וכפשטא דמתניתין דדן את הדין טימא את הטהור מה שעשה עשוי אף דהתם מיירי בהדיוט וקבלוהו וכן מבואר להדיא בתוס' פ' הגוזל עצים והרא"ש בפאד"מ דכתבו דהא דמוקי הש"ס בב"ק ובבכורות דטימא את הטהור באגע ביה שרץ אגב אחרינא נקט להו דהא כיון דקם דינא אף לרבנן דלא דייני דיני דגרמי חייב לשלם אלמא דאף הדיוט וקבלוהו קם דינא לענין או"ה וצ"ל דאף דאינו גמיר וסביר ולא מיקרי ראוי להוראה והוא בכלל רבי' חללי' הפילה מ"מ י"ל דלא קפדינן שיהיה גמיר וסביר לענין הורא' אלא כדי שלא יתיר את האסור דבזה לא מהני קבלה אבל מ"מ כשקבלוהו ואסר את המותר קם דינא כיון דמהני קבלה לענין דיני ממונות ה"ה דמהני קבלת השואל לאסור עליו דבר שלו וקם דינא אבל באינו מומחה ולא קבלוהו ואסר את המותר כיון שלא הגיע להוראה ומורה בכלל בעלי זרוע יחשב ואינו בכלל הדייני' והדר דינא וכן משמע מדברי הש"ך בכללי

הדינים שלו בסק"ה ובאמת גדולה מזו נ"ל דבאו"ה אף במומחה ולא קבלוהו לא אמרינן מה שעשה עשוי דבשלמא בדיני ממונות כיון שהוא מומחה מחויב לדון בכפי' על ידי תביעת התובע ולכך כשדן בכפיה דיניה דינא משא"כ לענין או"ה כיון שאינו מחויב להורות כשאינו נשאל על ההוראה לא קם דינא דהא בלא"ה כתבו הרמב"ן והראב"ד הטעם דבאו"ה קם דינא הוא משום דשויא אנפשי' חתיכה דאיסורא ומה"ט או"ה חמיר טפי מד"מ דבעינן דוקא שהוציא התובע המעו' ע"פ פסק הדיין כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ט אות ב' וזה שייך דוקא כשקבלוהו עליו לסמוך על דברי המומחה ולכך כשאסר המומחה אף שטעה בש"ה מ"מ שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דהרי השואל קיבל עליו דעתו של המומחה והמומחה אסרו משא"כ כשלא שאלו והחכם אסרו מעצמו לא שייך לומר דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דהא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו והבעלים לא קבלו עליהם דעתו של המומחה כלל וזה נכון בסברא אלא שלא מצאתי לזה גילוי בפוסקים אבל באינו מומחה שלא הגיע להוראה ולא קבלוהו עליו הדין ברור דהדר דינא שאינו בכלל הדייני' כלל. ובזה נתיישב לי דברי רש"י ברפ"ק דסנהדרין דף ו' ע"א גבי הא דפריך התם ר' אבא לר' אבוהו דס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין ממתניתין דדן את הדין חייב את הזכאי וזיכה את החייב טימא את הטהור וטיהר את הטמא מה שעשה עשוי וישלם מביתו ושני ליה הב"ע דקבלוהו עלייהו ופריך אי הכי אמאי משלם מביתו ומשני דאמרי ליה דיינת לן דין תורה ופרש"י דן את הדין יחידי משמע ומשלם מביתו בפירקין דלקמן מוקי לה בנו"נ ביד מדקתני מה שעשה עשוי אלמא דיניה דינא דאי לאו דינא ליהדר עכ"ל ולכאורה הוא תמוה מאוד דלמה ליה לרש"י להביא אוקימתת הש"ס דמיירי בנו"נ ביד בקושית ר' אבא ומנ"ל דר' אבא סבר כהאי אוקימתא דהא ר"נ ור"י ור"ש לא ס"ל שם כהאי אוקימת' ולפמ"ש ניחא דקשי' לי' לרש"י למאי דס"ד דר"א דמתניתין מיירי בלא קבלוהו וטעמא דמה שעשה עשוי משום דשני' שדנו דיניהם דין א"כ תקשה בטימא את הטהור אמאי מה שעשה עשוי דהא באו"ה לכ"ע בעינן גמיר וסביר והכא כיון דלא קבלוהו אמאי מה שעשה עשוי לכך פרש"י דלקמן מוקמינן לה בנו"נ ביד דהיינו דאגע ביה שרץ ולכך לא מצי למיהדר וא"ש אך אכתי קשה דמנ"ל דמיירי בנו"נ ביד דילמא מיירי שהבעה"ב לא נזהר אח"כ בשמירת הפירות ונטמאו כמ"ש הסמ"ע בסק"ג ויותר נראה דכוונת רש"י כיון דמשמע בש"ס דהא דס"ד דר"א דמתניתין מיירי בלא קבלוהו הוא משום דס"ל דקבלוהו א"צ לשלם מביתו דמשמע דפירכת א"ה אמאי ישלם מביתו ר' אבא גופא הוא דאקשי ליה הכי לפי מאי דשני ליה דבקבלוהו מיירי אלמא דס"ד דכי קבלוהו פטור מלשלם כיון שקיבל דעתו א"כ קשה בטימא את הטהור כיון דמיירי

באינו מומחה ולא קבלוהו כיון דמה שעשה אינו עשוי וכן בטיהר את הטמא ועירבן בעה"ב אח"כ עם פירותיו אמאי חייב לשלם מה לי דקיבל דעתו מתחילה או שקיבל דעתו לבסוף מ"מ ליפטר לר' אבא כיון שלא הזיקו בדיבורו כלל דמה שעשה אינו עשוי ואח"כ שהבעה"ב קיבל דעתו בעצמו ליפטר הדיין מלשלם לכך הוצרך רש"י לאוקמא בנו"נ ביד וא"ש ודוק אמנם כ"ז הוא לשיטת הרמב"ם והמחבר אך ראיתי להנ"י בשם הרא"ה שיטה אחרת בזה שכתב וז"ל הילכך נקטינן משמעתין דטועה בדבר משנה לעולם חוזר בין במומחה בין נגמר הדין בין לא נגמר הדין וכיון דחוזר פטור מלשלם ואפילו לית ליה מידי לשלומי כיון דאי אית ליה הדר לאו מידי קעביד וזה שוה בין בדין בין בהוראה ומי שאינו מומחה שהורה וטעה בד"מ אי ליתא דתיהדר אפשר דמשלם מביתו דפושע הוא טועה בש"ה וכו' ולענין תשלומין קי"ל כל היכא דאיכא חזרה ליכא תשלומין אע"ג דלא אפשר בחזרה ויש מי שכתב מי שאינו מומחה שהורה וטעה בשיקול הדעת היכא דאיכא חזרה כגון דאיכא גדול ממנו והאכילה לכלבים חייב לשלם עכ"ל נראה מדבריו שהוא מחלק בין דין להוראה דבהוראה כשהוא אינו מומחה וקבלו ואסר את המותר מיחשב פושע אף דקבלו עליו מ"מ כיון דלענין להתיר את האיסור לא מהני הקבלה ואסור לו להורות כיון שלא הגיע להוראה ה"ה אף שאסר את המותר מיחשב פושע וכמ"ש הרא"ש בספ"ב דע"ז בשם הירושלמי דא"ל שמואל לנתן בר אבא לא ביש לי דאמרת על טהור טמא אלא שסופך לומר על טמא טהור ע"ש ולכך אף שקבלו עליו חייב לשלם בין בטועה בד"מ ובין בש"ה אבל במומחה ולא קבלו פטור בטועה בדבר משנה בין בדין בין בהוראה דכיון דהדר דינא לאו כלום עביד ולא פשע במידי כיון דמומחה הוא כמ"ש הרא"ה ברישא דמילתא ומיירי ע"כ בלא קבלוהו דאל"כ ת"ל דבלא"ה פטור מלשלם כיון שהוא מומחה וקבלוהו זה נראה בכוונת דבריו להמדקדק היטב וסברא נכונה היא אלא דהרי"ף והרמב"ם והמחבר לא מחלקי בהכי ועמ"ש סק"א וסק"ד:

טו דיין שטעה וחייב שבועה. היכא שיש פלוגתא אי חייב ש"ד בנק"ח או היסת כגון אי הוי הילך או כפירת קרקעות והדיין טעה בשיקול הדעת ופסק לו שישבע היסת הדין פשוט הוא דמה שעשה עשוי אך לענין אי ישלם מביתו צ"ע דלכאורה נראה דאינו משלם מביתו דזה גרע יותר מגרמא בניזקין דדילמא אף שבועה בנק"ח היה נשבע וא"כ לא גרם הדיין להתובע שום היזק ממון כלל אך מדברי רש"י והר"ן ר"פ שבועת הדיינים משמע להיפך שכתבו שם גבי ההוא דיינא דאשבע בלא נק"ח נעשה כטועה בדבר משנה וחוזר וכתבו שם רש"י והר"ן ואע"ג דלא תנו לה במשנה שמעתתא דרב הוא והרי הוא כדבר משנה כדאמרינן בסנהדרין טועה בדבר האמוראים חוזר ול"א מה שעשה עשוי וישלם

מביתו עכ"ל משמע להדיא דאי הוי כטועה בשיקול הדעת היה מה שעשה עשוי והיה צריך לשלם מביתו אף בכה"ג שפסק לו היסת במקום נק"ח ויש ליתן טעם לזה כיון דקי"ל בש"ד שא"ר לישבע נחתינן לניכסיה וכן כל היכא שהוא משואיל"מ כמבואר בסי' פ"ז הרי כל היכא דחייב שבועת התורה וא"ר לישבע חיוב תשלומין עליו וא"כ ה"נ כיון דמה שעשה עשוי ואינו נשבע בנק"ח ומדינא כ"ז שאינו נשבע בנק"ח חייב לשלם אלא שע"י פסק הדיינים נפטר דקם דינא א"כ נפסד התובע עכשיו ע"י פסק הדיינים ממון גמור וחייב הדיין לשלם מביתו אך לפמ"ש הרא"ש בתי' א' דהא דבעינן בש"ד נק"ח אינו אלא מדרבנן א"כ כשאינו נשבע בנק"ח לא נחתינן לניכסיה ולא הוי ממון גמור ופטור הדיין מלשלם ואפשר דרש"י והר"ן לאו דוקא נקטי וישלם מביתו אלא שיגרא דלישנא דהתם נקטי וע' בש"ך סי' פ"ז ס"ק ס"ה ומ"ש שם וצ"ע:

טז ואח"כ ידע שאינו בן שבועה. והיכא שנתפשר בקנין בכדי ליפטר מהשבועה ואח"כ הביא הנתבע ע"א המסייע לו נראה דל"א דהוי פשרה בטעות כיון שיש לו עד המסייע א"כ לא נתחייב לו שבועה כלל והוי פשרה בטעות דזה ליתא כיון דבשעת הפשרה לא היה לו העד תו לא מהימן ע"א לבטל הפשרה דהא כבר נחחייב לו ע"י הפשרה ממון גמור ואין ע"א קם לממון וראיה לדבר מהא דכתב הרא"ש ברפ"ק דמציעא והתה"ד סי' של"ג והש"ך בסי' ע"ב ס"ק ס"א דהיכא דהוי משואיל"מ אין עד המסייע פוטרו דכיון שנתחייב ממון אין ע"א קם לממון וה"נ כיון שכבר נתפשר בקנין לשלם ממון עבור השבועה ממון גמור הוא ואין ע"א קם לממון דאמרינן דמשקר הוא ואף אי אמרינן דלא כפוס' אלו היינו דוקא במשואיל"מ דמאי שצריך לשלם עכשיו הוא בעבור שא"י לישבע השבועה שנתחייב בה מדאורייתא וא"כ י"ל דהיכא דיש לו עד המסייע א"כ אינו מחויב עכשיו שבועה כלל אבל הכא שכבר נתפשר ומגיע לו עכשיו מן הנתבע ממון גמור האיך יכול ע"א לבוא עכשיו לבטל הפשרה שמקודם דהא עכשיו מגיע לו ממון גמור דהא אף אם היה רוצה שוב לישבע עכשיו לא היה מועיל כיון שכבר נתחייב ממון גמור א"כ שוב אינו נאמן ע"א להפסיד ממון ולומר שהיה פשרה בטעות ואמרינן דמשקר כנ"ל ברור ודוק:

יז דקנין בטעות הוא וחוזר. דלא קיבל עליו ליתן או למחול אלא כדי להפטר מאותה שבועה שחייבו זה הטוען כ"כ הרמב"ם והטור ויש לתמוה משיטת התוספות והרא"ש בפ' א"נ והביא הרב רמ"א דעתם לקמן בסי' ר"ז ס"י בהגה דכל היכא דידע דמחיל אף מחילה בטעות הוי מחילה ע"ש וא"כ ה"נ הרי ידע דמחיל ומצאתי בתשובת הרשב"ץ ח"ב ס"ב שהרגיש בזה וכתב וז"ל אף על גב דקי"ל מחילה בטעות הוי מחילה כדאיתא

בפא"נ לא בכל ענין נאמר כדאיתא בפחז"ה דהתם אמרינן דלא הוי מחילה וחלקו ביניהם המפרשים ז"ל כמ"ש בחי' הרמב"ן ז"ל ואף אלו נאמר שלא נאמר זה אלא כשהוא טועה מעצמו אבל הטעהו הדיין לא הוי מחילה עכ"ל ועיין בתשו' מהרי"ט ח"א סימן ק"ב ע"ש:

כו

א אפילו בדין שדנים כדיני ישראל. הרב רמ"א בתשו' סי' נ"ב כתב דכשישראל דן עם חבירו בדיני עכו"ם אסור לעדים להעיד אע"פ שהוא כדין משום דמסייע לעוברי עבירה ואע"ג דלית ביה משום לפני עור לא תתן מכשול מאחר דבלאו דידיה יכול לעשות האיסור וכמ"ש התו' והמרדכי והרא"ש בפ"ק דע"ז מ"מ איסורא דרבנן איכא כמ"ש שם הר"ן והתוס' והרא"ש ברפ"ק דשבת עכ"ל ולכאורה לא דמיא כלל להתם דבשלמא התם כשמושיט לחבירו דבר איסור אף דחבירו יכול ליטלו מעצמו מ"מ הרי הוא גורם לו לעשות האיסור בנתינתו לו ואדרבה הוא מחויב להפרישו מלעשות האיסור דאף קטן אוכל נבילות ב"ד מצווה להפרישו וכן בכל דוכתי דאסרינן משום מסייע ידי עוברי עבירה כגון לשאול נפה וכברה ולבור ולטחון עם מי שאוכל פירות שביעית כדאיתא בגטין דף ס"א התם נמי ע"י המעשה שלו מסייע לחבירו לעשות האיסור משא"כ הכא הא דאסור לדון לפני דייני עכו"ם הוא מפני שמייקר שם אלילים כשדן לפניהם וא"כ מה שהעדים מעידים לפניהם שהאמת כדברי התובע אינו גורם ומסייע כלל לעשיית עבירה דהא אף שלא יעידו כבר הוא מייקר שם האלילים במה שדן לפניהם ואין שום תועלת בעדותן ליפוי כח שלהם אך מ"מ מצאתי סיוע לדברי הרב רמ"א ממתניתין דע"ז דף נ"ה דאיתא התם דאין דורכין עם ישראל העושה בטומאה ומוכח התם לשיטת רש"י ותוס' שם דאף סוף דריכה אסור אף שכבר נטמאו הפירות מ"מ אסור לסייעו כדי שלא ירגיל בכך וכמ"ש הר"ן שם וא"כ ה"נ י"ל כיון שעושה איסור במה שהוא דן לפני אלילים אסור לסייעו בכדי שלא ירגיל בכך אך מ"מ לא נהירא לי וכי משום שלא ירגיל בכך ימנעו מלהעיד לו שהוא מצות עשה וג"כ עובר על לא תעמוד על דם ריעך כמ"ש בס"ק כ"ח באריכות והוי כהשבת אבידה דחייב להחזיר אף למומר אוכל נבילות לתיאבון כדאיתא בסי' רס"ו ס"ב וה"ה לענין עדות פשיטא דחייב להעיד אף לרשע גמור וכי משום שלא יחזיק עובר עבירה שהוא חומרא דרבנן בעלמא והקילו בו בכמה דוכתי משום דרכי שלום כדאיתא בגיטין דף ס"א יעברו העדים בעשה ולאו דלא תעמוד על דם ריעך ועוד דכיון שהם יודעים האמת שהנתבע חייב ממון להתובע והוא כופר לו אם לא יעידו הרי הם מסייעים ומחזיקים ידי הנתבע שגוזל ממון חבירו ואין לך מסייע ידי עוברי עבירה

גדול מזה דהא אח"כ אין ב"ד נזקקין לדברי התובע כלל לפי הכרעת הרב רמ"א בהגה וגם איכא חששא דאם העדים יצטרכו לכפור עדותם לפני הערכאות אולי שוב יהיו מתייראים להעיד לפני דייני ישראל שוב ראיתי שהרב רמ"א בי"ד סי' קנ"א ס"א בהגה הביא דיעה החולקת על דברי התוס' והרא"ש דרפ"ק דשבת וס"ל לענין איסור מכירת לבונה להכומרים דהיכא שיכולים לקנות במקום אחר מותר למכור להם וכתב שפשט המנהג כסברא זו וא"כ ה"נ לענין עדות יכולים להעיד היכא שהוא כדין אך הש"ך שם בסק"ו השיג עליו דכ"ע מודי להתוס' והרא"ש דגבי ישראל בכה"ג אסור מדרבנן אך מ"מ הכא לענין עדות נלפענ"ד עיקר שמחויבים להעיד אם הוא כדין מה"ט דכתיבנא ודלא כהרב בתשו':

ב ואם מסר השטר לעכו"ם שיתבענו בדיניהם חייב לשלם לו וכו' דברי המחבר צל"ע דז"ל הטור בשם תשו' הרא"ש ואפי' אם יש על המלוה שט"ח לעכו"ם א"י למסור לו זה השטר שכתוב בו שיכול לתובעו בדיני האומות כדי שלא יתבענו העכו"ם בד"א ואם עבר ומסרו לגוי צריך לקבל עליו כל אונסא דמתייליד ליה ואם יעבור עליו העכו"ם הדרך ויוציא ממנו יותר ממה שהישראל יכול להוציא ממנו בד"י באותו שטר או אם בא לו היזק מפני שתבעו העכו"ם בדיניהן והוצרך ליקח מליץ שיטעון בעדו וכל כיוצא בזה צריך לסלק הכל מעליו עכ"ל והנה מלשון הטור נראה דאין המלוה המוסר השטר לעכו"ם צריך לשלם לו כל הפסידו אם לא שקיבל עליו כל אונסא דמתייליד ליה וכדאמרינן בפ' הגוזל בתרא ובב"מ פ' המקבל דבר ישראל דזבין ארעא לעכו"ם אמיצרא דישראל דשמותי משמתינן ליה עד דקביל עליה כל אונסא דמתייליד ליה ופירשו בשם הראב"ד דש"מ דכל היכא דלא קיבל עליו והעכו"ם הזיקו פטור הישראל מלשלם דגרמא בניזקין הוא וכ"כ הרב רמ"א בסי' קע"ה ס"מ בהגה וכן הסכים המחבר בב"י שם שכן הוא שיטת רוב הפוס' וא"כ ה"נ המוסר שטר לגוי וכתוב בו שיוכל לתובעו בדיני עכו"ם משמתינן ליה עד שיקבל עליו כל אונס' דמתייליד בי' וכ"כ הב"י בסי' ס"ו בשם תשובת הריטב"א דבמוכר שט"ח לעכו"ם משמתינן ליה עד שיקבל עליו כל אונסא דמתייליד ביה ע"ש ומשמע דוקא כשמקבל עליו כן אבל כשלא קיבל עליו כן פטור דגרמא בניזקין הוא וכמ"ש הרב רמ"א בסימן נ"ה ס"א בהגה ולקמן סימן שפ"ו ס"ג בהגה דשליש שהחזיר שטר פרוע שלא היה לו להחזיר פטור דגרמא בניזקין הוא ואף בהחזיר שטר פרוע לעכו"ם על ישראל פטור דגרמא בניזקין הוא כמ"ש הב"י והש"ך שם בשם תשו' הרשב"א וכ"פ בתשובת מ"ב סימן פ"ה דלא הוי אלא גרמא בניזקין כיון דאין ההיזק נעשה מיד בהחזרת השטר דאכתי מחוסר גובייגא הוא וא"כ ביותר יש לתמוה על הרב כאן שסתם כדברי המחבר והשמיט

דברי תשובת הרא"ש דבעינן שיקבל עליו תחילה כל אונסא אבל היכא דלא קיבל עליו מתחילה פטור דגרמא בעלמא הוא והנה אף שבאמת אין כוונת תשו' הרא"ש כן דהא הרא"ש בפסקיו פ' המקבל כתב על הא דאמרינן התם שמותי משמתינן ליה עד דמקבל עליו כל אונסא דאתי מחמתיה והא דאין ממתינין עד שיבוא ההיזק וינדוהו אז עד שיפרע לו משום שהחמירו חכמים לקונסו שיכתוב לו שטר שיעבוד על נכסיו ויחול השיעבוד מעכשיו עכ"ל הרי להדיא דהרא"ש סובר דאף שלא קיבל עליו ובא ההיזק חייב לשלם לו ומשמתינן ליה שיקבל עליו השיעבוד עכשיו וכ"כ הב"י בסי' קע"ה ומש"ה נמי כתב הרא"ש הכא ג"כ במוסר שטר לגוי שצריך שיקבל עליו כל אונסא כדי שיחול השיעבוד מעכשיו וכלישנא דש"ס מ"מ הרי כל הפוס' חלוקים עליו ופירשו כפשוטו דבלא קיבל עליו פטור ומיירי דהוי גרמא בניזקין וכמ"ש הב"י והרב בסי' קע"ה ס"מ וא"כ ה"ה הכא במוסר שטר לעכו"ם בעינן קיבל עליו דוקא דאי לאו הכי הוי גרמא בניזקין כמו שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר וכמוסר שטר פרוע לעכו"ם על אחד דפטור בסי' שפ"ו ס"ג בהגה אמנם מ"מ נראה דבגוונא דמיירי בתשובת הרא"ש שהישראל מסר השט"ח לגוי בעבור פרעון חובו שנתחייב לעכו"ם ובדיני הישראל לא היה הישראל מוציא כ"כ בשטר זה כמו שיוציא ממנו העכו"ם ויקבלו בפרעון החוב בכה"ג ישראל המלוה מחויב לשלם לישראל הלוה כל מה שגורם לו להפסידו אף שלא קיבל עליו מתחילה כל אונסא דאף דלא הוי אלא גרמא בניזקין מ"מ כיון שהישראל נהנה בשט"ח זה במה שהעכו"ם מזיקו ואוכל את כספו מחויב לשלם לו וראיה ברורה לזה מהא דכתבו התוס' בפ' כיצד הרגל והרא"ש שם בשם ר"י גבי הדר בחצר חבירו שלא מדעתו חייב להעלות לו שכר וקאמר התם דבחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור דזה לא נהנה וזה לא חסר ופר"י דה"ה בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דפטור כיון שלא נהנה אע"פ שנר' הפסד לחבירו דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת לפניו אין זה אלא גרמא בעלמא דהמבטל כיסו של חבירו פטור והרא"ש שם השיג ע"ז דל"ד לגירש את חבירו מביתו דפטור שלא בא לידו כלום מחסרון של חבירו אבל זה אף ע"פ שלא נהנה מ"מ השתא מיהא קאכיל מה שחבירו נפסד והכי קי"ל כמבואר בסי' שס"ג ס"י הרי דאף הנועל ביתו של חבירו ולא בא לידו כלום פטור דאינו אלא גרמא מ"מ כשאכל מה שחבירו נפסד חייב לשלם ואף לשיטת ר"י אינו פטור אלא בגברא דלא עביד למיגר שלא נהנה כלום אבל בגברא דעביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא חייב לשלם אף שדר בו שלא מדעתו כיון שנהנה מחסרונו של זה וא"כ ה"נ כשפורע חובו לעכו"ם בשט"ח שיש לו על ישראל ובדיני ישראל לא היה יכול לגבות בו כ"כ כשהעכו"ם גבה בו מחויב

לשלם לישראל הפסדו כיון שנהנה ואכל מה שחבירו נפסד על ידו ולפ"ז יש ליישב דברי המחבר די"ל דהמחבר מיירי נמי בכה"ג שהישראל מוסרו לעכו"ם בפרעון חובו ובכה"ג אף שלא קיבל עליו כל אונסא חייב לשלם לו כל ההפסד כיון שנהנה בו והא דכתב הטור בשם הרא"ש וצריך לקבל עליו כל אונסא לישנא דש"ס דפ' הגוזל בתרא בזבין ארעא לעכו"ם אמיצרא דישראל נקט והרא"ש לטעמיה אזיל דפירש דכפינן ליה לקבל עליו כל אונסא כדי שיחול עליו השיעבוד מעכשיו או דנקט הרא"ש הכי משום הבבא דהוצרך ליקח מליץ שיטעון בעדו בדיניהם שבזה בודאי לא באה שום הנאה לבעהש"ט בזה ולכך בכה"ג בודאי הוי גרמא בניזקין ופטור אם לא שמקבל עליו כל אונסא ובהכי מיירי נמי הריטב"א שהביא הב"י בסי' ס"ו אבל היכא שבא הנאה לידו בעבור זה הדין ברור שחייב לשלם מה שנפסד הישראל בדיני עכו"ם כמו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דחייב לשלם אף דהוי גרמא כיון שאכל מה שחבירו נפסד אף שלא נהנה וכ"ש הכא שנהנה זה נ"ל נכון מאוד בדעת המחבר ולדינא אך לפ"ז אינו מתיישב מה שכתב ע"ז הרב רמ"א בהגה, וכ"ז שיכול לכופו בדין ישראל אבל אם הלוה אלם מותר למוסרו לגוי והוא מתשובת הריטב"א שהביא הב"י בסי' ס"ו ובאמת אין ענינו לדברי המחבר לפי מה דפרשתי בכוונתו דהריטב"א מיירי התם במוכר שט"ח לעכו"ם ואח"כ בא איזה אונס לישראל ממילא עבור זה לזה כתב שפיר דלכתחילה אסור למוכרו לגוי דדילמא יבוא לו איזה אונס עבור זה כמו דאסור למזבין ארעא לגוי אמצרא דישראל אבל כשהלוה אלם וא"י לגבות ממנו מותר למוכרו לגוי משא"כ הכא דהמחבר מיירי שמוסר השטר לעכו"ם בעבור חובו ומחשב עמו הזכות שבדיני עכו"ם ופוטרו מחובו עבור זה בכה"ג פשיטא אף שהוא אלם מ"מ אסור לגוזלו וליטול ממון יותר בעבור הזכות שיש לו בדיני עכו"ם ואפשר לומר דבאלם שא"ר לציית ד"י כיון דמותר למסור השט"ח לעכו"ם אף שיבוא לו הפסד גדול דשדינן עליו גודא רבא מותר אף ליקח ממון מן העכו"ם בעבור הזכות שיש לו בדיני עכו"ם יותר דהא בלא"ה הנכרי יגבה בהשט"ח לפי הזכות שיש לו בדיני עכו"ם וה"ל זה נהנה וזה לא חסר וכמ"ש הרב בסי' שס"ג ס"י בהגה בישראל שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילו לישראל אחר דא"צ להעלות שכר לבעלים דהא לא קיימא לאגרא דאי לא הוי דר בו ישראל השני הוי דר בו העכו"ם וה"ל זה נהנה וזה לא חסר וה"נ כיון דבלא"ה יגבה בו העכו"ם ככל זכות שיש לו בדיניהם לכך מותר לחשוב כל זכות שיש לו בו וימכרנו לו בעבור חובו וא"ש אך מ"מ צ"ע מסתימות דברי המחבר והרב בזה ואולי המחבר והרב הבינו הדברים כפשטן והרב אזיל לטעמיה דפסק בס"ס שפ"ח סט"ו בהגה דאם מסר שטר פרוע לעכו"ם וידע שיתנו לשר ויכוף הישראל

לפרוע שנית דחייב לשלם והוא מדברי הרשב"ץ אך כבר השיג עליו הש"ך שם וכתב שהרשב"א ורבים מהאחרונים בתשובותיהם חולקים ע"ז וס"ל דהוי גרמא בניזקין וכן הסכים הוא ז"ל וא"כ ה"ה הכא אך מ"מ במסר להעכו"ם השט"ח בפרעון חובו וחישב עמו כל זכות שיש לו בדיניהם בזה נראה נכון לדינא דחייב הישראל לשלם לו כל מה שהפסיד הישראל השני בדיני עכו"ם אך מ"מ כ"ז שיכול לכופו בד"י אבל באונס שא"י לגבות ממנו בד"י כלל בזה נראה דבכהאי גוונא יכול למוסרו לגוי ולחשוב עמו כל זכות שיש לו בדיניהם כיון דבלא"ה יגבה העכו"ם ממנו כפי הזכות שבדיניהם א"כ ה"ל זה נהנה וזה לא חסר כנ"ל נכון בדינים אלו:

כז

א המקלל אחד מישראל. בסנהדרין דף פ"ה ובמס' מכות דף ח' ע"ב אמרינן ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך אבל כשאינו עושה מעשה עמך מותר לקללו ומוכח התם דבכל ישראל הדין כן וכן הוא במס' ב"מ פ' הזהב דף מ"ח ע"ב ומשמע התם בתוס' ד"ה בעושה מעשה עמך דכל היכא שאדם עשה שלא כדין אף דלא מיקרי אינו עושה מעשה עמך שיהיה מותר לקללו בחנם מ"מ על דבר זה שעשה שלא כהוגן מותר לקללו ותמיהני מהשמטת הט"ו דין זה שוב מצאתי בהג"מ בפ' כ"ו מה' סנהדרין שכתב שכל דינים אילו הם דוקא בכשרים שנאמר ונשיא בעמך לא תאור בעושה מעשה עמך עכ"ל והוא נלמד מש"ס הנ"ל וכן הוא בשאלתות פ' וישב וע"ש:
ב אל יהיה פלוני ברוך וכו'. עמ"ש בזה הרב מוהרש"ק בהגהות הט"ז והלח"מ פ"ג מה' זכייה ד"ז וע"ש:

כח

א כל מי שיודע עדות. הסמ"ע כתב בשם מהרי"ו דאם שום עד יאמר שאין רשאי להעיד מחמת שקיבל עליו בסוד שלא לגלות הדבר אזי אותו בע"ד שאמר לו בסוד שלא לגלות הדבר הוא עצמו יתיר לו לגלות הדבר עכ"ל והט"ז תמה ע"ז דא"צ התרה כלל כמ"ש רמ"א בי"ד סי' רכ"ח ס"ב בהגה אם קהל נותנין חרם וה"ה כאן שיש עליו עונש אם לא יגיד ובאמת ביותר ה"ל להקשות ממשנה ערוכה ס"פ שבועות שתים בתרא דאיתא התם להדיא דאם אמר לעדים בואו והעידוני שבועה שלא נעידך הוי שבועת שוא וא"כ פשיטא דא"צ התרה איברא דמעיקרא לק"מ דהא הטעם דא"צ התרה דהוי נשבע לבטל את המצוה וא"כ כיון דהרמב"ם והט"ו ס"ל דאינו חייב להעיד אלא כשיתבענו הבע"ד

אבל בלא תביעת הבע"ד אינו חייב להעיד א"כ כשנשבע שלא לגלות הדבר חל השבועה כשלא יתבע אותו הבע"ד דליכא מצוה א"כ חל נמי השבועה בכולל אף שיתבענו הבע"ד להעיד דהוי כמו נשבע שלא יאכל מצה דמבואר בירושלמי וביו"ד סי' רל"ז ס"ה דאסור אף בליל פסח דחל השבועה בכולל של כל ימות השנה וא"כ ה"נ חל בכולל כיון דבלא תביעת הבע"ד ליכא מצוה חל נמי בתביעת הבע"ד ולכך צריך הבע"ד שיתיר לו משא"כ במתניתין דמיירי שאמר לעדי' בואו והעידוני והם אומרים שבועה שלא נעידך א"כ ליכא כולל כלל והוי נשבע לבטל את המצוה והוי שבועת שוא ולפ"ז ניח' נמי ביו"ד סי' רכ"ח דמיירי אם נותנין חרם בעדות והוא מתקנת הקהל בכדי לברר האמת כמ"ש הב"י בשם תשובת הרשב"א והיינו משום דבדינא דש"ס אינו עובר אלא ביחוד עדים ומפי התובע ולא מפי שלוחו וכמ"ש הג"א ר"פ שבועות העדות וא"כ כיון דתקנת הקהל הוא בכדי לברר האמת ואף בלי תביעת הבע"ד חייב להעיד א"כ כשנשבע שלא לגלות הדבר הוי כנשבע שלא ליכנס לתקנת הקהל דהוי שבועת שוא וא"צ התרה כמ"ש הט"ז שם משא"כ לדינא דש"ס ובמקום שאין נותנין חרם בעדות יפה כתב מוהרי"ו דצריך התר' וא"ש ונכון אך לפ"ז יש להקשו' על לשון הרמב"ם בפ"ה מה' שבועות דין ט"ו שכתב שם וכן הנשבע לחבירו שלא אעיד לך עדות זו שאני יודעה או שלא אעיד לך אם אדע לך עדות ה"ז לוקה משום שבועת שוא מפני שהוא מצוה להעיד לו עכ"ל ואמאי לא חל השבועה בכולל דהא בלא תביעת הבע"ד אינו מצוה להעיד א"כ חל נמי בכולל אף שיתבענו להעיד וזהו היפך מדברי מוהרי"ו הנ"ל וצ"ע אך לפי מה שאוכיח בס"ק שאח"ז דאף בלי תביעת הבע"ד חייב להעיד דברי הרמב"ם נכונים:

ב חייב להעיד אם יתבענו שיעיד לו. וכ"כ הטור ואינו חייב להעיד עד שיתבענו שיעיד לו והוא מדברי הרמב"ם רפ"א מה"ע וכתב בב"י ובכ"מ שלמדו כן מהא דאמרינן בפ' שבועת העדות דכל שלא שמעו מפיו שאמר להם בואו והעידוני אינו חייב קרבן שבועה וכיון שאינו חייב קרבן שבועה אינו בכלל נשיאות עון וכ"כ הסמ"ע ולפענ"ד יש לתמוה טובא בדין זה מהא דאיתא בספרי והביאו הרמב"ם במנין המצות שלו מצוה רצ"ז והרא"ה בס' החינוך מצוה רל"ז והגמי"י בפ"א מה' רוצח על הפסוק דלא תעמוד על דם ריעך מנין שאם אתה יודע לו עדות שאין אתה רשאי לשתוק עליו ת"ל לא תעמוד על דם ריעך ומנין שאם ראית אותו טובע בנהר או חיו' וליסטים באין עליו שאתה חייב להצילו ת"ל לא תעמוד על דם ריעך וכתבו הרמב"ם והרא"ה שם דאף שיודע עדות בענין ממון תכללהו אזהרה זאת שהוא רואה ממון חבירו אבד והוא יכול להחזירו אליו עובר בזה הלאו וא"כ כיון דילפינן חיוב עדות מקרא דלא תעמוד על דם ריעך משמע אף בלא תביעת

הבע"ד כיון שהוא יודע עדות לחבירו וחבירו לא סליק אדעתיה שהוא יודע לו עדות חייב להצילו בכדי שלא יבוא הפסד לחבירו וכעין זה כתב רש"י בסנה' דף ע"ג ע"א דמקרא זה משמע דאף למטרח למיגר אגורי נמי חייב דלא תעמוד על דם ריעך לא תעמוד על עצמך משמע אלא חזור על כל הצדדין שלא יאבד דם ריעך ע"ש א"כ ה"ה בלי תביעת הבע"ד שייך נמי לא תעמוד על דם ריעך דבכל צדדין מחויב לראות שלא יאבד ממון חבירו וכמו בד"כ דפסק הרמב"ם בריש ה"ע דחייב להעיד אף בלי תביעה דובערת הרע מקרבך בכל גווני משמע ואף לפמ"ש התוס' בר"פ הכונס הא דיליף התם בש"ס חיוב עדות מקרא דאם לא יגיד ונשא עונו אף דקרא מיירי דוקא בהשביעו כדכתיב ושמעה קול אלה מ"מ משמע דקרא הכי קאמר דכשעובר בדבר שאם לא יגיד היה נושא עון אז יביא קרבן שבועה אבל בלא שבועה נמי איכא נשיאת עון ודייק לה מדלא כתיב ישא עון כמ"ש הסמ"ע וא"כ לכאורה י"ל כיון דילפינן בש"ס דבעי תביעת הבע"ד מדכתיב אם לא יגיד אם לו לא יגיד א"כ משמע דבלא תביעת הבע"ד אינו חייב להעיד כלל דהא קרא איירי בלא שבועה מ"מ אכתי קשה דילמא הקרא מיעט דבלא תביעה פטור מהעשה דאם לא יגיד אבל מ"מ עובר על הלאו דלא תעמוד על דם ריעך וכמו דמצינו לענין השבת אבדה דמשעת ראיה עובר על הלאו דלא תוכל להתעלם ועל העשה דהשב תשיבם אינו עובר עד שיבוא לידו דוקא כמ"ש הסמ"ע ר"ס רנ"ט וא"כ ה"נ דילמא על העשה אינו עובר אלא כשיתבענו דוקא ועל הלאו דלא תעמוד על דם ריעך עובר אף בלא תביעה דלא תעמוד בכל גווני משמע וכ"ש דקש' יותר לפמ"ש הרשב"א בחידושיו ר"פ הכונס דהא דילפי' מאם לא יגיד דחייב להעיד אף בלא שבועה היינו מדחייבה התורה קרבן על שמיעת קול אלה בלבד אטו מי שאומר לחבירו משביע אני עליך שתאמר כן ולא הגיד מי מחייב וקרובין שאינן מעידי' לו אינן חייבים מפני שאין בעדותן כלום ואינן חייבים להעידו ואף הכשרים בכיוצא בהן אם לא היו חייבין להעידו כל שלא ענו אמן והיינו דהרשב"א אזיל לטעמי' שכתב בחי' פרק שבועת העדו' דף ל"ה בשם הירושלמי דאף קרוב מפי עצמו חייב קרבן שבועת העדות ע"ש וא"כ כיון דמקרא דלא תעמוד משמע דבכל גווני חייב להעיד א"כ דילמא כי קפיד קרא על תביעת הבע"ד הוא דוקא לענין קרבן שבועה אבל להעיד חייב בכל גווני והנראה בזה דהרמב"ם והטור ס"ל הא דקתני בספרי מנין שאם אתה יודע לו עדות וכו' קאי דוקא לענין דיני נפשות דפשטא דקרא בהכי איירי דאם הב"ד רוצי' לחייבו מיתה והוא יודע לו עדות להצילו מחויב להעיד לו והא דכתבו הרמב"ם והרא"ה דאף לענין ממון שייך נמי לא תעמוד על דם ריעך הוא אסמכתא בעלמא וכן משמע בר"פ הכונס דפריך דאורייתא הוא אם לא יגיד וכן במתני'

דפאד"מ מייתי קרא דאם לא יגיד ולא הוזכר הלימוד דלא תעמוד על דם ריעך לענין חיוב עדות וכן בסנהדרין דף ע"ג הובא בש"ס ברייתא זו דמנין לאדם שטובע בנהר והשמיטו תחלת הברייתא מנין שאם אתה יודע לו עדות משמע דברייתא זו מיירי לענין ד"נ והוא נלמד ממילא מההיא דאדם שטובע בנהר כן נראה לדעתם ז"ל אמנם לפענ"ד יש להוכיח מהש"ס דילן דחיוב עדות הוא בלאו דלא תעמוד על דם ריעך דהנה בר"פ שבועת העדות איתא במשנה דשבועת העדות נוהגת באנשי' ולא בנשים ואמרינן עלה בש"ס מנא הני מילי ושקיל וטרי עלה ולפי שיטת הרשב"א דס"ל דכל היכא שאינו מחויב להעיד הוי כקרובין ופסולין ואינו חייב קרבן שבועה א"כ מאי קושיא נהי נמי דנשי' כשרים להעיד מ"מ יש לפוטרם משבועת העדות דהא הא דילפינן חיוב עדות מקרא דאם לא יגיד אינו אלא מ"ע לבד כמ"ש הרמב"ם רפ"א מה"ע וכן במניך המצות שלו מצוה קע"ח מנה אותו במנין רמ"ח מ"ע וכן הסמ"ג בעשין ק"ח והרא"ה בס' החינוך מצוה קכ"ב והרי המחבר בסעיף כ"ד פסק דאין מקבלין עדות בלילה ואם קבלוהו אין דנין ע"פ אותה קבלה וכן פסקו רוב הפוסקים והרשב"א מכללם והטעם דקבלת עדות כתחלת דין ואין דנין בלילה דילפינן מקרא דוהיה ביום הנחילו את בניו וא"כ פשיטא דנשים פטורו' מלהעיד דהוי מ"ע שהזמ"ג דנשים פטורות כדאיתא בפ"ק דקדושין דנשים פטורות מציצית ותפילין וכן ממילה למול את בנה כתבו התוס' שם דפטורות דהוי מ"ע שהז"ג כיון שאינו נוהג בלילה וא"כ ה"נ כיון דעדות אינו נוהג בלילה כיון שאין תועלת בעדותן ויכולין לחזור בהן ופטורו' מלהעיד א"כ הוי מ"ע שהז"ג דנשי' פטורות וא"כ כיון דפטורות מלהעיד אינן חייבים בקרבן שבועה ואף לשיטת התוס' דר"פ הכונס דלא ס"ל כסברת הרשב"א מ"מ יש להקשות מהא דאמרי' התם ועמדו שני האנשים בעדים הכתוב מדבר דאי בבע"ד וכי אנשים באין לדין ונשים אין באין לדין ואם נפשך לומר נאמר כאן שני ונאמר להלן שני מה להלן בעדים אף כאן בעדי' ופריך מאי אם נפשך לומר ומשני וכ"ת אשה לאו אורח ארעא כל כבודה בת מלך פנימה נאמר כאן שני וכו' והקשו התוס' השתא נמי דמיירי בעדים מנ"ל למעוטי נשים דילמא הא דנקט אנשים משום דכל כבודה וכו' ותי' דגבי עדים ע"כ צריכה לבוא משום דאין עד מפי עד כשר אבל לדין יכולה למסור טענותיה ביד אחר ואי אמרת דחיוב עדות ילפינן מקרא דאם לא יגיד א"כ לא הוי רק מ"ע ומ"ע שהז"ג נשים פטורות וא"כ פטורות להעיד ושייך שפיר כל כבודה בת מלך פנימה א"ו דחיוב עדות הוא בלאו דלא תעמוד על דם ריעך וא"כ אף נשים חייבות להעיד אם היו כשרות וזו ראיה נכונה לפענ"ד ובזה יש לתרץ דברי הרמב"ם בפ"ט מה"ע דין ד' שכתב נשים פסולות להעיד מן התורה דכתיב ע"פ שנים עדים לשון זכר ולא לשון נקבה והכ"מ

שם תמה מאוד למה הניח ראיות הש"ס מועמדו שני האנשים דמיירי בעדים וביותר תימה דבדין ז' כתב דקטנים פסולים לעדות מן התורה מדכתיב ועמדו שני האנשים ולא קטנים ולפמ"ש י"ל דמועמדו שני האנשים ליכא למילף דאיכא למימר אורחא דמילתא נקט קרא דכל כבודה בת מלך פנימה דנשים פטורות מלהעיד אבל מהפסוק ע"פ שנים עדים שהוא עיקר קרא דדיני עדות ונקט לשון זכר משמע דדוקא הוא דנשים פסולות להעיד ועוד דהא התם מיירי בד"כ דכתיב ע"פ שנים עדים יומת המת ובד"כ מחויבים אף הנשים להעיד דחייבים להנקם מחבירו כמ"ש הכ"מ ריש ה"ע ונכלל הוא בהלאו דלא תעמוד על דם ריעך וא"ש. אך מ"מ אין בזה כדאי לדחות לימוד ערוך המפורש בש"ס די"ל דאף חיוב עדות לענין ממון ילפינן מהקרא דלא תעמוד וכפשטא דלישנא דהספרי. שוב מצאתי בשאלתות דר"א גאון בפ' ויקרא שכתב שאילתא דאלו מאן דידע בסהדותא דחברי' מחייב למיזל ואסהודי ליה ואי לא מסהיד קאי באיסורא שנאמר ונפש כי תחטא והדר ושמעה קול אלה אלמא כי לא שמע שבועה נמי קאים בחטא ותניא מנין שאם אתה יודע לו עדו' שאין אתה רשאי לשתוק עליו ת"ל ולא תעמוד על דם ריעך עכ"ל הרי דלימוד ערוך הוא בפיו של הגאון דילפינן חיוב עדות אף לענין ממון מקרא דלא תעמוד וכן תרגם יב"ע בקרא דלא תעמוד לא תמנע זכו דחברך למסהדא עלוי בדינא א"כ אין חילוק בין תבעו הבע"ד או לא וכן כיון דלפי שיטת הגאון ילפינן חיוב עדות מדכתיב ונפש כי תחטא והדר ושמעה קול אלה א"כ מסברא י"ל דחיוב עדות בלא קרבן שבועה אף בלי תביעת הבע"ד הוא דאם לא יגיד דמיני' ילפינן תביעת הבע"ד אושמעה קול אלה קאי וכמשמעות לשון סתימת הגאון ז"ל וכן משמע מסתימת לשון הסמ"ג בעשין ק"ח. עוד יש לי לתמוה לפי שיטת הרמב"ם והט"ו דכי לא מחייב קרבן שבועה אינו בכלל נשיאות עון א"כ בשולח ביד עבדו דמבואר בפ' שבועת העדות דפטור מקרבן שבועה מדכתיב אם לא יגיד ודרשינן אם לו לא יגיד וא"כ אינו בכלל נשיאו' עון כלל ופטור מלהגיד דהוי כמו בלא תביעת הבע"ד דג"כ מהאי קרא ממעטינן ליה כדאיתא בש"ס וא"כ הא דמבואר במשנה בבכורו' ולקמן סי' ל"ד סי"ח בהג"ה דהנוטל שכר להעיד עדותו בטילה והטעם דקנסוהו חז"ל משום דמחויב להעיד בחנם דילפינן מקרא דכאשר צוני ה' דמה אני בחנם אף אתה בחנם ומה"ט פסקו הרשב"א והרב בהגה שם דלילך לראות העדות מותר ליטול שכר משום דאינו מחויב לראות העדות וא"כ לפ"ז בשלח שלוחו שיעיד לו ולא רצה לילך עד שנתן לו שכר העדות כשר ומותר לו ליטול לכתחילה כיון שאינו מחויב להעיד בכה"ג וזהו דבר פלא ולא אשתמיט בש"ס ופוסקי' קדמאי ובתראי להשמיענו דבר זה א"ו דבכל גווני מחויב להעיד עוד קשיא לי על הא דמשמע

בטור ומחבר דבלא תביעת הבע"ד אינו חייב להעיד אף מדרבנן והרי בתשובת הרא"ש כלל צ"ט סי' ו' שאלו בנו רבינו יחיאל במי שהרחיק בנינו ע"פ פסק הדיינים והדיינים טעו בדין והבעלי דיני' לא שאלוני על ככה אם אני מחויב לומר לשמעון שלא היה צריך להרחיק והשיב הרא"ש דמצוה לומר לשמעון דאינו מחויב להרחיק דהשבת אבידה הוא דטעו בדבר משנה וחוזר עכ"ל והובא תשובה זו בטור סי' קנ"ד הרי אף דלא שאלו הבעלי דיני' לרבינו יחיאל הורה הרא"ש דמצוה לומר להם משום השבת אביד' ואמאי גרע חיוב עדות להעיד בלי תביעת הבע"ד דהוי נמי השבת אבידה ואפשר דמה שהורה הרא"ש אינו אלא מדת חסידות ולכך כתב לשון מצוה אבל מ"מ אין חיוב לומר כשלא תבעו אף מדרבנן וכן מוכח בש"ס ר"פ הכונס דקאמר הכובש עדותו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ופריך פשיטא דאורייתא הוא דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו ומשני בע"א ומדלא מוקי דמיירי בלא תביעת הבע"ד משמע דבכה"ג פטור אף מדרבנן להעיד ואינו אלא מדת חסידות בעלמא אך מ"מ בשלח לו שלוחו להעיד ונטל עליו שכר עדותו קיימת לשיטה זו כיון דאינו מחויב להעיד אף מדרבנן ואינו אלא מצוה בעלמא לא שייך בזה מה אני בחנם דלא גרע משכר מקרא דמבואר במס' נדרים דמותר ליטול שכר משום דנוטל שכר פיסוק טעמי' שאינו אלא מדרבנן וכן כל חידושי סופרים מה שנתקן מדרבנן איתא ביו"ד סי' רמ"ו ס"ה בהג"ה דמותר ליטול שכר ללמדו אף שזה נלמד ג"כ מקרא דכאשר צוני ה' אלא דבדבר דרבנן מקילינן וכ"ש בזה דאינו אלא מדת חסידות בעלמא. אך לפי מה שהוכחתי דאף בלא תביעת הבע"ד מחויב להעיד מדאוריי' וכ"ש ע"י שלוחו א"כ פשיטא דבכה"ג בנטל שכר להעיד עדותו בטילה ובאמת לולי דברי הב"י והסמ"ע הייתי אומר דמ"ש הרמב"ם והטור והוא שיתבענו שיעיד לו היינו לאפוקי כשאדם יודע עדות לחבירו והבע"ד עדיין אין דנין זה עם זה או שדנין זה עם זה אלא שא"י אם הדבר תלוי בעדותו אינו מחויב ליילך לב"ד ולהעיד משא"כ בדבר איסור או ד"נ מחויב ליילך מעצמו לקיים ובערת הרע מקרבך אבל פשיטא אף בד"מ מחויב להעיד כשיודע שהבע"ד דנין ביחד והדבר תלוי בו וכן יש להוכיח מדברי הרא"ה בס' החינוך מצוה קכ"ב שכתב וז"ל ואולם יש חילוק בין ד"מ לד"נ ואיסורין שבד"מ אין אדם חייב להעיד עליהם מעצמו אא"כ יתבענו בעל דבר או ב"ד ובדיני שאר איסורין שבתורה כגון שראה א' שעבר על איסור וכן בעדות נפשות כגון שראה מי שהרג חבירו או בעדות מכות וכו' בכל זה חייב אדם לבוא מעצמו ולהגיד העדות לפני הב"ד כדי לבער הרע ולהפריש האדם מאיסור עכ"ל הרי שכתב דבד"מ אינו חייב להעיד עד שיתבענו הבע"ד או ב"ד ומה חילוק יש בין ב"ד לשליח אחר דפשיטא דאף כשיתבענו הב"ד אינו חייב קרבן שבועה דקרא קפיד דווקא

אתביעת בע"ד עצמו כדכתיב אם לא יגיד ודרשינן אם לו לא יגיד אבל להשביע מפי ב"ד לא שמענו וכן מוכח בפ' שבועת העדות דף ל"ג ע"ב דפרכינן התם טעמא דאיש פ' כהן איש פ' לוי פטורים הא מנה לפ' ביד פ' חייבים הא בעינן שישמעו מפי התובע ודחיק לאוקמא בבא בהרשאה ואמאי לא משני דמתניתין איירי שהב"ד משביעין אותם א"ו דלענין חיוב העדות להעיד אין חילוק בין תביעת הבע"ד עצמו או שלוחו אלא דהרא"ה אתי לאפוקי דא"צ לילך מעצמו לב"ד להעיד וכן מדויק בלשונו וכן נלפענ"ד ברור דלא כהב"י והסמ"ע ובזה ניחא נמי לשון הרמב"ם בפ"ה מה' שבועו' ממה שהקשיתי בס"ק הקודם יע"ש ודוק:

ג אסור להעיד לו. ונראה דאף היכא שטוען הנתבע איני יודע דאף בדיני ישראל הוי משואיל"מ כדלקמן סי' ע"ה מ"מ אסור להעיד דהא אין נשבעין על נכסי עכו"ם אף שבועה דעד א' כמבואר בר"ס צ"ה דומיא דקרקע וא"כ בד"י היה נפטר לגמרי והא דאמרינן בגמרא אבל איכא בי דוואר אינהו נמי חד אמומתא שדי להו ומותר להעיד כדלקמן ס"ד בהג"ה אף שבדיני' לא היה צריך לישבע ע"פ ע"א י"ל דהכי קאמר כיון שאין מחייבין ע"פ ע"א אלא שבועה ובלאו העד נמי היה צריך שבועה בדיניהם ואף בדינינו חייב לישבע היסת על טענת עכו"ם לקצת פוס' א"כ לא מפסיד ליה מידי ומותר להעיד אך מלשון רש"י והנ"י שכתבו חד אמומת' שדי לה ע"פ ע"א אין מוציאין ממון אבל מחייבין בע"ד שבועה להכחיש העד כדין תורה עכ"ל משמע שהטעם הוא שאף בדינינו חייב שבועה ע"פ ע"א וזהו היפך ממה שמבואר בסי' צ"ה וע"כ צ"ל כדפרשתי ובאמת בכה"ג היכא שישראל מעיד לעכו"ם והנתבע טוען איני יודע הי' נרא' שהעד חייב לשלם כיון שהנתבע מחזיק בו כדין כיון שא"י ופטור בד"י ובזה יש לישב קושיות הסמ"ע די"ל דמה שמבואר בי"ד סי' של"ד שהעד מחויב לשלם מיירי בכה"ג. אך מ"מ אכתי י"ל כיון שמבואר בתוס' ופוסקים דהא דתרי סהדי מותרי' להעיד אף דהפקעת הלואתו מותר לכפור מ"מ כיון שהאמת שחייב לו ואין מפסידין לו ממון מותרים להעיד וא"כ ה"ה בע"א שמעיד היכא שהנתבע טוען א"י י"ל שפטור מלשלם מה"ט וצ"ע:

ד אלא הם שולחין אליו ומעיד. הסמ"ע פי' ששולחין אליו ג' דייני' אבל שנים לא דהוי כעד מפי עד והט"ז חולק עליו דסגי בלא ג' כיון דהולך בשליחות ב"ד לא הוי שם עד מפי עד עליו ואני תמה עליו פה קדוש יאמר דבר זה הלא מבואר בסעיף שאח"ז שלא יהיו הדיינים שומעין מפי המתורגמן משמע להדיא דאף שהב"ד מעמידין המתורגמן לא מהני אף שהבע"ד עומדין לפני הב"ד מ"מ כיון שאין הב"ד מכירים לשונם הוי כמו עד מפי עד ע"י המתורגמן וא"כ כ"ש כשהב"ד שולחי' להעד ואין העד לפנינו דגרע טפי

וכן לפי מ"ש הר"ן בפ"ק דמכות דלכך אין מקבלין עדות ע"י מתורגמן דשמא יחליף המתורגמן בלשון עדות ועוד דכשישמעו הם מפי העדים יתכן להם לחקור אותה יותר כל הני טעמי שייכי נמי ע"י שליח לביתו ודוחק לומר דע"י שליח הוי מלתא דעביד לגלויי יותר מע"י מתורגמן כיון שאין מי שמבין לשונם דמנ"ל לרי"ו לחלק בכך וגם אין לומר דהא דצריך שלא יהיו הדיינים שומעין מפי המתורגמן הוא דווקא כשהעדים העמידו התורגמן אבל אם הדיינים העמידו אותו מותר חדא דמסתימת כל הפוס' לא משמע כן ועוד דהא לפי דעת ר"ח ובעל הערוך דס"ל דרשות לשמוע טענת הבע"ד ע"י מתורגמן פי' הר"ן בר"פ שבועת העדות דעובדא דהנהו לעוזי דספ"ק דמכות דאוקי רבא מתורגמנא בינייהו ופריך עלה בש"ס מהא דלא ישמע מפי המתורגמן מיירי בעדות הרי אף דרבא גופה אוקי מתורגמן אפ"ה אסור. ואולי ס"ל להט"ז כסברת הרדב"ז בתשו' ח"א סי' של"א שהאריך להוכיח דאם ליכא דיין המכיר לשון העדות מקבלין בדיני ממונות ע"י מתורגמן דההוא שלא ישמע הדיין מפי המתורגמן אינו אלא מדרבנן ולכתחילה היכא שיש מי שמכיר בלשונם ע"ש באריכות. וא"כ י"ל כיון דלחכם זילא ביה מילתא למיזל הקילו גביה לקבל עדות ע"י שליח אך מ"מ אכתי י"ל דהכא שאני דהא איכא תקנתא לשלוח אליו ג' ועוד נראה דנהי דסברת הרדב"ז נכונה דשמיע' על ידי המתורגמן אינו אלא מדרבנן דלאו עד מפי עד הוא וכן משמע מדברי הר"ן ספ"ק דמכות שהבאתי מ"מ אכתי יש לחלק בין מתורגמן שהעדים עומדים לפנינו ומעידים אלא שאין הב"ד מבינים לשונם אלא ע"י מתורגמן לא הוי עמפ"ע אבל לשלוח שליח לביתו שם עמפ"ע עליו יותר וכן הוא לענין התרת נדרים ביו"ד סי' רכ"ח סי"ו דאין נשאלין על הנדר ע"י שליח וע"י מתורגמן שרי התם מהאי טעמא שכתבתי וא"כ ה"נ י"ל דע"י שליח גרע טפי והוי עמפ"ע וכן מוכח להדיא מדברי הר"י הלוי שהביאו הרא"ש והר"ן ר"פ ש"ה שפירש אהא דאמרינן התם דנשים פסולות לעדות מדכתיב ועמדו שני האנשים ובעדים הכתוב מדבר דאי בבע"ד וכי אנשים באין לדין ונשים אין באים לדין ואם נפשך לומר נאמר כאן שני ונאמר להלן שני מה להלן בעדים אף כאן בעדים וקאמר הש"ס מה אם נפשך לומר ומשני דה"ק וכ"ת כל כבודה בת מלך פנימה נאמר כאן שני וכו' ודייק מכאן הר"י הלוי דנשים יקרות לא מזלזלינן בהו לבוא לב"ד אלא משדרינן להו ע"י שלוחי ב"ד ואי אמרת דאף לגבי עדים מהני ע"י שליח ב"ד א"כ היכי דייק דנשים פסולות לעדות מדכתיב שני אנשים ויליף מג"ש דמיירי בעדים דילמא אף נשים כשרות לעדות אלא דבנשים יקרות שדרינן להו ע"י שלוחי ב"ד ולא מזלזילינן בהו לבוא לב"ד משום דכל כבודה בת מלך פנימה א"ו דלענין עדות ע"כ צריכות לבוא לב"ד כדי שלא יהיה עמפ"ע וכמ"ש התוס'

שם ע"כ העיקר כדברי הסמ"ע דלענין עדות לא מהני שליח ב"ד ומה שסיים רי"ו או בפני שלוחם היינו במקום שיש מנהג לקבל עדות ע"י שליח מהני וכמ"ש הסמ"ע וכ"כ הכנה"ג ונכון הוא

ה צריכים העדים לכתחילה להעיד מעומד. משמע דבדיעבד אף שהעידו בישיבה מהני והרשב"א בחידושיו פרק שבועת העדות כתב ואני יש בידי ראיה מפורשת ממה שאמרו בפ' מי שאחזו בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדות וגרסינן בירושלמי אמר ר"ל מעידין מיושב הנה שהכשירו בירושלמי קורדייקוס דהוי דיעבד ולמד לה מדקתני בודקין אותו לעדות וגם הר"ן הביא ראיה זו בשם הרשב"א ולפענ"ד יש לתמוה טובא על ראיה זו דהא בפ' מי שאחזו דף ע"א פריך הש"ס על הא דאמרינן התם לענין עדות מפיהם ולא מפ"כ מברייתא זו דקתני בודקין אותו למשאות ולמתנות ולעדות קתני מיהא עדיות ומשני הש"ס בעדות אשה דאקילו בה רבנן והרי בירושלמי גופא סוף יבמות והביאו הרי"ף והרא"ש שם מבואר דבדיני ממונות בעינן מפיה ולא מפ"כ וא"כ ע"כ צ"ל דמיירי בעדות אשה כדמשני הש"ס וא"כ מאי ראיה מירושלמי דבד"מ כשר עדות מיושב דהא הירושלמי מיירי בעדות אשה והתם פשיט' דכשר מיושב דלא גרע מקא"פ שהכשירו בעדות אשה משום עגונה וע' באה"ע סי' י"ז סל"ט בח"מ ובב"ש שם ויש ליישב בדוחק וצ"ע ודוק:

ו להיות יושבים. בתשו' מבי"ט ח"א סי' קי"ו כתב דשלא במקום ישיבת הדיינים כגון בשוק או בדרך וכה"ג אפי' בדיעבד לא מהני כשהדיינים עומדים והש"ך כתב שאין דבריו מוכרחים גם בתשובת בן לב ריש ספר ד' הביא בשם הריב"ש דבדיעבד כשר ובאמת לכאורה ראיה מפורשת להמבי"ט מש"ס דב"ק דף ע"ד ע"ב דמשני התם דלכך בעובדא דר"ג לא הוי מודה בקנס משום דלא בפני ב"ד אודי ופריך הש"ס והא ר"י אב"ד הוה ומשני חוץ לב"ד הוה קאי אלמא משמע להדיא דהודאה בפני ב"ד שלא במקום ב"ד לא הוי כהודאה בפני ב"ד כלל וה"ה לענין קבלת עדות אך יש לדחות ראיה זו דבלא"ה קשה דמאי פריך הש"ס והא ר"י אב"ד הוי הא בדיני קנסות בעינן ג' מומחין דוקא וצ"ל דקושית הש"ס הוא דמסתמא במקום ב"ד הוי עם ר"י עוד שנים וכן מצאתי להה"מ פ"ג מה' גניבה וא"כ י"ל הא דמשני הש"ס חוץ לב"ד הוי קאי היינו כיון דחוץ לב"ד הוי קאי י"ל דלא היו שנים עמו כלל וכן משמע מלשון רש"י שכתב חוץ לב"ד הוי קאי לא היו ב"ד יושבים ולא מקום ישיבת ב"ד הוי אלא בשוק הודה לו מדנקט רש"י לא היו ב"ד יושבים ולא מקום וכו' משמע שלא היו ג' כלל אך לשון הנ"י שם לא היו ב"ד יושבים במקום ישיבת ב"ד אלא בחוץ הודה לו עכ"ל משמע להדיא כיון שלא היו יושבין במקום ישיבת ב"ד

הוי כחוץ לב"ד וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה' גניבה ד"ח מי שהודה בקנס ואח"כ באו עדים אם הודה מתחל' בפני ב"ד ובב"ד פטור אבל אם הודה חוץ לב"ד או שהודה בפני שנים בלבד ואח"כ באו עדים ה"ז משלם קנס עכ"ל ופירש הה"מ הא דכתב או שהודה בפני שנים היינו אפילו שני דיינין ובמקום ב"ד דצריך ג' מומחין אלמא הא דכתב אם הודה חוץ לב"ד היינו אפילו בפני ג' מומחין כיון שהוא חוץ לב"ד לא חשיבא הודאה בפני ב"ד ומודה בקנס דצריך הודאה בפני ב"ד דוקא וכ"כ הטור בר"ס שמ"ח כדברי הרמב"ם אלו להדיא ע"ש הרי להדיא דלא חשיב ב"ד אלא במקום ב"ד דוקא לענין הודאה וה"ה לענין קבלת עדות נמי דמאי שנא ומ"ש הש"ך בשם מוהריב"ל ריש ספר ד' שהריב"ש מתיר בדיעבד המעיין בדבריו יראה שהביא דברי הריב"ש שבסי' רס"ו דבדיעבד מהני בלא ישיבת הדיינים ובאמת אין משם ראיה כלל דשם אכנופי להו לשם ב"ד לכך מהני בדיעבד אף שהיו עומדים אבל במספר דרך שיחה בשוק שלא במקום ישיבת ב"ד כלל מודה דזה לא הוי ב"ד כלל ובאמת נראה לי דהמבי"ט לא תלי מידי מה שהעדים העידו כשלא היו הדיינים יושבים דבאמת אף אם יושבים חוץ לב"ד לא לשם ב"ד ולא כנפינהו איהו לאו ב"ד מקרי רק באם כשהעידו העדים ישבו במתכווין הוי כקביעות ב"ד וב"ד מיקרי משא"כ כשהיו עומדין דלא ניכר שום קביעות ב"ד כלל פשיטא דלא חשיב ב"ד אבל היכא דכנפינהו הבע"ד לשם ב"ד אפילו חוץ לב"ד ועומדים מ"מ חשיב ב"ד שוב מצאתי בתשו' מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' מ"ג שכתב ג"כ לחלק דמ"ש הריב"ש דאף שהדיינים עומדים מועיל בדיעבד היינו דווקא כשאכניף לשם דיינים משא"כ כשמספר דרך שיחה והולכין בדרך לא מהני ע"ש וכן עיקר:

ז ע"י אחר שהזכירו לו יכול להעיד אפילו וכו'. וכ"כ הרמב"ם והטור דאין חילוק בין הזכירו העד האחר או א' מן השוק ובמהרי"ל בלקוטי דינים ראיתי שכתב וז"ל אמר מוהרי"ל מי שנתקבל קנין לפניו לכתוב ולחתום דבר וטרם שחתם השטר שכח הענין גם אם ק' אנשי' היו במעמד והעידו לו ומזכירי' לו כך וכך אין לו להשגיח בהן ואם חתם השטר פסול אמנם אם חבירו עד השני מזכירו במקצת עד דרמי אנפשי' רשאי לחתום והשטר כשר עכ"ל הרי דסובר דדוקא הזכרת עד השני מהני ולא הזכרת אחר דעלמא והוא היפך מדברי הרמב"ם והטור ואדרבה הם ס"ל הא דמועיל הזכרת עד השני הוא רבותא יותר מאחר גם לא ידעתי שום טעם לחלק ביניהם גם דוחק גדול לומר דבעדות ע"פ מהני הזכרת האחר ולחתום שטר לא מהני כי אין טעם נכון לחלק ביניהם וכן מבואר להדיא מדברי רב האי גאון שהביאו הרי"ף והרא"ש בפ' האשה שנתארמלה גבי כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אפילו אחר כמה שנים דהיינו כגון שיש בידו

עדות בקנין ושהתה לזמן מרובה ואח"כ תבעו מלוה לכתוב לו אותה עדות בשטר או שתבעו להעיד לו אותו עדות בב"ד ה"ז כותב לו עדותו על השטר או מעיד לו בב"ד אפי' לאחר כמה שנים ואינו חושש שמא נפרע אותו החוב או שמא נמחל ואמר רב הונא והוא שזוכרה מעצמו ור"י אמר אע"פ שאין זוכרה אלא אחרים הזכירוהו והוא נזכר ה"ז מעיד אמר רבא וכו' עכ"ל הרי להדיא דאף לענין לחתום שטר מהני הזכרת אחרים דלא כמוהרי"ל ואולי השומע שמע וטעה:

ח אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד. והיכא שתובע לשני שותפים ושותף אחד אינו כאן ונתקבל העדות לפני השותף שישנו כאן אי מהני הקבלה לשותף האחר לא נתבאר באחרונים והדבר מבואר בחדושי הרשב"א ס"פ השולח והר"ן שם גבי הא דאמרינן התם נקטינן דבעל בנכסי אשתו צריך הרשאה וה"מ דליתא פירא בארעא אבל איתא פירא בארעא מיגו דמשתעי דינא אפיר' משתעי דינא נמי אארעא וכתבו הרשב"א והר"ן שם דתליא בההוא דינא דפרק מי שהיה נשוי דתרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד וקם חד מנייהו לדינא לא מצי חבריה לערער וה"מ דאיתא במתא אבל ליתא במתא מצי מערער וה"נ איתא פרי בארעא הוי כשותפים ואם הבעל נתחייב בדין ע"פ עדים ואשתו איתא במתא ולא מיחתה שליחותה קעביד והוי כנתקבל העדות לפני הבע"ד ולא מצי לערער אף לענין הקרקע אבל אי ליתא במתא ולית לי' להבעל הרשאה ונתחייב בדין ע"פ עדים לא מהני העדות אלא לענין הפירות אבל לענין הקרקע לא מהני דהוי כנתקבל העדות שלא בפני בע"ד כיון דאשתו ליתא במתא זה הוא העולה מדבריהם שם והעתיק דבריהם הב"ש באה"ע סי' פ"ה סק"ז ע"ש והנה מה דס"ל דקבלת עדות בפני שותף האחד לא מהני לשותף השני מוכח כן להדי' בש"ס בפ"ב דסנהדרין בעובדא דעבדא דינאי מלכא קטיל גברא ושלחו החכמים לינאי שיבוא לב"ד דיבוא בעל השור ויעמוד על שורו אף דפשיטא דהעבד עצמו חשיב כשותף בעצמו דהא ישראל מוזהר על הריגתו כעל ישראל אחר אלמא דמ"מ לא מהני קבלת העדות לפני העבד שלא בפני רבו שהוא שותף בעבד אך מה דס"ל דמ"מ מהני הקבלת עדות נגד השותף שישנו כאן כמ"ש הר"ן דמהני הקבלת עדות נגד הפירות אף דאשתו ליתא במתא צל"ע מהא דהעלה הש"ך בסי' נ"א סק"ח בעדים שהעידו בע"פ שננגב דבר א' לשנים והם קרובים לאחד ורחוקים לשני דאין נאמנים אף נגד הרחוק דכיון שא"י להעיד על החצי יש לחוש שמעידים כן בשביל הקרוב וע"ש וא"כ ה"נ כשתובע לשותף האחד ושותף השני ליתא במתא כמו בתובע לבעל ואשתו ליתא במתא כיון דלא מהני העדות לענין הקרקע דאין מקבלין עדות שלא בפני הבע"ד ואף בדיעבד לא מהני לרוב הפוס' א"כ אף לענין הפירות נמי לא יועיל העדות די"ל דהעיד כן

מפני חלק אשה שאינה בפניו שהעדות אינו מועיל נגדה ולא מהימנינן לי' ודוחק לחלק בין פסול קורבא ובין פסול עדות שלא בפניו כיון דקבלת עדות שלא בפניו לא מהני אף בדיעבד ופסול מדינא וצ"ע גם מה דס"ל להרשב"א והר"ן דכשהשותף השני איתא במתא מהני הקבלת עדות שלא בפניו צ"ע לדינא דאפשר דהרשב"א לטעמיה אזיל שהביא הב"י כאן ובסי' ק"י בשמו דמקבלין עדות בפני אפוטרופוס היתומים וכן בפני שליח הבע"ד מקבלין עדות כמו שהעתיק הב"י בסי' שפ"ח תשובת הרשב"א שכתב כן ודחק שם לישב הא דלא שלח ינאי המלך שלוחו לב"ד ע"ש אבל לשיטת הבעה"ת שהביא הב"י בסי' ק"י דאין מקבלין עדות לפני אפוטרופוס של קטן אע"פ שהוא ממונה מאביהן וכמ"ש הכנה"ג שם וכאן שכן הוא שיטת כמה פוסקים וכן נראה מדברי הט"ו בס"ס ק"י שכתבו בסתם דעידי צוואה אין מקבלין בפני אפוטרופוס משמע אף שהוא ממונה מאביהן מ"מ אין מקבלין בפניו א"כ היה נראה דאף בדאיתא השותף במתא דשליחותוה קעביד וכן אף כשעשה שליח בפירוש ואף בבא בהרשאה נמי לא מהני לקבל עדות בפניו דכיון דאפוטרופוס לא מיחשב בע"ד לקבל עדות בפניו כ"ש בשלח שלוחו ובא בהרשאה דגרע טפי מאפוטרופוס דלא מיחשב בע"ד דידי' כדמוכח מדברי הט"ו בסי' ק"ה ס"א גבי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה אפילו עשאו שליח וכתב לו הרשאה עליה אבל אפוטרופוס היתומים קנה דיד הבעלים הוא ע"ש אלמא דאפוטרופוס חשיב טפי יד הבעלים ובע"ד משליח ובא בהרשאה וא"כ כיון דאין מקבלין עדים לפני אפוטרופוס דלא חשיב כבפני בע"ד כ"ש דאין מקבלין עדים לפני שליח ובא בהרשאה אך מדברי הט"ו בסי' קע"ו סעיף כ"ו שכתבו גבי איתא שותף במתא דאינו יכול לומר אילו הייתי שם הייתי בודק בעדים עד שיהיו מוכחשים ע"ש משמע דבאיתא במתא מהני קבלת עדות שלא בפניו אף דטעמא משום דשליחותיה קעביד ואף שהט"ו בס"ס ק"י הביאו שיטת הרא"ש דאין מקבלין עידי צוואה בפני אפוטרופוס של קטן וצ"ל דאף שאפוטרופוס מיחשב טפי בע"ד משליח ובא בהרשאה מ"מ לענין קבלת עדות מהני טפי בא בהרשאה ושליח דהוי כאלו המשלח קיבל אנפשי' שהב"ד יקבלו עדות בפני השליח ומהני כמו מי שקיבל קרוב או פסול להיות עד עליו דמהני וה"נ כיון ששלח שלוחו לב"ד מסתמא קיבל עליו שאם הב"ד יצטרכו לקבל עדות שיקבלו בפני השליח אך מ"מ לא יתיישב זה לפי שיטת הש"ך בר"ס כ"ב דאם קיבל עליו קרוב ופסול חוץ לב"ד אף לאחר גמ"ד יכול לחזור בו וא"כ מי עדיף איתא במתא דמסתמא שליחותיה קעביד כיון דלא בא לב"ד יותר ממי שקיבל עליו בפי' קא"פ חוץ לב"ד דיכול לחזור בו וכן לשיטת הרבה פוס' דס"ל דקיבל עליו קא"פ לדין לא מהני אלא בשקבלו בפי' אבל

כשבא לדון לפניו בסתם לא הוי קבלה א"כ כ"ש הכא באיתא במתא ולא בא לב"ד דלא חשיב כאלו קיבל בפירוש לקבל עדות שלא בפניו שהוא פסול מדינא אך מ"מ עדיין יש לחלק דהא דאפוטרופוס עדיף מבא בהרשאה היינו דוקא במה שהוא זכותן של יתומים מיחשב טפי בע"ד משליח ולא הוי כתופס לבע"ח אלא כתופס לעצמו משא"כ לענין קבלת עדות שליח עדיף טפי מאפוטרופוס דלא אוקמוהו לחוב היתומים רק לזכותם ולכך אין מקבלין עדות בפני אפוטרופוס לחוב היתומים מה שא"כ שליח ובא בהרשאה לדין מיחשב טפי בע"ד ומקבלין עדות בפניו:

ט וי"ח ואומרים דאם נתקבל העדות שלא בפניו כשר בדיעבד. ויש להקשות מהברייתא שהובא בש"ס דב"ק דף כ"ד ע"א אין השור נעשה מועד עד שיעידו בו בפני ב"ד ובפני בעלים העידו בפני ב"ד ושלא בפני בעלים בפני בעלים ושלא בפני ב"ד אינו נעשה מועד עד שיעידו בו בפני בעלים ובפני ב"ד הרי להדיא דאף בדיעבד שקבלו עדות בפני ב"ד ושלא בפני הבעלים אינו נעשה מועד וצ"ל דבדיני קנסות לכ"ע אין עדותן עדות כשקבלו שלא בפני בע"ד ואף דמה שמועד משלם נזק שלם ממונא הוא מ"מ כיון שנעשה מועד ע"י הנגיחות הראשונות כדיני קנסות הוא כדאמרינן בב"ק דף פ"ד דאין מועד בבבל ופירש"י כיון דמנגיחות דתמות לא מייתינן ליה לב"ד היכי מייעד ליה ולא משכחת מועד בבבל אלא היכא דאייעד התם ואייתוהו להכא ע"ש ודוק. ובאמת ראיתי להנ"י שם שהוכיח מברייתא זו הא דנקט תרי זימני דאינו נעשה מועד עד שיעידו בפני ב"ד ובפני בעלים דקמ"ל אף שהיה הוא חולה או שעידיו חולים או מבקשים לילך למד"ה מ"מ אין מקבלים עדות שלא בפני הבעלים ע"ש והטעם דבד"ק מחמירינן טפי. ולפ"ז בשן ורגל דממונא הוא דדייניגן להו אף בזה"ז כמבואר בסי' א' ס"ג מקבלין בעידיו חולים ותמיהני מהרב רמ"א בסי' ת"ח ס"א שהעתיק דברי הנ"י בסתם בכל ניזקין ולא חילק גם תמיהני מתשוב' הרב רמ"א סי"ב שהוכיח מעובדא דינאי מלכא דבד"נ בדיעבד פסול ע"ש ולא הביא מש"ס הנ"ל דאף בד"ק פסול בדיעבד וכ"ש בד"נ גם לפי דברי הנ"י מוכח דבד"נ אין מקבלין עדות שלא בפניו אף שהיו עידיו חולים דכ"ש הוא מד"ק אך בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' שפ"ח מבואר דאף בד"נ מקבלין כשעידיו חולים וזה דלא כהנ"י ולפ"ז בעידי זנות דהעלה הרמ"א בתשו' שם דדמיא לד"נ דאף בדיעבד פסול א"כ ה"ה כשעידיו חולים לא מהני לשיטת הנ"י ולשיטת הרשב"א מהני ובס' נודע ביהודא חלק אה"ע סי' ע"ב אשתמיט ליה דברי הנ"י והגהות הרב רמ"א בסי' ת"ח ע"ש:

י לא הפסיד זכותו. דין זה הוא מדברי ריי"ו כמ"ש הב"י בשמו שנלמד מר"פ ז"ב וכן העתיק הש"ך בסי' ל"ז סק"ו דבריו שכתב דאין צריך לברר להביא כת שנייה ונראה

מדבריו שגורס בש"ס ר"מ סבר צריך לברר ורבנן סברי דא"צ לברר כגי' רש"י בלישנא קמא והתוס' שם אבל לגי' רש"י במסקנא דגרס ר"מ סבר א"צ לברר ורבנן סברי צריך לברר הלכתא כרבנן ואם לא הביא כת שניה או שהם פסולי' לא בירר והפסיד וכן הוא להדיא בהג"א ר"פ ז"ב דלשיטת רש"י אם לא הביא כת שניה או שהם פסולים הפסיד ע"ש ולכאור' תימה דהא בחדושי הרמב"ן והרא"ש ס"פ ג"פ כתבו גבי הבא לידון בשטר וחזקה דצריך לברר ולהביא השטר ואם העדים שבשטר פסולים הם נתבטלה החזקה כדמוכח בפ' ז"ב דבריות קרובין ופסולין לא הוי בירור וכן הוא בש"ע סי' ק"מ ס"ה א"כ מוכח דגרסי כלישנא בתרא דרש"י דר"מ סבר א"צ לברר ורבנן סברי צריך לברר דלישנא קמא דרש"י מוכח להיפך כמבואר להמעיין בסוגיא וא"כ הלכה כרבנן דצריך לברר וצ"ל כיון דהרא"ש והט"ו בסי' ע' ס"ב פסקו כסוגיא דפ' שבועת הדיינים דהאומר פרעתיך בפני פ' ופ' ואתו ואמרו להד"ם דפטור דמילתא דלא רמיא עליה לאו אדעתיה א"כ מוכח דהלכה כר"מ דא"צ לברר ועיין בש"ך שם וזה דלא כהג"א פז"ב אך דעת הרמב"ן ס"פ ג"פ דאף באומר פרעתיך בפני פ' ופ' צריך לברר והוחזק כפרן ע"ש ודעת הר"ן בחי' בפ' ז"ב דאף בשני כיתי עדים אם לא בירר או שהעדים פסולים הפסיד אבל אם באו ואמרו שאינם זוכרים את העדות לא הפסיד ע"ש:

כט

א אחר שהעיד העד בב"ד. הרמב"ם והטור כתבו אחר אחר שנחקר העד בב"ד וכתב הב"י שכן הוא בתוספתא שקודם שנחקרה עדותן בב"ד יכולין לומר מבודין היינו אך כיון דקי"ל דבד"מ לא בעינן דו"ח לכך אף אחר שהעיד בב"ד לבד א"י לחזור בו וכ"כ הסמ"ע והתומים תמה ע"ז דלמה לא זכרו שיטת התוס' דא"י לחזור אף במקום דבעי דו"ח ובתוך דרישה וחקירה דבסנהד' דף מ"א ע"ב ובפסחים דף י"א הקשו על הא דילפינן בפ' בן סורר דאזלינן בד"נ בתר רובא מהא דמקיימינן דברי העדים בא' אומר בב' לחודש וא' אומר בג' בחודש ואמרינן דטעו בעיבורא דירחא ולא אמרינן הני עדים מכחשי אהדדי ומאי קושיא דילמא משום דכיונו לימי השבת מוכח שטעו ותי' דאי לאו דאזלינן בתר רובא א"כ כשא' אומר בב' לחודש וא' אומר בג' מכחשי אהדדי וכי הדרי ומכווני ליום השבת ה"ל חוזרין ומגידין עכ"ל וכן בפסחים דף י"ב ד"ה באיזה יום הקשו דלמה צורך לשאול לעדים באיזה יום מהשבת הא אפי' לא מכווני ביום השבת כיון שכבר אמרו יום החודש ה"ל חוז"מ ע"ש ואי אמרינן דבתוך דו"ח יכולין לחזור בהן אין מקום לכל דבריהם דהא איזה יום בשבת ואיזה יום בחודש הוא משבע חקירות וכל זמן שלא נשלמו

יכולין לחזור בהן א"ו דהתוס' לא ס"ל כשיטת הרמב"ם והטור והניח בצ"ע ואני אומר דאשתמיטתיה דברי התוס' פאד"מ דף ל"ב ע"ב ד"ה היכי אמר להו שהתוס' שם הביאו הך דהתוספתא בפשיטות דקודם שנחקרה. עדותן בב"ד יכולין לומר מבודין היינו ע"ש. ומה שהקשה מדברי התוס' בסנהד' ודפסחים נ"ל דלק"מ דבאמת התוס' ס"ל דאף קודם גמר דו"ח אינו חוזר ומגיד ומ"מ קודם שנחקרה עדותן בב"ד יכולין לומר מבודין היינו והוא משום כיון שעדיין לא נגמרו החקירות א"כ כשחוזרין בהן ואומרי' שגוף המעשה לא היה ושקר אמרו מתחלה א"כ ממילא בצרי להו מהחקירות שאח"כ דכיון שאומרים שגוף המעשה הוא שקר אף דלא מהימני לחזור בהן מעדותן שהגידו בתחלה מ"מ הוי כאומרים שא"י מהחקירות שאח"כ דבכלל מאתים מנה והוי כאומרים שא"י באיזה שעה ובאיזה מקום והעדות בטל ממילא אבל היכא שאינו חוזר בו מגוף המעשה רק שמתחלה אמר בג' לחודש בזה כתבו התו' שפיר דא"י לחזור בו אף קודם שנגמרו החקירות דאינו חוז"מ דהא אכתי יכולין לגמור החקירות באיזה שעה ומקום היה וז"ב ונכון בדברי התו' שלא יסתרו דבריהם אהדדי אך לפ"ז צ"ע לדינא דאם קודם שנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו ואח"כ אחר כ"ד חזרו ואמרו שהעדות הראשונה אמת והגידו כל החקירות אי נאמנין כיון דלפי שיטת התו' אף קודם דו"ח שייך אינו חוז"מ אלא דכשאמרו מבודין היינו יכולין לחזור משום דהעדות ממילא בטל דבציר להו מהחקירות שאח"כ וא"כ כי חזרו אח"כ לדבריהם הראשונים והגידו כל החקירות שוב נאמנים וליכא למימר דכיון שאמרו מבודין היינו ה"ל כאומרים על החקירות שאח"כ א"י ושוב אין נאמנים לחזור ולהגיד יתר החקירות זה ליתא כיון דעל מה שאמרו מבודין היינו על גוף המעשה לא מהימני דאינו חוז"מ אלא שהעדות ממילא בטל כיון שאינם יודעים על יתר החקירות א"כ אין לך אמתלא גדולה מזו דהוצרכו לשקר על גוף המעשה ועל גוף המעשה לא מהימני והיכא דאיכא אמתלא יכולין לחזור בהן מאין אנו יודעים ליודעים אנו כמ"ש הרב בהגה אך מ"מ אכתי יש לדון בזה לפי מ"ש בסי' ל"ד סק"ו דהיכא שהעד חוזר ומגיד אף שא"כ מ"מ פסול הוא לעדות אחרת אח"כ כיון ששיקר באחד מן העדיות וע"ש וא"כ הכא כיון שאומר מתחילה מבודין היינו אף שאינו חוזר ומגיד מגוף

המעשה מ"מ נפסל שוב לעדות אחרת ושוב אינו נאמן לגמור החקירות כיון דעד פסול הוא וממילא בצרי להו מהחקירות שאח"כ והעדות בטל ובאמת בזה יש לתרץ קושית התוס' בפסחים שהבאתי במה שהקשו דלמה צורך לשאול לעדים באיזה יום מהשבת הא אפי' לא יהיו מכוונים ליום השבת כיון שכבר אמרו באיזה יום לחודש ה"ל חוז"מ ולפמ"ש ניחא דאי לא מכווני ליום השבת א"כ יפסלו לעדות ושוב לא יגמרו כל החקירות

וכל העדות בטל וצ"ע. אך כ"ז לשיטת התוס' אך מדברי הריב"ש סי' רס"ו מוכח דלא ס"ל כשיטת התוס' שכתב שם בד"מ היכא שהוא דין מרומה דבעי לכתחלה דו"ח אף שאם לא עשו דו"ח ואף שאמרו א"י באחד מן החקירות אין עדותן בטילה מ"מ כיון שצריך דו"ח מן הדין ולא נעשית העדות לא נגמרה ויכול לחזור בו כדגרסינן בירושלמי העדים שהעידו וכו' קודם שנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין אנו יכולין לחזור בו ע"ש באריכות הרי דהריב"ש ס"ל דלא כשיטת התו' דאף דלא נתבטלה העדות כשאומר איני יודע מ"מ קודם שנגמר החקירות כיון שעדיין לא נגמר העדות יכול לחזור בו וגדולה מזו כתב בתשו' מ"ב סי' ק"ו דאפילו בד"מ שא"צ דו"ח כ"ז שלא נגמר עדותן וצריכין אנו עוד לדברי העד כגון לפרש איזה מבנותיו קידש יכול לחזור בו דכ"ז שלא נגמר עדותו הוי כתוך כ"ד ע"ש אלא דק"ל דמנ"ל כן דמדברי הירוש' אין ראיה כמ"ש לשיטת התוס' וצ"ע:

ב א"י לחזור בו. ויש להסתפק בשני כיתי עדי' המכחישי' זא"ז כגון שנים אומרים לוה או פרע ושנים מכחישים וכת אחת חזרה מדברי' אי אמרינן נמי בזה דאין חוזרין ומגידין והוי תרי ותרי או דילמא כיון דשנים מכחישים אותם בכה"ג יכולין לחזור מדבריהן הראשונים ולכאורה משמע כן בסוגיא דכתובות דף כ' ע"א גבי שנים חתומים על השטר ונ"י יוצא ממקום אחר ובאו שנים אחרים ואמרו פסולי עדות היו א"נ ופרכינן התם ומגבינן בי' כבשטרא מעליא ואמאי תרי ותרי נינהו ומשני רב ששת דאין מכחישין את העדים אלא בפניהם ופריך ליה ר"נ אלו הוי קמן ומכחישין להו הוי הכחשה השתא דליתנייהו קמן דאלו הוי קמן הוי מודה להו מהימני משמע דאילו הוי קמן ומודה להו הוי הודאה מעלייתא ולא הוי תרי ותרי ואף שאם ת"ל דהש"ס מכח כ"ש פריך דעדיף הכחשה שלא בפניו מבפניו מ"מ יש להוכיח לכאורה כן מדברי התוס' שם שהקשו על מאי דמשני התם ר"נ דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרי' והקשו התוס' דאמאי לא מגבינן בי' כבשטרא מעליא כיון דאין מכחישים אותם שלא לוה רק דפסולי עדות היו א"כ הוי כשני כיתי עדי' המכחישים זא"ז דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה דמוקמינן כל כת אחזקה ותירצו בשם רשב"א דהכא לא מוקמינן להו אחזקה משום דאילו הוי קמן דילמא הוי מודי הרי להדיא דאלו הוי מודי הוי מהימני ולא הוי חוזרים ומגידים אך יש להקשו' לפי מ"ש בסי' מ"ו סל"ז בביאור דברי התוס' שם ד"ה ואם כת"י והר"ן שם דהא דחשבינן להו תרי ותרי כשאומרים פסולי עדות היו דהיינו קרובים ונתרחקו באמת העדים האחרונים נאמנים על הראשונים שהם קרובים דאגופא דסהדי קמסהדי אלא כיון דמעידין שעתה נתרחקו נאמנים הראשונים להכחישן עכשיו ולומר שהיו כשרים מתחלתן ולכך הוי תרי ותרי וע"ש שהארכתי בזה ולפ"ז מתרץ הרשב"א שפיר כיון

דבאמת האחרונים נאמנים על הראשונים שבעת החתימ' פסולים היו דאגופא דסהדי קמסהדי אלא דחשבינן לעדים שבשטר כאלו מעידין עכשיו בעת כשרותן שבעת שחתמו כשרים הוי והוי תרי ותרי לכך אם היו העדים שבשטר עכשיו לפנינו ומודים שבעת החתימה פסולי' היו א"כ בודאי השטר פסול כיון שאין מכחישי' לאחרים והאחרים אגופייהו מסהדי שבשעה שחתמו פסולים היו ולכך אף בליתנייהו קמן הוי ספק מעליא דילמא אילו הוי קמן הוי מודי וזה נכון ודוק. אמנם בדברי הריב"ש מבואר להדיא דאף בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז לא מהני חזרה דהנה בסי' רס"ו האריך לפלפל שם בדבר מה שהזימו עדים את ע"א שלא בפניו וכתב וז"ל וכ"ת העדים המזימין את בונפיל לא העידוהו בפניו והזמה שלא בפניו נהי דהזמה לא הוי מ"מ הכחשה מיהא הוי וכיון דלא הוי אלא הכחשה איכא למימר מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני שהרי בונפיל קרימוד וחבירו וידאל אברם דיבוראין מעידין שהיו שניהם בארלדי וראו הקדושין את"ל שוידאל אברם דיבוראין אין ממש בחזרתו ואלו האחרי' מעידי' שהיה בונפיל בפרפינאן וה"ל תרי ותרי וה"ל כשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה וכו' ע"ש שהאריך בזה והרי התם וידאל אברם חזר בו ואמר ששקר העיד מקודם אלא שהריב"ש שם האריך בזה דלא מהימן דה"ל חוזר ומגיד ע"ש ואפ"ה אף שיש שני עדים המכחישים אותם מחשיב ליה הריב"ש בצירוף חבירו כשני כיתי עדים המכחישים זא"ז אך מ"מ נלפענ"ד דע"כ לא ס"ל להריב"ש דאף דיש שני עדי' המכחישים אותו אינו חוזר ומגיד דהיינו דוקא היכא שהעדים שחזרו בהן אומרי' ששקר דיברו מתחילה לכך לא מהימנינן להו שאין אדם משים את עצמו רשע אפי' שעה אחת ואף מיגו לא מהני בזה כמבואר בסי' מ"ו סל"ז ולכך אף ששני עדים מכחישים אותם מ"מ מאי חזית למסמך אהני סמוך אהני ולא מפקינן אותם מחזקת כשרו' אף שעה אחת וכמו שהוכחתי בסי' ל"א סק"ב דשני כיתי עדים המכחישים זא"ז אף שאח"כ נעשית כת אחת גזלני' לא אמרינן הוכיח סופם על תחלת' למיפסלינהו למפרע ולכך ה"נ אנרינן דהשתא משקרי ואינם חוזרי' ומגידי' לשוייה נפשייהו רשיעי מעיקרא אבל היכא שכת אחת חוזרים בהם ואומרים מוטעים היינו נאמנים לחזור בהן כיון דחזינן דהיכא שמוכח שהעדים טועים כגון שהביא הבע"ד חוב לנפשיה חוזרים ומגידים כמבואר בפ' אלו מציאות ובש"ע כאן אם כן כ"ש הכא כיון שיש שני עדים המכחישים אותם אין לך ראיה גדולה מזו שטעו בתחלה משום דמסתמא אין שני עדים אומרים שקר ומהימנינן לכת זו שחוזרים בהם שטעו מתחלה ובאמת דמן הסברא נראה לומר דאף אנוסים היינו מחמת נפשות או פסולים מחמת קורבה נאמנים לומר עידי השטר כשעדים אחרים מעידים עליהם כן כיון דבזה לא משוי נפשייהו רשיעי

ולכך מהימני באין כ"י יוצאה ממ"א וא"כ אף בנ"י יוצאה ממ"א יש להאמינ' כשעדי' אחרים מעידי' עליהם כן כיון דודאי האמת הוא כן ובזה הוי אתי שפיר דברי הרשב"א שבתוס' כתובות בפשיטות. אך מ"מ יש לפקפק קצת בזה די"ל דבכ"י יוצא ממ"א הוי כאמרי מתחלה בפירוש שלא היו אנוסים ופסולים ולא מהימני לחזור ולהגיד אבל היכא דאין כ"י יוצא ממ"א לא מיחשב קיום כלל כמ"ש התוס' בכתובות דף י"ח ע"ב ד"ה הרי אלו וד"ה אין אלו ע"ש אבל כשאומרי' דמה שהגידו בתחלה מוטעים היו הדעת נותנת דנאמנים כשעדים אחרים מכחישים אותם בעיקר הענין כנ"ל עיקר:

ג וי"א דיכול להוסיף. כ"כ הטור בשם הרא"ש וי"ל דמדברי הרא"ש בפ' האשה שנפלו מוכח איפכא גבי שטר מברחת דפרש"י דהיינו שהודיעה לעדי' שאין מתנתה מתנה אלא כדי להבריח ולא תזכה בהן הבת אם תתאלמן או תתגרש והקשה הרא"ש שם כי כ"י יוצא ממ"א מה מועיל מה שהודיעה לעדים לא אתי על פה ומרעא ליה לשטרא הרי להדיא דאף שלא תמות היא בחיי בעלה הוי מתנה גמורה ועל תנאי זה נעשה מ"מ א"נ בכ"י יוצא ממ"א ואפ"ל דתנאי דמברחת גרע טפי כיון דכתב הרא"ש שם דיכולה לחזור בהמתנה כל ימיה וכ"כ הה"מ פ"ז מה' זכייה בשם הרשב"א שהוכיח כן מש"ס שם א"כ גרע זה משאר תנאי כיון שבעל המתנה יכול לחזור בו תמיד אך לפ"ז הי' נראה דאף באין כ"י יוצא ממ"א א"נ העדי' לומר דשטר מברחת הוא דהוי כשטר אמנה דא"נ העדים אף באין נ"י יוצא ממ"א ובאמת מצאתי כן בד"מ סי' מ"ו סק"ט שכתב דמשמע כן במוהרי"ק דא"נ העדים לומר שטר מברחת הוא אף באין כ"י יוצא ממ"א והב"ש באה"ע סי' צ' ס"ק כ"ח העתיק לשון הרא"ש בפשיטות וצ"ע:

ד משום דמסתמא. הב"י בבד"ה הביא בשם הריטב"א שהקשה אמאי דאמרינן מסתברא דלא מייתי אינש חובתא לנפשיה הא בלא"ה יכול לחזור בו העד תכ"ד ותי' דה"מ מעצמו אבל הכא שחזרו מחמת אימתו של זה דשאל להם וכי רמאי אנא י"ל דאינן חוזרין ומגידין אי לאו דמיסתבר דלא מייתי חוב לנפשיה עכ"ל וי"ל מהא דאמרינן בפ' אלו נערות דף ל"ג ע"א דעדים זוממין לאו בני התראה נינהו ואמר רבה תדע נתרי בהו אימת נתרי בהו מעיקרא אמרו אישתלן נתרי בהו בשעת מעשה פרשו ולא מסהדי נתרי בהו לבסוף מאי דהוה הוה מתקיף לה אביי ונתרי בהו תוך כדי דיבור ופירש"י דיכולין לחזור בהן ולפי דברי הריטב"א מאי קושיא הא אכתי לא יהיו יכולין לחזור בהן די"ל מחמת אימת ההתראה חזרו בהן דהא מהאי טעמא אמרינן דלא מתרינן בהו בשעת מעשה דפרשי ולא מסהדי וכן בפ' אד"מ דף ל"ב ע"ב גבי ד"נ פותחין בזכות אמרינן עלה היכי אמרינן להו אמר רב יהודה הכי אמרינן להו מי יימר כדקאמריתו א"ל עולא חסמינן להו ופרש"י

חוסמין אנו את פיהם כשאנו מכחישין אותם ויחזרו בהן תכ"ד וכ"כ התוס' שם ומאי קושיא הא אף בתכ"ד לא מהני החזרה כיון די"ל מחמת האימה חזרו בהן מדאמרינן דחסמינן להו במאי דאמרינן להו מי יימר כדקאמריתו וענין מה שהקשה הריטב"א ת"ל דהא בלא"ה יכול העד לחזור בו תכ"ד יש לתרץ דמיירי דאמר וכי רמאה אנא לאחר כ"ד של העדים וליכא למימר דכיון דשתק הבע"ד כשהעידו העדי' שתיקה כהודאה דמיא ושוב אינו יכול להכחישם זה ליתא דהא היכא דאיכא טעמא למה שתק לא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא כדאיתא בפ' המפקיד דף ל"ז ע"ב ובחולין ד' ל"ט ע"ב וא"כ ה"נ למה היה לו לצווח נגד העדי' ולהכחישם כיון שאינו מועיל הכחשתו נגד שני עדים וגדולה מזו הוכיח במשנה למלך בפ"ג מה' גניבה מלשון רש"י דאף מי שהודה לעדים ואח"כ ניזומו העדי' דיכול לחזור מהודאתו משום די"ל מחמת ביעתותא דעדי' הודה ע"ש שהניח זה בצ"ע מ"מ לענין שתיקה כהודא' דמיא הסברא נכונה דאין משתיקתו ראיה שהודה לדברי העדים דלמה לו להכחישם ולצווח כנגדם כיון שאינו מועיל דבריו כלל ומצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע ולכך אי לאו טעמא דלא מייתי אינש חובתא לנפשיה לא היו יכולין העדים לחזור בהן לאחר כדי דיבור כן נראה עיקר לפענ"ד:

ל

א חוץ מעידי חבלות. דשם בעי דרישה וחקירה. כתב הרמב"ם בפ"ב מה"ע ד"ג היו העדים מרובים ב' מהם כיונו עדותם בדרישות וחקירות והג' אומר איני יודע תתקיי' העדות בשנים ויהרג אבל אם הכחיש את שניהן אפילו בבדיקות עדותן בטילה וכתב הכ"מ דיליף לה מדמוקי בפ' היו בודקין מתניתין דקתני בדיקות אמר אחד א"י אפילו ב' אומרים אין אנו יודעין עדותן קיימת ומוקי רבא דה"ק אפי' בחקירות ב' אומרים ידענו וא' אומר א"י עדותן קיימת ועלה קתני סיפא אחד חקירו' ואחד בדיקות בזמן שמכחישין זא"ז עדותן בטלה ומשמע דקאי על כל מה דאיתמר ברישא דאף בשלשה עדים הדין כן ועיין בתשובת ב"י ס"י דכתב דלא פסק הרמב"ן כן רק בד"נ אבל בד"מ אף אם הכחישה אחד להשכים בחקירות אין דבריו של אחד במקום שנים ע"ש ולפי זה בדיני אישות להני פוסקים דס"ל דצריך דו"ח כמו בד"נ אף לענין זה הדין כן וכ"כ בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' קל"ח. אך לכאורה יש לתמוה על הרמב"ם מהא דאמרי' בפ' ד' מיתות דף ס' עלה דמתניתין דקתני גבי מגדף בכל יום היו בודקין את העדים בכינוי יכה יוסי את יוסי נגמר הדין לא היו הורגין בכינוי אלא אומרים לו אמור מה ששמעת בפירוש והוא אומר והשני אומר אף אני כמוהו והשלישי אומר אף אני כמוהו ואמרינן עלה סתמא

כר"ע דמקיש שלשה לשנים ופירש"י דאם נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדות של כולן בטלה הילכך בדקינן ליה בהדייהו דאי מתזי' או מתכחיש מבטלינן לסהדותייהו ולשיטת הרמב"ם למה להו להש"ס לשנויי בדחיקא דלכך אמר השלישי אף אני כמוהו בכדי שאם ניזם יבטל כל העדות ולאוקמי כר"ע הא ניחא בפשיטות דלכך הוצרך הג' לומר אף אני כמוהו משום דאם יכחיש את השנים בבדיקות או בחקירות כל העדות בטל וא"כ ה"נ הא השנים הוצרכו לומר שבירך שם בשם כדקתני יכה יוסי את יוסי וא"כ אם יאמר הג' שלא בירך שם בשם או שלא בירך שם זה אלא שם אחר יבטל עדותן וליכא למימר כיון דבמגדף בעינן דוקא שיברך שם בשם ובאם לאו אינו חייב מיתה א"כ כהשלישי יכחיש שלא בירך שם בשם הוי כמכחיש את העדים שלא בירך את השם ואין דבריו של אחד במקום שנים דע"כ לא מהני הכחשת א' במקום שנים אלא כשמעיד ג"כ כמותם אלא שמכחישם בחקירות אז נצטרף לעדותם משא"כ כשמכחישם לגמרי פשיטא שאין דבריו של אחד במקום שנים וכבר כתב סברא זו הרב מוהרי"ט שם זה ליתא חדא דהרי מוהרי"ט העלה שם דהיכא דבא לסייע לעדים אף שלפי דבריו הדין להיפך חשיב הכחשה בחקירו' יע"ש וא"כ ה"נ הרי בא לסייע לעדים אף שלפי דבריו הדין בהיפך חשיב הכחשה בחקירות יע"ש וא"כ ה"נ הרי בא לסייע לעדים שקילל השם ועוד דאכתי הקושיא השניה במקומה דדילמא יאמר השלישי שקילל שם אחר והרי הרמב"ם בפ"ב מהע"ז ד"ז פסק דחייב בין שקילל שם בן ד' הויה או אדני ואף אם קילל בשם הכינוי ג"כ חייב וא"כ צריך לומר ואף אני כמוהו דדילמא יאמר שקילל אותו בשם אחר ממה שאמרו העדים וזה הוי כהכחשה בבדיקות כיון דהמגדף חייב מיתה מ"מ ולא מצאתי מקום לישב קושיא זו אם לא שנאמר דהרמב"ם פירש הא דקאמר בש"ס סתמא כר"ע דמקיש שלשה לשנים הוא מה"ט משום דמה שבטלה העדות כשאחד מכחיש לשנים בחקירות הוא משום כיון דנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה וה"נ כשאחד מכחיש השנים בחקירות או בבדיקות הוי כפסול דהא שנים מכחישין אותו בכך וכל העדות בטילה אך לפ"ז ע"כ צ"ל דלא כהכ"מ דהרמב"ם יליף דין זה ממתני' דפ' היו בודקין אלא דהרמב"ם יליף ליה מש"ס זה דאל"כ למה להו להש"ס למימר סתמא כר"ע הלא משנה מפורשת היא בפ' היו בודקין ושם הוה ליה להש"ס למימר דסתמא כר"ע ועוד דלשיטת התו' שם בפ' היו בודקין מסיק שם רבא דמתניתין דלא כר"ע אך לפ"ז קשה על הרמב"ם דמנ"ל דאם א' מכחיש השנים אף בבדיקו' עדותן בטילה דהא מש"ס זה אף לפי פירושו אינו מוכח רק דבחקירות עדותן בטילה דהא אם יכחיש באיזה שם קילל זה הוי הכחשה בחקירות לשיטת הרמב"ם והמחבר בס"ב דכל דבר שגוף העדו' תלוי בו

כגון במה הרגו בסייף או באירון או יין או שמן היה מיחשב חקירות וא"כ דילמא דוקא בהכחשה בחקירות כל העדות בטילה ולא בבדיקות וצ"ע ובדין הראשון שכתב הרמב"ם דאם השלישי אומר א"י תתקיים העדות בשנים הוא תמוה טובא דהא בש"ס דפ' היו בודקין קאמר רבא דמתניתין ה"ק אפילו בחקירות ב' אומרים ידענו וא' אומר א"י עדותן קיימת כמאן דלא כר"ע דמקיש שלשה לשנים ופירש"י משום דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דבעינן שיוזמו כולן והתוס' פירשו דכיון שאמר א"י ה"ל כאלו נמצא קרוב ופסול דכל העדו' בטל וא"כ כיון דאנן קי"ל כר"ע כל העדות בטילה וכבר הרגיש בזה הלח"מ ותי' דהרמב"ם ס"ל כשיטת רש"י דהטעם לר"ע משום דבעינן שיוזמו כולן וא"כ בעינן שיעידו תכ"ד והרמב"ם מיירי לאחכ"ד ע"ש וא"כ לפי דבריו לשיטת התוס' כל העדות בטילה והיכא שהעידו תכ"ד אף הרמב"ם מודה דכל העדו' בטילה ויותר נרא' דהרמב"ם ס"ל כפי' התוס' דהא דקאמר כמאן דלא כר"ע היינו משום דדמי לנמצא א' מהן קרוב או פסול אלא דס"ל דרבא לא אמר כן אלא לרב ששת דאמר מעיקרא דמתניתין קתני דעדותן בטילה וכר"ע והוכיח רבא דמתניתין קתני דעדותן קיימת ודלא כר"ע והיינו לטעמיה דרב ששת אבל באמת רבא ס"ל דל"ד דין זה לנמצא א' מהן קרוב או פסול דכיון דהג' אמר א"י בחקירו' לאו עד הוא כלל ובמקיימי דבר דיבר הכתוב כדאיתא בפ"ק דמכות והוכיח הרמב"ם כן מהא דאמר סתמא דהש"ס בפ' ארבע מיתות הא דקתני והשלישי אומר אף אני כמוהו דסתמא כר"ע דמקיש שלשה לשנים ואמאי לא פריך הש"ס תרי סתמי סתרי אהדדי דהא בפ' היו בודקין דקתני בחקירות שנים אומרים ידענו והשלישי אומר א"י עדותן קיימת הוא דלא כר"ע וא"כ תרי סתמי סתרי אהדדי א"ו דהאי דינא דפ' היו בודקין אף כר"ע אתיא ורבא דאמר בפ' היו בודקין כמאן דלא כר"ע לדברי רב ששת אמר כן ולי' לא ס"ל כן נ"ל ועיין בסי' ל"ו ס"ב:

ב אם הכחישו. כתב הש"ך בסק"ג וז"ל שתי כיתי עדים המכחישין זא"ז אע"פ שכת אחת הוזמן לקנין וכת אחרת היו אצל הקנין אין אלו נאמני' יותר מאלו כן דייק הב"ח לעיל בס"ס כ"ג מתשו' הרא"ש עכ"ל אך בתשובת הריב"ש סי' קכ"ז כתב בשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז אחת אומרת שבטל' המודעא בגט דהיינו ששמעו שענה הן אחר ביטול המודעות ואחת אומרת שמסר המודעא בפניהם ובשעת ביטול המודעות לא ענה הן דיש להאמין לראשונים לפי שהם הוזמנו להעיד על כתיבת הגט ונתינתו דייקו בעדותן טפי אבל האחרונים לא הוזמנו להעיד בזה ואף שהזמינם הבעל על המודעא מ"מ על נתינת הגט לא הוזמנו אלא שבאו למחזי ולא רמיא מילתא עלייהו ואפשר ששמעו שענה הן ולא נתנו על לבם וכמ"ש הר"ז ז"ל בספר המאור על הא דאמרינן בפ' שבועות הדיינים גבי

ההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוזי דאוזיפתך א"ל ולא פרעתיך בפני פ' ופ' אתו ואמרו להד"ם אמר רב ששת הוחזק כפרן רבא אמר כל מילתא דלא רמיא עליה דאינש א"ל ולאו אדעתיה ועל האי פסקא קשיא הא דאמרינן בפ' ג"פ גבי ההוא דא"ל ולא פרעתיך בפני פ' ופ' ואסיקנא התם יבואו פ' ופ' ויעידו דצריך לברר ותי' הרב בעה"מ דההוא דג"פ מיירי שאומר שהוזמנו העדים ההם על הפרעון וכיון שהוזמנו דייקו אבל ההוא דש"ה מיירי שלא הוזמנו על הפרעון אלא שטוען שראו הפרעון ומש"ה לא דייקי דאפשר שפרע בפניה' ולא נתנו אל לבם ומש"ה קי"ל כרבא וגרסי' מילתא דלא רמיא עלייהו דאינשי ולאו אדעתייהו ועל העדים אומר כן ולמדו מדבריו שיותר יש לסמוך על דברי העדים שהוזמנו להעיד מאותן שלא הוזמנו להעיד דכיון דלא רמיא עלייהו לא דייקי ועל מה שראו ושמעו יעידו של"ר ול"ש אלו הן תורף דברי הריב"ש הרי להדיא דלא כהב"ח ומעתה לכאורה יש לתמוה על הש"ך דבסי' ע' סק"ו הסכים לדעת בעה"מ והרמב"ם והרבה פוס' דמפרשי מילתא דלא רמיא עליה דאינש קאי על העדים ואפ"ה סובר כאן דאין העדים שהוזמנו על העדות יותר נאמנים מאותן שלא הוזמנו ולכאורה י"ל דע"כ לא ס"ל לפוס' אלו דאמרינן דהעדי' לא דייקי אלא כשהעדי' אומרים העדר פעולה כגון שלא ראו הפרעון או שלא שמעו שאמר הן על ביטול המודעא אבל כשהעדים אומרים שראו איזה מעשה אף שלא הוזמנו לא שייך לומר דלא דייקי ויעידו שראו מה שלא ראו כלל וראיה גדולה לזה דאל"כ תקשה לפוס' אלו דס"ל דאף נגד בע"ד אמרינן דעדי' לא דייקי במילת' דלא רמי' עלייהו א"כ האיך מועיל עידי הזמה בכל דוכתי שמזימים ואומרים לעדים עמנו הייתם במקום פ' וביום פ' והלא זה הדבר לא רמיא עלייהו דעדי הזמה למידק בשעת ראיית העדות שהיו במקום אחר ואפ"ה מהימני להזימם ולא אמרי' דלא דייקי א"ו כיון שמעידי' עידי הזמה שראו אותם ביום פ' במקום אחר לא שייך לומר דלא דייקי לומר שראו במה שלא ראו כלל והא דאמרינן בפ' שה"ד גבי פרעתיך בק' קבי עפצא דקיימי בשיתא שיתא א"ל לאו בארבעה ארבעה הוי קיימי ואתו תרי סהדי ואמרו אין בד' ד' הוי קיימי אמר רבא הוחזק כפרן א"ל רמי בר חמא והא אמרת כל מלתא דלא רמיא וכו' א"ל רבא קיצותא דתרעי מידכר דכירי אלמא אף כשהעדים אומרים דבר מעשה מה שראו נמי לא דכירי זה ליתא די"ל דקושית הש"ס הוא דנאמר דהלוה לא דכיר כמו עדים דאף להפוס' דמפרשי אעדים מודים דאף בלוה נמי אמרינן הכי כמבואר בבעל המאור בפ' ג"פ ע"ש ובלוה גופיה אין חילוק בין דבר מעשה או העדר פעולה כיון שא"צ לזכור במה פרעו כדפרש"י שם שוב מצאתי כן להרשב"א בחידושיו לשבועות גבי הא דאמרינן מילתא דלא רמיא עליה דאינש לאו אדעתיה הרז"ה פירש העדים כיון

דלא רמיא עלייהו ולאו אדעתייהו והן ששכחו וכן פי' לקמן בעובדא דעפצא דעדים הם ששכחו בקיצותא ויש מקשי' עליו שאין ראוי לומר דעדי' שכחו כמה מזדבן קבא דעפצא ויעידו עכ"ל הרי דמחלק בהדיא בין כשהעדים אומרים העדר פעולה לאומרי' דבר מעשה כמ"ש ולפ"ז י"ל דהש"ך מיירי כאן כשהעדים שלא הוזמנו מכחישי' דבר מעשה שראו הדבר ולכך לא גרעו מאותן שהוזמנו והריב"ש הא מיירי באומרים שלא שמעו שהוא העדר פעולה שייך שפיר לומר דלא דייקי ומעתה אין כאן מחלוקת וזה הוא דלא כתשובת מבי"ט ח"ב סי' רל"א שהביא דברי הריב"ש לחלק בין הוזמנו ללא הוזמנו אף כשאומרים אותן שלא הוזמנו דבר חדש ופעולה מ"מ נאמנים יותר אותן שהוזמנו להכחיש ע"ש. אמנם ראה זה מצאתי לבעל מל"מ פ"ו מה"ג דין י"ט שכתב על דברי הריב"ש שהבאתי וז"ל ולא ידעתי לאיזה תכלית כתב הרב שהראשונים הוזמנו משום דאין חילוק בין הוזמנו ללא הוזמנו אלא כשמעידין על העדר פעולה דאז אמרינן אם לא הוזמנו אין עדותן עדות משום דלא רמיא עלייהו ולא דייקי אבל במעידים שנעשה פעולה אחת אף אם לא הוזמנו עדותן עדות דאטו בשביל שלא הוזמנו יאמרו שראו מה שלא ראו ואם כן בנידון זה שהראשונים העידו שבטל המודעא נאמנים עד כאן לשונו הרי שהרב בעל מ"ל תפס בפשיטות דלא שייך מילתא דלא רמיא עליה אלא בהעדר פעולה. אך מ"מ במה שתמה דלמה ליה להריב"ש לומר שהראשונים הוזמנו נראה שלא ירד לסוף דעתו של הריב"ש בזה דודאי אין כוונת הריב"ש לומר דאותן שאומרים שלא בטל המודעא כיון שלא הוזמנו אמרינן דה"ל מילתא דלא רמיא עלייהו ולאו אדעתייהו דלא שייך לומר כן אלא במילתא דפרעון דאף שראו שפרעו אין תועלת בעדותן כלל דהא המלוה את חבירו בעדים א"ל לפרעו בעדים משא"כ התם כשאנו אומרים דהאמת הוא שבטל המודעא הרי הדבר תועלת גדול שבטל המודעא וכ"ש בעובדא דהריב"ש שהם היו עידי המודעא שמסר המודעא לפניהם והוזמנו לכך א"כ יש תועלת גדול במה ששמעו אח"כ ביטול המודעא והאיך שייך לומר בזה שהוא מילתא דלא רמיא עלייהו ולאו אדעתייהו כיון שיש תועלת גדול בעדותן וע"כ צ"ל כן דאל"כ בשנים אומרים ראובן לוה משמעון מנה ושנים אומרים לא לוה נהימני להראשונים ונאמר דהאחרונים לא דייקי כיון שהוא העדר פעולה ומילתא דלא רמיא עלייהו א"ו דזה ליתא משום דאם האמת הוא שלוה בפניהם הרי הוא תועלת גדול מה שראו שראובן הלוה מנה לשמעון ולא שייך לומר דלא דייקי בזה א"ו דהכי הוא כוונת הריב"ש כיון דחזינן במילתא דלא רמיא עלייהו דעדי' והוא בדבר שאין תועלת בעדותן כלל יש חילוק בין הזמינם לעדות ללא הזמינם דכשהזמינם דייקי טפי ה"נ י"ל אף במילתא דרמיא עלייהו ומכחישים זא"ז יותר יש להאמין לאותם

שהוזמנו לעדות דדייקי טפי מאותן שלא הוזמנו דאיכא למימר ששכחו עדותן וז"ב. אך אכתי י"ל דכמו שהוכיח הריב"ש מהתם דיש חילוק אף במילתא דרמיא עלייהו בין הזמינם או לא מדחזינן דיש חילוק במילתא דלא רמיא עלייהו בין הזמינם או לא ה"נ נאמר כיון דחזינן במילתא דלא רמיא עלייהו דיש חילוק בין אומרי' על העדר פעולה לדבר מעשה כמש"ל ה"נ בב' אומרים לוה וב' אומרים לא לוה נאמין לראשונים כיון שהן אומרי' על דבר מעשה והאחרוני' על העדר פעולה ואפשר לומר דהריב"ש אינו מחלק כלל בין העדר פעולה או דבר מעשה וכמ"ש בחי' הרשב"א לשבועו' לשיטת הרז"ה וכ"ה דעת המבי"ט שהבאתי לעיל ולכאורה יש להוכיח כן מהא דאמרינן בכתובו' דף כ' ע"ב גבי תלוליות הרחוקו' חדשות טהורו' ישנות טמאות איזה ישנה ס' שנה דברי ר"מ ואמרינן עלה א"ר חסדא ש"מ מדר"מ האי סהדותא עד ס' שנין מידכר טפי לא מידכר ומאי הוכחה מדר"מ שאני גבי תלוליות שהוא העדר פעולה שמעיד שלא ראה שנקבר אדם שם לכך לא מידכר לאחר ששים שנה משא"כ כשהעד מעיד על דבר מעשה מידכר דכיר לעולם א"ו דאין חילוק אך אי משום הא לא איריא די"ל באמת האידנא דרב חסדא קאי דוקא על העדר פעולה דומיא דתלוליות בזה א"נ לאחר ששים שנה אבל כשמעיד על דבר מעשה מעיד אף לאחר ס' דלא שייך לומר ששכח ויעיד שראה על מה שלא ראה ואדרבה משם יש ראיה דיש חילוק בין דבר מעשה להעדר פעולה דהא הש"ס מסיק התם עלה דר"ח ולא היא התם הוא דלא רמיא עליה אבל הכא כיון דרמיא עליה אפילו טובא נמי ופרש"י דכיון שעשאוהו עד בדבר מידכר דכיר ושמעתי להקשות דהא מ"מ הוי עדות שא"א יכול להזימה דהא אם יבואו עדים אחרים ויאמרו עמנו הייתם קודם ששים שנה לא מהימנינן להו דהא לא יחדם לעדים ולא מידכר לאחר ס' ודוחק לומר דמיירי בדיני ממונות דלא בעינן עדות שאאי"ל דאכתי קשה דאמאי אמר ולא היא דילמא ר"ח מיירי בעידי גיטין וקדושין וד"נ ועוד לשיטת הש"ך בס"ס ל"ג אף בד"מ בעינן עדות שיכול להזימה א"ו דאף ר"ח לא אמר אלא בעדות שהוא העדר פעולה אבל כשמעידין על דבר מעשה לא שייך לומר דלא דכיר ואומר שראה על מה שלא ראה ומשום הכי כשעדים מזימין ואומרים עמנו הייתם במקום אחר קודם ששים שנה בודאי זוכרי' ומהימני ומעתה כיון שהוכחתי דיש חילוק בין העדר פעולה לדבר מעשה הדרא קושיא לדוכתה דאף בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז במילתא דרמיא עלייהו נאמר נמי שהמעידים על דבר מעשה יהיו נאמנים יותר כמו דמחלקינן בזה במילתא דלא רמיא עלייהו ואפשר לומר דהריב"ש ס"ל מסברא דיש לחלק בין הוזמנו לעדות ללא הוזמנו וכמו דס"ל להטור בס"ס כ"ג לענין דיין ועד אלא שמביא כדמות ראיה מדברי בעל המאור דיש חילוק בכך אבל

לענין העדר פעולה מוכח בכמה דוכתי דאין סברא להאמין להמעיד על דבר מעשה יותר בדבר דרמיא עלייהו כדמוכח ממתניתין דפ' עגלה הערופה דאחד אומר ראיתי ההורג ואחד אומר לא ראיתי הוי הכחשה ע"ש וכן הביא ראיה בהגמ"ר דסנהדרין בשם בעל העיטור וכמבואר בסי' כ"ט ס"ג אך מ"מ כיון שהריב"ש לא סמך את עצמו על טעם זה לבד וכתב שם עוד טעמים אחרים הדבר צ"ע לדינא ובפרט דמתשוב' הרא"ש שהביא הטור בס"ס כ"ג משמע דדוקא בדיינים דינא הכי כמ"ש הב"ח שם:

ג הוחזק כפרן לאותו ממון ומשלם ר'. הסמ"ע כתב דהכא לא שייך לומר דאין העדים מצטרפין לממון ולחיוב שבועה דכיון דהם עידי הודאה אף ששמעו ממנו בזמנים מתחלפין מ"מ יכול להיות שפקדון א' הודה לפניהם ולכך לא מיקרי זה עדות ע"י צירוף והט"ז השיג עליו דאם כן א' אומר ק' וא' אומר ר' נמי לימא דעל הלואה א' מעידים להתחייב גם שבועה אחר שישלם הפחות והא ודאי ליתא דא"כ ה"ל להפוס' להזכיר שבועה בס"ב ומכח זה העלה דהכא מיירי דהעדים מכחישים זא"ז בזמן א' דזה אמר שהודה נ' וזה אמר שהודה ק"ן ולכך לא הוי עידי צירוף כלל ובס' תלינן דזה אמר ק' וזה אמר ר' בזמני' מתחלפי' וא"כ הוי עידי צירוף ולכך אינם מתחייבים ממון ושבועה ובאמת אם זה אומר ק' וזה אומר ר' בזמן א' צריך שבועה על המותר זהו תורף דבריו ודבריו תמוהי' לפענ"ד דהא ההוא דינא דס"ב בז"א ק' וז"א ר' עיקר מקורו מש"ס דפז"ב דף ל"א פלוגתא דב"ש וב"ה דב"ש ס"ל נחלקה עדותן וב"ה ס"ל שיש בכלל מאתים מנה וע"כ דמיירי בזמן א' דבשני זמנים לא פליג ב"ש דנחלקה עדותן דהא הוי עדות מעליא ע"י צירוף דהא אין מכחישין זא"ז כלל וכן משמע התם בכולה סוגיא ומה שהקשה הט"ז דא"כ בז"א ק' וז"א ר' נמי לחייב שבועה על המותר נ"ל דלק"מ דלא מבעיא לפי שיטת התה"ד ובסי' של"ד והביאו הש"ך בסי' פ"ג ס"ק ט"ו דבמודה במקצת וע"א מסייעו וע"א מכחישו העד המסייע פוטרו משבועה א"כ ה"נ כיון דז"א ק' וז"א ר' בזמן אחד לא מתחייב הנתבע שבועה משום העדאת עדים דהא העד האומר ק' מסייעו שלא לוה ממנו רק ק' בזמן ההוא ומכחיש התובע שאומר שהלוה לו ר' בזמן ההוא ואף שהשני אומר ר' מ"מ העד המסייע פוטרו לשיטת התה"ד אלא אף לשיטת הט"ז והש"ך שם דאוקי עד לגבי עד ומתחייב הנתבע שבוע' משום הודאה במקצת מ"מ הכא כיון דאינו מתחייב שבועה על המותר רק משום העדאת עדים ומשום דר"ח קמייתא א"כ י"ל דע"כ לא מתחייב שבועה על המותר רק היכא דחייב שבועה על המותר לפי דברי שני העדים ומטעם שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים אבל הכא כיון דלפי דברי העד אחד מן השנים פטור הוא מן השבועה על המותר דהא מסייעו שלא לוה רק ק' בכה"ג לא

מתחייב שבועה על המותר מדר"ח קמייתא דלא מיקרי הכא העדאת עדים כיון דלפי דברי האחד פטור מהשבועה על המותר ולפ"ז הכא דמיירי בעידי הודאה שז"א שהודה נ' וז"א ק"ן בין שהיה בזמנים מתחלפים בין שהיה בזמן א' מ"מ מתחייב שבועה על המותר דנהי שהעד מסייעו שלא הודה אלא נ' מ"מ יכול להיו' שגוף ההלואה או הפקדון אמת ומתחייב שבוע' על המותר מדר"ח קמייתא והוחזק כפרן משא"כ בגוף ההלואה אף כשמכחישי' זא"ז בזמן א' ז"א ק' וז"א ר' פטור משבועה על המותר ודלא כהט"ז וכן נ"ל עיקר

ד עדותן מצטרפת וכו'. יש לי מקום עיון בשני עידי צירוף כגון לענין פרעון שטר המבואר בס"ח או בשני עידי צירוף המעידין לפסול איש אחד שאחד העיד שגנב והשני העיד שהלוה בריבית דמצטרפין לפסלו כמבואר בסי' ל"ד סכ"ח בהג"ה ויש שני עדים המכחישים שני המעשים ואומרי' להד"ם אי דיינינן להו כתרי ותרי וא"כ לענין פרעון שטר לא מפקינן מיד המוחזק ולענין לפסול הוי זה האיש ספק פסול כדאיתא בסי' ל"ד סכ"ח או דילמא כיון ששנים האחרונים מסייעים זה לזה ומכחישים את שני המעשים הוי כחד לגבי תרי כיון שכל א' מעיד על מעשה מיוחדת ואין השני מסייעו ושני עדים אומרים שכל א' מהמעשי' הוא שקר אין דבריו של א' במקום שנים והאחרוני' מהימני ולכאורה יש להוכיח דאף בכה"ג חשיבי כתרי ותרי מהא דפרכינן בפ"ב דכתובות גבי שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על אחד מהן אם עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם ופריך התם ערעור דמאי אי ערעור דגזלנות' תרי ותרי נינהו ופרש"י והרי"ף והרא"ש דמאי מהני מה שמעידין עליו הא מ"מ תרי ותרי נינהו ופסול מספק ומאי קושיא דילמא מיירי שכל א' מעיד לפסלו בגזלנותא במעשה מיוחדת ולכך מועיל עדות המכחישים דהוי כחד לגבי תרי וכן קשה מהא דפריך בקידושין דף ס"ו גבי ינאי המלך אילימא דתרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי תרי ותרי נינהו ומאי קושיא דילמא מיירי דתרי אמרי אשתבאי לא אמרי על זמן א' אלא דע"א העיד שראה אותה בשביה ביום פלוני ועד השני אומר שראה אותה ביום אחר ולכך כי אתי תרי ואמרו דלא אשתבאי כלל ה"ל כחד לגבי תרי והאחרונים נאמנים א"ו דאף בכה"ג הוי תרי ותרי אולם לפענ"ד יש ראיות מכריחות יותר להיפך דבכה"ג לא הוי כתרי ותרי חדא מהא דאמרינן בפ' מרובה דף ע"ג דרבא סובר דעד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל משום דעד זומם חידוש הוא דמאי חזית דצייית להני צייית להני הילכך אין לך בו אלא משעת חידושו ואילך וא"ד משום פסידא דלקוחו' מאי בינייהו דאסהידו בי' ב' לחד וב' לחד להך לישנא דאמרת משום חידוש ליכא ומשום פסידא דלקוחו' איכא ופירשו התוס' שם הא דאמרינן דאסהידו ביה

ב' לחד אין לפרש שיש ב' עדים מזימים על כל א' ולכך לא הוי חידוש דמה בכך הא תרי כמאה אלא דמיירי שאין הניזומי' מסייע אחד לחבירו שאין האחד יודע כלום בעדותו של חבירו שראה אחד מחלון זה ואחד מחלון זה או בהודאה אחר הודאה ואלו שנים מזימין את שניהם שכך שוים אלו כמו אחרים ולא נקט האי לישנא אלא משום דמשתמע מיניה שאין הניזומים מסייעין זה לזה הרי להדיא דכיון שאין הניזומים מסייעין זה לזה והמזימים מסייעין זה את זה לא הוי חידוש במה שהמזימים נאמנים דהוי כחד לגבי תרי כיון ששניהם מעידי' על כל אחד שהי' עמהם ביום זה במקום אחר וא"כ ה"נ כיון ששנים מכחישי' את שני המעשים של כל אחד מעדי הצירוף הוי כחד לגבי תרי ואין להוכיח משם דאף כששני עדים מעידים על מעשה אחת אלא שלא ראו כאחד אלא זה מחלון זה וזה מחלון זה ושנים מכחישים אותם דג"כ האחרונים נאמנים דזה ליתא דכל היכא שמעידים על מעשה אחת אף שזה ראה מחלון זה וזה מחלון זה ושנים מכחישים אותם דזה המעשה לא היה א"כ מ"מ יש שני עדי' נשרים דזה המעשה אמת ומה בכך שלא ראו ביחד אבל התם לענין הזמה כיון דשנים אחרונים מזימין אותם ואומרים להם עמנו הייתם א"כ עיקר הכחשתם אינו בגוף המעשה אלא שמכחישים אותם בהזמן דזה היום שאומרים הראשוני' שראו המעשה אומרים האחרוני' עמנו הייתם במקום אחר וא"כ כיון שהראשוני' אינן מסייעים זה לזה בראייתם שכ"א ראה מחלון אחר ולא ראה את חבירו כלל והאחרונים מזימין אותם ואומרים להם שבאותו היום עמנו הייתם הוי כחד לגבי תרי כיון דמה שמכחישים כל אחד שהיו עמהם במקום אחר הוי כמעשה אחרת והאחרונים מהימני וליכא חידוש כלל וזה ברור ועוד ראיה ברורה מהא דכתב הריטב"א בפ"ב דכתובו' והביאו הש"ך בסי' מ"ו ס"ק י"ב בשם הירושלמי הם אומרים אינו כתב ידינו ואחרים אומרים כתב ידם הוא תני ר' חייא לא מעלין עידי השטר ולא מורידין פי' שהעדי' האומרי' אינו כת"י מיירי שאין אחד מהן מעיד אלא על שלו ואידך דמכחישי' מעידים על כל אחד ואחד מהם והוי לי' תרי לגבי חד אמר ר' יוסי מתניתין אמרה כן אם יש עדי' שהוא כתב ידם אין נאמנים וטעמא דליכא למימר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאפילו אמרו אינו כתב ידם לא מהני להו כיון שיש עדים שהוא כת"י ע"כ וכ"כ הרא"ה בחדושיו לכתובות הרי להדיא דאף שיש שני עידי צירוף שהשטר פסול דהא כל אחד אומר שאינו כת"י ושטר בע"א אינו כלום היכא שהבע"ד מכחישו וא"כ הוי כאחד אומר שפרע מנה בניסן ואחד אומר בתשרי דמצטרפין כמבואר בס"ח אפ"ה כיון ששנים מכחישים את כל אחד בעדות שלו לבדו הוי כתרי לגבי חד הרי להדיא דשנים המכחישים עידי צירוף חשיבי כתרי לגבי חד ולענין מה שהקשיתי מפ"ב דכתובות הא

דפריך אי בערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו ולא משני דמיירי בעדות מיוחדת י"ל דעדיפא מיניה משני כגון דאמרו שעשה תשובה וגם הא דפריך בקדושין גבי ינאי המלך אי דאמרו תרי אשתבאי וכו' ולא משני בעידי צירוף י"ל דלא ניחא ליה לאביי לשנויי דמיירי בעידי צירוף דהא רבנן דריב"ק ס"ל דלא מהני עידי צירוף בכל דוכתי וזה דוחק דחכמים הראשונים שהיו בימי ינאי המלך כולהו ס"ל דמהני עידי צירוף ולא כרבנן דריב"ק וע' בסנהדרין ל' ע"ב ועדיין הדבר צריך ישוב אך מ"מ העיקר דשנים המכחישי' עידי צירוף מהימני משום דהעידי צירוף חשיבי כחד לגבי תרי כמו שהבאתי לזה ראיות מוכרחות וגלויות אמנם ראה זה מצאתי באה"ע סי' י"ז בקונטרס העגונות אות ס"ה בשם מוהר"י בן לב בשני עדים אומרים עכו"ם הסיח לפי תומו שפ' מת ובאו אחרים אחד אומר העכו"ם לא הסיח לפי תומו רק ע"י שאלה והשני אמר העכו"ם הסיח לפי תומו רק שאמר שהיה מסופק אם הוא פ' אע"ג דשני העדי' האחרוני' מכחישים זא"ז מ"מ שניהם מסכימי' דלא תנשא וא"כ הוי תרי לגבי תרי ע"כ הרי להדיא אף דהעדים הראשונים מכחישים שני המעשים שאומרים האחרונים מ"מ הוי כתרי ותרי ועיינתי בתשובת מוהריב"ל עצמו בחלק ג' סי' ד' שהביא ראיה לזה ממ"ש בהג"א פאד"מ דשלשה שישבו בדין ושנים מזכין ואחד מחייב או שנים מחייבין ואחד מזכה ואמנם שנים חלוקין זה על זה ואין ראייתו של זה נראה לחבירו כלל וכן של זה לחבירו נראה כיון דשניהם שוים בזכות או בחובה ה"ל רבים וראיה כתוב באורך מא"ז ע"כ הרי אף דשניהם מסכימים יחד משני טעמים ה"ל רבים וה"נ כיון דשנים מסכימי' דלא תנשא ה"ל שנים אף שאינו מטעם אחד והנה לכאורה ראייתו אינו כלום דשאני התם דכיון ששנים מכחישים את האחד אף שהוא משני טעמים ה"ל רבים כמו עידי צירוף דמהני אבל היכא דשנים אחרים מכחישים את שני העדים שע"י צירוף בשני המעשים הוי כל עד במעשה שלו כחד לגבי תרי וכמו שכתבתי לעיל וליכא למימר דהתם נמי נימא כיון דלכל אחד אינו נראה ראייתו של חבירו ואחד אומר להיפך משניהם א"כ הוי כנגד כל טעם וטעם שנים המכחישים אותו זה ליתא דמ"מ כיון דשנים מסכימים בזכות או בחוב ה"ל רובא דמ"מ מסתמא אחד מהם סברתו אמת כמו דאמרינן בעידי צירוף משא"כ כששני עדים מסייעים זה לזה ומכחישים שני העדים שע"י צירוף בשני המעשים חשיבי כחד לגבי תרי. אך לפ"ז היה יוצא לנו מזה בחמשה דיינים ושנים מזכים ושלשה מחייבין מג' טעמים הוי המזכים רובא דכיון דשנים המזכים מסייעים זה לזה הוי השלשה שאומרים להיפך מג' טעמים כחד לגבי תרי ועכ"פ לא הוי השלשה רובא נגד השנים ועיין בסמ"ע בסימן י"ח ס"א ע"ש. אמנם הש"ך בסי' כ"ה בס"ק י"ט הביא ראי' לדברי הג"א מהא דאמרינן פאד"מ

ת"ש שני סופרי הדיינין כותבין דברי המזכין ודברי המחייבין ופרכינן בשלמא דברי המחייבין וכו' אלא דברי המזכין מ"ט ומשני כדי שלא יאמרו טעם אחד משני מקראות ואמאי לא משני כדי שלא יאמרו שנים משני טעמים א"ו דאף בכה"ג אזלינן בתרייהו א"כ לפ"ז מוכח דאף שיש שנים המכחישים כל טעם לא חשיב רובא דאל"כ אכתי קשה הא בד"נ איכא כ"ג דיינים ואכתי ליחוש דילמא המזכין יהיה להם כל אחד טעם אחד ויהיה הרוב וקצת דיינים יהיו מחייבין א"כ המחייבין הם הרוב ולכך צריך לכתוב טעם המזכין א"ו דאף בכה"ג חשיבא רובא וא"כ ראיית הרב מוהריב"ל נכונה דאף לענין עדות מהני בכה"ג. אמנם כבר הוכחתי בראיות ברורות להיפך. ועוד יש לתמוה לפי מה דמדמי מוהריב"ל דיינים לעדים וכפי מה שהוכיח הש"ך מהש"ס דאף לענין ד"נ הוי רוב כשהדיינים מסכימים כא' מטעם אחר קשה הא בספ"ק דמכות איתא להדיא דבד"נ פסול עדות מיוחדת וכ"ש עידי צירוף ואמאי מהני לגבי דיינים כשמסכימי' משני טעמים הא הוי כעידי צירוף. ומה שנראה לי עיקר בזה הוא דיש חילוק בין דיינים לעדים דעדות האמינה תורה לשנים משום דתרי ודאי קושטא קאמרי ואף שמאה מכחישים אותם תרי כמאה ומאה כתרי ולא אזלינן בתר רוב דיעות ולכך אף שעידי צירוף מהני בדיני ממונות כשאין מי שיכחישם מ"מ כששניהם מכחישים כל מעשה הרי על כל מעשה יש שני עדים המכחישים ואין דבריו של א' במקום שנים דתרי ודאי קושטא קאמרי משא"כ לגבי דיינים דאזלינן בתר רוב דיעות היכא דשנים מזכין ושלשה מחייבין מחייבין אותו ולא אמרינן תרי כמאה דלאו משום נאמנות אתינן עלה כיון שמוחלקים בסברא אלא דגזירת הכתוב הוא לנטות אחר הרוב דיעות ואזלינן בתרייהו לדונו במיתה וממון לכך לא משגיחינן כלל בטעם המחייבין או המזכין בעיקרא דמלתא בענין החיוב או הפטור היכי דאיכא רובא שנוטים לזכות או לחייב את הנידון אזלינן בתרייהו ובזה מיושבים דברי הרב מוהריב"ל דמיירי התם בתשובה להדיא בנשים המכחישים זא"ז בענין העכו"ם המסל"ת דבעדות אשה אף נשים נאמנים ולכך יפה פסק דכיון דשתי נשים מסכימים דלא תנשא הוי כתרי ותרי דבפסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות כדאמרינן בפ' האשה שלום כ"מ שהאמינה תורה פסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות ולכך כיון דשתי נשים מכחישי' בשני ענינים את שתי הנשים האומרים שהעכו"ם מסל"ת ושניהם מסכימין דלא תנשא הוי כתרי ותרי וזו הסברא נכונה וקילורין לעיני' ודוק היטב ומעתה לא יפה עשה הרב בעל חלקת מחוקק בקונטרס עגונות שהעתיק דברי מוהריב"ל בסתם בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז בכה"ג דהוי תרי ותרי דנראה ברור דמוהריב"ל לא פסק כן אלא בעובדא דידיה דמיירי בנשים אבל בשני כיתי עדים כשרים המכחישים

זא"ז בכה"ג לא הוי כתרי ותרי והשנים שאומרים שעכו"ם מסל"ת שמת פ' מהימני וא"י ב' אחרים להכחיש אותם מחמת ב' ענינים דבעדים כשרים לא אזלינן בתר רוב דיעות והוי כחד לגבי תרי ואין דבריו של א' במקום שנים וכ"ז ברור לפענ"ד:

ה ועיין באה"ע סי' קמ"ג ס"י. פירוש דשם נתבאר דמי שנותן גט לאשתו על תנאי שתתן לו מאתים זוז וחזר והתנה עליה תנאי אחר בפני עדים שתשמש את אביו לא ביטל שני את הראשון ואין אחד מן הראשונים ואחד מהאחרוני' מצטרפין וכתב הב"ש שם אע"ג דבכל עדות דבר איסור מצטרפין לעדות שאני הכא דכל תנאי ותנאי אחר הוא ופשוט בעיני ואיני יודע מ"ש הרב רמ"א בח"מ סי' ל' ועיין בסי' קמ"ג ס"י מה ענין דינים דשם לדינים דכאן עכ"ל ודבריו אינם מובנים דכיון דחזינן דהיכא דאחד אומר שלוה מנה בניסן ואחד אומר שלוה מנה בתשרי אף דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי מ"מ כיון דלתרוייהו חייב לו מנה מצרפינן להו וה"נ אף שהתנאי דכל אחד תנאי אחר הוא מ"מ כיון דלאו אחד זמן קמסהדי ואיכא למימר דתרוייהו קושטא קאמרי א"כ לפי דברי השנים לא הי' הגט אלא בתנאי ויש לצרפם שלא יהיה גט אלא כשיתקיים תנאי אחד מהן וכן ראיתי למוהרי"ט בתשובתו בחלק אה"ע סי' ל"ח שהקשה קושיא זו והוכיח מזה דלדבר איסור אין מצטרפין ע"ש והנראה בזה דשאני התם כיון דלפי דברי העד הראשון שמעיד שהיה בגט תנאי אחד א"כ עדות השני שמעיד על תנאי אחר אין להאמינו דהא ע"א לא מהימן ולפני העד הראשון לא הוזכר תנאי האחר וא"כ לפי דברי עדותו של כל עד ועד צריך לקיים דוקא התנאי שלו וא"כ הוי כמכחישי' זא"ז ולא מצרפינן להו ואי דתצטרך לקיים שני התנאים הרי אתה מאמין לשניהם וחצי עדות הוא משא"כ בממון דלכל אחד ואחד אם הנתבע ישלם לו ממון יפטר ממנו א"כ הרי שניהם מעידים על דבר אחד ומצרפינן להו וזה נכון ודוק ולפ"ז אף בשטר על תנאי בכה"ג שיש שני עדים שמעידים כא' על תנאי אחר שהיה שכשיעשה כן הלוה יפטר מהחוב והלוה רוצה לקיים שני התנאים לא מצרפינן להעדים לפטור את הלוה מה"ט. כתוב בתשובת זכרון יוסף בחלק אה"ע ס"ז דהא דעידי כיעור מצטרפין אע"ג דכיעור דחזי האי לא חזי האי נראה דמיירי ששניהם העידו בבת אחת טרם שהכחישו אחד מהן א"כ בשותק' מתחילה ולבסוף צווחת ומכחישת' משא"כ בהכחישה כבר עד הראשון תו לא מצטרף עד השני אליו לאוסרה וכן נ"ל דבהלואה אחר הלואה נמי לא מצטרף עד השני להראשון אלא כשעדיין לא נשבע הנתבע על פיו להכחישו דהתם אע"פ שכבר הכחיש הנתבע את העד אינו נאמן מן התורה אלא בשבועה ולכך כ"ז שלא נשבע מצטרף השני עמו לחייב את הנתבע במנה ובהכי ובהכי מיירי בש"ע סי' ל' אבל בשכבר נשבע להכחיש את העד

הראשון ונפטר ממנו שוב אין העד שבא אחריו ומעיד על הלואה אחרת מצטרף עמו לחייב את הנתבע מנה אלא נשבע גם נגדו ויפטר וכן נ"ל להורות עכ"ל ובסוף דבריו סיים וכן משמע בהדיא מדברי הרמב"ן הובא בהגהת רמ"א בסי' ל"ד ס"ס כ"ז והסמ"ע שם ס"ק ס"ז ואף שדעת מהרש"ל ביש"ש והביאו הש"ך שם שאפילו אחר שנשבע נגד שני עדים של שני בעלי דינים מצטרפין לפוסלו מ"מ הרי דעת הרמב"ן והרשב"א שהביא שם שאין מצטרפין עוד לפוסלו ומידי ספיקא לא יצאנו זהו תורף דבריו והנה מדבריו נראה שעיקר הוכחתו משיטת הרמב"ן והרשב"א שאין שני העדים מצטרפין לפוסלו והיינו משום דכיון דכבר נשבע להכחיש את העד כבר האמינתו התורה וזה ליתא כלל דא"כ אמאי אחר שנשבע אין העד ובע"ד מצטרפין לפוסלו והלא התם על דבר א' הן מעידין שנשבע לשקר ואמאי לא נצרפינהו ולפי דבריו צ"ל כיון שאין מעידין בבת אחת שהעד העיד מקודם והבע"ד אח"כ לא מצרפינן להו וזה הוא דבר שאין לו שחר דמ"מ הרי שניהם פוסלין אותו בעבור השבועה דהכופר במלוה לא נפסל אלא כשנשבע וא"כ שניהם מעידין על דבר אחד ואמאי לא מצרפינן להו ועוד דהרי הריב"ש בסי' של"ט הביא בשם הרשב"א דאף הנשבע נגד שני שותפים אינן יכולין לפוסלו אחר השבועה והרי התם הראיה וההגדה הם כאחת ואמאי לא מצרפינן להו א"ו דשאני התם דלא האמינתו התורה לחצאין דכיון שנשבע להכחיש הבעל דבר או העד כיון שהאמינתו התורה לענין ממון אינו נאמן שוב לפוסלו דאין מאמינין אותו לחצאין וכן מבואר שם להדיא טעם זה אבל הכא בעידי צירוף נהי שנשבע להכחיש את העד הראשון מ"מ הרי נתברר אח"כ ע"פ עדים שחייב לו ולא מהני שבועתו לפוטרו מן הממון כמבואר בסי' פ"ז סכ"ט דאף לאחר שנשבע להכחיש את העד אם בא אח"כ עוד ע"א חייב לשלם וה"נ וא"כ כיון שראייתו אינו כלום א"כ הרי מדברי מוהרש"ל והש"ך בסי' ל"ד דס"ל דשני עדים של שני בע"ד מצטרפים לפוסלו לאחר שנשבע נגדם מוכח להיפך ולא מצינו שום חולק עליהם בדבר זה מנ"ל להמציא דבר חדש אשר אין לו שום סמך וסעד בש"ס ופוס' ועוד דהא בפז"ב אמרינן דמהני עידי צירוף משום דמקשינן ראיה להגדה וכמו דא"צ הגדה בב"א ה"נ א"ל ראיה בב"א והרי כשלא הגידו בב"א ודאי מצטרפין אף שכבר נשבע להכחיש את העד כמבואר בסי' פ"ז סכ"ט והיא שיטת הרי"ף והרא"ש והלכה פסוקה הוא וכן מוכח להדיא בש"ס דכתובות דף כ"ו דמוקי התם מתני' דנפק עליה קלא דבן גרושה הוא ואחתיניה ואתא ע"א ואמר ידענא ביה דכהן הוא ואסקיניה ואתו בי תרי ואמרו דבן גרושה הוא ואחתיניה ואתא ע"א ואמר ידענא ביה דכהן הוא ומסיק התם דמצטרפין העד בתרא להעד קמא אף דכבר נכחש העד קמא ע"פ שני עדים מ"מ מצרפינן ליה להעד

בתרא וא"כ ה"נ בעידי צירוף לענין איסור היכא שהכחישו הבעל דבר או בד"מ לאחר שנשבע להכחיש את העד מ"מ כשאח"כ בא העד השני חוזר וניעור העדות של הראשון ומצרפינן להו בין לענין איסור בין להוציא ממון דמה"ת נחלק בין ראיה להגדה וזה ברור לדינא בלי שום פקפוק:

ו כשתבע ממנו שני מנין. וכתב הסמ"ע בשם הב"י דאם ההודאה היה קודם להלוא' א"צ לתבוע שניהם דאין זה הכחשה דאיכא למימר דאמאי שרצה להלו' לו הודה לו קודם הלואה ולא נזדמן שילוה לו באותו יום עד זמן שאמר השני ודייק כן מלשון הרא"ש והנ"י ומה מאוד תמיהני בזה הא הטע' דעידי צירוף מהני הוא משום דודאי א' מהן אומר אמת ואף דלא מסייעי אהדדי מ"מ מסתמא אין שני עדים משקרים יחד א"כ בכה"ג כשהתובע אינו תובע אלא מנה אחת ומביא שני עדים בפני אחד הודה ובפני השני בזמן אחר אח"כ הלוה לו א"כ ע"כ אף לפי דברי התובע אם באנו להשוות דברי שני העדים צ"ל שהודה בפני הראשון מה שרצה להלוות אח"כ א"כ הרי היה אמנה ביניהם שהאמין לו להמלוה שלא יתבענו בחנם א"כ הרי העד הראשון כמאן דליתא דמי דהא אף בשטר כשבאו עידי השטר ואמרי שאמנה היו דברינו ובשעה שחתמנו לא ידענו ואח"כ נתברר לנו אף בנ"י יוצא ממ"א נאמנים לבטל את השטר כמבואר בסי' מ"ו סל"ז ואף שהעדים אינם יודעים דאפשר שבאמת הלוה לו אח"כ מכל מקום השטר ועדותן שבשטר בטל ואם כן ה"נ כיון שלפי דברי התובע העד הראשון כמאן דליתא דמי שהרי אמנה היתה בינו לבין הלוה א"כ היכי מהימנינן לעד השני שהלוה לו אח"כ דדילמא משקר וע"א אינו נאמן להוציא ממון וליכא למימר דמהימנינן להמלוה במיגו דאי בעי היה תובע שני המנים דהוה מהימן לגבות מנה אחת עכ"פ זה ליתא דא"כ אף בהלואה אחר הלואה והתובע אינו תובע אלא מנה אחת נמי להימן התובע במיגו א"ו הא דא"נ משום דהוי מיגו להוציא וא"כ בהודאה קודם הלואה נמי נימא הכי ואפשר לומר דהב"י ס"ל דדוקא בהלואה אחר הלואה והתובע אינו תובע אלא מנה אחד כיון דלפי דברי התובע ע"א מהן משקר בודאי לכן לא מהימנינן להתובע במיגו דהוי מיגו להוציא משא"כ בהודאה קודם הלואה כיון שיש לכוין דברי שני העדים דאף ההודאה אמת הוא אלא שאמנה היתה בינו לבינו א"כ עדות מעליא הוא כיון שהאמת שהלוה הודה בפניו שחייב לו אלא שהמלוה מבטל דברי העד במה שאומר שאמנה היתה הודאתו לכך מהימנינן ליה במיגו ולא הוי מיגו להוציא דשני העדים חשובים כשטר ובשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא וכן מצינו בפוחת שטרו בסי' פ"ד ס"ד דכשאומר שהעדים משקרים השטר בטל דהוי מיגו להוציא אבל כשתובע אומר אמנה היתה ביני לבינו השטר קיים ואמרינן

ביה מיגו להוציא כמ"ש הסמ"ע שם בס"ק י"א ע"ש ודוק. אך מ"מ קשה דהיכי מדמה עדים לשטר דדוקא בשטר אמרינן מיגו להוציא דשטר העומד לגבות כגבוי דמי כמ"ש האחרונים משא"כ בעדים וכ"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק כ"ט ומה מאוד תמיהני על רבינו הגדול הרב ב"י שהוציא דין חדש כזה מדקדוק קלוש שבהרא"ש והנ"י אשר אין זכר לו בדבריהם כלל ומצאתי ראיה ברורה לדברי מדברי הר"ן בחידושיו פז"ב שכתב וכן נמי אם תבעו בע"ד שמתחלה היה חייב לו מאתי' אלא שנפרע ממנו מנה והביא עדים זה אמר הלוהו מנה וזה אמר מאתים אמרינן כיון שנפרע ממנו מנה ע"פ הודאתו א"כ כבר נסתלק עדות הע"א שאמר שההלואה היה מנה וזה שאמר מאתים אין סומכין על עדותו שהרי יחיד הוא וכן נמי בעדים שאין מכחישין זא"ז אלא שכ"א מעיד על מנה בזמנו כשאומר שהיה חייב לו מאתים ונפרע ממנו מנה אין לו כלום שהרי אין לנו לחייב אותו אלא מנה מתוך עדות שני המנים וע"פ הודאתו שנפרע מנה אומרים שנפרע מן הכל זו היא שיטת הרמב"ן שכתב ה' דוד ז"ל משמו עכ"ל והנה ע"כ הר"ן מיירי שהנתבע אומר לא לויתי דאל"כ אף שאין התובע מודה פטור הנתבע ואפ"ה לא מצרפינן שני העדים ביחד האומרים שלוה מפני הודאת התובע שנפרע המנה ומתבטל הע"א לפי דבריו ולא מהימנינן ליה במיגו שלא הודה שנפרע מנה והי' גובה מנה עכ"פ דהא הלוה אומר לא לויתי א"ו כיון דלפי דבריו נתבטל הע"א לא מצרפינן להו א"כ ה"נ בהלואה אחר הודאה כיון דע"כ צ"ל שהודה לו במנה קודם שלוה ממנו ואמנה היתה בינו לבין המלוה א"כ עד ההודאה לאו כלום הוא ואמרינן שעד ההלואה משקר ולא לוה ממנו כלום אח"כ לכן נראה עיקר לדינא דבהלואה אחר ההודאה בעינן דוקא שהתובע יתבע ב' המני' ובפרט שהב"י כתב דמדברי הטור נראה דאף בהודאה אחר הלואה בעינן שיתבע שני המנים ואף שאין דבריו מוכרחים מ"מ בהודאה אחר הלואה העיקר כמ"ש וברור שוב ראיתי בהגהות הט"ז בשם מוהרש"ק שכתב שהרב ב"י חזר מזה בכ"מ דבעינן דוקא שיתבע שני המנים והוא העיקר והוא בכ"מ פ"ד מה"ע ד"ג ע"ש:

ז הא ודאי חד מנייהו שקרן. הסמ"ע הביא דברי הב"י בשם מוהרי"ק ואע"ג דע"א היכא דאחר מכחישו לאו כלום הוא מ"מ אם הוא דבר שיכול להתברר נאמן ע"כ ומה שמפרש הסמ"ע בזה כבר השיג עליו הש"ך ופירש הוא ז"ל דמיירי שהראשון אומר אברר דברי שבעל מום הוא והשני מכחיש אותו עד שאמר בעל מום הוא נאמן הראשון דהרי הוא אומר פשוט בגדיך ואראה לך המום וכן הוא להדיא בגמרא קידושין דף ס"ו ע"ב ע"ש והש"ך השיג ע"ז כי לא נאמר דין זה אלא לענין איסור דע"א נאמן באיסורין אלא כיון שאחר מכחישו אינו נאמן והלכך בדבר שיכול להתברר אמרינן דנאמן להחמיר בדבר

איסור אבל בממון אינו נאמן והגאון בתומים כתב שאינו מבין דברים אלו דבשלמא אי הוה אמרינן דבשביל הך סברא דיכול להתברר יהיה אותו עד נאמן כתרי צדקו דבריו דלא דמי איסור לממון אבל בממון לענין חיוב שבועה בדבר שיכול להתברר מה"ת נחלק בין איסור לממון דכמו דע"א נאמן באיסורין ה"נ נאמן בממון לענין שבועה ולכך אם ע"א אומר גדול הוא ומעשיו קיימי' וע"א מכחישו והראשון אומר הנח אותך לבדוק ויראו בך סימנים הע"א זוקק לשבועה עכ"ל והנה באמת מדברי הש"ך נראה שהרגיש בזה ולכך כתב לחלק דשאני לענין איסור דהחמירו בזה משא"כ לענין ממון דלא שייך חומרא וקולא אך מ"מ דברי התומים נכונים בזה דמה"ת לחלק בזה דהא בש"ס דקידושין מוכח להדיא דנאמן מדינא ולא מחמת חומרא דהא אף מדאורייתא נאמן דהא התם בש"ס יליף ק"ו מזה וגדולה מזו נ"ל דאף בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז בדבר שיכול להתברר נאמנים אותו הכת שאומרי' שבעל מום הוא או שגדול הוא ורוצים לברר דבריהם וראיה ברורה לזה מש"ס דכתובות דף כ"ב ע"ב דמוקי רב אשי התם הא דאמר ר"י בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תנשא ואם נשאת לא' תצא ובשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה אם נשאת תצא ופריך התם מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומוקי לה רב אשי באומרים עכשיו מת עכשיו נתגרשה מיתה ליכא לברורי גירושין איכא לברורי דאמרינן לה אם איתא דהכי הוא אחוי לן גיטא וכ"פ הרי"ף והרמב"ם והטור וש"ע באה"ע סי' קנ"ב דהולד ממזר ודאי אלמא אף בנשאת לאחד מעידיה דלא תצא במיתה מ"מ בגירושין תצא והולד ממזר ודאי משום דאמרינן לה אם איתא דהכי הוא אחוי לן גיטך וא"כ ה"נ לענין בעל מום וכן לענין אם העדים אומרים שגדול הוא ויש לו סימנים אמרינן נמי אם איתא שאין לך מום או סימני גדלות הפשט בגדיך ונראה וכן פירש"י בקידושין שלח ואחוי אם אינך בעל מום פשוט בגדיך ונראה וע"ש והוא דומיא דאחוי לן גיטך דכתובות וא"כ כיון דחזינן דבשביל סברא זו תצא והולד ממזר ודאי מה"ת נאמר דלא מהני לענין ממון וזה ראי' ברורה למוהרי"ק והב"י גם במה דאודי הרב בתומים להש"ך דאינו נאמן כתרי לענין ממון בשביל סברא זו דשלח ואחוי יש לדון בה טובא לפי מ"ש הריב"ש בתשובה סימן קנ"ה בפשט דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' יבום וחליצה דס"ל דבמלתא דעבידא לגלויי לאלתר ע"א נאמן אף לענין ממון ולכך כתב הרמב"ם דאפי' עבד או שפחה וקרוב ואשה נאמנין לומר זהו פ' אחי פ' וזו יבמתו וחולצין על פיהם וכן בשאר עדות של תורה בין לעדות ממון בין לאיסור שזהו דבר העשוי להגלות וכו' והיינו משום שזהו דבר שיכול לחקור מיד ולכך נאמנים נשים לבדוק סימני נערות וכן בשטרי פרסאי מקרינן לשני נכרים זה שלא בפני זה ומגבינן ביה מבני חרי מפני

שהוא דבר העשוי להגלות מיד כי רבים מכירים הלשון ההוא ע"ש שהאריך בזה וא"כ ה"נ לענין מומי עבד וכן לענין סימנים אם ע"א מעיד שיש לו סימני גדלות ומכירתו מכירה והוא מכחישו ומסייע לו ע"א הראשון נאמן מדאורייתא אף לענין ממון דאין לך מילתא דעבידא לגלויי יותר מזה דהא יש ביד הבעל דבר לפשוט בגדיו ולהראות שאין לו סימני גדלות כלל וא"כ כיון שיכול להתברר מיד נאמן מדאורייתא ואין הבע"ד וע"א יכולין להכחישו וליכא לאקשוי מההוא דלקמן סי' מ"ט ס"ב דאפילו אשה וקרוב נאמנים לומר שכך הוא שם הלוה והמלוה ונלמד מחליצה כמ"ש הנ"י ס"פ ג"פ בשם הריטב"א ואפ"ה נאמן הצורבא מרבנן לומר שהקרוב והאשה הטעו אותו ונאמן להכחישם דשאני התם דהרי כבר כתב הריב"ש בסי' קפ"ב לפרש דברי הרי"ף בפ' החולץ דודאי לענין דיני ממונות אינו נאמן קרוב ואשה לומר דזהו אחי פ' בשעת מעשה דמשנה שלימה שנינו האומר זה אחי א"נ אלא כיון דהאשה וקרוב מעידין קודם מעשה בשעה שאין לפנינו שום מערער מהימנינן להו והוחזק על פיהם וא"כ לכך מהני כשהצורבא מרבנן מכחישם דהא אף מתחלה לא הוי מהימני אלא בשביל שאין שום מערער אבל לענין בדיקת הנשים בסימני נערות כתב הריב"ש שם דמהימנינן להו אף בשעת מעשה הן לענין עדות ממון הן למכות ולעונשין משום דאיכא חזקה דרבא דמסתמא הביאו סימנים כשהגיעו לפרקן ע"ש וא"כ ה"נ לא מבעיא כשע"א מעיד שיש לו סימני גדלות לאחר י"ב שנים דודאי מהימנינן ליה משום מילתא דעבידא לגלויי וחזקה דרבא דהא התם אפי' אשה אחת מהימנא כמבואר באה"ע סי' קנ"ה אך אף לענין מומי עבד י"ל דע"א מהימן דזה עדיף טפי מהכרת שם הלוה והמלוה דבשעת עדות ליכא אחר שיכחישו וכן בחליצה לכך לא הוי מילתא דעבידי' לגלויי כל כך מה שא"כ הכא שהבע"ד מכחישו שאין לו מום בכה"ג ודאי נאמן מן התורה שהרי הבע"ד מסתמא יכחישו מיד ונאמן אף בשעת מעשה ולכך מהימנינן נמי בשטרא פרסאה שני עכו"ם מסל"ת אף בשעת מעשה משום דודאי הנתבע והב"ד יחקרו אחריהם מיד ומרתתי לשקר ובודאי לא עדיפי שני עכו"ם מסל"ת יותר מע"א כשר וכדאיתא באה"ע סי' י"ז סל"ז וכן איתא בש"ס דבכורות דף ל"ו ע"ב דהיכא דיש תובע מרתת לשקר טפי ע"ש ואין להקשות לפ"ז למה אמרינן במס' קדושין הטעם דשלח ואחוי וכן בכתובות אחוי לן גיטך ת"ל כיון דיכול לברר מיד מהימני משום מילתא דעבידא לגלויי י"ל דבאמת זה הוא ג"כ כוונת הש"ס דאיכא תרתי למעליותא חדא דמילתא דעבידא לגלויי מיד הוא כיון דהבע"ד יכול להכחישו ולברר דבריו תיכף וגם מדלא מברר דבריו תיכף מסתמא משקר ואידי ואידי חד טעמא הוא והש"ס חדא מנייהו נקט והדבר צריך תלמוד:

ה מחזיקים בפרוע ממנה והנה לכאורה נראה דהתובע צריך לישבע על המותר מדין פוגם שטרו דחייב שבועה אף בפוגם שטרו בעדים כדאיתא בסי' פ"ד ס"א והיינו משום דפרע דייק דמפרע לא דייק ורמי רחמנא שבועה עליה כי היכי דלידוק וה"נ כיון דיש עדים דפרע מקצתו והלוה טוען שפרע כולו נהי דהוחזק המלוה כפרן במה שתבע הכל מ"מ י"ל דבאמת ידע שקיבל מנה ורצה לשקר מ"מ באידך מנה לא דק וסובר שהאמת שלא נפרע ורמינן עליו שבועה כי היכי דלידוק ולא ישבע לשקר אך די"ל כיון דהוחזק כפרן במה שתבע כל השטר ע"פ עדים א"כ נעשה חשוד על השבועה כמו כופר בפקדון דלא שייך כאן אשתמוטי כיון שהוא רוצה ליקח ממון בשקר וגם לא שייך הכא לומר שתובע משום ספק מלוה ישנה כיון שהוחזק כפרן בעדים כמו כופר בפקדון דפסול לעדות ולא תלינן בספק מלוה ישנה אך לפ"ז לשיטת הרמב"ם והובא בסי' פ"ב דאם היה המלוה חשוד נשבע הלוה היסת ונפטר א"כ ה"נ כיון דצריך המלוה שבועה מדין פוגם שטרו והוא חשוד כל השטר בטל וא"כ קשה למה סתמו הבעה"ת והט"ו בזה כיון דתליא בפלוגתא דרבוותא אך י"ל דמיירי הכא שהלוה לא טען שפרע רק מנה אחת וא"כ לא מחייב התובע שבועה כלל ומ"ש הסמ"ע דדמיא לדלעיל ס"ב דבעינן שיתבע שני המנים י"ל דשאני הכא שהנתבע נאמן במיגו דאי בעי היה טוען שפרע שני המנים משא"כ לעיל בס"ב הוי מיגו להוציא וכ"כ התומים ונכון הוא אך מ"מ מלשון הטור ומחבר משמע שהלוה טוען שפרע כל השטר וצ"ע ועיין מ"מ בסי' ל"ד סק"ד:

ט אבל אחרים ששמעו הענין. דעת הסמ"ע דאף ששמעו חקירות שני עדים יחד חשיב נמי עד מפי עד והט"ז חולק דדוקא אם שמעו חקירות ע"א לא מהני אבל חקירות שני עדים בב"ד אחד מהני ולא חשיב עמפ"ע וכן הסכים בתומים וכן עיקר ונראה דה"ה אם שמעו חקירות ע"א בב"ד נמי מהני לענין שבועה דע"א לענין שבועה חשיב כמו שנים לממון דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה אלא דהכא לענין ממון לא מהני מה ששמעו שהעיד כל אחד בב"ד אחר להצטרף שיהיו נחשבים כשני עדים שנגבה העדות בב"ד והוי כעמפ"ע ובתומים משמע להיפך ולא ידעתי למה:

י שכל אחד לא העיד רק על קצת הסימנים אפילו וכו'. כן הוא בש"ס פז"ב ופחז"ה דע"א אומר אחת בגבה ואחד אומר אחת בכרסה לזה לא צריך קרא דחצי דבר וחצי עדות הוא אלא אף אם שנים אומרים אחת בגבה ושנים אומרים אחת בכרסה לא מהני דכתיב יקום דבר ולא חצי דבר ולכאורה יש להקשות לפי מ"ש לעיל בשם הריב"ש דאף ע"א נאמן לענין בדיקת השערות משום דמילתא דעבידא לגלויי הוא וא"כ היכי שייך לומר חצי עדות הוא דהא אף ע"א נאמן בזה ונ"ל דהכא מיירי שהעדים העידו שראו בה השערות

בזמן מוקדם ולעת עתה אין לה שערות שנשרו וא"כ בכה"ג צריך שני עדים דוקא דהא לא עביד לגלויי וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם בספ"ד מה' עדות שכתב וכן אם העיד זה אני ראיתי שערה אחת בצד ימינו של זה וז"א אני ראיתי שערה אחת בצד שמאלו של זה באותו היום אין מצטרפין דברי שניהם כדי שנאמר הרי העידו שניהם שהיה זה גדול ביום פ' וכו' הרי דמיירי שהעידו על זמן מוקדם ובאמת נ"ל דבגוונא שמעידין שבדקו השערות עכשיו אף שאחד מעיד על שערה אחת והשני על השערה השנית נמי מועיל ולא הוי חצי דבר דעד כאן לא גלי קרא דבעינן דבר שלם אלא היכא דהאמינה התורה מתורת עדות לכך בעינן דבר שלם דכתיב יקום דבר ולא חצי דבר משא"כ היכא דהאמינה התורה ע"א ואשה וקרוב והוא משום מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אין חילוק בין דבר שלם או חצי דבר ולפ"ז מיושב הא דלא כתב הרמב"ם בפ"ב מה"א והט"ו באה"ע סי' קנ"ה לענין בדיקת השערות דהאשה שבודקת השערות צריכה דוקא שתראה שתי השערות אבל אם לא ראתה רק שערה אחת וחברתה שערה אחרת לא מצטרפי דהא שם מקור דינים אלו א"ו כיון דהתם מיירי שבודקים בשעת מעשה ולכך אף אשה מהימנא משום מילתא דעבידא לגלויי אין חילוק בין דבר שלם לחצי דבר משא"כ בגוונא דבעינן עדים כשרים גלי קרא יקום דבר ולא חצי דבר כנ"ל ודוק:

יא לא העידה אלא על חצי דבר. כן הוא בש"ס פחז"ה והקשו התוס' שם דא"כ אמאי מהני בעידי חזקה אם העידו כל אחת על שנה אחת ותי' דשא"ה דלא יכולין העדים לראות יותר ממה שראו משא"כ הכא דיכולין לראות שתי השערות והרי"ף תי' שם דשא"ה דעדות כת ראשונה מועלת אף בלא השנית לשלם הפירות להמערער ולכך הוי עדותן דבר שלם משא"כ הכא דכת אחת לא מהני למידי ותי' זה תפס הטור באה"ע סי' קמ"ב בשם הרמ"ה ובש"ע שם סי"א וכמ"ש הט"ז והב"ש שם ע"ש ויש להקשות ממ"ש הטור בסי' ק"מ ובש"ע סי"ב גבי חזקת הבתים דמהני עדות השוכרי' שאומרי' אנחנו דרכו בו ג' שנים יום ולילה ושכרכו אותה מן המחזיק ומבואר שם דאף היכא שיש לכל שנה כת אחרת נמי מהני ומצטרפי' יחד וא"כ לשיטת הרי"ף הדרא קושיא לדוכתה דהוי חצי דבר וליכא למימר דהוי דבר שלם שיצטרך לשלם שכירות להמערער דמאי עדות הוא זה הא בלא"ה הבית של המערער אלא שהוא מודה שהוא חייב לו שכירות ומה עדות הוא זה שיהא דבר שלם הלא מתחייב בהודאתו ובמקיימי דבר דיבר הכתוב ולא בעושי הדבר ואפשר דהטור אזיל הכא והכא לחומרא דבאה"ע לענין גיטין חשש לסברת הרי"ף והכא לענין חזקה חשש לסברת התוס' והוי חזקה ואין מוציאין מיד המוחזק אך אכתי קשה על מ"ש הרב רמ"א לקמן בסי' ר"ה ס"ה בהגה דאם כתבו המודעא במכירה ולא

ידעו העדים באונסו ואח"כ הביא ראיה דאונס היה המכירה בטילה וכ"כ הרב ב"י שם ואמאי מצטרפי הני שתי כיתי עדים והלא עידי מודעא לבד לא מהני כלל וכן עידי האונס לא מהני לבד דתלוהו וזבין זביני זבינא וא"כ הוי חצי דבר ואין לומר דעידי האונס לבד מהני סהדותייהו לפוסלו לעדות דחמסן פסול לעדות כמבואר בסימן ל"ד ולכך מצטרפי נמי עידי המודע' כדאמרינן במרובה דף ע' דמצטרפי עידי קדושין ועידי ביאה אף דעידי ביאה צריכי לעידי קדושין מ"מ כיון דעידי קדושין לא צריכי לעידי ביאה דבר קרינן בהו ע"ש זה ליתא דהא בסי' ר"ה מיירי באמר רוצה אני ובס"פ הכונס דף ס"ב ע"א משמע להדיא דהיכא דאמר רוצה אני וזבין זביניה זבינא ולא מיפסל כלל לעדות אף מדרבנן וכן מוכח מדברי התוס' והרא"ש שם דבאומר רוצה אני אף מדרבנן לא מיפסל וכ"כ הב"ח בסי' ל"ד ובש"ג פז"ב דף רס"א ע"ב וא"כ עידי האונס לבדם לא מהני למידי והוי חצי דבר אך מדברי הה"מ פ"א מה' גזילה דין ט' משמע דאף באומר רוצה אני עובר בלאו וניחא אך להפוסקים דס"ל דלא מיפסל הקושיא במ"ע ודוחק לומר דהב"י והרב רמ"א חוששים לסברת התוס' דלא הוי חצי דבר בכה"ג ולכך מוקמינן הקרקע בחזקת מ"ק דא"כ הדרא קושיא הראשונה לדוכתה דאמאי לענין חזקה מספיקא מוקמינן לה בחזקת המוחזק בה עכשיו וע' במ"ל פ"ז מה' שכירות ע"ש וצ"ע:

לא

א המכחישים זא"ז. הב"י הביא בשם המישרים דאם אינם מכחישים זא"ז רק במקצת עדות ובקצת אינם מכחישים נתקיים אותו קצת ע"כ ובאמת שזו סוגיא ערוכה בפחז"ה ונתבאר לקמן סי' קמ"ו גבי קרקע דזה אייתי סהדי דאבהתיה היא ואכלה שני חזקה וזה אייתי סהדי דאכלה שני חזקה ואמרינן נהי דאתכחיש בשני חזקה באבהתיה לא אתכחיש ומוקמינן בחזקת אבהתיה וכ"כ מוהרש"ק בהגהות הט"ז וכ"כ בכנה"ג ובתשובת בית יעקב סי' צ"ח וס"ס קכ"ב חולק על המישרים מדברי הר"ן בפ"ב דכתובות גבי ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה תרוייהו בפנייה קמסהדי ואין דבריו של אחד במקום שנים והקשה הר"ן דמשמע דלא נתחזקה בא"א אלא על פיהם ואמאי הא עדות מוכחשת הוא דהא מכחשי אהדדי ודמי לאחד מכת זו וא' מכת זו דפסולים הרי אף דאין מכחישין זא"ז דא"א היא מ"מ בטל כל העדות ומכח זה חלק על המישרים ע"ש ודברי שגגה הן דע"כ לא נתבטל קצת העדות שאין מכחישין זא"ז אלא בשני כיתי עדים דבזה המקצת שאין מכחישין הוא בכלל דזו באה בפ"ע ומעידה דמוקמינן כל כת אחזקה דכשירה היא ולכך בדבר שאין מכחישין הוי עדות גמורה בפ"ע וכשרה וכמבואר

להדיא בפחז"ה מה שא"כ בע"א וע"א המכחישים זא"ז במקצת א"כ אף בדבר שאין מכחישין זא"ז נמי לא מהימני דהא העדות אינו מועיל אלא בצירוף שניהם דע"א לא מהימן וא"כ כיון שמכחישין זא"ז במקצת א"כ א' מהן בודאי פסול והוי כא' מכת זו וא' מכת זו דפסולין בעדות אחרת כמ"ש הר"ן וז"ב ופשוט גם בתשו' מוהרי"ט ח"א סי' קל"ח הקשה אההיא דפחז"ה דאמרינן נהי דאתכחיש באכילתה באבהתי' מי אתכחיש ממתניתין דפ' היו בודקין דאחד חקירות ואחד בדיקות עדותן בטילה ותניא התם אחד אומר כליו שחורים ואחד אומר כליו לבנים וכו' אין זה נכון ומכח זה מחלק דעדות אכילה ועדות אבהתי' תרי מילי נינהו משא"כ התם דהוי הכחשה בגוף העדות ובאמת בלא"ה לק"מ דהתם הוי כאחד מכת זו וא' מכת זו דפסולים בעדות אחת משא"כ בשני כיתי עדים אך מ"מ תירוצו אמת דהא התם כשאחד מכחיש שנים בבדיקות נמי דינא הכי דכל העדות בטילה כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מה"ע וע"כ דהתם גרע טפי דהוי עדות מוכחשת ובגופה של עדות:

ב ומוציאין שטר של ר' מידו. כתב הב"ח וז"ל וקשה אמאי מוציאין של ר' מידו ושורפין אותו נימא שמא יבואו עדים ויהיו פוסלים כת של מאה בגזלנות' ונמצא שאותו של ר' כשר הוא וי"ל דאע"פ שיעידו על כת אחד בגזלנותא לא אמרינן הוברר הדבר למפרע שזו הכת היא הפסולה דדילמא באותו עדות שהכחישו זא"ז היתה כת זו כשרה והשניה פסולה ועכשיו נעשי' גם כת זו פסולה עכ"ל והנה קושיתו אינה מוכרחת כלל לפי מה שאכתוב בס"ק שאח"ז דכיון דעכשיו אין יכולין לגבות השטר של ר' רק מנה א"כ כיון שהלוה מוחזק יכול לומר איני משלם לך המנה עד שיקרעו השטר של ר' כי אני יודע בודאי שהשטר של ר' הוא שקר והעדים פסולים הם והעדים של הק' הם הכשרים ומסתמא הם בחזקת כשרות גם מקודם ולענין מה שתירץ דאף שיתברר אח"כ שאחת מהן פסולים בגזלנותא לא פסלינן להו למפרע יש לפקפק בי' טובא דכיון שאח"כ נפסל כת אחת בגזלנותא י"ל דהוברר הדבר למפרע שאותו כת היא הפסולה ול"ד להההיא דסי' ל"ד סכ"ג בהגה דעד שהעיד ואח"כ נפסל ואינו ידוע אם נפסל קודם שהעיד מוקמינן לי' בחזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיתרע דשאני התם דלא איתרע למפרע אבל הכא דשני עדים הכחישו אותם מקודם ובודאי כת אחת מהם היא פסולה ואיכא ריעותא למפרע אמרינן הוכיח סופו על תחלתו וכמו שהוכחתי בסי' נ"ב סק"ה באריכות ע"ש אך מ"מ לדינא נראה עיקר כהב"ח וראיה ברורה לדבר מהא דאיתא במתניתין דנדה דף ס' ע"ב שלש נשים שהיו ישנות במטה אחת ונמצא דם תחת אחת מהן כולן טמאות בדקה אחת מהן ונמצאת טמאה היא טמאה וכולן טהורות ואמרינן עלה אר"י אמר רב והוא

שבדקה עצמה כשיעור וסת וכ"פ בש"ע יו"ד סי' ק"ץ סנ"א הרי להדיא דאף דבכתמים תולה זו בזו היכא דיכולה לתלות כגון מעוברת בשאינה מעוברת מ"מ היכא דהן שוות ונמצא דם תחת אחת מהן כיון שאין יכולין לתלות בזו יותר מזו כולן טמאות ואף שבדקה אחת מהן אחר שיעור וסת ונמצאת טמאה לא אמרינן כיון שגם מתחילה הי' ספק דילמא זוהי הטמאה דהא נמצא דם תחתיהן ובודאי אחת מהן טמאה ועכשיו נמצאת טמאה לפנינו הוברר הדבר למפרע שגם מקודם נטמאת דהוכיח סופה על תחלתה א"ו כיון שהדם לא נמצא אלא אחר שיעור וסת היא בחזקת טהרה מקודם ומאי חזית דמטמאת להאי טפי מהאי ואסורין שניהם מספק אם לא שנטמאת תיכף כשיעור וסת דהוי כודאי שנטמאת מקודם כיון שבעלה חייב עליה חטאת וא"כ ה"נ אף שמתחילה הכחישו זא"ז ובודאי אחת מהן שקרנית אף שאחת נפסלה אח"כ בגזלנותא לא אמרינן שהוברר הדבר שזוהי הפסולה אלא אמרינן מאי חזית דפסלת להאי פסלה להאי כיון שעד עתה הם בחזקת כשרות מוקמינן להו בחזקתייהו כדין זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה דמוקמינן כל כת בחזקת כשרות וז"ב:

ג וקורעים אותו. ויש להקשות מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות בשנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים אחרים ואומרים פסולים היו או קטנים היו דאם כת"י יוצא ממ"א דלא מקרע קרעינן ליה ולא מגבי מגבינן ביה דמחשב כתרי ותרי ואי תפס אין מוציאין מידו וכן הוא בסי' מ"ו סל"ז וא"כ פשיטא דה"נ אם תפס מאתים לא מפקינן מיניה דהא עידי השטר של ר' אומרים שהם הם הכשרים ועידי הק' הם הפסולים ועידי הק' אומרים להיפך שהם הכשרים ועידי הר' פסולים וא"כ הוי תרי ותרי ומהני תפיסה וכ"מ בסי' מ"ב ס"ח דכל מקום דאמרי' יד בעל השטר על התחתונ' מהני תפיסה וא"כ ה"נ כיון דפסלינן השטר של ר' מהאי טעמא דיד בעהש"ט על התחתונה ומהני תפיסה וא"כ קשה אמאי מוציאין שטר של ר' מידו וקורעין אותו האיך יכולין להוציא ממנו זכותו דהא בסי' מ"ו סל"ז איתא אף (היכא דאין השטר מקוים כלל ואומר שיקבע לו זמן לקיים שטרו אין קורעין השטר שלו כיון דמהני ביה תפיסה א"כ כ"ש הכא כיון דמהני ביה תפיסה אם יתפוס ר' האיך מוציאין ממנו שטרו ואם משום שצריך לגבות ממנו מאה אכתי יקרע השטר של מאה ויגבה מאה משטר של ר' כיון שמאה מגיע לו עכ"פ ממ"נ ויכתוב לו שובר שקיבל ק' משטר של ר' או יכתוב לו תברא אגביה דשטר ויחזיק בשטרו כיון דאי תפס לא מפקינן מיניה וכהאי גוונא איתא בסי' נ"ד ס"ג בהגה מי שחייב לחבירו מנה בשטר ומודה לו בחמשים ובנ' האחרים יש לו טענה עליו ובעהש"ט טוען תן לי החמשים שאתה מודה לי בהן ואכתוב לך שובר עליהן ובנ' האחרים אביא ראיה עליהם דאם אי

אפשר לו להביא ראיותיו עכשיו הדין עם התובע וצריך לשלם לו מיד מה שמודה לו ויכתוב שובר וכן איתא שם בס"ב דאם הלוה טוען שטרי בידו הוא ועתה הניחו בכיסו והמלוה כופר שישבע המלוה היסת שאבד השטר והלוה יפרע חובו ויטול שובר אלמא דמשום הך טענה דשטרו ביד התובע אין הלוה יכול לעכב מלפרוע חובו וכמ"ש הש"ך בסק"ד וא"כ ה"נ כיון דמנה מגיע לו בוודאי ממ"נ או מן השטר של הק' או מן הר' ועל המנה השנית מהני תפיסה א"כ האיך יכולין להוציא השטר של ר' מיד המלוה יתן לו מנה ויכתוב לו שובר ויחזיק השטר בידו והוא מחזיק בו בדין כיון שמהני תפיסה ודוחק גדול לומר דהכא מירי שאין התובע רוצה לישבע היסת שמחזיק בשטר של ר' כדין ולכך חייב להחזירו דמסתימת כל הפוסקים לא משמע כן ואולי י"ל דדוקא התם בסי' נ"ד דבעל השטר טוען שיביא ראיה שמגיע לו מותר המעות צריך הלוה לשלם מה שמודה ע"פ שובר ואינו יכול לעכב הפרעון בשביל השטר משא"כ הכא כיון דאין המלוה יכול לגבות מאתי' אלא ע"י תפיסה לכך כשהנתבע מוחזק עכשיו במנה שמודה יכול לתופסו עכשיו עד שיחזיר לו כל השטרות שלא יתפסנו המלוה בחנם ומועלת תפיסתו כיון שהוא טוען ברי וכעין זה כתב הש"ך בסי' פ"ב ס"ב סק"ד ע"ש ולפ"ז יצא לנו מזה דבכ"מ דיד בעהש"ט על התחתונה ואינו גובה אלא הפחות שבלשונות כמבואר בסי' מ"ב אף דמהני תפיסת בעהש"ט לכולן מ"מ יכול הלוה לעכב אף מה שמודה לו עד שיקרע המלוה שטרו:

ד זה נו"נ וזה נו"נ. הבעה"ת בשער כ"ט הקשה מהא דקי"ל בסי' מ"ט בהיה חייב לשני יב"ש ויש ללוה שובר אחד שכתוב בו שטר של יב"ש פרוע שטרות שניהם פרוע ולא אמרינן שנשבעין שניהם ונוטלין כמו הכא ותי' דהתם בשני יב"ש אי נשבעים שניהם ונוטלין ודאי מפסיד הלוה דהא יש לו שובר מאחד מהם ועוד שיכול לדחות את כאו"א זה השובר שלך משא"כ הכא אף שבשטר אחד ודאי חתומים סהדי שיקרא מ"מ י"ל דהלוואה אמת הוא והמלוה לא הרגיש בעצמו דסהדי שיקרא נינהו ויש להקשות מדברי הר"ן פ' הכותב והביאו רמ"א בסי' רנ"ג סכ"ט בהגה בשכ"מ שאמר שחייב לטוביה ואתו שנים שוין יחלוק ואמאי ישבע כל אחד ויטול דהא נמי יכול להיות אמת שחייב לשניהם אך מדברי הרמב"ן בספר המלחמות בשמעתין למדתי תירוץ אחר לקושית בהע"ת דכתב שם דעיקר טעמא דזה נשבע ונוטל וזה נו"נ הוא משום כיון דכל כת וכת באים בפ"ע ומעידין מוקמינן כל שטר שביד המלוה שלו בחזקת כשרות כיון שהעדים כשרים לכל עדות דעלמא והא דבש"ס הביאו ראיה לדין זה מחנוני על פנקסו הוא שלא תאמר כיון שהלוה נלקה בחנם לגבי אחד ממוציאי השטר לא מגבינן בהו לכך מדמי ליה הש"ס

לחנוני על פנקסו דגם התם נלקה הבע"ה בחנם מ"מ כ"א ישבע ויטול ע"ש בדבריו שהוכיח כן ולפ"ז ניחא דבשלמא הכא הוי כאלו כ"א בא לבדו בשטרו ומוקמינן לכל שטר בחזקה שהעדים כשרים משא"כ בשני יב"ש דאם אתה אומר דהוי כאלו בא כ"א לבדו לתבוע א"כ הרי יש שובר ביד הלוה והשטר בטל ולכך אף שבאו שניהם לתבוע יד בעהש"ט על התחתונה ויכול לדחות לכל אחד ואחד כנ"ל ודוק:

לב

א להוציא מנה מראובן לשמעון פטור מד"א וחייב בד"ש. נ"ל דדוקא בשוכר עדים להעיד שקר הוא דחייב בד"ש אבל בשוכר עדים לכבוש עדותן שהיה יודע שיודעים עדות לחבירו ושכרן לכבוש עדותן בכה"ג פטור אף מד"ש כיון דהעדים עצמן שכבשו עדותן פטורין מדיני אדם ואינם חייבים אלא בד"ש כדאיתא בר"ס כ"ח משום דהתורה לא חייבה להעיד אלא ממדת גמילת חסדים א"כ בכה"ג שאחר שכרן לכבוש עדותן דאינו גרמא בעלמא וגם דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין פטור אף מד"ש וכן מושמע מלשון הברייתא שבר"פ הכונס דקתני התם אמר ר' יהושע ד' דברים העושה אותן פטור מד"א וחייב בד"ש ואלו הן הפורץ גדר וכו' והשוכר עידי שקר להעיד והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו ומדפלגינהו לתרתי בבי ולא נקט השוכר לכבוש עדותן משמע דוקא בעדים עצמן שכבשו עדותן חייב בד"ש אבל השוכר פטור אף מד"ש ואף דמהסיפא דנקט והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו אין להוכיח כן לפי מאי דמוקי הש"ס התם דמיירי בע"א שכובש עדותו דחייב בד"ש דדילמא לא הוי משתבע לשיקרא וא"כ י"ל דדוקא בשוכר ע"א לכבוש עדותו פטור מד"ש אבל בשוכר שני עדים לכבוש עדותו חייב בד"ש מ"מ יש להוכיח כן מרישא דקתני השוכר עידי שקר להעיד דמיירי בשני עדים דבע"א פטור אף בד"ש דה"ל לישבע באמת נגדו וליפטר וא"כ למה נקט השוכר עידי שקר להעיד ה"ל למינקט רבותא טפי ובגוונא דסיפא דאף השוכר שני עדים לכבוש עדותן חייב בד"ש א"ו דבכה"ג פטור מדיני שמים וליכא למימר דנקט השוכר עידי שקר להעיד לאשמועינן דאף בכה"ג פטור מד"א זה ליתא דמשמע בש"ס התם דעיקר הרבותא הוא לאשמועינן דחייב בד"ש וכמ"ש התוס' שם בד"ה אלא לחבריה ע"ש:

ב לא שכרן אלא פיתה אותן. ע' בש"ך שהסכים להריטב"א שחילק בזה דאפילו לא שכרן חייב בד"ש וע' בתשו' ח"צ סי' קל"ה וע' בש"ס דכתובות דף מ"ו ע"א ותוס' ד"ה אתיא שימה וברמב"ם פ"ג מה' נערה ע"ש:

ג העדים חייבים לשלם. הש"ך הביא בשם מוהרש"ל דהיכא שיש תביעה לאחד עם שלשה ואחד נעשה בע"ד ושנים נעשו עדים אם מודים אח"כ צריכים להחזיר המעות אף שאומרים שבדין לקחו ממנו שהוא חייב להם ובאמת אין דברי מהרש"ל מחוורים כלל דכיון שכבר גבה המעות אמאי לא מהימנינן להו במיגו דאי בעי שתקי בשלמא קודם שגבו המעות ה"ל מיגו להוציא משא"כ לאחר גביית המעות ה"ל מיגו מעליא ודברי והרש"ל ביש"ש בזה הם דברים שאין בהם טעם וכבר השיג עליו הש"ך בעצמו בסי' ע"ז סקט"ו ע"ש וע' סי' ל"ז ס"ג:

לג

א פסולין להעיד. הנה בש"ס ופוסקים לא מצינו בשום מקום שיהי' ע"א וקרוב ואשה נאמנים לענין ממון ולפענ"ד יש למצוא מקום דמשכחת לה אף לענין ממון דנאמן ע"א וקרוב ואשה והוא דבריש פ"ק דגיטין רצה הש"ס לומר הא דהשליח נאמן לומר בפני נכתב ובפני נחתם אף שאינו אלא ע"א הוא משום דע"א נאמן באיסורין ופריך הש"ס אימור דאמרינן ע"א נאמן באיסורין כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן דלא אתחזק איסור' אבל הכא אתחזק איסור' דא"א ה"ל דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים וכסוגיא זו איתא ביבמות ר"פ האשה רבה והנה מלשון הש"ס דאמר אבל הכא דאתחזק איסור' דא"א הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות מב' משמע הא דאין דבר שבערוה פחות משנים הוא דוקא היכא דאתחזק איסורא דא"א אבל היכא דלא איתחזק לא איסור ולא היתר נאמן ע"א אף בדבר שבערוה כמו באיסורין דנאמן ע"א אף היכא דאיכא חתיכה אחת של חלב וחתיכה אחת של שומן נאמן לומר זה איסור וזה היתר כמו שמבואר בי"ד סי' קכ"ז ס"ג בהגה והנה בסברא הלזו החזיקו בו הרבה מהמחברים ובראשם בתשובת מוהרי"ק סי' ע"ב שהוכיח כן מלישנא דהש"ס ולפ"ז צ"ל אע"ג הא דאין דבר שבערוה פחות משנים ילפינן לה ברפ"ק דסוטה מג"ש דדבר דבר מממון צ"ל דאף הא דאין ע"א קם לממון הוא ג"כ מטעם זה דאין ע"א נאמן להוציא הממון מחזקתו וכ"כ המהרי"ק שם להדיא להוכיח דבדבר שבערוה בעינן אתחזק איסורא כיון דילפינן לה מממון בעינן דומיא דממון דאיכא חזקת מרא קמא ע"ש ולפ"ז לכאורה נראה אף בממון היכא דשנים חלוקים על איזה דבר ואין שום אחד מוחזק בה נאמן אף ע"א להעיד כדברי אחד מהן ויש לתמוה מש"ס ערוכה בפ' אלו מציאות דף כ"ח דאמרינן התם סימנין וסימנין יניח סימנים ועדים ינתן לבעל העדים סימנין וסימנין וע"א ע"א כמאן דליתא דמי ויניח הרי להדיא אף דהתם ליכא שום חזקת ממון לשום אחד מהן דהא האבידה

ברשות המוצא ואפ"ה לא מהימן ע"א להחזיק שום אחד מהן בהאבידה אף שהאבידה הוא ודאי של אחד מהן דהא אם באו לחלקה ביניהם חולקין כמ"ש הש"ך בסי' רס"ז סק"ה ע"ש ועוד קשה מש"ס דקדושין דף ע"ד דאיתא התם נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א שבע"ד עומדים לפניו אבל אין בע"ד עומדים לפניו א"נ ופריך התם וניהדר ונידייניהו ומשני בשודא דדייני והרי התם פשיטא דאם היו שני דיינים אף שאין בע"ד עומדים לפניו נאמנים כמ"ש הט"ו בסי' כ"ג ס"א אלא דמיירי התם בדיין אחד שאין ע"א נאמן לענין ממון והרי התם אין שום אחד מוחזק בממון דהא לא דיינינן שודא אלא בדבר שאין שום אחד מוחזק בממון כמבואר בס"ס ר"מ ואפ"ה אינו נאמן הדיין שהוא ע"א להחזיק את אחד בממון וכדי לישב קושיות אלו צ"ל הא דמשמע בש"ס דאף בדבר שבערוה כי לא אתחזק איסורא ע"א נאמן היינו דוקא היכא דליכא אחר המכחישו כמו בשליח האומר בפ"נ ובפ"נ דליכא מאן דמכחיש ליה אבל היכא שהבע"ד מכחישו אף דלא אתחזק איסורא א"נ דע"א כשהבע"ד מכחישו לאו כלום הוא וכמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד ע"ש ויש להסביר זה דהא חזינן דבאיסורין אף הבע"ד עצמו נאמן דהא ילפינן לה מוספרה לה לעצמה ולכך יכול הבע"ד להכחיש את ע"א לענין ממון אף היכא דליכא חזקת ממון ולכך במציאה בסימנים וסימנים וע"א ע"א כמאן דליתא דמי כיון שהשני מכחישו וכן הדיין א"נ בשוד' להעיד יחידי שזיכה לזה וחייב לזה כיון שהבע"ד מכחישו אך לכאורה אכתי תקשה ממתניתין דפ' י"נ דף קל"ד האומר זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו ופריך הש"ס התם בדף קל"ה אהא דזה אחי א"נ ואידך מאי קאמרי אי קאמרי אחונא הוא אמאי יטול עמו בחלקו ותו לא אלא דקאמרי לאו אחינו הוא אמאי נפלו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו הא אמרי ליה לאו אחונא הוא ומשני דמיירי דאמרי אחין אין אנו יודעים אלמא אף שהאחין אינן יודעין אין האח אחד נאמן לומר זה אחי שיטול עמם חלקו אף שאין להיורשים חזקת ממון בירושה שנפלו להם מאביהן ומשמע התם אף שעדיין לא באה הירושה תחת ידם או בקרקעות לא מהימנינן ליה אך באמת אי משום הא לא איריא כיון דמת אביהן הנכסים בחזקת יורשין קיימי וכיון שהן ודאי יורשין נכסים בחזקתייהו ואין אח אחד נאמן לומר זה אחי להוציא דבר מחזקתו וכן משמע התם דמדמי ליה למנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור משום דאוקי ממונא בחזקת מריה ע"ש וכן הא דאמרינן בב"ב דף קכ"ז ע"ב ובקדושין דף ע"ד לרבנן יכיר למה לי בצריך היכרא למיתבא ליה פי שנים ופריך הש"ס פשיטא לא יהא אלא אחר אי בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה ומשני לא צריכא בנכסים, שנפלו לו לאחר מכאן ומשמע התם דדוקא אב נאמן אבל

אחר קרוב אינו נאמן אף שאין הנכסים עכשיו בחזקת האב כלל מכל מקום י"ל דהנכסים בחזקתייהו קיימי כיון שהן ודאי יורשין ואין אחד נאמן להוציא דבר מחזקתו גם י"ל דאב נאמן אף היכא דאיכא אחר דמכחיש ליה דבכה"ג אחר לא מהימן ולפ"ז בממון שאין א' מוחזק בו ושניהם טוענים שמא בכה"ג מועיל ע"א להחזיק אחד מהן בממון ואפילו אשה וקרוב נאמנים דבאיסורים נאמנים אף פסולי עדות וכן בכל מקום שהאמינה תורה ע"א אף אשה וקרוב נאמנים כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה"ע ד"ג ע"ש וא"כ בשנים שהפקידו לאחד זה מנה וזה מאתים ולא תבעי לי' בסי' ש' וכן לענין הלואה בסי' ע"ו והיינו דשניהם טוענים שמא כמ"ש הש"ך שם בכה"ג מהימן ע"א ואפילו קרוב ופסול להחזיק את אחד מהם במאתים כיון שאין אחד מהן מוחזק בממון ולא תבעי ליה אמנם בתשובת הר"ן סי' ע"ה מצאתי שכתב שם באחד שהניח מעות לפני מותו לארבעה חבורות והיו שם חמשה חבורות כמו חבורת הקברנים ודומה לו ולא פרט שמות החבורות וע"א העיד שבפניו אמר שהניח מעות לחבורת הקברנים והעלה שם הר"ן כיון דבכה"ג דייניגן דין שודא דדייני א"כ כיון שהעיד ע"א שהניח לחבורת הקברים אע"פ שאין ע"א קם לממון אף ע"פ כן הדברים מראים שהדבר אמת לפיכך יש לזכות חבורת הקברים מדין השודא ע"ש באריכות וא"כ מדבריו נראה דלא זיכה לחבורת הקברים אלא מדין השודא ולא מדין הגמור וזה דלא כסברתינו אך דיש להקשות לדבריו דס"ל דע"א מועיל בדין השודא א"כ אמאי אין הדיין נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי כשאין בע"ד עומדים לפניהם בשודא דדייני ואמאי הא בלא הדיין הוא בדין השודא וא"כ להימן הדיין להיות ע"א לזכות לזה מדין השודא וצ"ל דיש חילוק בין כשהעד מעיד בענין הספק דשודא עצמה ובין כשמעיד אח"כ דזיכה לזה דלזה א"נ מטעם שודא כיון דגוף הזכות שזיכה לזה היה ג"כ משום שודא בכה"ג לא מהימן ע"א אף בשודא וכ"ש בכה"ג שהבע"ד מכחיש להדיין וי"ל דבזה לא הימנוהו לע"א כן נראה ליישב דבריו אך מה שנראה מדבריו שם דקרוב אינו נאמן לענין השודא לא ידעתי מנ"ל לחלק בזה כיון דע"א מועיל אף קרוב נמי מועיל כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מה"ע. אך מ"מ לענין דינא יש לכאורה ראיה מדברי הר"ן לדברינו דהיכא שאין אחד מוחזק בדבר ושניהם טוענים שמא מהני ע"א להחזיק את אחד מהן בממון כיון דקי"ל בפ' מי שהיה נשוי דף צ"ד כשמואל דשודא עדיפא מחלוקה וכמ"ש הט"ו בסי' ר"מ א"כ כיון שאם לא היה כאן עד היה הדין דחולקים וא"כ כשע"א מעיד דשל אחד מהן הוא זוכה בי' מדין השודא דעדיפא מחלוקה אך לפי דברי הר"ן היה צריך לזה כל דיני שודא המבוארים בסי' ר"מ ס"ג בהגה ועוד דלא דייניגן דין שודא אלא בדבר המבואר בש"ס להדיא כמ"ש בתה"ד סי' שנ"ב וכדמשמע בש"ע ס"ס קל"ט אבל לפי

סברתינו אין חילוק דבכל דוכתי מהני ע"א כששניהם טוענים ספק ואין אחד מהן מוחזק בממון אך כ"ז הוא לפי סברת מוהרי"ק וסייעתו דסוברים דאף בדבר שבערוה כל היכא דליכא חזקת א"א ע"א מהימן אך אין סברא זו מוסכמת דהרמב"ן בחידושיו למס' יבמות ר"פ האשה רבה פירש דהא דקאמר בש"ס ואין דבר שבערוה פחות משנים הוא בלשון ועוד דאף היכא דלא אתחזק איסורא בעינן בדבר שבערוה שנים וא"כ ה"ה לענין ממון דינא הכי והדברים צריכים תלמוד. עוד ראיתי להעיר בנתבע שטוען איני יודע וקרוב ואשה מעידים כדברי התובע והנתבע דעתו סומכת לדברי העד ומאמינו נראה דבכה"ג הנתבע חייב מן הדין לשלם להתובע וראיה מההיא דקדושין דף ס"ו באשתו זינתה בע"א ושותק דאביי אמר דנאמן ורבא אמר א"נ דהוי דבר שבערוה ואינו פחות משנים ויליף לה אביי מההוא סמיא וכו' כי אתא שליח א"ל אשתו זינתה אתא לקמיה דמר שמואל א"ל אי מהימן לך זיל אפקה ואי לא לא תפיק מאי לאו אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא ורבא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ואי לא לא תפקה וכ"פ הרמב"ם והט"ו באה"ע סי' קט"ז ס"ז דאפי' ע"י קרוב ואשה שדעתו סומכת עליהם חייב להוציא' ע"ש וא"כ כיון דהא דבדבר שבערוה בעינן שנים ילפינן לה בג"ש דדבר דבר ממון וא"כ כי היכא דבדבר שבערוה חייב להוציא' כשדעתו סומכת לדברי האשה וקרוב ה"ה לענין ממון נמי הדין כן ועוד ראיה מפחז"ה דף נ"ב גבי אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדי' ואם קיבל יחזיר לאשה ואם מתה יחזיר לבעלה ואמרינן התם דביתהו דרבב"ח כי קא שכבה אמרה הני כיפי דמרתא לבני ברתא אתא לקמיה דרב א"ל אי מהימנא לך עשה כפירושה ופירשב"ם שלא גנבה ממך כלום עשה כפירושה ואי לא עשה פירוש לפירושה הרי אף דמסתמא הנכסים בחזקה בעלה הוא כדקאמר מתה יחזיר לבעלה אפ"ה קאמר רב לרבב"ח אי מהימנא לך עשה כפירושה ובאמת מצאתי הדין הזה מפורש בש"ג פז"ב דף רס"ב ע"ב שהביא תשובת הראב"ד בראובן שהיה שכ"מ וחילק נכסיו בפני עדים אלא שהיה אחד מהן קרוב ע"ש דמסיק דאם לא היתה הצוואה בפני היורשים יכול המכחיש לומר איני מאמין ע"א והרוצה באותה חלוקה שמעיד אותו העד יכול להחרים חרם סתם על מי שמאמין שלא יכפור ואם הודה שמאמין תתקיים החלוקה ע"פ העד עכ"ל הרי להדיא כמ"ש ונראה דהראב"ד הוכיח כן מכח הני ראיות שהבאתי אך מ"מ נראה לפי מה שמבואר באה"ע סי' קט"ו ס"ז בהגה ובב"ש שם בשם מוהרי"ק לענין קרוב שמעיד ששתו זינתה דאינו חייב להוציא' אלא היכא דמאמין לו מפני שהוא גברא דגס ביה ומצוי אצלו ויודע שאינו משקר בשום דבר כמו דאמר רבא בבת רב חסדא דקים ליה

בגוה אבל אם מאמין לו מפני שמוחזק בחסידות ולא קים ליה בגוה אינו חייב להוציאה א"כ ה"ה לענין ממון הדין כן דהא דבר שבערוה ילפינן מממון זהו מה שנ"ל בדינים אלו:
ב מכשירין באשתו מפני שהוא מופלג. ונראה דדוקא להעיד לאשתו במה שאינו נוגע לבעלה משא"כ כשמעיד לאשתו שהבעל חייב לה או לחתום על הכתובה מה שכותב לאשתו הכתובה פסולה דכיון שהוא פסול להבעל משום קורבה קרוב פסול לעדות בין לזכות בין לחובה ולא גביא האשה בכתובתה כלום כיון שהעדים פסולי' הם וזה פשוט והוצרכתי לכתוב זה מפני שראיתי לבעל נחלת שבעה במשפטי הכתובה דף ל"ט ששגג בזה והקשה על מוהר"מ מינץ בתשובה דמשמע מדבריו דכתובה שחתום עליו נין אחיו של הבעל דהכתובה פסולה ואמאי הא שלישי בראשון כשר באשתו והדבר פשוט דלק"מ דהיינו דוקא בדבר שאינו נוגע לבעלה אבל בדבר שנוגע לבעלה א"נ אלא שתמיהני שכתב שם שגם מוהר"ן ציון השיב למוהר"מ מינץ דאין לפסול הכתובה מטעם זה ואמאי לא מחי ליה מוהר"מ מינץ מאה עוכלי ותשובת מוהר"מ מינץ אין בידי לעיין בו:
ג אם נפסק הדין כשהיה קרוב. ע' ש"ך שכתב דלאו בנפסק הדין תליא מילתא אלא כשהעד מעיד מתחלה בב"ד כשהיה קרוב ולא ידעו מקורבתו ואח"כ נודע מקורבתו ונפסל לא יוכל אח"כ לתובעו בעד זה עוד אחר שנתרחק שבודאי יאמר כדבריו הראשונים דעביד אינש לאחזוקיה דבוריה שלא יהא כשקרן והוכיח כן מלשון בעל העיטור ע"ש ובאמת הדבר תמוה דהא הרב רמ"א בסי' כ"ח סט"ו בהגה פסק בפשיטות דאם קבלו עדות שלא בפני בע"ד דחוזרין העדים ומעידין בפניו ומקבלין עדותן אלמא דלא אמרינן שהעדים יחזיקו בדבריהם הראשונים ובאמת מוהרש"ל בתשובה חולק שם אהאי דינא משום סברא זו דעבידי לאחזוקי שקרייהו הביאו הט"ז שם וכ"כ בתשו' מוהר"י בן לב ספר ד' ס"ב בשם הרמ"ה ע"ש אך הט"ו שם הוכיח מדברי העיטור דלא ס"ל האי סברא וא"כ דברי העיטור סתרי אהדדי וכן קשה מדברי תשובת הרא"ש הביאו הט"ו סי' מ"ה סי"ג דשטר שנפסל ע"י חתימות הפסולים אם הכשרים זוכרים את העדות ע"י ראיית השטר יכולי' להעיד מחדש בעל פה ע"ש אלמא דלא אמרינן עבידי לאחזוקי שקרייהו ואפשר דמשום האי סברא דעביד אינש לאחזוקי דיבורי' לבד לא פסלינן ליה אלא היכא דווקא שכבר נפסק הדין לפוסלו בצירוף סברא זו פסלינן ליה וכ"כ מלשון העיטור שהביא הש"ך אך אין שום טעם לזה וצ"ע:
ד ויש מי שמכשיר. כתב הסמ"ע הטעם הואיל דבצוואה עצמה לא היה תועלת לשכ"מ עצמו רק לבניו והם רחוקים ממנו אף בשעה שנמסר להן העדות ע"כ משמע מדבריו

שהבין דמיירי במתנת שכ"מ בכולה דיכול השכ"מ לחזור בו עד יום מותו אבל במתנה במקצת בקנין דהשכ"מ אינו יכול לחזור בו כ"ע מודים שהעדות פסול כיון שהדבר נוגע בו וכ"כ הט"ז להדיא אך בתשובת מהרי"ט ח"א סי' ק"ה האריך להוכיח דדוקא במתנת שכ"מ במקצת ס"ל להרי"ף שהוא דיעה הראשונה שהעדות פסול ואף בזה ס"ל להגאון שהביא הרי"ף שהוא כשר אבל במתנת שכ"מ בכולה שאין הדבר נוגע כלל להשכ"מ כיון שיכול לחזור בו אף הרי"ף מודה שהוא כשר ע"ש שהאריך בזה והביאו הכנה"ג ואני מצאתי און לו בתשובת הר"ן סי' ע"ה שכתב להדיא דהרי"ף מיירי בדבר שהשכ"מ נוגע בו אבל בדבר שאין השכ"מ נוגע בו אף הרי"ף מודה דאף שהוא קרוב לו מ"מ כשר להעיד להרחוקים ממנו ע"ש וכן עיקר:

ה אם הלוה בא ליפטר. והרמב"ן במלחמות וריי"ו כתבו דה"ה היכא דשטר ביד המלוה והלוה מביא עדים שפרעו והם קרובים לערב דאינם נאמנים והביאם הש"ך ועיין בתשו' רדב"ז ח"א סי' ק"ג כתב דאף היכא דהלוה רוצה ליתן הסך שבשטר ליד העדים או ליד הערב דאז אינן נוגעים בעדותן מ"מ לא מהימני דלא מבעי לשיטת הסוברים שהביא המחבר בסי' ק"מ ס"ט דס"ל דלא מהני עדות השוכרים בית להחזיק בבית מי שדרו מכחו שני חזקה אם כבר נתנו השכר להמחזיק אף שהמשכיר חוזר ונותן השכירות להעדים שיתנו למי שיזכה בדין דמ"מ חשיבי נוגעים דמחמת הטובה שעשה להם מעידין לו ה"נ לא מהני אלא אפי' להסוברים דמהני התם אם חזר ונתן השכר להעדים מ"מ הכא לא מהני משום דא"כ לעולם לא יוכל לגבות שום חוב שיש בו שני ערבים שיעשו קנוניא הלוה עם הערבים ויסתלקו ויעידו לו א"ו בכה"ג כ"ע מודי אלו דבריו ז"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דמה הקנוניא שייך הכא הלא אם הלוה מסלק להערבים אזי לא יגיע להערבי' שום היזק ואמאי לא יעידו הערבים להלוה ואי משום דחיישינן דילמא הערבים נתנו המעות להלוה שיסלק להם ועשו קנוניא ביניהם כדי שיוכלו להעיד דא"כ אף לגבי השוכרים שהמשכיר החזיר להם השכר ניחוש לזה וכן בכל הסילוקים ניחוש להכי ואף השותפין מעידין זה לזה כשנסתלק מן השדה ונתנו לשותף חבירו ואפי' לא סילק עצמו עד לאחר הערעור מהני ולא חיישי' לקנוניא כמבואר בסי' ל"ז ס"א א"ו דל"ח לקנוניא כל זמן שאין ריעותא לפנינו כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ח וא"כ ה"נ כיון דלפנינו הערבים אינן נוגעין בעדותו כלל ל"ח לקנוניא ע"כ נ"ל עיקר דלשיטת הסוברים דמהני עדות השוכרים כשהמשכיר החזיר להם השכירות והוא שיטת רוב הפוסקים וכמו שסתם המחבר בסי' ל"ז סי"ב וכמ"ש הש"ך שם א"כ ה"נ אם הלוה נתן המעות לפני ב"ד ליד הערבים או ליד הב"ד הערבים עצמן כשרים להעיד ללוה שכבר פרע החוב אם לא היכא שכבר

העידו קודם שנתן הלוה המעות בזה י"ל דלא מהני שוב נתינת המעות דעבידי לאחזוקי שקרייהו וכן בשוכרים הדין כן לפמ"ש הרב רמ"א בהגה לעיל סי"ב וע' מ"ש שם וז"ב:

לד

א אע"פ שהוא עדות אמת. הש"ך תמה שהוא רחוק מסברא שיודע שהענין אמת ולא יעיד בשביל שהשני פסול ולא ראה דברי הכל בו בה' עדות סי' פ"א שכתב וז"ל אסור לעד כשר להצטרף עם רשע אפי' העדות אמת כ"כ בספר המצות וקשיא האיך יכבוש עדותו ויש לומר שאינו אסור אלא שלא יאמר הכשר אני ופלוני ראינו כך אלא יש לומר ראיתי כך עכ"ל והוא הנכון:

ב בעינן שעבר משום חימוד ממון. כ"כ התוס' בפא"נ גבי שטר שיש בו רבית שאין השטר נפסל משום העדים שעברו על לאו דלא תשימון דמיירי ברבית דרבנן ובעינן דוקא שעברו משום חימוד ממון ומזה סתירה לקושית הב"ש באה"ע סי' קכ"ד ס"ק ט"ז שהקשה שם על הא דאיתא התם דאם היה הגט חקוק על ידו של עבד בכתובת קעקע וגם העדים חקוקים על ידו והיה העבד יוצא מתחת ידה הגט כשר והקשה הב"ש דהאיך חתמו העדים בכתובת קעקע הא נעשו רשעים ואפי' כתבו ולא מלאו בדיו נעשו רשעים מדרבנן והגט פסול ע"ש שנדחק בזה ולק"מ דהא לא עברו משום חימוד ממון ואינן נפסלים כמו עדים שחתמו על שטר שיש בו רבית דרבנן ואשתמיט לי' להב"ש דברי הרב אלו ואולי דקושית הב"ש הוא על הרמב"ם דמשמע דלא ס"ל סבר' זו כמ"ש המ"ל פ"ד מה"מ ד"ו אך מ"מ לק"מ די"ל דס"ל כשיטת הריב"ש דאף לאותו דבר שנפסל בשבילו בעינן הכרזה בפסול דרבנן כמו שהוכיח במ"ל שם וא"כ בלא"ה לק"מ קושית הב"ש דהא לא אכריזינן עלייהו ועיין בפר"ח שם ולקמן סעיף כ"ג בסמ"ע וש"ך שם:

ג אבל בשבועה דלהבא וכו'. הטעם משום דבשעה שנשבע דעתו היה לקיי' שבועתו ואח"כ לבו אנסו לעבור על השבועה כיון שהוא דבר שאינו אסור מצד עצמו אלא שהוא אסרו על נפשו בשבועתו ומפני זה לא יעיד שקר שהוא אסור מצד עצמו והריב"ש בסי' שי"א הכריע דנשבע שלא לאכול ואכל הרי הוא חייב מלקות ורשע הוא ופסול לעדות ולשבועה אבל נשבע לאכול או לפרוע ולא עשה כיון דאינו חייב מלקות דהא לא עביד מעשה לא מיפסל לעדות ולשבועה כמ"ש הרמב"ם דאיזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות וכו' ועיין בש"ך שהביא בשם תשובת מ"ב דהלכה כדברי המכריע והרב בעל מל"מ פי"ב מה' עדות הקשה דנראה מדברי הריב"ש דאף למאן דס"ל דבשבועה דלהבא אינו נפסל מודה דהיכא שעבר בקום ועשה דנפסל אף בשבועה

דלהבא והרי הרשב"א ס"ל כסברא זו דבשבועה דלהבא אינו נפסל ואפ"ה כתב בסי' תתקס"ד על שנים שנתעצמו בדין והחרימו שלא יטעון כל אחד מהן כי אם אמת ולבסוף נתחייב האחד שבועה שאינו נפטר בשבועה הראשונה משום דבשבועה ראשונה אפי' עבר על שבועתו אינו נפסל שהיא שבועה דלהבא והביאו המחבר בסי' פ"ז סט"ז הרי להדיא דאפי' עבר על שבועה ראשונה בקום ועשה שהרי הוא נשבע שלא יטעון אלא אמת וטען שקר אפ"ה אינו נפסל בכך והניח בצ"ע ולפענ"ד לק"מ דהא טעמא דהריב"ש דבשב ואל תעשה אינו נפסל משום דהוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו והרי אמרינן להדיא בשבועות דף כ"א ע"א כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם משום דעקימת שפתיו לא הוי מעשה ומסיק התם דדוקא בשבועת בטוי דלשעבר לוקין דגלי קרא אבל בשבועת ביטוי דלהבא אין לוקין אלא בשבועה שלא אוכל ואכל דאית ביה מעשה אבל בשבועה שאוכל ולא אכל אין לוקין כיון דלא עביד מעשה ע"ש וא"כ ה"נ כשנשבע שלא יטעון אלא אמת וטען שקר כיון דעקימת שפתיו לא הוי מעשה הוי שב ואל תעשה ואין לוקין עליו ואע"ג דכתבו התו' שם ד"ה חוץ מנשבע דר"י אית ליה דחסמה בקול לוקה דעקימת שפתיו הוי מעשה כיון דע"י דבורו עושה מעשה שהבהמה נמנעת מלאכול ע"ש וא"כ ה"נ כיון דע"י טענתו שטוען שקר אינו משלם ממון חשיב מעשה זה ליתא דשאני התם כמ"ש התוס' בסנהדרין ד' ס"ה ע"ב ד"ה הואיל דהתם בדיבורו עביד מעשה כשהבהמה שוחה לאכול והוא גוער בה זוקפת ראשה ע"ש משא"כ הכא מה שאינו משלם מה שהוא חייב לא עביד מעשה כלל וכ"כ במ"ב סי' נ"א ובתשובת מהר"ם מלובלין סי' נ"ח דמי שעבר על החרם שהחרימו הקהל להגיד על איזה דבר והוא כפר לפניהם דלהריב"ש אינו נפסל כיון דהוי שבועת ביטוי דלהבא בשב וא"ת דאין לוקין עליו הרי דתפסי בפשיטות דמה שכפר לפניהם לא מיחשב מעשה דעקימת שפתיו לא הוי מעשה כלל ודלא כהמ"ל אך עוד יש מקום לדברי המ"ל ע"פ מ"ש הרמב"ם פ"ד מה"ש ה' כ"א וז"ל ומפני מה לוקה אם נשבע שאכל ולא אכל או שלא אכל והוא אכל ואע"פ שלא עשה מעשה מפני שמעת שבועתו לשקר נשבע אבל א"כ שיעשה והוא לא עשה אינה ש"ש משעת שבועה עכ"ל ומהרי"ק שורש קל"ד ביאר דברי הרמב"ם אלו וז"ל משום דשבועת שקר לשעבר אי לאו דרביה קרא למלקות כדאיתא פ"ג דשבועות פשיטא דלא הוי לקי ומ"מ דוקא בלשעבר לוקה משום דאיכא קצת מעשה בעקימת שפתים וכדגלי קרא אבל נשבע שיאכל ולא אכל אין כאן ע"ש באיסור כלל שהרי בעת השבועה היה אפשר בידו לקיים ואינו עובר על השבועה אלא בשב וא"ת וז"ב עכ"ל הרי דטעמא דבשבועת ביטוי לשעבר לוקה אף שאב"מ משום דגלי

קרא דלענין שבועה מיחשב עקימת שפתיו מעשה אלא דשבועת ביטוי להבא שאוכל ולא אכל כיון דבשעת ע"ש לא היה איסור כלל דיכול לקיים שבועתו לכך לא לקי כשלא אכל אח"כ דהוי לאו שאב"מ א"כ היכא שנשבע שיטעון האמת או שהקהל החרימו עליו שיודה האמת והוא כופר אח"כ כיון דחזינן בשבועת ביטוי דלשעבר גלי קרא דעקימת שפתיו מיחשב מעשה א"כ ה"נ כשנשבע מקודם שלא יטעון אלא האמת ואח"כ טוען שקר הרי עושה האיסור בשעת ע"ש ועובר על השבועה שמקודם ולענין שבועה גלי קרא דע"ש הוי מעשה ול"ע ונפסל לעדות ולשבועה וה"ז נכון אך מ"מ דברי מהרי"ק אין מוכרחים בזה די"ל דלכך בשבועת ביטוי דלהבא אין לוקין בשב וא"ת דכיון דהא דגלי קר' באכלתי ולא אכלתי דלוקין חידוש הוא דע"ש לא ה"מ לכך אמרינן דלא גלי קרא אלא דומיא דשבועת שוא דלשעבר דבשעת שבועה יצאה לשקר מפיו אבל בלהבא שלא יצאה השבועה לשקר מפיו לא לקי בשב וא"ת וכן משמע מפשטא דלישנא דהרמב"ם ואם כן בשבועה דלהבא שיטעון האמת או שלא ידבר עם פ' ועבר עליה לא לקי דע"ש לא ה"מ והשבועה לא יצאה לשקר מפיו והדבר צריך הכרע

ד ואף ע"פ שהחזירו. והיינו דוקא בכפיית ב"ד אבל שלמו מעצמן וגנבו או גזלו באקראי הוי תשובה מעלייתא כ"כ הרמ"א בסכ"ט בהגה וי"ל היכא שאחד תבע לחבירו ממון בב"ד בע"פ או בשטר והביא הנתבע עדים שפרעו אם נעשה המלוה חשוד מש"ה משום דדמיא לכופר בפקדון ואיתא בידו דנפסל לעדות כיון דלא שייך אשתמוטי גבי' וא"כ ה"נ שתבעו ממון בשקר ורצה ליטול נפסל דל"ש בזה אשתמוטי או י"ל דשאני כופר בפקדון דמיד שכפר נעשה גזלן עליו וחייב באונסין כדאית' בפהג"ק ובר"ס רצ"ד משא"כ הכא שחשב לגזול ולא גזל אינו נפסל בשביל כך ולכאורה י"ל מרפ"ק דב"מ דיליף הש"ס דל"א מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא משבוע' הנשבעין ונוטלין דל"ש אשתמוטי ומשני אביי דחיישינן לספק מ"י וכ"פ כל הפוס' דאמרינן מיגו דחא"מ חשיד אשבועתא כמ"ש בסי' צ"ב וסי' ע"ה הרי דאף בנו"ן שעדיין לא נטלו המעות רק שתובעים בו בב"ד הוי חשודים על השבועה רק דתלינן בספק מ"י ובנתברר ע"פ עדים שרצה ליקח בחנם ל"ח בספק מ"י כמו בכל גזלן וכופר בפקדון כמ"ש התוס' שם אך יש לדחות די"ל דקושית הש"ס הוא דא"א מיגו דחא"מ חשיד אשבועת' הוי שבועת חנם דאם אתה חושדו שרוצה ליטול ממון בחנם ישבע נמי לשקר והוי שבועה לבטלה משא"כ הכא בשביל שרצה ליטול ממון בחנם לא פסלינן ליה לעדות אחר' אך לפמ"ש בסי' צ"ב ס"ג דהא דאמרינן מיגו דחא"מ ח"נ אשבועתא לאו משום דהוא שבועה לבטלה דההחשוד לד"א א"ח לדברים אחרים ומהימן באיסורין רק לעדות פסול משום אל תשת ידך עם רשע כמ"ש הנ"י פ'

ז"ב אלא הא דחא"ש הוא משום דאסור לו לישבע כיון דחשוד הוא ואיכא חילול ש"ש בדבר ע"ש א"כ הדרא קושיא לדוכתה דמוכח דאף שעדיין לא גזל הממון וא"ל שיפרוש ע"י השבועה מ"מ הוי חשוד אשבועתא ואסור לו לישבע אך י"ל דשא"ה שעדיין עומד בכפירתו ומחשבתו שתובע להנתבע בשקר לכך חא"ש אבל הכא שבטלה מחשבתו ע"י הכחשת העדים אף שהוא ע"י ב"ד ושלא ברצונו מ"מ לא נפסל בשביל מחשבה בעלמא ומסמ"ע ס"ק י"ו משמע דטבח שרצה למכור טריפה ונודע אף שלא מכרה נפסל לעדות ע"ש ולדידי צ"ע טובא בזה:

ה החולק עם הגנב. והא דנ' רמ"א סי' שמ"ח ס"ז בהגה דמי שבא לידו גניבת חבירו והחזיר להגנב דחייב לשלם להבעלים היינו לענין תשלומין דוקא מטעם דחייב בהשבת אבידה לבעליו אבל מ"מ אין נפסל לעדות בזה אף שהחזיק הגניבה לעצמו כ"כ מהר"ם מלובלין בתשובה פ"א ולא הבנתי טעמו דהרי מבואר בר"ס רנ"ט דהנוטל אבידת ישראל קודם יאוש ע"מ לגזלה עובר משום לא תגזול ומשום לא תוכל להתעלם והוא מש"ס דפ' אלו מציאות ואולי לא משמע לאינשי איסורא בהכי אך לא ידעתי מנ"ל להריב"ש זה וצ"ע:

ו עד זומם. ונראה בעדים שהעידו בב"ד ואח"כ העידו חילוף דבריהם הראשונים אף דלא מהימנינן להו משום דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מ"מ נפסלים לעדות מכאן ולהבא דממ"נ פ"א העידו שקר או בפ"א או בפ"ש במה שהעידו להיפך מדבריהם הראשונים והא דאמרינן בפ"ב דכתובות דעידי השטר שאומרים אנוסין היינו מחמת ממון אינן נאמנים משום דאין אדם משים א"ע רשע אע"ג דממ"נ נעשו רשעים בעדותן שהעידו עכשיו היינו משום דמ"מ מוקמינן להו בחזקת כשרות עד עכשיו ואמרינן דהשתא הוא דנפסלו ואינן נאמנים לשויה נפשייהו רשיעי מזמן הקודם אבל מ"מ מכאן ואילך נפסלים ויש להביא ראיה לזה ממ"ש הגמ"ר בפ' ז"ב וז"ל ובתשובת הגאונים עדים שהעידו בב"ד ואח"כ חזרו והעידו בחילוף מלקין אותן ועדות הראשונה קיימ' והאחרונה בטיל' עכ"ל והביאו הסמ"ע בסי' כ"ט סק"ד וא"כ כיון דמלקין אותן ד"ה דנפסלין לעדות אך קשה טובא דבפ"ב דכתובות דף י"ח מוקמינן התם מילתא דרמב"ח אריש דקתני העדים שאמרו כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו נאמנים ואמר רמב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אנוסים היינו מחמת ממון א"נ משום דאין אדם משים עצמו רשע והשטר כשר ע"פ עדותן שאמרו כת"י הוא זה וכן הוא בט"ו לקמן סי' מ"ו סל"ז וא"כ אי אמרת דהעדים נפסלים מכאן ולהבא קשה דהא התם מיירי שאמרו אנוסים היינו תכ"ד לכת"י הוא זה דהא בכל מיגו בעינן תכ"ד כמבואר בדיני מיגו וא"כ אף במה

שאמרו כת"י הוא זה לא להימני כדאיתא במרובה דף ע"ג בשנים מעידין אותו שגנב והן מעידין אותו שטבח והוזמו על הטביחה ולא על הגניבה דאי למפרע הוא נפסל כי אתזמי להו אטביחה עדות הגניבה נמי בטל כיון דתכ"ד כדיבור דמי ע"ש וא"כ ה"נ כיון דאמרינן דמה שאמרו אנוסין היינו מחמת ממון משקרי ופסולין מכאן ולהבא א"נ גם על מה שאמרו כת"י הוא זה לא להימני כיון שהוא תוך כ"ד ולכאורה י"ל דכיון דמה שאתה רוצה לפסול העדים הוא בשביל מה שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון והוא שקר א"כ ע"כ כת"י הוא זה דאל"כ בלא"ה השטר פסול ולכך מיהמנינן להו בזה דכת"י הוא זה אך קשה ע"ז מהא דסנהדרין דף ט' אמר רב יוסף פלוני רבעני לאונסי הוא ואח' מצטרפין להרגו לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ורבא פליג עליו דאין אדם משים את עצמו רשע ופלגינן דיבוריה אלמא דאי לאו פלגינן דיבוריה אף רבא מודה לר"י דא"נ לומר פ' רבעני לרצוני משום דלפי דבריו רשע הוא אלמא אף דלפי מה שאומר שהוא רשע א"כ העדות אמת שפלוני רבעו אפ"ה לא מהימנינן ליה על חבריה כיון שלפי דבריו רשע הוא וא"כ ה"נ ויש לחלק בדוחק וצ"ע ודוק:

ז אע"פ שנותנים הדמים. עסמ"ע שכתב וכל הנותנים דמים אינם עוברים בלאו דלא תחמוד כי ל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו וכן האמת וכ"כ התוס' ודבריו תמוהים שהרי הרמב"ם והמחבר בסי' שנ"ט ס"י כתבו להדיא דעובר בלאו דלא תחמוד ע"ש אך דמ"מ אינו פסול אלא מדרבנן כיון דלא משמע להו לאינשי איסורא בהכי וכבר השיג עליו הב"ש באה"ע סי' כ"ח סק"ב בזה ע"ש וע' מ"ש בסי' צ"ב סק"ו ע"ש:

ח אחד רועי בהמה דקה. ע' סמ"ע שכתב הא דלא כתב הט"ו דמגדל בהמה דקה אפילו בביתו הוא פסול משום דפסול זה אינו אלא להמגדל בא"י או בבבל שהיה לרוב ישראלים שדות משא"כ בזמנינו כמ"ש הט"ו בסי' ת"ט והוי כדבר שאינו נוהג וכ"כ ב"י עוד כתב הסמ"ע וע"ל בס"ס תכ"ה שכתב שם הט"ו דרועי בהמה דקה לא מעלין ולא מורידין ולא נקט שם בהמה גסה נראה דשם מיירי ברועה בהמות של אחרים וכאן נקט בהמות של עצמו ומשום שנחשד שבשביל הנאתו יניחם לרעות בשדות של ישראל וכמ"ש הטור ולפ"ז היה נ"ל דמ"ש של עצמו לא קאי אלא אבהמה גסה ולא משמע כן מסתימת ל' הגמרא והפוסקים וצ"ל דלענין לפסול אותו מעדות ושבועה אפי' בבהמה דקה הצריכו להיות דוקא של עצמו א"כ לענין שיהא אסור להצילו ממיתה לא החמירו כ"כ אלא ברוע' בהמה דקה עכ"ל סמ"ע והנה מ"ש דרועה בהמה דקה לא מעלין מיירי אפי' ברועה בהמות של אחרים בתוס' דמס' ע"ז דף כ"ו ד"ה ורועים בהמה דקה כתבו להדיא להיפך דמיירי בשלהן דאי בשל אחרים הא אמרינן בפ"ק דב"מ אין אדם חוטא ולא לו וכן בתוס'

במרובה דף ע"ט ע"ב ד"ה אין מגדלין כתבו דהנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעא דקאמר שאני עיזי דמסורין לרועה אע"ג דנהרדעא היא בבל שמא לא היו נזהרים כ"כ על דברי רב שאמר בבל כא"י לבהמה דקה משמע להדיא דבח"ל אין איסור כלל בבהמה דקה של אחרים וכן משמע ברא"ש שם ואין להביא ראיה מדברי רשב"ם בב"ב דקכ"ח גבי נאמנין עלי שלשה רועי בקר שכתב שם וז"ל שאינן בקיאין בדין ורועי צאן לא נקט משום דרשעים נינהו דסתם רועי בהמה דקה גזלנין נינהו ופסולין לכל דין שבעולם עכ"ל ולכאור' תמוה הא מבואר בפז"ב דרועה שאמרו דפסול לעדות אחד רועי בהמה דקה וא' בהמה גסה א"ו דשם מיירי ברועי בהמות אחרים לכך בגסה כשרים ובדקה פסולים זה ליתא די"ל דכוונת רשב"ם היא במגדלי בהמה בא"י דגסה כשר ודקה פסול כדמוקי הש"ס פז"ב דהא דאמר רבא רועי בהמה דקה בא"י פסולין בח"ל כשרים רועי בהמה גסה אפילו בא"י כשרים דבמגדלים איתמר ועוד י"ל לפי מ"ש התוס' במרובה והרא"ש שם והטור בסי' ת"ט דרועי בהמה דקה בא"י אפילו של אחרים בכלל מגדלין נינהו וא"כ רועי בהמה דקה בא"י אפי' של אחרים פסולים לעדות כמו מגדלין וכ"כ הב"ח וא"כ י"ל דרשב"ם מיירי ברועה של אחרים דתנא בא"י קאי אלא דקשה הא דמוקי בפז"ב מילתא דרבא דבמגדלים איתמר ואמאי לא מוקי ברועה של אחרים וצריך ישוב והעיקר כתירוץ השני של הסמ"ע דלענין שיהא אסור להציל ממיתה לא החמירו אלא ברועה בהמה דקה בדווקא:

ט אריס שלקח דבר מועט וכו'. עיין מ"ש בסי' צ"ג סק"ו לענין שותפין כל הני דמורי היתרא שגנבו אי פסולין לעדות ע"ש:

י כל מי שנוטל שכר להעיד עדותו בטילה. בתשו' בית יעקב סימן קכ"ח פסק דדוקא שנטל השכר קודם שהעיד אבל בהבטיחו ליתן לו ואחר שהעיד נתן לא נתבטל העדות והביא ראיה לזה דמכח ההבטחה לבד לא נתבטל העדות מההוא דשטר שיש בו רבית בסי' נ"ב דאיכא למ"ד שאינו גובה אפילו הקרן משמע דוקא משום דכתב לו בשטר בפירוש את הרבית הוא דקנסינן ליה ואינו גובה אלא הקרן הא אם הלוה לו בע"פ ברבית לא קנסינן ליה דדוקא בשטר קנסינן ליה דהוי כגבוי אבל בע"פ שאינו אלא הבטחה בעלמא לאו כלום הוא והכא נמי לענין נוטל שכר להעיד לא קנסינן ליה בהבטחה בעלמא ואי משום שנתן לו השכר אחר שהעיד אין לפסול העדות למפרע כמ"ש רמ"א בסי' ל"ז ס"ט בהגה דלא פסלינן העדות למפרע מחמת נגיעת העדות כיון שלא היתה ההנאה ניכרת בשעת אמירת העדות ע"ש אלו הן תורף דבריו וכל דבריו תמוהין מראשן לסופן דמה שהביא ראיה משטר שיש בו רבית דדוקא בשטר קנסינן ולא בע"פ הלא כל הפוס'

פסקי דשטר שיש בו רבית גובה הקרן ולא הרבית כרבנן דר"מ בפ' א"נ דלא קנסינן כלל קרן אטו רבית רק בשט"ח שנכלל קרן עם הרבית פסקינן לקמן בסי' נ"ב דאינו גובה הקרן בשטר כשהלוה מכחישו משום שמא יבא לגבות בו את הרבית כיון שהוא בשטר אחד אבל אם הלוה מודה או שעידי השטר מעידין לפנינו חייב לשלם לו את הקרן כמבואר שם בהגה ובש"ך וזה לא שייך בע"פ כלל דבלא"ה הלוה פטור כשמכחישו ומפלוגתא דר"מ ורבנן בברייתא בפ' א"נ דפליגי בשטר שיש בו רבית מפורש דס"ל לר"מ דאינו גובה אף הקרן משום קנס אין להוכיח מדנקט שט"ח משמע דבע"פ לא קנסינן בשביל הבטחה די"ל דנקט שטר להודיעך כחן דרבנן דאף בשטר גובה הקרן וכ"כ האס"ז בפ' א"נ שם בשם הרשב"א להדיא דההיא דפליגי בשטר לאשמועינן דלרבנן גובה הקרן אף ממשעבדי אבל לר"מ דס"ל דאינו גובה משום קנס אף בע"פ אינו גובה אף הקרן ע"ש גם מה שהביא מסי' ל"ז ס"ט בהגה דמיא כי אוכלא לדנא דשם הטעם הוא כיון דהא דנוגע פסול להעיד הוא משום דחיישינן דמחמת נגיעתו בעדות זו הוא משקר לכך כיון שלא היתה ההנאה ניכרת בשעת העדות א"כ בשעת העדות כשר הי' ולא חשדינן ליה למשקר אז משא"כ בנוטל שכר להעיד כיון דטעמא הוא משום קנס דעבר על מה אני בחנם וכו' א"כ כיון שהבטיח ליתן לו ונתן לו אח"כ ונתקיימה מחשבתו ואהני מעשיו קנסינן לי' וכן משמע מסתימת לשון הש"ס והפוסקים דאין חילוק בין נטל השכר קודם או אח"כ אך מ"מ במה דמשמע מדבריו דאם נטל שכר אח"כ בלא שום בטחון עדותו קיימת אלא דעביד איסורא בהא מסתבר כוותיה דלא פסלינן עדותו למפרע במה שקיבל אח"כ אך מה שחילק שם בין עד לדיין דבדיין הדין בטל אף בקיבל אח"כ לא ידעתי מנ"ל להמצי' חילוקי' כאלו מסברא דנפשיה גם נ"ל באם הבטיח ליתן לו שכר קודם שהעיד ואחר שהעיד אינו נותן לו שכן הדין נותן כמו חליצה מוטעת באה"ע סי' קס"ט ס"נ דאמרינן ליה חלוץ לה והיא תתן לך מאתים זוז דא"צ ליתן כיון דמחויב לחלוץ בחנם וכן מבואר בסי' פ"א ס"א בהגה במי שהבטיח ליתן לאחד ממון כדי שילמוד עם בנו דפטור ליתן כיון דמחויב בלא"ה ללמוד עם בנו נראה דבכה"ג העדות כשר דהנוטל שכר להעיד אמרו שעדותו בטלה וקנסינן ליה אף שנוטל אח"כ כיון שנתקיימה מחשבתו ואהני מעשיו משא"כ בבה"ג דלא נתקיימה מחשבתו ולא אהני מעשיו לא קנסינן ליה ואע"ג דלענין רבית הבאתי לעיל בשם הרשב"א דס"ל דלר"מ אף בהלואה בע"פ קנסינן ליה ואינו גובה אף הקרן אף שעדיין לא נטל הרבית היינו דוקא לענין רבית דבהלוא' גופה עביד איסורא דעובר על לאו דלא תשימון עליו נשך וע"י כפיית הב"ד אינו נוטל הרבית לכך קנסינן ליה משא"כ הכא שעדיין לא עשה איסור אלא שחשב ליטול שכר ולא נתקיימה מחשבתו לא

קנסינן ליה על ההבטחה לבד ועוד דלענין רבית כיון דחזינן לר"מ דקניס בשטר אף שלא גבה הרבית ס"ל להרשב"א דה"ה בע"פ נמי דאין טעם לחלק בין שטר לבע"פ לענין קנס אבל הכא הנוטל שכר להעיד אמרו חז"ל דעדותו בטל' לא קנסינן ליה בהבטחה בעלמא דאין לדמות תקנות חז"ל זה לזה כנלפענ"ד שוב מצאתי במל"מ סוף הלכות עדות שכתב שם הרב הגדול מו' יעקב כולי בהגה בשם המ"ל דאם נטל שכר אח"כ דינו ועדותו קיימין וחולק על הבית יעקב שמחלק בין דיין לעד ע"ש. גם מה שהביא בשם הב"ח דאם נטל שכר להעיד דא"צ להחזיר הממון דבריטב"א מוכח דצריך להחזיר כבר כתבתי בסי' ט' סק"ב להכריע כסברת הב"ח וע"ש. גם מה שנראה מהרב בעל בית יעקב דהנוטל שכר להעיד עדותו בטלה אף בהתרת אשה עגונה וכ"פ המשא' בנימן בתשובותיו סי' צ"ח באריכו' אינו נלפענ"ד כיון דהא דעדותו בטלה אינו אלא משום קנס דרבנן שעבר על מה אני בחנם א"כ בעדות אשה דכל הפסולי' כשרי' לעדות אשה ואף פסולי עבירה דדבריהם כמבואר באה"ע סימן י"ז ס"ג מה"ת יפסל הנוטל שכר להעיד דאינו אלא קנס מדבריהם ומצאתי און לי בתשובות מוהר"י בן לב ספר ד' דף ס"ו ע"ב שפסק בנוטל שכר להבאת הגט דנאמן לומר בפני נכתב ובפני נחתם דאף דנוטל שכר להעיד עדותו בטלה היינו מדרבנן וכל הפסולים דרבנן כשרי' להבאת הגט הרי להדיא כמ"ש וז"ב. ודע דהנוטל שכר להעיד כל עדיות שהעיד אח"כ (אף שלא נטל בהן שכר) הן בטילין וכ"כ הרשב"א בחידושיו והר"ן בספ"ב דקדושין בשם התוספתא דהחשוד להיות נוטל שכר ומעיד כל הדינין שדן וכל העדיות שהעיד הן בטילין דלא כהכנה"ג בסי' כ"ח שנסתפק בזה וגרם לו שלא ראה אלא לשון הר"ן בב"י ע"ש ומה שנסתפק שם אי גם העדיו' שהעיד קודם שנטל השכר הן בטילים מסתברא דלא גרע מפסול עבירה דאורייתא דלא פסלינן מה שהעיד קודם שעבר העבירה וזה פשוט:

יא ואם החזיר הממון דינו ועדותו קיימים. וצריך לחזור ולהעיד אותו עדות כ"כ הרשב"א והר"ן בשם הרמב"ן וכתב המ"ב בתשובה סי' צ"ח ונראה דדוקא כשנוטל בתורת אגרא בין שיועיל עדותו בין שלא יועיל בכה"ג מהני חזרת הממון דלאו פסול דאורייי' הוא אלא קנס בעלמא אבל בנוטל שכר ע"מ שיועיל עדותו פסול מדאורייי' הוא דנוגע הוא ולא מהני חזרת הממון עכ"ל ויש לתמוה דנהי נמי דפסול מדאורייי' הוא הא מ"מ בשעת ראיית העדות כשר היה דהא אף בנוטל שכר לראות העדות כשר הוא וא"כ כשאח"כ החזיר הממון אמאי לא יהיה נאמן לחזור ולהעיד אותו עדות דהא ה"ל תחילתו וסופו בכשרות וצ"ל דס"ל כמ"ש הרב בסי' ל"ג סי"ב בהגה דאם העיד בשעה שהיה פסול שוב אינו יכול לחזור ולהעיד בעת כשרותו משום דעביד אינש לאחזוקי דבוריה וכמ"ש הש"ך

שם ע"ש וא"כ לפמ"ש שם דיש חולקים בזה ה"נ מהני חזרת ממון ועוד י"ל דכיון שנטל שכר כדי שיועיל עדותו אף שהחזיר הממון חיישינן לקנוניא דילמא החזיר בכוונה כדי שתועיל עדותו ואח"כ יטול השכר וגרע מסילוק דמהני בסי' ל"ו ול"ח לקנוניא דשם ליכא ריעותא כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ח משא"כ הכא איכא ריעותא דהא מתחלה עשה שלא כדין במה שנטל שכר על מנת שיועיל עדותו ונכון בסברא:

יב אבל מי שאינו מחויב להעיד. ויש להסתפק בע"א שבא לחייב שבועה דמוכח בש"ס ר"פ הכונס דמדאוריי' א"צ להעיד כלל אלא שחייב להעיד מדרבנן וכ"כ הכ"מ ברפ"א מה' עדות להדיא והנה בי"ד סי' רמ"ו ס"ה בהגה כ' דכל חידושי סופרי' מה שנתקן מדרבנן מותר ליטול שכר ללמדו ולמד זאת מהא דמותר ליטול שכר פיסוק טעמים שהוא מדרבנן הרי דמותר ללמוד בשכר מידי דרבנן ואם כן י"ל דע"א מותר ליטול שכר להעיד כיון שאינו מחויב להעיד אלא מדרבנן והכל מחד קרא ילפינן להו בש"ס דמה אני בחנם וכו' או י"ל דשאני התם דפיסוק טעמים אין לו עיקר בדאוריי' משא"כ להעיד דיש חילוק בין ללמוד מידי דרבנן ובין לקיים מצוה דרבנן ומסתימת לשון הש"ס ופוסקי' שאמרו הנוטל שכר להעיד עדותו בטילה משמע אף בע"א הנוטל שכר עדותו בטלה וצ"ע לדינא ועיין מ"ש בסי' כ"ח סק"ב ע"ש:

יג המוסרים. בתשו' פנים מאירות ח"ב סי' צ' כתב בפשיטות דלפי מה שהעלה הש"ך בר"ס שפ"ו דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן וקנסא דרבנן הוא ומסור אינו אלא דיני דגרמי כדאמרי' בס"פ הכונס דלמאן דלא דאין ד"ג מסורת נמי לא דיינינן וא"כ כיון דמסור אינו אלא דיני דגרמי ופסול דרבנן בעי הכרזה והא דמסורת מורידין ולא מעלין אינו אלא מדרבנן למיגדר מילתא עכ"ד ולכאור' אין הנדון דומה לראיה כלל דאף לשיטת הפוסקים דד"ג אינו אלא מדרבנן היינו החיוב תשלומין אינו אלא מדרבנן דלאו מזיק גמור הוא אבל מ"מ י"ל דאף מדאוריי' אסור לגרום היזק לחבירו והא ראיה דהא גרמא בניזקין פטור לשלם אף מדרבנן לכ"ע ואפ"ה אמרינן בב"ב דף כ"ב דאף גרמא בניזקין אסור לגרום לחבירו היזק ע"ש ואפשר לומר כיון דמסור פטור מלשלם מדאוריי' א"כ לא הוי רשע דחמס אלא איסור דאוריי' לבד וא"כ כיון דאין מלקות באיסור זה לא הוי אלא פסול מדרבנן כמבואר בס"ב ובעי הכרזה אך דבר זה לא ברירא לן דאפשר לומר דבאיסור דאוריי' אף דלא מיפסל אלא מדרבנן לא בעי הכרזה כמ"ש מוהרי"ט בתשובותיו חלק אה"ע סי' מ"ג והביאו הכה"ג אך מ"מ מצאתי ראיה מוכרחת להבעל פנים מאירו' מש"ס דגיטין דף כ"ג ע"ב דפריך התם דר"מ אדר"מ דסבר במטמ' ומדמע ומנסך אחד שוגג ואחד מזיד חייב ובמבשל בשבת ס"ל לר"מ דבשוגג יאכל ובמזיד לא יאכל ומשני הש"ס כי

קניס ר' מאיר בדרבנן בדאורייתא לא קניס ופרש"י מטמא ומדמע איסורא דרבנן הוא כיון דלאו שמיה היזק אין כאן איסורא דאורייתא וד"ס צריכי' חיזוק הילכך קניס אף השוגג עכ"ל הרי דמוכח להדיא דהמזיק לחבירו בדבר דלאו שמיה היזק אינו אלא איסורא דרבנן וא"כ ה"ה במסור כיון דמן התורה לא דיינינן ד"ג והוי כלא הזיקו כלל א"כ לא הוי אלא איסור דרבנן ובעי הכרזה וה"ה במזיק בידים לחבירו בהיזק שאינו ניכר במזיד כיון דלאו שמי' היזק אינו אלא פסול מדרבנן ובעי הכרזה אמנם לכאורה יש להקשות לפ"ז דא"כ נפל דינא דפסול המסור לעדות בבירא כיון דמסור אינו אלא איסור דרבנן והא מבואר בס"ג בהגה דבדבר דדבריהם בעינן שעבר משום חימוד ממון ומאי חימוד ממון איכא במוסר דהא אין מגיע לו שום הנאה מזה אך זה לק"מ דהא הטעם דבדבר דרבנן בעינן חימוד ממון משום דרע לשמים אינו רע לבריות דמה"ט ס"ל לרבא בפ' ז"ב דאף בפסול דאורייתא בעינן רשע דחמס דוקא וא"כ במוסר כיון דרע לבריות הוא בדבר שאין לו הנאה כלל א"כ פשיטא דפסול נמי לעדות דמעיד נמי שקר בחנם אך לכאורה קשה דמדברי הב"י לא משמע כן שכתב על דברי המרדכי בפ"ק דמציעא באפוטרופוס שהלוה מעות יתומים בר"ק דפסול לעדות וכתב הב"י לחד פירושא דמ"ש בר"ק משום דס"ל כתוס' דכל מי שאינו מרויח כלום לא מיפסל ברבית דרבנן אלמא אף דרע לבריו' הוא דהא אף רבא דס"ל דבעינן רשע דחמס מודה דמלוה ברבית פסול לעדות כדאיתא בפ' ז"ב ואפ"ה ברבית דרבנן לא מיפסל כיון דליכא חימוד ממון ואפשר לומר דהב"י ס"ל דמלוה ברבית לא מיחשב רע לבריות כיון דהלו' מדעתיה יהיב ליה אלא דמ"מ מלוה ברבית פסול כיון דעושה מחמת חימוד ממון חשיב כמו אוכל נבילו' לתיאבון דפסול לכ"ע ותדע דהא רבא גופא ס"ל דאף לוה ברבית נמי פסול כדאיתא בפז"ב דף כ"ה כנ"ל שוב מצאתי בתשו' מוהרי"ק סי' קכ"ו דנסתפק שם אי מסור שלא הוחזק למסור אינו פסול אלא מדרבנן ומשמע שם דאף למ"ד דד"ג דאורייתא מ"מ בלא הוחזק למסור אינו אלא פסול מדרבנן ולא ידעתי טעם לדבר גם נסתפק שם לשיטת רב פלטוי גאון במריב עם חבירו ואמר לו אלך ואמסור דפסול לעדות אי פסול מדאוריי' או לא ובאמת מדברי הרב בסי' שפ"ח ס"ח בהגה שהביא שיטה זו יש להוכיח דס"ל דפסול מדאורייתא דאי פסול מדרבנן א"כ הדרא קושיא לדוכתה דאף מדרבנן אין לו ליפסל כיון דליכא חימוד ממון וגם לא הוי רע לבריות כיון דלא עשה מעשה רק דמיפסל בדיבור לבד אך יש לדחות דכיון שאמר כן בפרהסיא מסתמא יעשה כן וחשיב כאלו כבר עשהו ומיחשב רע לבריות ויותר נראה דמעיקרא לק"מ דבמוסר או שאומר כן דרך מריבה מיחשב רשע דחמס כמו באוכל נבלות לתיאבון דפסול לכ"ע דכפין ואכיל כפין מסהיד וכן בבא על

עריות דרבנן כמ"ש הסמ"ע סק"ד והוא משום כיון דעושה כן בשביל הנאת הגוף מיחשב רשע דחמס כמ"ש התוס' בסנהדרין דף ט' ע"ב ומרדכי פז"ב וא"כ במוסר או שאומר דרך מריבה אלך ואמסור מיחשב רשע דחמס כיון דמתקן הוא אצל יצרו הרע כמ"ש הרמב"ם בפ"ח ופי"ב מה' שבת דכל המקלקלין פטורין חוץ מחובל בחבירו בשעת מריבה כיון שנתקררה דעתו בזה ומתקן הוא אצל יצרו הרע חייב וא"כ ה"נ באומר אלך ואמסור בשעת מריבה חשיב רשע דחמס כיון דלהנאתו אומר כן וסברא נכונה היא ובתשובת מוהרי"ט שהבאתי לעיל לא ירד לזה ע"ש ומעתה דברי בעל פ"מ עולים יפה אך מ"מ מה שפסק שם בתשובה להוציא ממון ע"פ הכרעת הש"ך דד"ג אינו אלא דרבנן ליתא כיון דדעת רוב הפוסקים דד"ג דאוריי' וא"כ לא בעי הכרזה אין להוצי' ממון נגד דעתם:

יד שאין אדם משים א"ע רשע. בתשו' מוהר"מ מלובלין סי' פ"א הביא בשם הגאון מוהר"ר פייבוש מקראקא ז"ל דאפשר לחלק דמה שאמרו אין אדם נפסל ע"פ עצמו היינו היכא שהוא בא להודות שעשה עבירה ואף שרוצה לעשות תשובה איכא למימר דאיערומי קמערי' אבל היכא שאנו רואים שאדרבה הוא רוצה להתנצל א"ע ולומר שלא חטא רק שע"י דבריו הוא נתפס שמשקר כגון באחד שיש עליו עדים שפעם אחת כפר בפקדון ולא ראוהו אז בידו דכשר מדינא דאמרינן דאשתמוטי קמשתמיט והוא מתנצל א"ע עכשיו שהודה בזה בזמן ההוא מחמת תשובה ונתפס בדבריו שהוא אומר שקר בכה"ג נפסל לעדות דהא מטענתו שטוען עכשיו נשמע דלא היה משתמיט כיון דלא טען כן ומה שטוען עכשיו הוחזק כפרן ופסול הוא ומוהר"מ מלובלין ז"ל חלק עליו כיון דהא דאין אדם נפסל ע"פ עצמו הטעם הוא דאדם קרוב אצל עצמו והתורה פסלה קרוב לעדות אין לחלק דבכל אופן א"נ שיפסל ע"פ עצמו ובאמת כדבריו כן הוא בחי' הר"ן למס' שבועות בפ' שבועת העדות גבי הא דאמרינן דבעידי קנס לא משכחת ראיה בלא ידיעה דמי לא בעי מידע אי נכרית בעל אי בת ישראל בעל וכתב הר"ן ז"ל שם דאף אם אמר לא אנסתי אשה מעולם ובאו עדים שאנס לא מיחייב אע"פ שהוחזק כפרן לפי שזה בפשיעתו מתחייב ואין אדם משלם קנס ע"פ עצמו ודבריו מוכרחי' שם מהש"ס ע"ש וא"כ ה"ה לענין לפוסלו ע"י עצמו נמי אמרינן כן דאף שהוחזק כפרן אינו נפסל ע"י עצמו אך שיש להקשות ע"ז מדברי הרמב"ם בפ"ב מה' שבועות דין י"ב שכתב שם לענין שבועה דאינו חייב עד שיהיו פיו ולבו שוין לפיכך אם נשבע אחד בפנינו שלא יאכל היום ואכל והתרו בו ואמר אני לא היה בלבי אלא שלא אצא היום וטעה לשוני והוציא אכילה שלא היה בלבי ה"ז אינו לוקה עד שיודה בפני עדים קודם שיאכל שעל אכילה נשבע או שקיבל עליו התראה וכו' וכן אם התרו בו ואמר מעולם לא נשבעתי ולא נדרתי על דבר

זה ואחר שהעידו עליו שנשבע או נדר אמר כן היה אבל לא היה פי ולבי שוין או תנאי היה בלבי על הנדר אין שומעין לו ולוקה עכ"ל והטעם משום דהוחזק כפרן בדבריו וא"כ כיון דחזינן דמלקינן ליה ע"פ דבריו במה שהוחזק כפרן ע"י עצמו אף דאין מלקין לאדם ע"פ עצמו מגזירת הכתוב כמ"ש הרמב"ם בפי"ח מה' סנהדרין א"כ ה"ה דנפסל ע"י עצמו בכה"ג דהא התורה קראה רשע להחייב מלקות וכמבואר בס"ב ויש לתרץ דיש חילוק בין דבר שאנו טוענין עבורו להכשירו אף שלא טען כן בעצמו לכך אף שהוחזק כפרן ע"י טענתו לא פסלינן ליה ע"י עצמו דהוי כמעיד על עצמו לפוסלו ואין אדם נאמן לפסול א"ע משא"כ היכא דבלא טענתו לא טענינן ליה ומיפסל ע"י דבר שעש' לפנינו אלא דהיכא שהוא מתנצל א"ע מהימנינן ליה לתרץ את דבריו וא"כ היכא שטען טענה אחרת והוחזק כפרן בדבריו א"כ שוב לא מהימן בדבריו והוא בחזקת פסול מסתמא וא"כ לכך התם גבי שבועה כיון דסתמא דמילתא לא אמרינן שלא היה פיו ולבו שוין או שתנאי היה בלבו והוציאו בפיו בלחש כמ"ש הכ"מ שם אלא כשטען כן מהימנינן ליה וא"כ לכך כשטען שמעולם לא נשבע והוחזק כפרן ע"פ עדים א"כ הרי הודה שלא היה תנאי בלבו שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ושוב לא מהימן לומר שתנאי היה בלבו ודייניין ליה כסתמא דמילתא דמסתמא לא היה תנאי בלבו משא"כ בכופר בפקדון ולא ראוהו בידו דמכשרינן ליה מסתמא ואמרינן דאשתמוטי קמשתמיט אף שלא טען כן וכמ"ש בתשובת מ"ב סי' נ"א א"כ אף שטוען טענה אחרת והוחזק כפרן בטענתו לא אמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והוי כהודה דלא אשתמיט מעיקרא דא"כ הרי אתה פוסלו ע"י הודאתו ואין אדם נפסל ע"י עצמו וזה חילוק נכון להשוות דברי הר"ן והרמב"ם אהדדי ולפ"ז מ"ש הש"ך בי"ד סי' רל"ב ס"ק ך"ז על דברי הרמב"ם הללו דאפי' יש עדים כדבריו האחרונים אינו כלום דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע"ש ליתא דכיון דיש עדים כדבריו האחרונים א"כ עיקר חיובו אינו בא אלא ע"פ הודאת עצמו ואין אדם לוקה ע"פ עצמו מגזה"כ כמ"ש הרמב"ם בפי"ח מה"ס וה"ה דבכה"ג אינו נפסל ע"י עצמו כן נ"ל נכון ועיקר לדינא:

טו ה"ז ספק פסול. לפיכך לא יעיד ואין מוציאין ממון בעדותו יש להסתפק היכא שהעיד הוא ואחר עמו על שטר שהוא פרוע אי נאמנים להחזיק הנתבע בממון וכן היכא ששני עדים כשרים מעידין שראובן לוה משמעון מנה ושנים שהם ספק פסולי עדות מכחישי' אותם אי נאמני' לפטור את הנתבע די"ל דדוקא לענין להוציא ממון א"נ כדנקט ואין מוציאין ממון בעדותו אבל להחזיק נאמנים דכיון שהם רק ספק פסולים הממע"ה ולכאורה יש להוכיח כן מדברי התוס' ס"פ מרובה דף ע"ג ע"ב ד"ה אין לך בו

שכתבו לרב חסדא דס"ל שני כיתי עדים המכחישים זא"ז דפסולים לעדות אחרת מספק דאם השנים מן השוק מעידין פלוני לוה מפלוני מנה ואחת משתי כיתי עדים הללו המכחישים זא"ז אומרת לא לוה אין מוציאין ממון מספק ע"ש וא"כ ה"ה לר"ה בכה"ג דשנים אומרים על אחד שהוא פסול ושנים אומרים שהוא כשר דפסלינן אותו מספק מ"מ יכול להכחיש עדים כשרים להחזיק את הנתבע ואין מוציאין ממון בספק אך באמת אין זה ראיה כלל דבשלמא בשתי כיתי עדים המכחישין זא"ז כל כת לאו אגופייהו דכת אחרינא קמסהדי לפוסלם אלא דלרב חסדא ממילא מיפסלי כל כת מהם לעדות אחרת כיון דודאי כת אחת משקרי ובהדי סהדי שיקרי למה לי ואין מוציאין ממון מספק ולכך כשמכחיש אחת משתי כיתות אלו את שנים מן השוק בכדי לפטור את הנתבע מהימני משום דהא אף אם היה בגוף העדות שמכחישים זא"ז ארבעה עדים שמעידים על מעשה אחת ושנים מכחישים אותו הוי תרי כמאה והוי הכחשה ומהני לפטור את הנתבע וא"כ ה"ה אם שנים אחרים מעידים על דבר אחר וא' משתי כיתות המכחישים זא"ז בראשונה מכחישים גם את השנים הללו הוי הכחשה גמורה דתרי כמאה ומה לי דשנים מכחישים אפילו מאה במעשה או בשני מעשים משא"כ הכא בספק פסולי עדות מחמת עצמם ששנים מעידים עליהם שהם פסולים מחמת עבירה ואגופייהו דסהדי מסהדי ומהימני רק ששנים מכחישים אותה שהם כשרים ואנן פסלינן אותם מספק א"כ היכא ששני עדים כשרים מן השוק מעידין שראובן לוה מנה משמעון ושנים אלו שהם ספק פסולי עדות מכחישים אותם וכן היכא דאיכא שטרא מעליא ושנים אלו שהם ספק פסולים מעידים שהשטר הוא פרוע וי"ל כיון דעדות מתורת ראיה היא ורחמנא הימנינהו א"כ כיון שהם ספק פסולי עדות אין ספק מוציא מידי ודאי ואינן נאמנים להכחיש עדים כשרים או לפסול שטרא מעליא ואדרבה נראה שכן יש להוכיח מדברי התוס' בכתובות דף כ"ב ע"א ד"ה תרי ותרי נינהו שכתבו התוס' בפשיטות דלר"ח דס"ל בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז דפסולין לעדות אחרת דאם אחד משתי הכיתות אלו מעידין על אדם אחר שהוא פסול לעדות אינן נאמנים אף שאין מי שיכחישם והוא כשר לעדות ומוציאין ממון ע"י ע"ש ולכאורה קשה דמנ"ל להתוס' כן דאדרבה לר"ח דחשיב להו סהדי שיקרי ולא מוקמינן להו אחזק' כשרות להוציא ממון על ידם מעדות אחרת א"כ ה"נ כיון דאחת משני כיתות אלו מעידין על אחד שהוא פסול נימא דהוי ספק פסול ואין מוציאין ממון בעדותו כמ"ש התוס' במרובה דאף לר"ח נאמנים אחד משתי כיתות אלו שמכחישים זא"ז להכחיש שני עדים מן השוק להחזיק את הנתבע בממון כיון שאינן פסולין אלא מספק וא"כ ה"נ כיון שאינן אלא ספק פסולים יש להאמינם נגד אדם אחר

לפוסלו מספק כדי שלא להוציא ממון על ידו א"ו דס"ל להתוס' דדוקא כשאחד משתי כיתות אלו מכחישים לשנים מן השוק מהימני דאידי ואידי עדות מוכחשת הוא דמה לי כשמכחישים בענין הראשון ארבעה עדים או שמכחישים שתי כיתי עדים בשני ענינים משא"כ לענין לפסול את חבירו כיון שהוא דבר אחר וכל ישראל בחזקת כשרים הם לא מהימני ספק פסולי עדות לפוסלו אף מלהוציא ממון על ידו דאין ספק מוציא מידי ודאי וכיון דעדים מתורת ראיה הימנינהו רחמנא כיון שהם ספק פסולי עדות שוב אין כאן ראיה וא"כ ה"ה הכא בספק פסולי עדות שב' אומרים עליהם שהם פסולי' מחמת עבירה וב' מכחישי' אותם כיון שאנן פסלינן אותם מספק א"נ להכחיש עדים כשרים מן השוק בדבר אחר וכן להעיד על שטר שהוא פרוע להוציא מחזקת שטרך בידי מאי בעי דאין ספק מוציא מידי ודאי ול"ד למ"ש התוס' בכתובות דף כ' ע"א בשם רשב"א בעידי שובר וב' עדים אומרים דפסולי עדות היו אף דהוי תרי ותרי הוי שובר מעליא ולא אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי שאני הת' דאיתרע חזקה דשטרא דלא שייך לומר שטרך בידי מאי בעי כיון דאיכא שובר ואיכא למימר דעידי השובר כשרים הם ומספיקא אין מוציאין מיד המוחזק כיון די"ל דסמיך א"ע אשובר משא"כ כשאין כאן שובר ופסולי ספק מעידי' דהשטר פרוע כיון דחזקת שטרך בידי מאי בעי חזקה אלימתא היא דליכא למימר דסמיך א"ע אעדים דמ"מ ה"ל לחוש שימותו העדים או שילכו למד"ה כמ"ש התוס' גיטין דף ס"ד ד"ה שלישי ע"ש אלא שאתה רוצה לפסול השטר מחמת נאמנות העדים דרחמנא הימנינהו וא"כ כיון שהם ספק פסולים לא מהימני דאין ספק מוציא מידי ודאי זה נ"ל בכוונת דברי התוס' ודוק היטב. אך מ"מ אני מסתפק עדיין נהי דמוכח מדברי התוס' דספק פסולי עדות אינן נאמנים להוציא אדם מחזקת כשרות וכן לפסול את השטר מ"מ י"ל דלהכחיש עדים אחרים נאמנים טפי דאידי ואידי עדות מוכחשת הוא ומוקמינן להו בחזקת כשרות כמו העדים האחרים כיון דכל העדים דהימנינהו רחמנא הוא מחמת חזקת כשרות דמסתמא לא משקרי ובאמת י"ל דאף לר"ח דס"ל דכת אחת משני כיתי עדים המכחישים זא"ז יכולין להכחיש עדים שבשוק כמ"ש התוס' במרובה הוא ג"כ מטעם זה כיון דמ"מ עדות מוכחשת הוא אבל כשבאים לפסול את השטר או בשאר גווני שחייב הנתבע לשלם ע"פ ד"ת אינן נאמנים להוציא מחזקה וכן משמע בפ' שבועות הדיינים דף ל"ח דפריך הש"ס לר"ח ממתניתין דאחד אומר גבוה ג' מרדעות ואחד אומר ה' מרדעות שהעדות בטילה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון ומאי קושיא דילמא מיירי לענין לפטור הנתבע מחיוב השטר או בשאר גווני א"ו דלר"ח אף בכה"ג א"נ להוציא מחזקה דאין ספק מוציא מידי ודאי אך מ"מ מצד הסברא נראה

יותר דלא עדיף שטר מעדים כשרים וכי היכי דספק הפסולים א"י להוציא מחזקת השטר ושאר חזקה ה"נ כיון דהם ספק פסולים א"י להוציא ולהכחיש עדים כשרים ומ"ש התוס' במרובה דלר"ח יכולין להכחיש עדים אחרים כבר ישבתי לעיל בט"ט אך מ"מ אף אי ספק פסולי עדות א"נ להוציא מחזקת השטר וכיוצא בו לא ברירא לי כולי האי דמה שהבאתי ראיה מדברי התוס' דכתובות שכתבו דאף לר"ח אין א' משתי כיתי עדים המכחישים זא"ז יכולים לפסול אדם אחר אף מלהוציא ממון ע"י יש לישב דהתוס' ס"ל דר"ח דס"ל בהדי סהדי שיקרי למה לי היינו דוקא התם דאיכא כת אחת ודאי פסולה לכך לא מוקמינן להו בחזקת כשרות אף שבאים כל כת בפ"ע משא"כ כשבאים לפסול אדם אחר כיון דהם ספק פסולים א"נ להוציאו מחזקת כשרות ונאמן לכל עדות שבעולם דחזקת כשרות עדיף מחזקת ממון. אך מ"מ זה דוחק גדול דמנ"ל להתוס' כן להקשות זה בפשיטות דילמא ר"ח סבר דחזקת ממון עדיף מחזקת כשרות וכ"כ הרשב"ם פחז"ה דף ל"א להדיא דטעמא דר"ח דחזקת ממון עדיפא ע"ש. שוב מצאתי גילוי לדין זה מלשון הרמב"ם בפ"ט מה' עדות ד"ג שכתב וז"ל וכן הטומטום והאנדרוגינוס פסולים מפני שהם ספק אשה וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול הרי הוא פסול שאין העד בא אלא להוציא ממון על פיו או לחייב על פיו ואין מוציאין ממון מספק ואין עונשין מספק דין תורה עכ"ל ומדכת' שאין העד בא אלא להוציא ממון על פיו או לחייב על פיו משמע דס"ל דאף אם בא להחזיק ממון מה שמגיע לשלם ע"פ דין נחשב הוצאת ממון ומחייב את התובע לפי דבריו ודוחק לומר דמ"ש לחייב על פיו כוונתו לחייב מלקות או מיתה דא"כ ה"ל למימר או לענוש על פיו כמו שסיים לבסוף וכ"כ הסמ"ע בסי' ל"ה בס"ק כ"ט אמ"ש המחבר שם וכל מי שהוא ספק כשר ספק פסול הרי הוא פסול וכתב הסמ"ע ת"ל והטעם דכל עדות בא להוציא או לחייב ממון ע"י והממע"ה עכ"ל משמע להדיא דאף לפטור את החייב מלשלם חשיב הוצאת ממון וא"נ דאין ספק מוציא מידי ודאי. אמנם אף דמשמעות לשון הרמב"ם וסתימת לשון המחבר סי' ל"ה ס"ו דמשמע דבספק אשה א"נ אף לפטור את הנתבע מ"מ בספק פסול מחמת עבירה דאית ליה חזקת כשרות נראה לשיטת הרמב"ן במלחמות והר"ן שכתבו דלכך פסלינן ליה מספק ולא מוקמינן ליה בחזקת כשרות משום דיש כנגדו חזקת ממון א"כ י"ל דבכה"ג שהוא מעיד להחזיק את הנתבע בממון דמסייע ליה חזקת ממון שוב מוקמינן ליה בחזקת כשרות ונאמן אף להכחיש עדים כשרים ולפסול את השטר אך לשיטת הרא"ש דס"ל דלכך פסול מספק משום דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ולא מוקמינן ליה בחזקת כשרות א"כ אף להחזיק א"נ דאין ספק מוציא מידי ודאי סוף דבר אני נבוך מאוד בדינים אלו ותמיהני מסתימת

המחברים ז"ל בזה. והיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הוא כשר או פסול העל' הרב בעל משנה למלך פ"ו מה"ע ד"ז דפסול מספק דהוי כתרי ותרי ועדיפא מיניה דלא שייך כאן לומר דמוקמינן ליה בחזקת כשרות כיון דהפעולה כבר נעשית אלא שנחלקו עליו אם פסלוהו חז"ל מחמת כן או לא בזה לא שייך לומר דמוקמינן ליה בחזקת כשרות ולא פסלוהו ע"ש שהאריך בזה ויש להקשות מדברי הרא"ש בפ' נערה שנתפתתה גבי שניהם במכר או במתנה ביטל שני את הראשון מ"ט רפרם אמר אודויי אודי ליה רב אחא אמר אחולי אחליה לשעבודיה מאי בינייהו איכא בינייהו אורועי סהדי וכתב הרא"ש שם בשם רבינו מאיר ז"ל דהלכתא כרב אחא דכיון דאיכא פלוגתא ולא ידעינן כמאן הלכתא לא מרעינן סהדי דאוקי סהדי אחזקתייהו וכ"כ הר"ן שם הרי דאף הרא"ש והר"ן דסוברים דאף בתרי ותרי פסלינן ליה מספק מ"מ בפלוגתא דאמוראי ס"ל דמוקמינן להו בחזקת כשרות ואפשר לומר דשאני התם כיון דבפלוגתא דאמוראי הוא אי הוי כאודויי אודי ליה ופסולים הם או אחולי אחליה לשעבודיה א"כ לא ידעינן אם נעשית הפעולה בכדי לפוסלו או לא לכך מוקמינן ליה בחזקת כשרות ואמרינן דלא אודי ליה ולא חשיב כתרי ותרי דדוקא עדים מפקי מחזקה משא"כ בפלוגתא וספיקא דדינא מוקמינן להו בחזקת כשרות ולא פסלינן להו מספיקא אבל היכא דנעשית הפעולה ועשה איסור אלא דאיכא פלוגתא אי נפסל בכך בכה"ג לא מוקמינן ליה על חזקת כשרות כמ"ש המ"ל ועוד נראה דשאני התם כיון דבאמת העדים הם כשרים לכ"ע רק דרפרם ס"ל דלדידי' הם פסולים דאודויי אודי שהם פסולים והודא' ע"ד כמאה עדים דמי בדבר שנוגע לעצמו וא"כ כיון דאיכא ספיקא דדינא אי חשיבא הודא' מוקמינן להו בחזקת כשרות ואמרינן דלא אודי כלל משום דחזקה אלימתא הוא כיון דאף השת' הם כשרים לכ"ע ובחזקת כשרו' נינהו משא"כ היכא דאיכא ספיקא אי נפסלי' לכ"ע מוקמי' להו אחזקה דמעיקר' כיון דאיתרע חזקתייהו השתא דאיכא עדים או ספיקא דדינא אי נפסלים לכ"ע וזה נ"ל יותר נכון:

טז לפיכך לא יעיד. וכתב הב"ח דדוקא משעה זו שנעשה ספק בב"ד לא יעיד אבל מה שכבר העיד קודם שנעשה ספק בב"ד אף על פי שהעיד לאחר שעשה העבירה לפי העדות של אלו השנים שהעידו שעשה עבירה פלו' ביום פלו' אין מחזירין עדותו וכ"כ לעיל סי"ד גבי ע"ז דאי לא ידעינן מתי חתם ל"פ לי' מזמנא דשטר ולא מפסידינן לשטרא דאינשי דהוא חתים בהו מספק אלמא דכ"מ שהעיד כבר לא מיפסל אלא משעה שהוחזק בב"ד שהוא ודאי פסול או ספק פסול וכבר כתבתי בסמוך סל"ה דלריב"א וב"י בס' בד"ה למפרע הוא נפסל משעה שנעשה ספק פסול לפי העדות שהעידו עליו עכשיו בב"ד אכן למ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות ומביאו ב"י בס"ס זה דלר"ח והרי"ף גזלן אע"פ שעשה תשובה

לא מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב"ד שעשה תשובה אלמא דהכשרו אינו תלוי אלא משעה שהעידו עליו בב"ד ה"ה פסולו נמי תלוי בשעה שהעידו עליו בב"ד ואע"פ שהר"ן תמה עליהן אנו אין לנו אלא דברי ר"ח והרי"ף שדבריהם דברי קבלה ואחריהן נמשך הרא"ש עכ"ל הב"ח ומה מאוד נפלאתי עליו דלפי דבריו שהביא ראיה מדברי ר"ח והרי"ף דכיון שגזלן שעשה תשובה אינו מתכשר אלא משעה שהעידו עליו בב"ד ה"ה פסולו נמי תלוי בשעה שהעידו עליו בב"ד א"כ ה"ה אף ודאי גזלן אינו נפסל למפרע אלא משעה שהעידו עליו בב"ד מה"ט וכן מוכח ממה שהשיג על הריב"א וב"י דס"ל בנשבע להכחיש העד דנפסל למפרע משעה שנשבע הרי אף התם נפסל בודאי ע"פ הבע"ד והעד משעת השבועה כשהם מעידים עכשיו בב"ד אפ"ה ס"ל להב"ח דאינו נפסל למפרע אלא משעה שהעידו עליו בב"ד וזה תימה גדולה כיון דקי"ל בס"ח דעד זומם למפרע הוא נפסל ולמה יגרע פסול אחר מעד זומם ואדרבה בפ' מרובה דף ע"ג מבואר להדיא להיפך דפליגי התם בעד זומם דאביי ס"ל דלמפרע הוא נפסל ורבא ס"ל דמכאן ולהבא הוא נפסל ומפרש התם לרבא תרי טעמי חדא דעד זומם חידוש הוא דמאי חזי' דציית להני ציית להני וחדא משום פסיד' דלקוחות וקאמר התם דאיכא בין הני טעמי דפסלינהו בגזלנותא דמשום חידוש ליכא ונפסל למפרע ומשום פסידא דלקוחות איכא הרי להדיא דבפסול גזלנותא אף רבא מודה לחד לישנא דלמפרע הוא נפסל ולפי הנראה אשתמיט ליה להב"ח ש"ס ערוכה זו וא"כ ה"ה בתרי ותרי נמי כיון דנפסל מספק נפסל ג"כ למפרע מזמן שעשה העבירה לפי עדות הפוסלים ומה שהביא ראיה מעד זומם דלא פסלינן ליה מזמנא דשטרא ליתא כלל דשאני התם כיון דלא ידעינן מתי העיד מוקמינן ליה על חזקתו ואמרינן השתא הוא דאיתרע כמ"ש הרב בסכ"ג בהגה משא"כ הכא דידעינן הזמן שעשו העבירה לפי דברי הפוסלים וכמ"ש הסמ"ע ס"ק ס"ח נפסל למפרע וז"פ וברור:

לה

א הוא בחזקת גדול משעה שהיה לו י"ג שנה. דין זה הוא מתשו' הרא"ש כלל ל"ג והביא ראיה מב"ב דף קנ"ד ממעשה דבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתה ובאו ושאלו את ר"ע ואמר להם אי אתם רשאים לגוזלו ועוד סימנים עשויין להשתנות לאחר מיתה משמע שאם היה חי היה מועיל בדיקה ולא חיישינן שמא השתא הוא שהביא א"ו אמרינן מדהשתא הוא גדול מחזיקינן ליה למפרע בגדול משהגיע לכלל שנים ועוד הביא ראיה מב"ב דף קנ"ו דאמרינן התם בודקין לקדושין ולגירושין וכו' ומוכח התם דאם בדקו אותה שיש לה שערות מחזיקינן

אותה בגדולה למפרע ואם נתקדשה לאחד ואח"כ נתקדשה לאחר א"צ גט מאחר ע"ש שהאריך בזה וראיתי למחו' הגאון מופת דורינו מוהר"י לנדא ז"ל בספרו נוב"י חלק ח"מ סי' ד' שהאריך לחלוק בזה על הט"ו דסתמו כדברי הרא"ש ומדברי הרמב"ן בחידושיו שם מוכח להיפך שכתב וז"ל שמכר בנכסי אביו פירוש ומת מיד שאם חי אין בדיקתו ללקוחות ראיה שמא אח"כ הביא סימנים והיינו דקאמרי קטן היה בשעת מיתה עכ"ל הרי להדיא דלא כהרא"ש דלא מחזיקינן אותו בגדול למפרע וכן הב"י באה"ע ס"ס מ"ג הביא דברי הרא"ש אלו וכתב שם שמורו הר"י' בי רב כתב שהרשב"א והר' דוראן חולקים בדבר וס"ל דאינו אלא ספק קדושין וצריכה גט משני גם כתב הנוב"י שם שמדברי התוס' בב"ב שם יש להוכיח דס"ל כהרא"ש דהא התוס' בד"ה ועוד בסוה"ד הקשו וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו והא אמרינן בנדה קטנה שהגיעה לכלל שנותיה א"צ בדיקה חזקה הביאה סימנים ותירצו דהמעשה היה דלאחר שהגיע לכלל שנותיו בדקו אותו ולא היו בו סימנים לכך איכא לספוקי דילמא עדיין קטן הוא והנה דברי התוס' תמוהים בקושייתם דהא מבואר שם דחזקה דרבא לא אמרינן אלא לענין מיאון אבל לענין חליצה צריכה בדיקה וא"כ האיך נסמוך על חזקה זו להוציא ממון א"ו דהתוס' ס"ל כהרא"ש דאם בדקו ומצאו סימנין מחזיקינן ליה בגדול למפרע אף דאנן קי"ל דלא כר' נתן דאזיל בתר השתא מ"מ בצירוף החזקה דרבא מהני ולכך הקשו התוס' שפיר דהא התוס' שם ד"ה אלא לדידך הוכיחו דהמקשה הוי ס"ל דהחזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול חשיבא כחזקה דהשתא ע"ש וא"כ נצרף לזה חזקה דהגיע לכלל שנים הגיע לסמנים אך הקשה שם דלפ"ז ע"כ צ"ל כתי' התוס' דהמעשה היה שבדקוהו לאחר שהגיע לכלל שנים וא"כ קשה לפי המסקנא בדף קנ"ה דהכי קאמר ליה ר"י לרשב"ל דבשלמ' לדידי דאמינא ראיה בקיום השטר היינו דמשכחת דנחתי לקוחות לנכסים אלא לדידך דאמרת ראיה בעדים היכי משכחת דנחתי לקוחות לנכסי ומאי קושיא דילמא מיירי דלא נבדק כלל ואז לכ"ע סגי בקיום השטר דהא מוכח דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול חשיב כחזקה דהשתא וכיון דלהרא"ש חזקה דהשתא מועיל בצירוף שהגיע לכלל שנים ה"ה חזקה דאין העדים וכו' וסיים שזה הוא ראיה גדולה שאין להשיב על דברי התוס' והרא"ש אלו הן תורף דבריו ולפענ"ד אין דבריו מוכרחים כלל בראש מה שהוכיח דהרמב"ן לא ס"ל כהרא"ש מדכתב דמיירי דוקא שמת מיד דאל"כ אף שהוא חי לא מועיל בדיקה דשמא אח"כ הביא סימנים אינה ראיה כלל די"ל דהרמב"ן ס"ל כהתוס' דע"כ המעשה היה שבדקו אותו אחר שהגיע לכלל שנים ולא מצאו בו סימנים וא"כ בכה"ג גם הרא"ש שמודה דלא מחזיקינן אותו

בגדול למפרע דהא אנן קי"ל דלא אזלינן בתר השתא וחזקה דרבא לא שייך הכא כמ"ש התוס' גם מה שתמה בדברי התוס' דמה הקשו מההיא דקטנה שהגיעה לכלל שנותיה א"צ בדיקה הא מבואר בש"ס שם דאינה חזקה אלא למיאון אבל לחליצ' חיישי' א"כ היכי תועיל חזקה זו להוציא ממון וע"ז תירץ דהתוס' הקשו כן מכח חזקה דאין העדים חותמין וכו' דחשיבא בחזקה דהשתא וס"ל כהרא"ש וזה ליתא דהא התוס' שם ד"ה אלא לדידך לא הוכיחו שם סברא זו אלא מדקשיא להו על האי דפריך הש"ס למ"ד ראיה בקיום השטר למה להו לבדקו לקיימי שטרייהו ולוקמי בנכסי והקשו דהא עד כאן לא מהני התם קיום השטר אלא משום דאזלינן בתר השתא אבל הכא מאי חזקה איכא שהיה גדול וע"ז הוצרכו לתרץ דחזקה דאין העדים וכו' חשיב כחזקה דהשתא ומאי קושיא דילמא הכא איכא חזקה דרבא דכיון שהגיע לכלל שנים בודאי הגיע לסימנים ודמיא לחזקה דהשתא ואף את"ל דהתוס' ס"ל דחזקה זו ודאי לא חשיב כחזקה דהשתא כיון דלא מהני לענין חליצה אכתי דילמא חזקה זו וחזקה דאין העדים וכו' אינם חשובים אלא כחזקה דהשתא כן הוי ס"ד דר"י ומנ"ל להתוס' להקשות ולדחוקי דהמעשה היה שבדקו אותו מקודם ומה שתמה על קושית התוס' דהא חזקה זו לא מהני לחליצה ומה"ת תועיל לענין ממון לפענ"ד לא ירד לס"ד התוס' בזה דקושית התוס' הוא על מה שהשיב להם ר"ע ועוד סימנים עשויין להשתנות לאחר מיתה והקשו התוס' שם מקודם האיך יכול להיות שיהיה קטן בחייו ולאחר מיתה יהיה גדול ותי' דשמא בחייו לא היו גומות ומחמת מיתה יש שם גומות וע"ע הקשו דלמה יש לנו לומר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו דהא אמרינן בקטנה שהגיעה לכלל שנים חזקה הביאה סימנים ואף דקי"ל דלחליצה חוששין מ"מ הכא שיש סימנים לפנינו מה"ת ניחוש שהגומות נעשו לאחר מיתה כיון דחזקה הוא שהביא הסימנים וראיה ברורה לזה מהא דכתבו התוס' בנדה דף מ"ח ע"ב ד"ה בשלמא לפני הפרק דהיכא דבדקו לאחר הפרק ונמצאו שתי שערות הוי בדיקה מעלייתא אף שלא בדקו אותו לפני הפרק ולא חיישינן דילמא אלו השערות היו בו קודם הפרק ואינן אלא שומא בעלמא והוכיחו כן ג"כ מסוגיא דהכא ע"ש הרי להדיא אף על גב דהיכא שאינו ידוע אם הוא בן י"ג שנים לא מהני שתי שערות דחיישי' דילמא קטן הוא ואינן אלא שומא בעלמא כמבואר במס' קדושין דף ס"ג ע"ב ברש"י ותוס' שם אפ"ה לאחר י"ג כשנמצאו לו שתי שערות ל"ח שהיו בו קודם הפרק כיון שהגיע לכלל שנים ונמצאו בו סימנים לפנינו מחזיקינן לו בגדול וכן מבואר באה"ע סי' קנ"ה סי"ד ע"ש וא"כ ה"נ כשנמצאו בו סימנים גמורים והגיע לכלל שנים אמאי יש לנו לומר שהוא קטן והסימנים נשתנו זה נ"ל ברור ומדוקדק מאוד בדברי התוס' ומעתה נתיישב מה שהקשה מהר"י

לנדא ז"ל לפי המסקנא מ"פ הש"ס היכא משכחת לה דנחתי לקוחות לנכסי הא חזקה דאין העדים וכו' מיחשב כחזקה דהשתא ומהני בצירוף מה שהגיע לכלל שנים לפי סברת הרא"ש די"ל כמ"ש דהמקשה ס"ד דחזקה דאין העדים וכו' בצירוף שהגיע לכלל שנים לא מיחשב אלא כחזקה דהשתא ואף דלמה שתי' התוס' דהמעשה היה שנבדק אחד שהגיע לכלל שנים דליכא חזקה דרבא מוכח דהמקשה בלישנא קמא ס"ל דחזקה דאין העדים וכו' לחודא מיחשב כחזקה דהשתא מ"מ זה דוקא בלישנא קמא דהוי ס"ל דהלקוחות היו רוצים לבודקו וקשה קושית התוס' דלמה יש לנו לומר שהוא קטן ע"כ צ"ל דמיירי שנבדק לאחר שהגיע לכלל שנים משא"כ למאי דמסיק הש"ס וס"ל דהיורשים רוצים לבודקו א"כ קושית התוס' בלא"ה לק"מ א"כ י"ל דר"י המקשה הוי ס"ל דמהני קיום השטר כיון שהגיע לשנים חזקה שהגיע לסימנים וגם חזקה דאין העדים חותמין תרוייהו בצירוף חשיבי כחזקה דהשתא או דס"ל דחזקא דרבא לחודא חשיבא כחזקה דהשתא וא"ש ודוק ומעתה נתיישבו דברי הרא"ש ואין שום סתירה לדבריו לא מהש"ס ולא מדברי הרמב"ן שוב ראיתי לו ז"ל שבחלק אה"ע סי' ס"א שהשיא דברי התוס' לדרך אחרת דהתוס' ס"ל דחזקה דרבא לחודא מהני אף להוציא ממון אף שלא בדקוהו כשהוא גדול כגון שמת ומיישב ג"כ דברי הרמב"ן כמ"ש ובאמת דברי התוס' נכונים מאוד כמ"ש ואדרבה קשה לי על הרא"ש בתשובה דמשמע דלא ס"ל כהתוס' דמיירי שנבדק לאחר שהגיע לכלל שנותיו ותקשה ליה קושית התוס' וצ"ל דס"ל דסימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה גרע טפי מספק דילמא היו בו הסימנים קודם הפרק ודוחק. ולענין דינא אף שהב"י באה"ע הביא בשם מורו שהרשב"א והר' דוראן חולקים על הרא"ש והביאם הכנה"ג בסי' זה אין בידינו להכריע בין אבות העולם ודברי הט"ו וסתימת הרב רמ"א אשר כל בית ישראל נשען עליהם היא תכריע ובזה נתיישב לי ג"כ דברי הרב רמ"א לקמן בסי' של"ה ס"א שפסק בבעה"ב ששכר מלמד לבנו ואמר שילך אצל קרובו לנסותו אם יכול ללמוד עם הנער ולא הלך ואחר שלמד עמו אומר שינסנו עדיין הדין עם המלמד מאחר שיודע עכשיו מוקמינן ליה אחזקה שידע כבר והוא מדברי המרדכי בפ' מי שמת בשם מהר"ם וכמה שנין הוי קשיא לי פסק זה הא במרדכי שם מבואר דטעמו משום דפסק כר' נתן דאזלינן בתר השתא וא"כ לדידן דקי"ל בסי' רנ"א ס"ב דלא אזלינן בתר השתא אמאי מוקמינן ליה אחזקה שידע כבר ולפי שיטת הרא"ש והט"ו כאן דס"ל דהיכא שהגיע לכלל שנים כיון דאיכא חזקה דרבא לכ"ע אזלינן בתר השתא ניחא נמי התם דהתם נמי איכא רובא דרוב המלמדים יכולין ללמוד כמבואר במרדכי שם ולכך בכה"ג לכ"ע אזלינן בתר רובא ואע"ג דבדינא דר"נ נמי איכא רובא דרוב העולם הם בריאים

מ"מ התם האי חזקה עשויה להשתנות שהרי החולי הוא מצוי ולכך הוא חזקה קלישתא כמ"ש הר"ן בתשו' סי' ס"ו ע"ש משא"כ הכא כיון שהרוב מלמדים הם יכולים ללמוד הוא רוב מעליא וגם איכא חזקה דהשתא בכה"ג לכ"ע אזלינן בתר השתא וע' בי"ד סי' ר"א סעיף מ"ה וז"ב:

ב שנעשה לה כמנהג הבתולות. דעת רוב הפוסקים והמחבר באה"ע סי' צ"ו דבעינן גדול עמו ויש לי מקום עיון בזה לפי דעת המחבר באה"ע סי' ק' ס"ו דבמקום שכותבין כתובה ואין שטר כתובה יוצא מתחת ידה נאמן הבעל לומר פרעתי א"כ הכא דמיירי ע"כ שאין הכתובה כאן דאל"כ ניחזי מאי כתוב בה א"כ יהיה הבעל נאמן לומר אלמנה נשאתיך במיגו דפרעתי וליכא למימר דהוי מיגו במקום עדים כמ"ש התוס' ר"פ האשה שנתארמלה זה ליתא דעד כאן לא שייך למימר הכי אלא היכא דאיכא שני עדים כשרים שיצאה בהינומא אבל הכא שמעיד בגדלו מה שראה בקטנו דמבואר בש"ס דלכך מהימנינן ליה משום דרוב נשים בתולות נשאות בגילוי מילתא בעלמא סגי אם כן הכא שיש להבעל מיגו דפרעתי איתרע ליה רובא ולא מהימנינן לעדי' פסולים וליכא למימר דרובא עדיף ממיגו וכעין מ"ש התוס' שם בד"ה וזו אין לה קול דרוב נשים בתולות נשאות עדיף מרוב הנשאות בתולות יש להן קול וע"ש זה ליתא דע"כ מיגו עדיף מרובא דהא אנן קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק ולענין מיגו יש הרבה פוסקים דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בסי' פ"ב וגם היכא דאיכא ברי ושמא לכ"ע אמרינן מיגו להוציא כמ"ש הש"ך בכללי המיגו ובמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן משמע מש"ס דב"ב והפוסקים בסימן רל"ב דאף דהלוקח טוען ברי לרדיא קניתיו יכול המוכר לומר שמא לשחיטה קניתהו ואין הולכין אחר הרוב להוציא ממון אלמא מוכח דמיגו עדיף מרובא והדרא קושיא לדוכתי' ובאמת נ"ל שזה כוונת הר"ן בר"פ האשה שנתארמלה שהקשה אמתניתין דאם יש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתי' ואמאי להימן הבעל במיגו דפרעתי ע"ש שנדחק בזה ורבים תמהו עליו בזה דהא הוי מיגו במקום עדים כמ"ש התוס' ולפמ"ש א"ש דקושיתו היא דא"כ אמאי נאמנין להעיד בגדלן מה שראו בקטנן שיצא' בהינומא דהא כיון דאית ליה להבעל מיגו איתרע ליה רובא ובאמת י"ל שגם התוס' סברי כן דאע"ג דכתבו במתניתין דא"נ במיגו דפרעתי דהוי מיגו במקום עדים קאי אעדים כשרים ומתניתין דאלו נאמנים להעיד בגדלן מה שראו בקטנן איכא למימר דמיירי במקום שאין כותבין כתובה דלכ"ע א"נ לומר פרעתי ובזה י"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי נמי במקום שאין כותבין והא דכתבו התוס' אהא דפריך הש"ס טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים הבעל מהימן לימא מתניתין דלא כר"ג דקושית הש"ס קאי למ"ד הטוען

אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום דלמ"ד דמצי טעין פרעתי אתיא אף כר"ג דנאמן במיגו דפרעתי ליכא לאקשויי לפ"ז א"כ מתניתין דאלו נאמנים להעיד בגדלן היכי משכחת לה דאי במקום שאין כותבין כתובה אף היכא דליכא עדים כלל האשה מהימנא ואי במקום שכותבין דאיכא מיגו אין נאמנין דאיתרע ליה רובא זה ליתא כיון דלס"ד דש"ס לר"ג האשה מהימנא אף בלא עדים להוציא ממון משום חזקה דגופא אלא דבמתניתין הבעל מהימן במיגו דפרעתי א"כ ניחא דלכך נאמנין להעיד מה שראו בקטנן משום דחזקה דגופא עדיף ממיגו דבעל דהא חזינן דלר"ג מועלת החזקה להוציא ממון ומיגו להוציא לא אמרינן בכל דוכתי א"ו דחזקה דגופא עדיפא ממיגו וא"כ לכך מקילינן ביה שיעידו מה שראו בקטנותן וכמ"ש התוס' בד"ה וזו אין לה קול לענין רוב אבל להמסקנא דליכא כאן אלא רובא לחודא א"כ כיון דמוכח דמיגו עדיף מרובא כמ"ש לעיל וא"כ כיון דיש הכא להבעל מיגו דפרעתי י"ל דלא מקילינן בזה להעיד מה שראו בקטנן אם לא במקום שאין כותבין כתובה דליכא מיגו להבעל ועיין בתוס' ד"ה כיון דרוב נשים ובבעה"מ ובמלחמות וצ"ע ודוק

ג אינו נאמן. בש"ס ובטור מבואר הטעם דכיון דנכרי הוה לא דייק דמילתא דלא רמיא עלי' הוא ולאו אדעתיה ויש להבין דא"כ עידי הזמה שאומרים לעדים עמנו הייתם אמאי מהימני לפסול עדים הראשונים הלא אינו מילתא דסהדותא כלל ולמה להו לעדים למרמי אנפשייהו למידכר דבר זה כלל וצ"ל דבשני עדים כשרים לא חיישינן לזה לומר דלא דייקי כיון שהתורה האמינם משא"כ הכא כיון דבלא"ה פסולים לעדות כיון שאין תחילתם בכשרות אלא דחז"ל האמינום לדברי הללו ולכך בכה"ג כיון דאיכא למימר דלא דייקי לא האמינו חז"ל בכה"ג וכה"ג מצינו בעדות אשה באה"ע סי' י"ז ס"נ דב' עדים כשרים מהימני בעדות אשה אף במלחמה ול"ח דאמרי בדדמי אבל בפסולי עדות אף דמהימני בעדות אשה מ"מ חיישינן לבדדמי כמ"ש הב"ש שם ע"ש וע' בש"ך סק"ז ובסי' ל"ד ס"ק ל"ג:

ד אע"פ שמכיר הקול. מלשון זה משמע דט"ע דקלא מהני לענין עדות אלא דבסומא פסול דילפינן מאו ראה שיהיה ראוי לראות אבל היכא דיכול לראות מהני ט"ע דקלא אף שלא ראה הבע"ד וכ"מ מש"ס פז"ב ד' כ"ט גבי החביא עדים בכילה ובדברי המחבר סי' פ"א סי"ג שלא נזכר דבעינן שהעדים רואין אותו אך בתשובת עה"ג סי' ק"י כ' באחים שבא להם אח ממדה"י ואמר שהוא אחיהם והם לא היו מכירים אותו והביא האח עדי' שהם מכירים אותו בט"ע דקלא שהוא אחיהם ופסק דמהני והביא ראיה מפג"ה דאמרינן התם האיך סומא מותר באשתו ובני אדם בנשותיהם בלילה אלא בט"ע דקלא ומהני וה"נ

מהני לענין עדות להוציא ממון והקשה שם מפ' ד' מיתות דאיתא שם במסית דמדליקין לו את הנר כדי שיהיו הן רואין אותו ושומעין את קולו ופרש"י דאי לא מצי חזי ליה לא מצי מסהדי עלה דמצי למימר לאו אנא הואי אלמא דט"ע דקלא לא מהני ותי' דיש חילוק הא דמהני ט"ע דקלא היינו כשאין מי שיכחיש את העדים אבל היכא שהוא מכחיש להן לא מהימני ע"ש ותימה עליו מש"ס דגיטין ד' כ"ג גבי הכל כשירים להביא הגט חוץ מסומא ופריך הש"ס מ"ט ומשני משום שא"י ממי נוטלו ולמי נותנו ופריך א"כ האיך סומא מותר באשתו וכו' אלא בט"ע דקלא ה"נ בט"ע דקלא ומאי קושיא דילמא לכך פסול להביא הגט דחיישינן שהבעל יערער דהא בכל דוכתי חיישינן בגיטין לערעור הבעל והיכא דאיכא מערער לא מהני ט"ע דקלא א"ו דאין חילוק ובמה שהקשה מפ"ד מיתות וכן הקשה הפר"ח בהל' עכו"ם י"ל דבד"נ לא מהני ט"ע דקלא והוא משום דבעינן בהו עדות בידיעה וראיה כדאיתא פ' שה"ע דל"ד אבל בד"מ ואיסורין דסגי בהו בעדות ידיעה בלא ראיה מהני ט"ע דקלא וז"פ אך בש"ג פז"ב דף רס"ד כ' בשם הרמ"ה מהאי דפ' ד"מ הנ"ל דאין עדים מעידים על דבריו של אדם אא"כ ראו אותו ושמעו קולו אבל האמת שאשתמיט להו הירושלמי בפ' בתרא דיבמות אמתניתין דמעידין ע"פ קול דאיתא התם תמן תנינן המסית וכו' כיצד עושין מכמינין לו ב' עדים בבית הפנימי ומושיבין אותו בבית החיצון ומדליקין לו את הנר כדי שיהיו רואין אותו ושומעין את קולו וכא תאמר הכן פי' דקשיא ליה דהכא מעידין ע"פ קול והתם ל"מ אלא לאור הנר ומשני שניי' דמר אני פי' דאמר אני ופריך אף הכא אני ומשני שלא יברח וילך לו ויסית אחרים הרי להדיא דהא דבעינן רואין אותו שלא יברח וילך לו אבל ט"ע דקלא י"ל דמהני אף בלא אמר אני כל אלו דברי אחי מוהר"ר הילל נ"י והם נכוני' ואף דמה שהקש' מסוגיא דגיטין יש ליישב מ"מ כיון דמההיא דפ"ד מיתות אין ראיה לפי הירושלמי אין להוציא הדבר מפשוטו ומהני ט"ע דקלא בכל גווני לענין עדות כפשטא דסוגיא דפנ"ה וגיטין וכן עיקר:

לו

א עדים רבים. וכתב הש"ך דבעינן שראו עדותן כאחד דוקא וזהו שיטת רבינו ישעיה בטור סי' ל"ח אכן בסי' זה כתב הטור בשם הרמ"ה דכשהעידו יחד תכ"ד בב"ד אע"פ שמתחילה לא באו אלא לראות ולא ראו כאחד עדותן בטילה והש"ך בסק"ט הקשה על הרמ"ה דהא במשנה גבי עדי' זוממין קתני היו שנים רואין אותו מחלון זה ושנים מחלון זה ואין מקצתן רואין אלו את אלו הרי אלו שתי עדיות והא מתניתין תכ"ד איירי דהא פירש רבא מתניתין דלעיל דאיירי תכ"ד א"כ סיפא דומיא דרישא איירי אלמא אף

בהעידו תכ"ד בעינן רואין זא"ז ומכח זה הכריע כרבינו ישעיה ולפענ"ד אשתמיט ליה להש"ך דברי הנ"י במשנה זו דהיו שנים רואין אותו דכתב וה"מ דבעינן רואין זא"ז בדיני נפשות אבל בד"מ קי"ל כרבנן דריב"ק דאפי' הלואה אחר הלואה מצטרפי וכו' כ"ש כשראו שניהם ההלואה ביחד זה מחלון זה וזה מחלון זה ע"ש הרי דס"ל דדוקא בד"נ דעדות מיוחדת פסול בהו הוא דאין מצטרפין באין רואין זא"ז אבל בד"מ דמצטרפין אף כשלא ראו הלואה כאחת ה"ה לענין זוממין ונמצא קא"פ הוי חד עדות ומצטרפין וכן מוכח להדיא בתוס' מכות דף ו' ע"ב בד"ה תניא נמי הכי בתחילת דבריהם דהוי סברי דהא דאין רואין זא"ז הרי אלו שתי עדיות הוא משום דעדות מיוחדת פסול בד"נ ממילא בד"מ דעדות מיוחדת כשרה ה"ה דמצטרפין באין רואין זא"ז לענין זוממין אף בשתי כיתות אלא דלבסוף מסקי התוס' דיש לחלק דאף אי עדות מיוחדת כשרה מ"מ בשתי כיתו' כיון דלא מצטרכי זה לזה לא מצטרפי אלא ברואין זא"ז ע"ש שוב מצאתי בתשובת לחם רב סי' כ"ז שכתב בפשיטות דבד"מ דעדות מיוחדת כשרה ה"ה דמצטרפי בשתי כיתות לענין זוממין וקא"פ ותמה שם על רבינו ישעיה דמנ"ל דדינא דמתניתין הוא בד"מ דדילמא בד"נ דוקא איירי ע"ש ולא נחית כלל לחלק בין כת אחת לשתי כיתו' ולפענ"ד אשתמיט ליה דברי התוס' ד"ה תנ"ה שהוכיחו דיש לחלק בין כת אחת לשתי כיתות דאל"כ ל"ל להש"ס להביא סייעתא ממתניתין דעדות מיוחדת פסולה בד"נ ולא מברייתא ע"ש. אך יש להסתפק לשיטת התוס' דמחלקי בין כת אחת לשני כיתות בשני עדים ונמצא אחד מהן קא"פ דעדו' השני בטלה אף לענין שבועה אי בכה"ג בעינן רואין כאחד דוקא לשיטת רבינו ישעיה או לא אי אמרינן כיון דכ"א צריך לחבירו לענין ממון מצטרפי ביחד ואינו מועיל עד השני אף לענין שבועה או דילמא כיון דלענין שבועה לא צריך ע"א לחבירו לא מבטלינן עדותו כשלא ראו כאחד והנה לענין עדים זוממין דבעינן עד שיוזמו כולן מיפשט פשיטא לי דמצטרפין אף שלא ראו זא"ז דכן מוכח בש"ס דמכות דף ג' ע"א דפריך התם אהא דעד זומם משלם לפי חלקו אי דאיתזום חד מנייהו דמשלם פלגא דידיה ומי משלם והא תניא אין עד זומם משלם ממון עד שיוזמו כולן ודחיק התם טובא בזה ומאי קושיא דילמא מיירי שלא ראו כאחד דהא עדות מיוחדת כשר בד"מ לכ"ע א"ו דבשני עדים מצטרפין בכל גווני ומה"ט כתב הטור בסי' ל"ח דאף לענין עדים זוממין דאין לוקין ומשלמין אלא כשנזומו כולן ובעינן דוקא שהעידו תכ"ד דהיינו דוקא בשתי כיתות אבל בשני עדי' לחודא מצטרפין בכל גווני והדבר מוכרח מש"ס הנ"ל דאל"כ לישני דמיירי שלא העידו תכ"ד א"ו דבשני עדים מצטרפין בכל גווני אך מ"מ לענין אם נמצא אחד מהן קא"פ יש להסתפק אי מצטרפין שני עדים כשאין

רואין זא"ז שיבטל עד השני אף לענין שבועה די"ל דדוקא לענין שיתחייב לשלם אף שניזום יחידי מצרפינן ליה בכל גווני דהא כל עיקר חיובו דמחייבינן ליה מתורת עדים זוממין הוא בשביל צרופו לעד השני דהא אין ע"א קם למיתה וממון ולכך אין עונשין אותו עד שיוזמו כולן מגזירת הכתוב אבל לענין נמצא אחד מהן קא"פ י"ל דלא מבטלינן עד השני שלא יתחייב שבועה דכיון שלא ראו זא"ז לא מצרפינן להו ולענין שבועה א"ל האחד לצרופו של חבירו וכן יש להסתפק לשיטת הראב"ד והש"ך בסק"ט דס"ל בעדים שנמצאו קצתן זוממין דאין השאר בטילים משום נמצא אחד מהן קא"פ אלא כשהגידו יחד תכ"ד דוקא ע"ש אי בשני עדים וניזום א' מהן אי השני פסול וא"נ לשבועה כיון דלענין שנזומו כולן ס"ל להטור דבשני עדים מצטרפין אף שלא הגידו תכ"ד או דילמא לענין נמצא אחד מהן קא"פ שאני מה"ט דכתיבנא והנה אי אמרינן דבכת אחת ונמצא אחד מהן קא"פ נפסל אף השני לענין שבועה אף כשאין רואין זא"ז יש לתת טוב טעם לדברי התוס' במה שהקשו לר"י דס"ל דדוקא בד"נ נמצא אחד מהן קא"פ עדותן בטילה אבל בד"מ תתקיים העדות בשאר והקשו הא בד"מ נמי כתיב ע"פ שני' עדים או שלשה עדים ונקיש שלשה לשנים ותירצו דבד"נ שייך שפיר להקיש שלשה לשנים דהא בשנים כל העדות בטל ואינו מועיל לכלום משא"כ בד"מ אף בשנים אין העדות בטל דהשני מועיל לשבועה ולכך אף בשלשה תתקיים העדות בשאר וביאר הריטב"א בחידושיו דרבי דסובר דאף בד"מ כל העדות בטל סובר דשפיר גמיר ד"מ מד"נ ומה התם עדות היחיד בטל לגמרי אף בד"מ בטל לגמרי ואינו מועיל אף לשבועה ולכך חוזר ומלמד על השלשה ועל המאה עכ"ל ולכאורה תמוה טובא כיון דיליף ד"מ מד"נ למה לן הקרא בד"מ ע"פ שנים עדים או שלשה להקיש שלשה לשני' הרי גם שלשה לחודא יש למילף שפיר ד"מ מד"נ כי היכי דהתם בטל לגמרי ה"ה בד"מ נמי ולפי שיטת הרמ"ה דס"ל דבד"מ א"צ רואין זא"ז אף בשני כיתות א"ש דהא הא דילפינן ג' מב' בד"נ הוא דוקא ברואין זא"ז כדאיתא במשנה דשנים רואין אותו מחלון זה והוא משום דבד"נ עדות מיוחדת פסול על כן בעינן רואין זא"ז משא"כ בד"מ אי מהני בלא רואין זא"ז ליכא למילף מד"נ לכך כתב רחמנא בד"מ ע"פ שני עדים או שלשה למילף דאף בד"מ בשנים כל העדות בטל אף לענין שבועה והתם ודאי מהני אף בלא רואין זא"ז לכ"ע כיון דכת אחת הוא ובד"מ עדות מיוחדת כשרה ודאי דמצטרפין לכך מדמה השלשה לשנים דאף דבשלשה לא צריכינן לעד השלישי וה"א דלא מצרפינן להו אף בד"מ אלא כשרואין זא"ז כסברת התוס' לכך קמ"ל דאף בשלשה אף בלא רואין זא"ז מצטרפין וכשנמצא אחד מהן קא"פ כל העדות בטילה וכשיטת הרמ"ה וא"ש ונכון אך מ"מ לענין דינא צ"ע בזה:

ב אומרי' להם ב"ד כשראיתם דבר זה. הש"ך העלה בשיטת הרמב"ם דאף שהקרוב אומר לראות באתי מ"מ אין העדות נכשר אלא בהשאר שנתכוונו להעיד דוקא אבל אותם שבאו למיחזי פסולים דכיון שאין מקבלין עדות הקרוב בשביל שבא למיחזי כמו כן לא נקבל עדות הכשרים שבאו למיחזי ובאמת דבריו נכונים מאוד בדברי הרמב"ם אך מדברי רש"י והטור לא משמע כן כמ"ש הש"ך בעצמו גם מדברי פי' המשניות להרמב"ם משמע להדיא להיפך ע"ש וכן מוכח מדברי התוס' דב"ב דף מ"א ע"ב שהקשו שם על הא דאמר רשב"א לא נחלקו ב"ש וב"ה על שני כיתי עדים שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתים שיש בכלל מאתים מנה על מה נחלקו על כת אחת שאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותן וב"ה אומרים יש בכלל מאתים מנה והקשו התוס' דלב"ש דאמר נחלקה עדותן דחשיב לה עדות מוכחשת א"כ אפילו בב' כיתי עדים נמי תיבטל עדותן דהוי נמצא אחד מהן קא"פ עדותן בטילה ותירצו בשם ר"י דהכי מצי מיירי דאתי למיחזי דאין נפסלין השאר וא"א כסברת הש"ך דהשאר דאתי למיחזי פסולי' ולא מהימני אלא הני דאתו לאסהודי א"כ אכתי הקושיא במקומה עומדת דליכא למימר דכת אחת אתי למיחזי וכת אחת אתי לאסהודי אכתי ניחוש דילמא אותן דאתו לאסהודי הן הפסולים וממילא נפסלים גם כת השניה א"ו דאיירי דכולם אתו למחזי ואפ"ה לא נפסלו הכשרים וליכא למימר דס"ל כפי' ר"ח כהן שבתוס' דהא בתוס' ד"ה שמואל אמר ותוס' סנהדרין דף ט' ד"ה בזמן משמע להדיא דר"י ס"ל כפרש"י א"ו מוכח דלא כש"ך:

ג ואחד שלא נתכוין להעיד וכו' חותכין הדין ע"פ עדותו. ובכריתות דף י"ב ע"ב אמרינן אמר אביי מודה ר"מ לחכמי' שאם אמרו לו שנים יודע אתה בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי בעדות וכתבו התוס' ישנים שם מכאן אמר רבינו וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי המעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות אין בעדותן כלום אם באים אחר זמן להעיד בב"ד הרי להדיא דעדים שלא נתכוונו להעיד אף שהם כשרים אין בעדותן כלום והוא היפך מדברי הרמב"ם והט"ו כאן והוא לכאורה תימה גדולה על הרמב"ם והט"ו וכל האחרונים שלא הרגישו בזה שהוא ש"ס ערוכה אך בר"ס צ"ב הארכתי בזה וכתבתי ישוב לזה בט"ט בס"ד ע"ש:

ד דתרתי בעינן. כן הוכיחו התוס' והרא"ש מדחזינן בקדושין וגיטין שלנו שיש הרבה קרובים ולא חיישינן דילמא נתכוונו להעיד א"ו דתרתי בעינן שיתכוין להעיד ובא לב"ד להעיד והא דפריך הרוג יציל אף שלא העיד כלל היינו להס"ד דש"ס אבל למאי דמסיק במקיימי דבר הכתוב מדבר בעינן דוקא שיבוא הקרוב לקיים הדבר בב"ד ומבואר בתוס'

שם דאף שלא העידו יחד בתכ"ד בב"ד מ"מ נתבטל כל העדות וכן הסכימו הפוסקים ולא נתבאר אם מ"מ בעינן שיעידו בב"ד יחד כא' אלא דלא בעינן תכ"ד או אף שמעידין זה שלא בפני זה מ"מ כיון שנצטרפו יחד בשעת ראיה וגם הקרוב בא לקיים הדבר בב"ד בטל כל העדות ומסתברא דלא משווינן פלוגתא רחוקה בין התוס' והרא"ש להרמב"ם כיון דלדעת הרמב"ם וסייעתו בכיון להעיד לחוד סגי אף שלא העיד כלל בב"ד נתבטל כל העדות א"כ נהי דלשיטת התוס' והרא"ש בעינן שיעיד בב"ד דוקא מ"מ לא בעינן שיעידו ביחד דוקא אלא אף שהעידו זה שלא בפני זה מ"מ כיון שנצטרפו בראיית המעשה והקרוב בא לב"ד לקיים הדבר והעיד נתבטל כל העדות ויש להביא ראיה לזה דאי אמרת דבעינן דוקא שיעידו בב"ד יחד להצטרף בשעת הגדה ג"כ אבל כשלא העידו יחד לא מצרפינן להו והוי עדות אחרת א"כ תקשה דהא בעדות בע"פ ונמצא אחד מהן קא"פ העדות בטל לגמרי ולא מהני שהעדים הכשרים יחזרו ויעידו בב"ד לבדם כמו שהוכיח הט"ז כאן והב"ש באה"ע סי' מ"ב סק"ח מהא דאמרינן מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפש והלא יש תקנה שיבואו הכשרים פעם שנית להעיד בב"ד לבדם א"ו דנפסל העדות לעולם ואי אמרת דבעינן דוקא שיצטרפו יחד בשעת הגדה שיעידו יחד כאחד בב"ד א"כ אמאי לא יועיל עדותם כשיחזרו פעם שנית ויעידו לבדם כיון דלפי שיטה זו בראיה לבדה לא נפסלו א"כ אף שהגידו יחד בב"ד מ"מ כשיעידו פעם שנית בב"ד לבדם יתכשר עדותם דהא השתא עדים כשרים הם וכשרים לכל עדות שבעולם וא"כ הוי תחילתו וסופו בכשרות ודמיא להיה יודע לו בעדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו ומתה בתו שהעדות כשר כיון דהוי תחילתו וסופו בכשרות כמבואר בסי' ל"ג סי"ג וה"נ הרי הראיה היתה בכשרות וגם עתה כשרים הם אלא שבנתים נצטרפו לקא"פ והוי תחילתו וסופו בכשרות ואע"ג דבסי' ל"ג סי"ב בהגה פסק דאם נפסק הדין כשהיה קרוב לא יוכל לתובעו אח"כ בעדותו שיעיד אחר שנתרחק מ"מ הא טעמא דהתם משום דעביד אינש לאחזוקי דבוריה כמ"ש הש"ך שם בשם הבעל העיטור וכבר הוכחתי שם בס"ק ג' דהרא"ש וש"פ לא ס"ל הכי ע"ש א"ו דלא בעינן כלל צרוף הגדה ביחד אלא אף שהעידו זה שלא בפני זה כיון שנצטרפו יחד בשעת ראית המעשה וגם הקרוב בא לקיים הדבר בב"ד ופסלה התורה לכל העדים דעדות שבטלו מקצתן בטלו כולם ואף שבשעת ראיה לא נודע שיעיד הקרוב בב"ד מ"מ התורה פסלה לכל העדיות כשבא לקיים הדבר בב"ד שלא יהיו נאמנים אף הכשרים בעדותן וה"ל כתחילתו בכשרות וסופו בפסלות וליכא למימר דדילמא התורה הקפידה כשנצטרפו יחד בראיה וגם בהגדה שיחשב עדותן אחת ויפסלו אף מכאן ולהלאה זה ליתא דאם איתא דהראיה לבדה אינה מצרפן לא שייך לומר

דההגדה תעשה צרוף על להבא דאטו בהגדה תליא מילתא הלא בכל פעם יכול לחזור ולהעיד לבדו וגם כיון שההגדה שהגיד בצרוף הקא"פ נתבטלה האיך תעשה צרוף על להבא ובזה נתיישבה קושית זקיני מוהרש"א ז"ל בתוס' ד"ה ושמואל אמר דמנ"ל להתוס' דלא בעינן ג"כ שיהא הגדה תכ"ד כיון דמסקי דבעינן ראיה והגדה דוקא והלא התוס' לא השיגו על רש"י דס"ל דבעינן תכ"ד אלא אי סגי בראיה לחוד אבל לפי מאי דמסקי התוס' דבעינן תרתי דילמא בעינן דוקא תכ"ד ולפמ"ש ניחא דמסברא ס"ל כן דאי ס"ד דבעינן תכ"ד א"כ הפסול הוא מחמת צרוף ההגדה א"כ תועיל כשיחזרו ויגידו פעם שנית לבדם דהוי תחילתו וסופו בכשרות דאין סברא לומר דההגדה תעשה צרוף להבא א"ו דא"צ תכ"ד כלל דהצרוף הוא משעת ראיה אלא שהקפידה התורה שהקרוב יהא מקיים הדבר בב"ד וכשהקרוב מקיים הדבר בב"ד פסלה רחמנא הגדת הכשרים לעולם והוי כתחלתו בכשרות וסופו בפסלות וע' בב"ש באה"ע שם ע"ש זה נ"ל נכון ודוק ובאמת לשיטת הרמ"ה שהביא הטור דס"ל דאף שלא נתכוונו להעיד ולא ראו כאחד אם הגידו יחד תכ"ד נפסל כל העדות ומשמע דלא מהני אף שיחזרו הכשרים ויעידו פעם אחרת לבדם קשה טובא דהא ה"ל תחילתו וסופו בכשרות ואמאי יגרע במאי שנצטרף לקא"פ ממי שראה העדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו ומתה בתו דכשר אף שבנתים היה קרוב ממש וכ"ש הכא שרק נצטרף לקרובים בעת שהגיד ביחד עמו והשתא כשר הוא לכל עדות שבעולם וצ"ל דס"ל כשיטת בעל העיטור שהביא הרב בסי' ל"ג סי"ב דאף התם אם העיד כשהוא קרוב שוב א"נ אף לאחר שנתרחק דעביד אינש לאחזוקי דבוריה והרמ"ה אזיל לטעמיה שבתשובת מהר"י בן לב ספר ד' סי' ב' הביא בשם הרמ"ה דס"ל סברא זו דעביד אינש לאחזוקי דבוריה ע"ש:

ה ואם הזמין התובע עדים כשרים. ע' בתשובות ב"ח החדשות סי' צ"ג תשובה מהגאון מהו' אברהם עפשטיין ז"ל שהאריך להוכיח דאף עדות הכשרים שלא יחד נמי אינן מתבטלין בשביל הפסולים ואם עידי היחוד ליתנייהו קמן מהני עדות הכשרים שלא יחד והוכיח כן מסימן ע' ס"ד וע"ש:

ו ונאמן לומר שלא הכיר בקורבתו. הסמ"ע כתב דדוקא כשאומר מעצמו שלא הכירו אבל אין הב"ד שואלים אותו אם הכירו והש"ך השיג עליו דמדבריו משמע דאמרינן מסתמא הכירו ומדברי תשו' הרי"ף שהביא העיטור והנ"י פז"ב משמע איפכא דהא כתבו שם דהיכא דליתנייהו לסהדי מכשירינן לשטרא ואמרינן דלמא לא הכירו וכן הרא"ש בפ"ק דמכות הקשה על הרי"ף דאם איתא שתלוי בהכרת העדים ה"ל להש"ס למימר דשיילינן לכשרים אם הכירו בפסולים א"ו דמ"ש הרי"ף והטור ונאמן לומר שלא הכיר

היינו שצריכים הב"ד לשואלו היכא דאיתנייהו ונאמן לומר שלא הכיר עכ"ד והנה מה שהשיג על הסמ"ע האמת אתו דמשמע להדיא בהרא"ש דהב"ד מחוייבים לשואלם אך מה דמשמע מדברי הש"ך דאף בעדות בע"פ וליתנייהו קמן אמרינן מסתמא לא הכירו וכן הביא הש"ך בס"ק כ"א דברי מוהר"י בי רב שהביא בשם העיטור דס"ל דמסתמא תלינן דלא ידעו בהפסולים והשיג שם על מהר"ם אלשקר בזה לפענ"ד אין מדברי העיטור ראיה כלל דדוקא בעדות בשטר אמרינן הכי דחזקה דמסתמא השטר נעשה בכשרות והוא חזקה אלימתא דהא הרא"ש בפ"ב דכתובות ס"ל דאף היכא דשני עדים מן השוק מעידים על עידי השטר שהן גזלנים אינם נאמנים לפסול השטר לגמרי משום דחזקה דהשטר נעשה בכשרות אף דבע"פ פשיטא דיכולין לפוסלן בכה"ג והביא הרב רמ"א דעתו בסי' מ"ו סל"ז בהגה ואף להחולקים שם מ"מ בנידון זה כ"ע מודים דתלינן דמסתמא השטר נעשה בכשרות וכ"כ הריב"ש בסי' תי"ג להדיא דלכך תלינן בשטר דרווחא שביק למאן דקשיש מיניה כמבואר בסי' מ"ה סי"ב משום דמכשירינן לשטרא אף בדרך רחוקה ע"ש אבל בעדות בע"פ שהעידו לפנינו והלכו להם לא תלינן שלא ידעו בהפסולים אלא דכשהם לפנינו ואומרים שלא ידעו מהימנינן להו דהא הני עדים עדים כשרים הן לכל עדות שבעולם אלא שהתורה פסלתן לאותו עדות שנצטרפו בעדותן לפסולים וא"כ כשהם לפנינו ואומרים שלא נצטרפו כלל לפסולים כי לא ידעו בהן מהימני מתורת עדות להכשיר עדותן כנ"ל. אמנם דברי בעל העיטור שבנ"י והג"מ פז"ב צריכין ביאור שכתב שם וז"ל ואם היו ב' עדים עם הפסול ואמרו לא היינו יודעים שהוא פסול הרי השטר מקוים דמספיקא לא מבטלינן שטרא ומסתברא היכא דליתנייהו לסהדי קמן מכשירינן להו דאמרי דילמא לא הוי ידעי ביה ואפי' שנודע שישבו שלשתן להעיד עכ"ל והוא תמוה מאוד כשהעדים לפנינו ואומרים שלא ידעו מהפסולים למה לא נאמינם מתורת עדות להכשיר עדותן ולמה ליה לטעמא דמספיקא לא מבטלינן שטרא ולכאורה י"ל דבעל העיטור אזיל לטעמיה דס"ל עביד אינש לאחזוקי דבוריה ולכך קרוב ונתרחק שהעיד בהיותו קרוב א"נ שוב לחזור ולהעיד לאחר שנתרחק וכמ"ש בס"ק ד' בשמו ולכך ה"נ לא מהימני לומר שלא ידעו בהפסולים להכשיר עדותן אך לא דמיא להתם דהתם הם אומרים אותו דבר עצמו שהגידו בפסלות לכך אמרינן עביד אינש לאחזוקי דבוריה אבל הכא מה שאומרים שלא ידעו בהפסולים הוא דבר אחר וחדש ודאי דיש להאמינם אך מ"מ אפשר לומר דאכתי חשיבי נוגעים דגנאי הוא להם שנצטרפו עם הפסולים ויעידו בב"ד כמ"ש רש"י בפ"ב דכתובות גבי שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על אחד מהן דמשחתמו אין מעידין עליו וחותם משום דגנאי להם שישבו עם פסול בדין

וחשיבי נוגעים ע"ש והבעל העיטור הביאו כמ"ש הש"ך בשמו סי' מ"ו ס"ק ס"ו ע"ש ויותר נראה לתרץ דמיירי שהעדים אינם זוכרים ההלואה ולכך אף שאומרים שלא ידעו בהפסולים מ"מ בודאי אין כ"א מעיד אלא על עצמו ולא על חבירו דאטו בתוונא דליבא דחבריה יתיב שידע שחבירו לא היה יודע בהפסול וא"כ כיון שאינו מעיד אלא על עצמו ולא על חבירו לא מהימני מתורת עדות דהא אין על כל עד שבשטר רק ע"א שמקיים חתימתו שנחתם בכשרות ודמיא ממש להההיא דסי' מ"ו ס"י באינם זוכרים את ההלואה אין כל אחד מהחתומים שבשטר נאמן לקיים חתימתו אלא בצרוף ע"א מן השוק בכדי שיהיו שני עדים מקיימים כל חתימה וחתימה ע"ש וא"כ ה"נ אין על כל חתימה שבשטר רק ע"א שמעיד שנחתם בכשרות לכך צ"ל הטעם משום דמספיקא לא מבטלינן שטרא אך מ"מ היכא שהעדים לפנינו צריכין לומר שלא ידעו כדי לברר הדבר דדילמא יודו ששניהם היו מכירין אותו ולכך כתב אח"כ היכא דליתנייהו קמן תלינן שלא ידעו וא"צ להמתין עליהם לברר הדבר שלא יעידו איפכא אך כ"ז בעדים שבשטר שאינם זוכרים ההלואה אבל בעדים שבע"פ ואומרים שלא הכירו את הפסול אף שכל אחד אינו מעיד אלא על עצמו מ"מ לא גרע מעידי צרוף שאחד אומר הלוהו מנה בניסן ואחד מעיד על ההלואה האחרת בתשרי דמצטרפין וה"נ הרי כל אחד מעיד על גוף ההלואה ומכשיר את עדותן וע' בסמ"ע סי' מ"ה ס"ק י"ט ע"ש וזה נכון ודוק ולפ"ז נ"ל בשני עדים בע"פ ורגילין עם הפסול ואומרים שלא הכירו אותו אף דמן הסברא היה נראה דמהימני דהא עדים אלימי טפי מכמה חזקות מ"מ נראה דהכא לא מהימני כיון שכ"א אינו מעיד אלא על עצמו א"כ לא הוי על כל עד רק ע"א שמכשיר עדותו ומעיד שלא הכירו וא"כ כיון שכל אחד רגיל עם הפסול א"כ יש חזקה לכל אחד בפני עצמו שבודאי הכירו כיון שרגיל עמו וא"כ לא מהימנינן לע"א להוציא מחזקה זו להעיד שלא הכירו כן נ"ל נכון ודוק ועיין מ"ש בסי' מ"ה סי"ב ע"ש:

לז

א שיש לאדם הנאה בה פסול להעיד. בתשו' מוהרי"ט בחח"מ סי' פ' האריך להוכיח דאינו נפסל אלא היכא דאית ליה הנאת ממון דוקא אבל בשביל הנאה אחרת אינו נפסל דלא גרע מאוהב ושונא דכשרים לעדות משום דלא נחשדו ישראל על כך והקשה מהא דאמרינן המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אינו מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח אף שאין לו לשלם כדי שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם אלמא אף דליכא הנאת ממון חשיב נוגע וכן הקשה מוהר"י בן לב ותי' דהכי קאמר דלא ניחא ליה שיהיה כל ימיו בצער

שאם יהיה לו יתר על מזונותיו בצמצום יהיה מחויב לתת לבע"ח וא"א לצמצם ויהיה נקרא לוה רשע וזה מיחשב הנאת ממון עכ"ד ודבריו דחוקים מאוד למבין ולי נראה דיש לתרץ דהכא שאני דבשלמא בשאר עדות לא מיפסל משום הנאה בעלמא דלא חשידי ישראל להעיד שקר ולהיות רשע בשביל הנאה בעלמא אבל הכא חיישינן שמעמידה בפני בע"ח כדי שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם וא"כ כיון שאף אם לא יעיד יהיה רשע לפני המקום ע"כ אמרינן משום הנאה זו שלא יחזק בעיני הבריות לוה רשע מוטב לו להעיד שקר ולהיות רשע לפני המקום שלא יודע לשום אדם ואין להקשות לפ"ז דא"כ מאי הקשה הרמב"ן בחידושיו בשם רבינו יוסף הלוי אהא דאמרינן ניחא ליה דלא ליהוי לוה רשע ולא ישלם והא לאו דעדות שקר חמיר והיכי חשדינן ליה דעד שקר נמי רשע מקרי דכתיב והיה אם בן הכות הרשע ובעדים זוממין הכתוב מדבר ותי' דהכי קאמר דלא ליקרוייה אינשי לוה רשע ולהוציא ידי הבריות מתכוין ומאי קושיא דילמא הא דהימנינהו רחמנא לעדים הוא משום חזקה דכשרות דלא נחשדו ישראל לרשיעי להעיד בשקר אבל היכא דאף שלא יעיד יהיה רשע מצד אחר שוב חשדינן ליה למשקר דזה ליתא דודאי כל היכא שאין לו שום הנאה מעדותו ויכול להעיד דבר והפוכו כשר הוא לעדות ועד מעליא הוא כדמוכח בקדושין דף מ"ג ע"ב דאמרינן התם דהשולח לפרוע מעות לחבירו הן הן שלוחיו הן הן עידיו ומפרש הש"ס דלא הוי נוגעים בעדותן משום דאית להו מיגו דאי בעי אמרי אהדרינוהו ללוה מהימני נמי לומר פרענוהו למלוה ע"ש אלמא אף דהתם לא שייך לומר חזקה דלא הוי רשיעי להעיד בשקר דהא כשאתה חושדם שהם הטמינו המעות לעצמן א"כ מה חילוק יש להם בין שיכפרו המעות להלוה או להמלוה סוף סוף רשיעי נינהו ואפ"ה נאמנים מתורת עדים כיון שאין להם הנאה במה שמעידין לטובת המלוה יותר מלטובת הלוה וא"כ ה"נ כיון שאף אם יעיד שקר נמי רשע הוא א"כ שוב אין לו שום הנאה כלל בעדותו ומיחשב עד מעליא ומקשה הר"י הלוי שפיר ולכך הוצרך לתרץ דמ"מ ניחא ליה להוציא ידי הבריות יותר וא"כ יש לו הנאה מעדותו אך מ"מ לענין קושית מוהרי"ט יש לתרץ שפיר דכל היכא שיהיה רשע ע"פ עדותו לא נחשדו ישראל להעיד שקר בשביל הנאה בעלמא אבל הכא כיון דסוף סוף יהיה רשע אף אם לא יעיד אף דהוי עד מעלי' מן התורה כיון שיכול לומר הדבר והפוכו מ"מ כיון שמ"מ יש לו הנאה בעלמא מעדותו שוב לא מהימנינן ליה כנ"ל נכון ודוק אך מ"מ לענין דינא יש כמה פוסקים שחולקים על מוהרי"ט כמו שהביא בכנה"ג וכן הוא דעת הש"ך בסק"י ע"ש:

ב ואפילו לא סילק עצמו עד לאחר הערעור מהני כן הוא דעת הטור והנ"י בשמעתין וכ"כ הנ"י ר"פ חז"ה בשם הרשב"א והוא משום דכיון שסילק א"ע ואין לו שום הנאה מעדות זו לפנינו לא חיישינן לקנוניא ויש לתמוה מהא דלקמן סי' קכ"ו סי"ד גבי מעמד שלשתן דאיתא התם דאם הנותן מודה שטעה בחשבון והמקבל א"י אם טעה אם לאו אם אין לו נכסים להנותן לא מהימן וכתב הרב שם בהגה דאפילו אם יש ע"א שהוא מעיד כדבריו והוא מדברי הר"ן בספ"ק דגיטין ומשמע התם שהנותן גופיה לא מיחשב עד להצטרף משום שהוא נוגע בעדות וכמ"ש הסמ"ע והש"ך שם וכ"כ הרשב"א בחידושיו בפ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי להדיא וז"ל מיהו אי תרי גינאי נינהו בר מהאי דאישתעבד מהימני דלא גרע מתרי סהדי דעלמא ואי משום נגיעת עדות הגע עצמך דאין כאן נגיעת עדות כלל אלא מיהו נראה דדוקא בדאיכא בדין לאשתלומי מנייהו הא לאו הכי חיישינן לקנוניא כההוא דאומר שטר אמנה הוא זה במקום שחב לאחרים א"נ דחיישינן לקנוניא עכ"ל והשתא קשה כיון דחזינן הכא דהיכא שסילק א"ע לפנינו ונתן חלקו להשותף מעיד לו ול"ח לקנוניא א"כ התם נמי כשהנותן מודה שטעה בחשבון ואין מגיע לו כלום מן הלוה או הנפקד הרי אין לך סילוק גדול מזה דמה לי שנותן השדה להשותף בפנינו או שמודה להלוה שאינו חייב לו כלום ומה שתחת ידו שלו הוא וא"כ הרי איכא שני עדים כשרים שאין מגיע כלום מן הלוה למקבל ואמאי ניחוש לקנוניא וצ"ל כיון דטעיתי טענה גרועה היא דמה"ט ס"ל לקצת פוסקים דאף במיגו לא מהימן בטענה זו לכך חיישינן טפי לקנוניא דהוי כמו שטר דאיתרע בנפילה דחיישינן לקנוניא טפי כמ"ש הסמ"ע סק"ח וה"נ הוי כמו ריעותא חיישינן טפי לקנוניא וכן בשטר אמנה כיון דאיכא חזקה דשטרא אף שהם שני שותפים וחבים לאחרים אינם נאמנים לומר שטר אמנה הוא דחיישינן לקנוניא בכה"ג דהוי כמו ריעותא כיון דאיכא שטרא מעליא לפנינו ולפ"ז י"ל בשני שותפים שיצאו עליהם שטרות ואומרי' שחייבים לאחרים בע"פ אע"ג דמבואר בסי' צ"ט ס"א דא"נ לחוב לאחרים מ"מ בשני שותפים כיון שהם מסלקים עצמן מן הממון ואומרים שחייבים לאחרים עוד בע"פ דבכה"ג ליכא חזרה הסותרת לדבריהם כמ"ש הש"ך בסי' צ"ט סק"ו נאמנים דהוי כתרי סהדי מעליא ול"ח לקנוניא דהא הם מסלקים א"ע מן הממון דמה לי שנותן את השדה להשותף בפניהם או מה שמודה שהוא חייב עוד בע"פ לאחרים והמעות שיש תחת ידו מגיע להם בעבור פרעון החוב אידי ואידי סילוק מעליא הוא ונאמנים מתורת עדים ועדיין צל"ע בזה ודוק:

ג אבל אם אין המערער טוען אלא על [חלק] השותף לבד וכו'. כן הוא לשון הטור והב"י כתב ע"ז וז"ל זה דבר פשוט דהא אינו נוגע בעדות ולשון הרשב"ם משמע דהב"ע בשלא

חלקו לגמרי אבל כל אחד משתמש בחצי השדה דאילו חלקו משם ואילך כ"א מפסיד לעצמו והילכך מעיד לו עליה וזהו שכתב רבינו אבל אם אין המערער טוען אלא על חלק וכו' עכ"ל משמע שהבין שהטור מיירי הכא בחלקו וזה תמוה מאוד דאי מיירי הכא כשחלקו מאי איריא כשטוען שהשותף מכר לו חלקו אינו נוגע הא אף כשטוען שחלק השותף גזולה נמי יכול להעיד לשיטת הרשב"ם וכמ"ש הסמ"ע סק"ה א"ו נראה פשוט לכאורה דבכה"ג שטוען שהשותף מכר לו חלקו לבד אף שלא חלקו כלל יכול שותף חבירו להעיד לו דהא אינו נוגע בעדות כלל וכ"כ מוהרש"ק בהגהות הט"ז אך מ"מ לדינא נ"ל כהב"י דבלא חלקו אף שמערער שהשותף מכר לו חלקו לבד מ"מ אין השותף חבירו יכול להעיד לו ולא מבעיא אם הם שותפים בבית ודרים ביחד דאינו יכול להעיד לו דחשיב נוגע בדבר דאפשר עם השותף שלו נוח לו לדור עמו ביחד ועם המערער אינו רוצה לדור ביחד וכעין זה כתבו הט"ו בסי' שט"ז ס"ב בשנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד אין אחד מהשותפים יכול להושיב בו אחר במקומו אפי' יש לו דיורים פחותים ממנו כי יכול לומר אותך אני יכול לקבל ואחר איני יכול לקבל ע"ש א"כ ה"נ הוי נוגעי' בעדות מה"ט דהא כל היכא די"ל הראשון נוח לי והשני קשה ממנו מיחשב נוגע בעדות כדאיתא בש"ס וט"ו לק' סי"ז אלא אפי' בשדה וכה"ג מ"מ נ"ל דמיחשב נוגע בעדות מה"ט די"ל דניחא ליה יותר להיות שותף עם זה השותף חבירו או לחלק עמו מלהיות שותף או לחלק השותפות עם המערער וכה"ג כתב הרב רמ"א לק' בסי' קע"ה סנ"ג בהגה דכל מטלטלין אף שאין בהם דין מצרכות מ"מ אם הן שותפין במטלטלין ואחד מכר חלקו לאחר יכול השותף השני לסלק הלוקח אם נראה לב"ד שאין השותף השני נוח לו כהראשון וביאר שם בד"מ דבריו דהיינו מצד חלוקת המטלטלין או מצד שיהיה צריך להיות שותף עם זה שאין דעתו נוחה ממנו בכה"ג השותף יכול לסלק הלוקח דאין לך טוב וישר יותר מזה ועדיף משאר דינא דבר מצרא ע"ש וא"כ ה"נ י"ל דהוי נוגע מטעם זה דאולי אין המערער נוח לו כשותף הלזה ואף דשם בעינן דוקא נראה לב"ד כן היינו לענין לסלק את הלוקח לא מצינן לסלק אותו אלא בדבר ברור אבל לענין נגיעת עדות חיישינן טפי דדילמא השותף נוח לו יותר מן המערער ומה"ט כתבו הרמב"ן והנ"י פחז"ה דאף דלא ידעינן אם הראשון נוח לו והשני קשה הימנו מיחשב נוגע לעדות דלא מכשירינן לי' אלא היכא דליכא שום חשש נגיעת עדות כלל ע"ש ומה"ט נמי י"ל דאף להחולקים על מוהרי"ק והרב וס"ל דאין מצרנות במטלטלין מ"מ מודים דלענין נגיעת עדות הוי נוגע מה"ט וא"כ לפ"ז אף היכא דהמערער טוען שהשותף מכר לו חלקו לבדו אין שותפו יכול להעיד לו אלא כשחלקו דוקא אבל בלא חלקו מיחשב נוגע בעדות וא"ת א"כ הדרא

קושיא לדוכתה דהא ע"כ בחלקו מיירי א"כ אף שהמערער טוען שחלק השותף גזולה נמי יכול להעיד לו כמ"ש הרשב"ם והסמ"ע בסק"ה י"ל דבאמת הטור מיירי נמי בלא חלקו אלא דקאי אמה שכתב מקודם דצריך סילוק מחלקו וצריך שיקבל עליו שאם יבוא בעל חוב ויטרוף ממנו ישלם לו דמיה וגם צריך להתנות שאם יבוא לחנופה ממנו בטענות אחרות שאינו מקבל אחריות לכך כתב דבכה"ג שסילק א"ע מחלקו והמערער אינו טוען אלא שהשותף מכר לו חלקו לבד אין צריך לתנאים אלו דבכה"ג לא הוי נוגע כלל דהא בזה לא שייך הראשון נוח לי דהא סילק א"ע מחלקו וגם לא הוי נוגע משום דמעמידה בפני בעל חוב או מצד אחריות דהא המערער אינו טוען אלא שהשותף מכר לו חלקו לבד ואין הדבר נוגע לו כלל אף אם יזכה המערער בדין וזה מדוקדק מאוד בלשון הטור שכתב אבל אם אין המערער טוען וכו' משמע שהוא דבר והפוכו וקאי אדלעיל מיניה ולא אהתחלת הסעיף כנ"ל נכון:

ד לא' מן החתומים בו שפיר דמי. בתשו' מוהרי"ט ח"א סי' ע"ט כתב דהיינו דוקא כשהוחזק השטר בחת"י העד הלוקח קודם שקנאו לכך לא חיישינן שמתחילה העיד שקר כדי שיקנה אותו אח"כ אבל אם לא הוחזק השטר קודם שקנאו הוי נוגע גמור די"ל דאחר שקנה אותו חתם א"ע לעד כדאיתא בסי' מ"ו סל"ד בחתם בשטר עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן דהוא אינו מעיד על כת"י ואם לא ראוהו בידו עד שנעשה גזלן השטר פסול דאיכא למימר עתה זייף וחתם וה"נ ולכך כשהלוה טוען להד"ם נאמן ע"ש ויש להקשות מהא דפריך הש"ס פחז"ה גבי מכר לו פרה או טלית שלא באחריות דהמוכר מעיד לו עליה שאינה גזולה ופריך מהא דאמר ר"פ המוכר שדה לחבירו שלא באחריות ונמצאת שאינה שלו חוזר עליה ומשני במכיר בת שהיא בת חמורו וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מה"ע ומשמע דאף במכר לו באחריות והלוקח מכיר בה שהיא בת חמורו מעיד לו המוכר עליה וכמ"ש הש"ך בס"ק כ"א ע"ש וא"כ קשה על דברי מוהרי"ט דאמאי כשהלוה טוען להד"ם מהימן כשלא הוחזק השטר בחת"י הלוקח קודם שקנאו נהי נמי דלא מהימנינן ליה משום שמא עתה חתם א"ע מ"מ כיון שחתם א"ע בשטר הרי הודה ומעיד שהמלוה מכר לו שטר גמור בשני עדים וההלואה אמת שהוא בעצמו ראה אותה א"כ המלוה שמכר השטר להלוה הוי עד מעליא שההלואה אמת דהא אינו נוגע בעדות כלל דהא הלוקח הודה שההלואה אמת ודומה ממש למכיר בה שהיא בת חמורו שהמוכר מעיד לו עליה וא"כ ליצטרף לעד השני שבשטר דהוי כע"א בכתב וע"א בע"ע דמצטרפין יחד ואין הלוה יכול לומר להד"ם כמבואר בר"ס נ"א ודוחק לומר שמהרי"ט מיירי שהמוכר הוא פסול לעדות אך לפמ"ש הנ"י בשם המפרשים והביאו הב"י דהא

דמוקי הש"ס במכיר שהיא בת חמורו היינו דוקא כשהודה שהיא בת חמורו מעיקרא אבל אם הודה לו עכשיו כשבא מערער עליו לא דאיכא למימר דמש"ה מודה לו כדי שיעיד לו עליה ע"ש וא"כ י"ל דה"נ חיישינן דמש"ה מעיד הלוקח וחתם א"ע בשטר כדי שהמוכר יעיד לו ואף כשראו ביד הלוקח השטר חתום בח"י הלוקח קודם שבא לדין חיישינן שחתם א"ע בשטר בכדי שלא יערער הלוה דדוקא התם בשדה כשהודה שהיא בת חמורו קודם הערעור לא חיישינן שידע שיש ערעור והודה בכדי שהמוכר יעיד לו דמסתמא לא אסיק אדעתיה שיש ערעור על השדה אבל בשטר חתום בע"א יש לחוש טפי שירא שהלוה יכפור בו לכך חתם א"ע בהשטר בכדי שהמוכר לו יהיה עד בדבר ועיין בט"ז ס"ט מ"ש על דברי נ"י אלו ע"ש ועוד י"ל דדוקא התם שיש עדים על הפרה שהיא של המערער ירא הלוקח להודות שהיא בת חמורו דהא ע"פ עדים אלו יצטרך המוכר להחזיר לו מעותיו וע"פ הודאתו יכול להיות שיפסיד אם לא יקובל עדות המוכר משא"כ הכא אף שהלוה יטעון להד"ם אין הלוקח יכול להוציא מעותיו מן המוכר בעבור זה כיון שאין לו ראיה להלוה לכך חיישינן טפי שמודה ומעיד בהלואה כדי שיהא יכול להעיד לו המוכר דאם לא יעיד פשיטא שהמוכר לא יהיה נאמן דהא צריך לומר שהשטר אמת בכדי שלא יהיה צריך להחזיר המעות להלוקח ועדיין צריך ישוב:

ה והיה שמעון א' מעידי המתנה פסול. בבעה"ת שער נ"א ובטור סי' ס"ו מבואר הטעם דהוי נוגע בעדות דניחא ליה שיפטר מן המלוה שלו שהשני נוח לו והראשון קשה הימנו וכדאיתא פחז"ה גבי מכר לו פרה או טלית דהוי נוגע בעדות מה"ט וכ"כ הסמ"ע ומהתימה על הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד שכתב על הסמ"ע שכתב שם דכשאין ללוה עתה לשלם אזי מועיל עדותו של הלוה לחייב את הערב לשלם ולא אמרינן דהוי נוגע בעדות שיחשוב היום או מחר יהיה לו לשלם ויגבה המלוה מידו ולכך רוצה שיגבה חובו עתה מן הקבלן שהרי אין לו ריוח בזה שגם עתה שיפרע הערב יחזור הערב עליו כשיהי' לו ממה לפרוע ודוחק לומר משום דהשני נוח לו והראשון קשה הימנו ועוד דמשום שמא יתעשר לא מיחשב נוגע וכו' וכתב הש"ך עליו דמ"ש ודוחק לומר משום דהשני נוח לו נכון הוא דכן מוכח בש"ס ופוס' ומחבר לעיל סי' ל"ז טובא זימנא דלא אמרי' השני נוח לי אלא לענין שהעד בא להוציא אבל לא כשהעד חייב עכ"ל ולא ידעתי שום הוכחה לזה והרי אדרבה כאן מבואר להדיא דאף שהעד חייב מיחשב נוגע בעדות מה"ט דניחא ליה שיפטר מבעל דינו ויתחייב לאחר כמ"ש הבעה"ת והטור להדיא ומ"ש הסמ"ע ודוחק לומר משום דהשני נוח לו נ"ל דכוונתו משום דאף אי אמרינן דהוי נוגע משום חשש דשמא יתעשר מ"מ כולי האי לא אמרינן דחושש שמא יתעשר והראשון יהא נוח לו

והשני ממנו ומשום זה יעיד שקר לכולי האי לא חיישינן אבל פשיטא דמשום סברא זו דהשני נוח לו הוי נוגע ואין חילוק בין כשהעד בא להוציא ובין כשהוא חייב כדמוכח הכא ועמ"ש לקמן בסק"ז:

ו אם לקח בידו השכירות ואמר וכו'. כן הוא לשון הרמב"ם בפט"ו מה"ע והטור כאן ולכאורה נראה דאף אם לא לקח המעות בידו לפני ב"ד רק שאמר שעדיין לא נתן השכירות וכל מי שיתקיים בידו הקרקע אתן לו השכירות נמי לא הוי נוגע כלל וכן נראה מדברי הט"ו בסי' ק"מ ס"ט שכתבו הא דמהני עדות השוכרים לומר שדכו בה ימים ולילות דוקא ששכירות הבית עדיין בידם ואומרים ליתן אותו למי שיזכה בדין וכו' משמע אף שלא הביאו המעות לפני הב"ד נמי לא הוי נוגעים אך לפענ"ד יש בזה מקום עיון דנראה עיקר דבעינן דוקא שהביאו המעות לפני הב"ד דהנה הבעה"ת שער נ"א ס"ז הביא בשם איכא מאן דאמר דס"ל דראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכומ"ס והיה שמעון א' מעידי המתנה דהשטר כשר ולא אמרינן דשמעון הוי נוגע משום דהשני נוח לו והביא ראיה מההיא דפחז"ה דקאמר כגון דאתו תרי ואמרי אנן אגרינן מיניה ודיירינא ביה ואוקמינן כגון דנקיטי אגר ביתיה בידייהו ואמרי למאן ניתביה אלמא כי הם חייבין ליתן השכירות והם מעידים כי זה זכה בו ולא האחר ולא פסלינן להו משום דנוגעים בדבר דהשני נוח להם וע"ז השיג הבעה"ת שם וכתב וז"ל ואני אומר כי הלוה נוגע בעדות נקרא כיון שפוטר עצמו מבעל חובו וטעמא דהשני נוח לו איתא וההיא הוכחה דנקיטי אגר ביתא ואמרו למאן ניתביה התם הוא משום שאין עליהם חוב בשטר ואינו עליהם אלא מלוה ע"פ ואילו היו רוצים להפטר מן המערער על הקרקע היו יכולין לפטור עצמן בטענת פרענו ולפיכך נאמנין אבל כאן הרי יש ביניהן שט"ח ואינו יכול לפטור עצמו מן הראשון בטענת פרעתי רוצה הוא להעיד ולזכותו לאחר כדי שיצא משיעבודו ויכנס תחת זה השני שהוא נוח לו ממנו וכן קבלתי זה מפי ה' נתן בה' מאיר ז"ל עכ"ל ויש להבין דלפי דבריו דטעמא משום מיגו הוא דיכולין לומר פרענו להמערער א"כ למה ליה להש"ס לאוקמי דנקיטי אגר ביתא ת"ל דבלא"ה לא הוי נוגעים בעדותן דאי בעו לשקר היו יכולין לומר פרענו להמערער אך זה ליתא דכבר הקשו התוס' קושיא זו בר"פ חז"ה דמאי פריך נוגעים בעדותן נינהו הא אית להו מיגו דפרענו להמערער ואע"ג דבתר דתיקון רבנן שבועת היסת לא מיהמני לאסהודי בהאי מיגו כדאי' בר"פ האיש מקדש דעד שצריך שבועה אינו עד מ"מ הכא דאמתני' קיימינן דאכתי לא נתקנה שביעת היסת מאי פריך דהא איכא מיגו ותירצו התו' דהאי לאו מיגו הוא דיראים לומר פרענו להמערער כי שמא יזכה המחזיק בדין ויתבע מהם פעם שנית וא"כ כ"ז לא שייך אלא

להס"ד דש"ס דמתניתין מיירי שהשוכרים כבר פרעו השכירות להמחזיק א"כ ליכא מיגו דפרענו להמערער שיראים שיזכה המחזיק בדין ויתבע מהם פעם שנית אבל לפי מאי דמשני דנקיטי אגר ביתא בידייהו ועדיין לא פרעו השכירות אלא שאתה רוצה לפוסלן משום דאמרינן שמעידין שקר משום דהראשון נוח להם א"כ ע"ז איכא מיגו מעליא דלמה להו להעיד שקר ולהפסיד להמערער כל הקרקע הלא יכולין לומר פרענו להמערער ויפטרו ממנו ואי משום דשמא יזכה המחזיק בדין ויצטרכו לשלם לו הלא לא יפסידו כלום דהא אכתי לא שלמי השכירות כלל וא"כ איכא מיגו מעליא ויפה דחה הבעה"ת ראיית האיכא מ"ד אך כ"ז לא שייך אלא במתניתין דאכתי לא נתקנה שבועת היסת אבל לדידן דנתקנה היסת א"כ הוי נוגע גמור דהראשון נוח לו ואי דיטעון פרעתי להמערער הא צריך לישבע היסת ועד שצריך שבועה אינו עד כמ"ש התוס' ולא מהני אף בנקיטי אגר ביתא אך קושית הבעה"ת לא שייך אלא כשהעדים לא הביאו השכירות לפנינו אלא שאומרים שעדיין לא פרעו השכירות דפשטא דלישנא דהש"ס דקאמר דנקיטי אגר ביתא ולא קאמר דאייתי אגר ביתא לבי דינא משמע שלא הביאו השכירות לב"ד רק שאומרים שעדיין השכירות בידם כי לא פרעו אותן להמחזיק וע"ז הקשה הבעה"ת שפיר דהוי נוגעים בעדותן דהראשון נוח להם להתחייב לו השכירות והשני קשה ממנו אבל כשהשוכרים הביאו המעות בידם לפני הב"ד ואומרים כל מי שזוכה בדין יטול זה המעות בזה לא שייך הראשון נוח לי והשני קשה ממנו כיון שמסלקי' זה המעות תיכף בב"ד וא"כ בש"ס דמשני סתם דנקיטי ביתא בידייהו ומשמע אף שלא הביאו המעות לב"ד ניחא דהא אכתי לא נתקנה שבועת היסת והוי מיגו מעלי' כמ"ש הבעה"ת אבל לדידן דנתקנה היסת בעינן דוקא שהביאו המעות לפני ב"ד דאז לא שייך לומר הראשון נוח לי אבל בלא"ה אף שעדיין לא פרעו השכירות הוי נוגעים משום דהראשון נוח לי והשני קשה הימנו ודברי הרמב"ם והטור כאן שכתבו השוכר אם לקח בידו השכירות הוא בדקדוק גדול דאל"כ הוי נוגעים משום הראשון נוח לי והשני קשה הימנו וכמ"ש המחבר בסעיף הקודם ודברי הט"ו בסי' ק"מ הוא שלא בדקדוק וכן עיקר:

ז ולא יהיה לוה רשע ולא ישלם. וכתב הטור ואף שיש לו קרקע אחרת המספקת כדי חובו אפ"ה אינו מעיד דשמא יש לו עליו חובות שא"י לנו או שמא עשה שדה זה אפותיקי מפורש שנמצא אף שיש בידו שדות אחרות אינו יכול לגבות אלא מזו עכ"ל והוא מדברי התוס' על הא דפריך הש"ס אי דאית ליה ארעא אחריתי עליה דידי' הדר ואי דלית ליה ארעא אחריתי מאי נפקא ליה מיניה ומשני דלית ליה ארעא אחריתי וניחא ליה דלא להוי לוה רשע ולא ישלם וכתבו התוס' דה"ה דה"מ לשנויי כגון שעשאה אפותיקי דאז

לא הדר אארעא אחריתי דאית ליה ואם תפול ביד המערער מחמת שגזולה היא יצטרך לפרוע לבעל האפותיקי כדלקמן סי' קי"ז ס"א ולכך הוי נוגע בעדות ומשום הכי כתב הטור שני הטעמים וקושית התוס' נראה דיש לתרץ דלכך לא משני הש"ס כן משום דבש"ס פרכינן לעיל מזה לשמואל והאמר רב פפא המוכר שדה לחבירו שלא באחריות ובא בע"ח וטרפה אינו חוזר עליו נמצאת שאינה שלו חוזר עליו וא"כ בלאו טעמא מפני שמעמידה בפני בע"ח הוי נוגע ומשני דמיירי במכיר בה שהיא בת חמורו ורב זביד אמר אפי' נמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו והנה הרשב"ם פירש דלכך בנמצאת שאינו שלו חוזר עליו לר"פ משום דלא הוי מכירה כלל דבשלמ' היכא דטרפה בע"ח הוי מכירה דעביד אינש דזבין ארעא ליומא בשביל פירות יום אחד דפירות שאכל שלו הן דבע"ח אינו גובה הפירות אבל בלוקח מגזלן דהדרא ארעא והדרא פירי והילכך כיון דלא מרויח מידי לאו מכר הוא כלל ע"ש והנה התוס' והרא"ש פסקו והביאם הרב בסי' קט"ו ס"ב בהגה דאם עשה שדה אפותיקי מפורש לבע"ח גובה הבע"ח הקרן ושבח והפירות רק שלא הלוה לו בו שיעור ארעא לחוד משום דהבע"ח יכול לומר ארעאי אשבח כדין לוקח מגזלן וכמ"ש הש"ך שם בס"ק י"ט וא"כ לר"פ אם טרף הבע"ח השדה שעשה לו אפותיקי מן הלוקח גובה הלוקח מן המוכר לו אף שמכר לו שלא באחריות דהא הוי כנמצא השדה שאינו שלו דהא גובה ממנו אף הפירות ולפ"ז ניחא דלא מצי הש"ס לתרוצי דחיישינן שמעמידה לפני בע"ח שעשה לו אפותיקי דהא אם הבע"ח יטול השדה מן הלוקח אכתי הלוקח יחזור עליו אף שמכרו שלא באחריות ומאי נפקא ליה מזה אבל לדידן דקי"ל דאפילו נמצאת שאינו שלו אינו חוזר חיישינן שפיר לאפותיקי ולכך כתב הטור שני הטעמים וא"ש אמנם קשה לי טובא על הטור דס"ל כשיטת התוס' דחיישינן לאפותיקי לפי מה שהוכחתי בסק"ה מדברי הטור בסי' ס"ו ובעה"ת דס"ל דהוי נוגע בעדות משום חששא דהשני נוח לי והראשון קשה הימנו אף היכא שהעד הוא החייב לאחרים מ"מ נוח לו להיות חייב לאדם זה ולא לאחר וכמ"ש המחבר בסי"א א"כ קשה הא דאיתא בש"ס פחז"ה ומבואר לעיל בס"א דקרקע של שני שותפין ובא אחד להוציאה בטענה שאותו שמכרה להם גזלה ממנו דאם שותף אחד סלק עצמו מן הקרקע ונתנו לשותף השני מעיד לו עליה וצריך להתנות שאם יבוא בע"ח ויטרפנה מיד השותף ישלם לו דמיה דאל"כ שמא מעמידה בפני בע"ח וכתב הטור שם דאפילו יש לו שדה אחרת כי מי יודע כמה בעלי חובות יש לו וגם צריך להתנות שבטענת גזולה אינו מקבל עליו אחריות ולפי סברת הטור דחיישינן לאפותיקי מה מועיל מה שקיבל עליו אחריות נגד השותף מטריפת בע"ח אכתי ניחוש דילמא עשה שדה זו אפותיקי לבע"ח אחר ומעיד שהקרקע

אינה גזולה כדי שיבוא בעל האפותיקי ויגבה ממנה ואף שיצטרך לחזור ולשלם להשותף מ"מ דילמא בעל האפותיקי קשה לו והשותף השני נוח לו ובפרט שלא היה הקרקע אצלו אלא במתנה בעלמא בשלמא להבעה"ת לא קשיא קושיא זו די"ל דאזיל לטעמיה בשער מ"ג שכ' בשם הרמב"ן להוכיח מכח קושית התוס' הנ"ל דאפותיקי מפורש אף שנתברר שהשדה היא גזולה בידו אין הלוה צריך לשלם לו וא"כ אין חשש נגיעה משום אפותיקי ואי דאית ליה ארעא אחריתי אין לחוש לבע"ח בלא אפותיקי דעלה הדר אלא דחיישינן שמא חייב עוד לאחרים ולא יספיק לו לשלם כל החובות ומעיד שקר משום דניחא ליה שלא להיות לוה רשע ולא ישלם ולכך היכא שקיבל אחריות נגד השותף השני לא שייך לומר כן דהא אם יטרפנה הבע"ח יהיה לוה רשע נגד השותף ולא שייך כאן לומר הראשון נוח לי והשני קשה ממנו דהא לעת עתה אין לו מעות כלל לשלם לשום אחד מהן דהא הבע"ח לא יטרוף מן הלוקח עד שיתברר שאין ללוה ממה לשלם ולשמא יתעשר לא חיישינן וכמ"ש הסמ"ע בסי' קכ"ג והבאתיו בסק"ד אבל להטור דחייש לאפותיקי וא"כ כיון דאית ליה ארעא אחריתי הוי נוגע גמור שמעיד שאינה גזולה כדי שיבוא בעל האפותיקי ויגבה ממנה שאם יטלו אותה מן השותף יחזור בעל האפותיקי עליו כיון דאית ליה ארעא אחריתי ואף שאם יגבה בעל האפותיקי מן השותף אכתי יצטרך לשלם להשותף מ"מ דילמא השותף השני נוח לו והבעל אפותיקי קשה ממנו ואפשר דכולי האי ל"ח ודוחק וצע"ג:

ח יכול ראובן להעיד לו. והרמב"ם בפט"ו מה"ע פסק דהיינו דוקא כששמעון מכיר שהפרה והטלית הם של ראובן והיינו כמו דמשני הש"ס אליבא דר"פ דס"ל דנמצאת השדה שאינו שלו אף שמכר לו שלא באחריות חוזר עליו דמיירי שמכיר בה שהיא בת חמורו ותמהו עליו דהא הרמב"ם גופיה בפי"ט מה' מכירה והט"ו בסי' רכ"ה פסקו כרב זביד דאף נמצא שדה שאינו שלו אינו חוזר ותירץ הש"ך דס"ל להרמב"ם לחלק בין קרקע למטלטלין דדוקא בקרקע ס"ל לרב זביד דאינו חוזר דעביד אינש דזבין קרקע ליומא אבל במטלטלין מודה דנמצא שאינו שלו חוזר וקשה לי לפי מ"ש הרשב"ם דטעם החילוק בין נמצאת שאינו שלו לטריפת בע"ח דבטריפת בע"ח עביד אינש דזבין קרקע ליומא כיון דהפירות שלו דהבע"ח אינו גובה הפירות אבל בלוקח מגזלן כיון שגובה ממנו אף הפירות מסתמא לא קיבל עליו ע"ש וכ"כ בסמ"ג לאוין ק"ע טעם זה בשם ר"י וא"כ במטלטלין כיון שנתבאר בסי' שע"א ס"ב בהגה והוא מדברי הרמב"ם דאם גזל מטלטלין ועשה בהם מלאכה ונהנה בהם דפטור מלשלם ואינו משלם אלא כשעת הגזילה דכיון דמטלטלין נגזלין בדידי' קעביד מלאכה משא"כ בקרקע דאינה נגזלת וברשות הנגזל קאי

וכ"כ הש"ך בסי' שס"ג סק"ח וא"כ במטלטלין אין חילוק בין נמצאת שאינו שלו לטריפת בע"ח אף לר"פ דהא אידי ואידי אינו טורף הפירות בשלמא בש"ס הא דפריך מר"פ י"ל דלא קאי הקושיא על מכר לו פרה וטלית רק דפריך לשמואל דל"ל לטעמא גבי שדה משום שמעמידה בפני בע"ח ת"ל דנמצאת שאינו שלו חוזר עליו אבל להרמב"ם דמיירי במטלטלין קשה ואולי לא ס"ל להרמב"ם כטעמא דהרשב"ם דלא תליא מידי בטריפת הפירות רק דדבר שאינו שלו כלל אין שם מכירה עליו במטלטלין משא"כ בקרקע ודוחק ולענין דינא הסכים הש"ך כדעת רוב הפוסקים דאין חילוק בין קרקע למטלטלין:

ט שכיון שהודה על הדבר שהוא של ראובן שוב א"י לערער עליו וכו'. וע' בט"ז מ"ש ע"ז וע' מ"ש בזה בסי' פ' סק"א באריכות ע"ש

י אפי' לקרוביהם כיון שקבלום עליהם. ופשוט דמ"מ צריך לקבל העדות בפני בע"ד דוקא דאטו באומר נאמן עלי אבא יהא מותר לקבל עדות שלא בפני בע"ד והא לענין זה לא קבלוהו כ"כ בתשו' ח"צ סי' ס"א ונכון הוא:

יא אלא אזלינן ביה בתר הרוב. בתשובת מיימוני בה"ע סימן י"ג העתיק לשון מהר"ם דבחזקת ישוב אפילו קרובים כשרים להעיד ואפילו עד מפי עד מפי הקבלה דבלא"ה כולם נוגעי' בעדות ואע"פ כן מעידים דמאן ידע לסהדותא כ"א בני מתא ואי איכא תרי ותרי אוקי הישוב בחזקת בני מתא ואם שנים קרובי' או אפילו שנים כשרים ואפי' בלא קבלה ויש בני אדם בעיר שהיו ראוין לידע כל כך כמו אלו או יותר מאלו אזלינן בתר הרוב דיעות אחרי שהרוב אומרין לא שמענו שיש לפ' הישוב יוכל להחזיק בישוב כדאמר איסר ס"פ האומנין הא במקום עדים יביא ראיה ויפטר וכו' עכ"ל ויש להקשות מהא דאמרינן בפ' שבועת הדיינים דף מ"ב ההוא דא"ל לחבריה מהימנת לי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא אזל ופרעיה באפי תלתא אמר רב פפא כבי תרי הימניה כבי תלתא לא הימניה אמר ליה רב הונא ברי' דרב יהושע לר"פ אימור דאמרי רבנן אזלינן בתר רוב דיעות ה"מ לענין אומדנא דכמה דנפישי בקיאי טפי אבל לענין עדות מאה כתרי ותרי כמאה וקי"ל כר"ה בריה דר"י כמבואר בסי' ע"א ס"א וא"כ קשה אמאי אזלינן בחזקת ישוב ובכל דבר התלוי במנהג בני העיר בתר רוב דיעות נהי נמי שמן הדין המה פסולים לעדות מחמת נגיעה וקורבא הא הטעם דמהני עדותם הוא משום דהוי כאלו קבלוהו עליהם כמ"ש כל הפוסקים דהוי כנאמן עלי אבא וכ"כ המחבר כיון שקבלוהו עליהם וא"כ כיון דחזינן דאפי' קיבל עליו הבעל דבר עצמו כבי תרי ואתו תלתא אמרי' ביה מאה כתרי וא"כ כ"ש הכא כיון שאין כאן אלא נגיעת עדות בלבד והקהל קבלום עליהם והכשירו עדותם דנאמר דהכשירו אותם כדין עדי' גמורים ומאה כתרי וזו קושיא גדולה

לכאורה וצ"ל דיש חילוק בין מנהג העיר לנאמנות איש פרטי דהיכא דהאמין איש פרטי כבי תרי אמרינן דמסתמא הוא נאמן בעיניו כתרי וכשהאמינו כבי תרי עשאו כשני עדי' גמורים שכשרי' מן התורה ואמרי' ביה מאה כתרי משא"כ במנהג בני העיר שמקבלים לעדות הקרובים והנוגעי' בעדות ע"כ מה שהאמינום לאו מפני שהם בחזקת נאמנים בעיניהם אלא דמפני שא"א בענין אחר להביא עדים מבחוץ סמכו ג"כ על פסולי עדות מחמת גילוי מילתא בעלמא ולכך כיון שאינו מתורת עדות אלא מפני גילוי מילתא בלבד אזלינן ביה בתר רוב דיעות כדאמרינן בפ' האשה שלום דף פ"ה ובפ' מי שקינא דכל היכא שהאמינה תורה ע"א ופסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות אמנם אכתי יש לתמוה מאוד במ"ש מוהר"ם דאפילו שנים כשרים ואפילו בלא קבלה מעידים על חזקת ישוב ויש בני אדם בעיר שהי' ראוי להם לידע כמו אלו ואומרים לא שמענו שיש לפ' הישוב דאזלינן אחר רוב דיעות דנהי דקי"ל דכל מקום שהאמינו פסולי עדות אזלינן בתר רוב דיעות היינו היכא שפסולים מכחישים זא"ז אבל היכא דכשירי' מכחישין זא"ז ודאי דאמרי' בהו תרי כמאה וכן משמע להדיא מדברי הרמב"ם בפי"ב מה' גירושין והמחבר באה"ע סי' י"ז סעיף מ' שכתב שם לענין עדות אשה שאם אשה אומרת לא מת ושתי נשים אומרות מת תנשא וכן אם עשרה נשים אומרות לא מת וי"א נשים אומרות מת ה"ז תנשא שאין אומרים שנים כמאה אלא בעדים כשרים אבל בפסולי' הלך אחר הרוב בין להקל בין להחמיר משמע דבכשרי' שמכחישי' זא"ז אף בעדות אשה אין הולכין אחר הרוב וכן משמע שם יותר מהה"מ וכ"כ הב"ש שם בס"ק קכ"ו להדיא ועוד דאף את"ל דמהר"מ ס"ל דאין חילוק בין כשרים לפסולי' וכן זקיני הגאון בבית הלל שם נסתפק בזה לדינא מ"מ אכתי קשה במאי דמשמע מדבריו דאף בני העיר שהם נוגעי' בעדותן יכולין להכחיש את שני הכשרים ואזלינן בהו בתר רוב דיעות הא כיון דקי"ל כלישנא בתרא דפ' האשה שלום דהיכא דאתא עד כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמי וכדאיתא באה"ע שם דעד כשר אומר מת ונשים רבו' אומרות לא מת ה"ז כמחצה על מחצה וא"כ כשיש שני עדים כשרים האיך יכולין אפילו מאה פסולים להכחישם הא המאה פסולים המה רק כמו הע"א ואין דבריו של א' במקום שנים ודוחק לומר דמהר"ם פסק כלישנא קמא דיבמות דעשו שתי נשי' באיש אחד כשני אנשים באיש אחד ועוד דבתשובת מיימוני בה' אישות סימן י' כתב מהר"ם גופיה דקי"ל כלישנא בתרא ע"ש ואפשר לישב כ"ז ולומר דמ"ש מהר"ם ואפילו שנים כשרים בלא קבלה כוונתו לאפוקי פסולים דמיירי מיניה אבל מ"מ הם נוגעים בעדות כיון שהם מבני העיר ואע"פ שהם מעידים על חזקת ישוב ונוגע כשר לחוב מהר"ם ס"ל כדעת קצת פוסקי' דנוגע פסול אף

לחוב ואפשר דמש"ה השמיט הרב רמ"א דברי אלו כיון דאנן קי"ל דנוגע כשר לחוב אך מ"מ קשה לפ"ז דלמה ליה למהר"ם למיתני טעמא ברוב דיעות ת"ל דבלא"ה אף דהוי כתרי ותרי אוקי הישוב בחזקת בני מתא סוף דבר דברי מהר"ם נפלאו ממני וצ"ע:

לח

א עדותם הראשונה קיימת. הבע"ת כתב דדוקא באומר עדות שקר העדנו דמשים א"ע רשע אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל באומר העדנו והוזמנו בב"ד פ' והעדות אמת דאינו משים א"ע רשע עדותן בטילה דבזה לא אמרינן כיון שהגיד כיון שאינו משים א"ע רשע והוכיח כן מדפריך בש"ס דמכו' למאי דמוקי הא דעד זומם משלם לפי חלקו באומר עדות שקר העדתי כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ומוקי תלמודא באומר העדנו והוזמנו בב"ד פ' ואכתי תקשה כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד א"ו דבכה"ג נאמנים לבטל עדותן עכ"ד ומה מאוד נפלאתי עליו הלא זו היא סברת רמי בר חמא בפ"ב דכתובו' דף י"ח ע"ב דס"ל דשטר שכת"י יוצא ממקום אחר נאמנים העדים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות אבל לא מחמת ממון דא"א משים א"ע רשע ורבא פריך עליו התם כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והכי קיי"ל כמבואר בסי' מ"ו סל"ז הרי להדי' דאף שאומרים אנוסי' היינו מחמת נפשות דאין משימין א"ע רשעים ואדרבה כי אתו לקמן אמרינן להו זילי חתומו כדאיתא התם אפ"ה לא מהימנינן להו לבטל עדותן שמקודם בשום אופן ומה שהקשה הב"ח דאמאי לא פריך הש"ס כל כמיניה למאי דמוקי באומר העדנו והוזמנו בב"ד פ' לק"מ דהרי התם מיירי מחיוב ממון דעד זומם משלם לפי חלקו והרי הוא חייב ממון על מה שהוזם בב"ד פ' וגם הא דפריך כל כמיניה למאי דמוקי באומר עדות שקר העדתי אינו מובן וכבר פרשו בזה התוס' והרמב"ן כ"א לפי דרכו וכל זה לא שייך למאי דמוקי באומר העדנו והוזמנו בב"ד פ' וז"פ וברור:

ב אבל נאמני' לגבי עצמן. הראשוני' הקשו מהא דפריך הש"ס במכו' דף ג' אהא דמוקי התם הא דעד זומם משלם לפי חלקו באומר עדות שקר העדתי ופריך הש"ס כל כמיני' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ומשני באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני וחייבונו ממון ומאי קושיא דאף באומר עדות שקר העדתי חייב לשלם משום ד"ג דלגבי עצמו נאמן ולפענ"ד יש לתרץ בפשיטות דהא מרא דשמעתין דאמר עד זומם משלם לפי חלקו הוא רב יהודה אמר רב ובב"ק דף ק' ודף קי"ז משמע להדיא דרב לא דאין דיני דגרמי כלל דמוקי מתניתין דדן את הדין בנו"נ ביד דוקא ע"ש ופשוט. הב"י הביא כאן

לשון המישרים נ"ב ח"ו וז"ל והא דאמרינן דע"ז אין משלמין ע"פ עצמן דוקא כשאמרו העדנו בב"ד והוזמנו ולא נגמר הדין לחייבנו ממון והאמת העדנו אבל אמרו העדנו שקר משלמין ע"פ עצמן למאן דדאין ד"ג שאין זה קנס וכ"כ הרא"ש וכו' עכ"ל ונראה פשוט דאף כשאומרים העדנו והוזמנו וא"א למיהדר המעות שהוציאו הב"ד על ידן דגם בזה ודאי דחייבים לשלם מד"ג אלא דהמישרים מיירי בדאפשר למיהדר המעות כסתמא דמילתא דבכה"ג לא שייך ד"ג כמבואר בסי' א' ס"ד בהגה וכ"ש היכא שהב"ד עדיין לא הוציאו כלל המעות ע"י עדותן שהוזמו ובזה קאמר המישרי' דאין חייבין מתורת עדים זוממין דקנסא הוא ואינו משלם ע"פ עצמו משא"כ באומר עדות שקר העדנו דבכה"ג א"א למיהדר המעות דהא אינן נאמנין לחזור מעדותן ואף שלא הוציאו הב"ד עדיין המעו' חייבים הב"ד להוציא המעות כפי עדותם בזה חייבין לשלם מד"ג וז"פ אך אינו מובן למה נקט המישרי' דינו באומרי' אמת העדנו דהא אף במודים ששקר העידו כ"ש דשייך חיוב תשלומין בהוזמו ע"י עדים ונ"ל דהא דנקט רבינו ירוחם ואמת העדנו הוא רבותא גדולה כיון דחזינן דרבינו ירוחם סובר דכשאומרים העדנו והוזמנו בב"ד פ' ונגמר הדין וחייבנו ממון ואמת העדנו דחייבים לשלם ע"פ עצמן ואינן נאמני' במיגו דהוי מיגו במקום עדים וא"כ ה"א דאף שאמרו שלא נגמר הדין לחייב אותנו ממון נמי חייבים לשלם מתורת עדים זוממין ולא הוי מודה בקנס דהא הא דמודה בקנס פטור ילפינן מדכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע א"ע וא"כ הכא ה"א כיון דמודה שניזום בב"ד וטוען אמת העדתי א"כ הרי לא מרשיע א"ע כלל דהא אומר אמת העדתי ומתכוין לפטור א"ע ובזה לא מהימן כיון שהוחזק כפרן ע"פ עדים לפי הודאתו ומיגו במקום עדים לא אמרינן לכך קמ"ל כיון דמ"מ ע"פ הודאתו נתחייב בקנס דהא אין העדי' לפנינו אף שמתכוין לפטור א"ע נקרא מודה בקנס כמ"ש הר"ן בחידושיו לשבועות בפ' שבועת העדות והבאתיו בסי' א' ובסי' ל"ד דהיכא דהוחזק כפרן בטענתו ע"י עדים בטענת קנס כיון דעדים לא מסהדי אכולה מילתא נקרא מודה בקנס אף שמתכוין לפטור א"ע ע"ש וה"נ והכי מוכח בסוגיא זו דפרכינן אהא דמשני באומר העדנו והוזמנו בב"ד פ' כמאן דלא כר"ע דאמר אין משלמין ע"פ עצמן ומאי קושיא דילמא מיירי דאומרי' אמת העדנו א"ו דאף בכה"ג הוי מודה בקנס ולכך כתב המישרי' ואמת העדנו לרבותא וכדמשמע פשטא דסוגיא וא"ש וראיתי למי שתמה מאוד בדברי ריו"ו הללו ומ"ש הוא נכון מאוד אך מ"מ יצא לנו מדברי ריו"ו דבאומרים נתחייבנו בב"ד פ' ואמת העדנו חייבים לשלם דכיון שנגמר הדין ממון גמור הוא ולא קנס ולא מהימני במיגו דהוי מיגו במקום עדים אך בחידושי הריטב"א כ'

להיפך דבאומרים אמת העדנו נאו"פ במיגו ודברי רי"ו נראי' יותר דהוי מיגו במ"ע כדאי' בב"מ דף פ"א ע"ש:

ג לשלם לו כל מה שהפסידוהו. ונראה דאם העדי' אומרי' שהעידו שקר במה שאמרו שחייב לשלם לו לזמן שלשים יום והאמת הוא שאינו חייב לו אלא לזמן שנה מחויבים לשלם לו מד"ג כל מה שהפסידוהו מחמת פחיתת הזמן כמבואר במשנה דמכות דף ג' בעדים זוממין בכה"ג דאומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין ליתן מכאן ועד ל' יום בין ליתן מכאן ועד עשרה שנים ע"ש וה"ה לענין דינא דגרמי דינא הכי דהא בחידושי הריטב"א שם בשם הר"ה הוכיח ממשנה זו דבמוכר שט"ח והאריך המוכר הזמן ללוה דמחילתו מחילה דחייב לשלם ללוקח ההפסד שהפסידו בהרחבת הזמן מד"ג ע"ש וכ"פ המחבר בסי' ס"ו סכ"ד וא"כ ה"ה הכא בהעידו שקר בכה"ג דחייבי' גם כן לשלם ההפסד מד"ג:

ד ועידי הכחשה כשרים. בפ"ב דכתובות גבי שנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו אנוסים היו פסולי עדות היו אם כת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים מפרש הש"ס דהוי כתרי ותרי ולא קרעינן לשטרא ולא מגבינן ביה וכתב בחידושי הריטב"א שם וז"ל פי' אנוסים היו מחמת נפשות ופסולי עדות היו מחמת קורבא דאי כשאומרי' אנוסים היו מחמת ממון או גזלנין היו שהוא פסול שבגופו היכי אמרינן דה"ל כתרי ותרי כיון שעל גוף העדות מעידים אין להעדים נאמנות להכשיר את עצמן כי כשני עדים פסולים הם עכ"ל והנה מ"ש באנוסים מחמת ממון דהאחרים נפסלים לכאורה תמוה מאוד דמ"ש משני כיתי עדי' המכחישים זא"ז שנים אומרי' לוה וב' אומרים לא לוה דאין האחרונים נאמנים לפסול את הראשונים וכ"א באה בפני עצמה ומעידה אף דלדברי האחרונים הראשונים העידו שקר ופסולים לכל עדות שבעולם מ"מ מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני ומוקמינן כל כת אחזקתייהו וה"נ כשאומרים אנוסים היו מחמת ממון ושקר העידו מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וצ"ל דהריטב"א ס"ל דכשאומרים אנוסים היו מחמת ממון כיון דלאו אנופא דהלואה מסהדי דיכול להיות שגוף ההלואה אמת הוא רק שאלו אומרים שהראשונים לא היו אצל הלואה רק שהעידו מחמת אונס ממון חשיבי כעידי הזמה דהימנינהו רחמנא כיון דאגופייהו דסהדי מסהדי שהיו עמהם ולא ראו ההלואה כמ"ש הטור וה"נ כשאומרים אנוסים היו מחמת ממון אינם מעידים על גוף ההלואה רק שאומרים שראו שאנסו אותם לחתום בשקר מחמת ממון לכך נאמני' עליהם לפוסלם ודוחק ויותר נראה דהא דבשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז נ"א באה בפ"ע ומעידה וכששנים מעידים על שנים שהם גזלנים מהימני הבתראי הטעם הוא דבשני כיתי עדים

המכחישים זא"ז אמרינן מאי חזית כיון דהני עדים היו כשרים כאלו מאי חזית להאמין לבתראי טפי מקמאי משא"כ כשאומרים שהם גזלנים לא שייך לומר מאי חזית דאינהו בעלי דברים נינהו ולא שייך לומר שהן מעידין להיפך דנוגעים בעדותן נינהו שאינם רוצים לעשות עצמן גזלנים וכמ"ש בסי' מ"ו סל"ז בארוכה וא"כ בכה"ג ששני עדים מעידים על עידי השטר שהם חתמו בשקר מחמת אונס ממון מהימני בתראי שעידי השטר רשיעי נינהו שהעידו בשקר מחמת אונס ממון ולא שייך לומר מאי חזית דהא בתראי יהבי טעמא למילתייהו ואומרים שעידי השטר העידו שקר להנאתן מחמת אונס ממון והוי כמעידין שגזלו או שאכלו נבילות להנאתן ומהימנינן לבתראי כן נראה לי לישב דברי הריטב"א ז"ל בזה אך מ"מ לא מצאתי חבר להריטב"א ז"ל בזה ומסתימת דברי הרמב"ן והרא"ה בחידושיו שם והר"ן שם לא משמע כן ע"ש:

לט

א אחריות טעות סופר הוא. בפ"ק דב"מ דף י"ד ע"א מפרש הטעם משום דלא שדי אינש זוזי בכדי וכ"כ הסמ"ע ולפ"ז היה נראה במחייב את עצמו בשטר בדבר שאינו חייב דהוי כמתנה בעלמא כמבואר בסימן מ' בכה"ג לא אמרינן אחריו' ט"ס הוא כיון שידוע שלא היה חייב לו לא שייך לא שדי זוזי בכדי וא"כ אם עידי השטר מעידים שלא התנו באחריות אף דבשטר הלואה אף בכה"ג אמרינן אחריות ט"ס דהוי כאלו התנו דמסתמא לא שדי אינש זוזי בכדי כמ"ש הש"ך בס"ק י"ד מ"מ בכה"ג דחייב א"ע דלא שייך טעם זה אינו גובה ממשעבדי וגדולה מזו נראה דאף אם עידי השטר מעידי' שהתנו באחריות אלא ששכחו לכותבו בשטר מ"מ אינו טורף בשטר זה ממשעבדי לשיטת הרמב"ן והרשב"א וש"פ שהביאו הסמ"ע והש"ך בסי' מ' דס"ל דאין אדם יכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב אף שא"ל אתם עידי אלא דוקא כשכתב לו כן בשטר ע"ש וא"כ בשטר שלא חייב ממון כלל אלא שחייב א"ע בו דהוי כמתנה בעלמא ואינו חייב בו באחריות אלא מצד שחייב א"ע בו כמ"ש הב"י בסי' ס' בשם הבעה"ת בשער מ"ג בשם הרמב"ן שהנותן מה שעתיד לקנות ושעבד נכסיו וקיבל עליו אחריות להעמידם בידו חייב להעמידם בידו ואם לאו גובה מדין אחריות וליכא למימר מתנה אין כאן שיעבוד אין כאן שיכול אדם שיחייב א"ע באחריות שאינו חייב בו על דרך חייב אני לך מנה בשטר וזהו אחריות כל המתנות עכ"ל התם מיירי בחייב א"ע ליתן וקיבל אחריות להעמידם בידו כמ"ש הש"ך בסי' ס' ס"ק כ"א הרי מבואר דבכה"ג דחייב א"ע בדבר שאינו חייב אין חיוב האחריו' מועיל אלא מדין חייב אני לך מנה בשטר וא"כ כיון דלשיטת הרמב"ן וסייעתו אינו מועיל מה שחייב עצמו

אלא כשכתב לו שטר דהשטר גורם החיוב א"כ אף שהתנו באחריות מ"מ כיון ששכחו לכתבו בשטר א"כ לא נגמר חיוב האחריות שבו ואין טורפין בשטר זה ממשעבדי ולפ"ז יש לתרץ מה דקשיא לי למה דמשני אביי בב"מ דף י"ג מתניתין דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו דמיירי אף בשטרי דלאו אקנייתא ולא חיישינן דילמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למיטרף לקוחו' שלא כדין משום דעדיו בחתומיו זכין לו וכתבו התוס' ד"ה משום דקי"ל דאביי מסברא דנפשיה ס"ל הכי ויש להקשות מהא דאמרינן בס"פ ג"פ דף קע"ג דתנא דמתניתין דס"ל דשני יב"ש אין מוציאין שט"ח זע"ז ס"ל דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וחיישינן דאמר לסהדי לכתוב עליו שטר והדר תבע למלוה ותנא ברא סובר דאין כותבין שטר ללוה כשאין מלוה עמו ולכך ס"ל דשני יב"ש מוציאין שט"ח זע"ז וא"כ קשה לאביי כיון דלתנא דברייתא מוכח להדיא דלא אמרינן עידיו בחתומיו זכין לו מנ"ל דתנא דמתניתין פליג עליו בזה דילמא מתניתין מיירי בשטרי אקנייתא ולפמ"ש ניחא דנראה דאף לאביי דס"ל עבחז"ל מ"מ בשטר שאין מפורש בו האחריות אין כותבין שטר ללוה בלא מלוה דחיישינן דילמא כתב ללוות ולא לוה ואח"כ כדי לעשות קנוניא ימסרנו ליד המלוה לגבות בו ואע"ג דמוכח בש"ס דלאביי לא שייך קנוניא היינו משום דאי ימסרנו ליד המלוה עכשיו הרי הוא מחייב א"ע עכשיו בהשטר בדבר שאינו חייב ויגבה בו כדין כמ"ש הקדמונים הובא באס"ז שם אבל כשאינו מפורש בו האחריות א"כ כשימסרנו לידו בלא הלואה כיון דקי"ל דאחריו' ט"ס הוא א"כ יגבה בו מהלקוחות שלא כדין דכיון שלא לוה אלא שמחייב א"ע אינו מועיל האחריות אלא כשהוא מפורש בשטר וא"כ בכה"ג שאין מפורש אחריות בשטר אף לאביי אין כותבין שטר ללוה בלא מלוה וא"כ י"ל דתנא דברייתא מיירי בשטר שאין בו אחריות מפורש ולכך בכה"ג שני יב"ש מוציאין שט"ח זע"ז דודאי לא כתבו העדים השטר ללוה בלא המלוה וליכא למימר דילמא העדי' שכחו לכתוב האחריות דהא אמרינן אחריו' ט"ס זה ליתא דכבר כתב הריב"ש סי' שפ"ב דהא דאמרינן אחריות ט"ס הוא לא דתלינן שהסופר שכחו דודאי לא תלינן בשכחת הסופר אלא אפי' ידענו שלא התנו באחריות הרי הוא כאלו התנו עליו דלא שדי זוזי בכדי והרי הוא כאלו ידענו בבירור שהתנו והסופר שכחו עכ"ל הרי להדיא דלא תלינן בשכחת הסופר בדבר שהוא שלא כדין אלא אמרינן שהאמת הוא שלא התנו ולכך לא כתבוהו אלא דמ"מ הוי כהתנו ושכחו הסופר וא"כ בשטר שאין בו אחריות ודאי שלא עשו העדי' שלא כדין לכתוב ללוה כשאין מלוה עמו וא"ש ונכון ודוק. ובחידושי הארכתי בזה בדרך פלפול ליישב קושית התוס' ד"ה משום דקי"ל ואין כאן מקומו. אך נ"ל דכ"ז אינו אלא למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אבל למ"ד

שיעבודא דאורייתא אף בשטר שלא לוה כלום רק שחייב א"ע בו מ"מ אמרינן גביה אחריות ט"ס אף שידוע שלא התנו באחריות כלל דהא למ"ד שיעבודא דאורייתא אמרינן בש"ס דאף במלוה ע"פ גבי ממשעבדי מדאורייתא אלא משום דמלוה ע"פ לית ליה קלא תקנו חז"ל דלא לטרוף ממשעבדי משום פסידא דלקוחות וא"כ במלוה בשטר אף דלא התנו באחריות מ"מ כיון דאית ליה קלא האחריות חל ממילא על כל נכסיו וכ"כ הרב מוהר"י בהגהות הט"ז והא דאמרינן בדף י"ד הטעם דאחריות ט"ס משום דלא שדי אינש זוזי בכדי היינו משום דסוגיא דהתם אזלא לשמואל ושמואל ס"ל בפ' ג"פ דשיעבודא לאו דאורייתא וכן הא דאמר רבא אחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מכר הוא משום דבשטרי מכר לא שייך שיעבודא דאורייתא כמ"ש הש"ך בס"ס קי"ז וא"כ בשטר חיוב שמחייב א"ע בלא הלואה כיון דגוף החיוב מועיל לחייב א"ע בשטר אף בדבר שאינו חייב בו א"כ ממילא שיעבודא רמי על כל נכסיו אף בלא תנאי כמו בניזקין ופדיון הבן דלמ"ד שיעבודא דאורייתא גובה ממשעבדי וה"נ כיון שגוף החיוב חל עליו ממילא שעבודא רמי על כל נכסיה אף שלא התנה כיון דאית ליה קלא וטריף ממשעבדי כן נ"ל ולא מצאתי גילוי לדין זה בדברי הראשונים לבד ראה זה מצאתי בהרא"ש ר"פ נערה סי' ד' שהביא בשם רב שרירא גאון דאם כתב לה כתובה מן הארוסין ונתארמלה או נתגרשה לא טרפה ממשעבדי וכ"כ הרמב"ם המארס את האשה וכתב לה כתובה ומת או גירשה גובה עיקר מבני חרי וכתב הרא"ש וכל אלו דברים תמוהים הן דמ"ש שטר כתובה משאר שטרות שלא תטרוף בו ממשעבדי וכו' ואפילו לא כתב לה בכתובת אירוסין אחריות הא קי"ל אחריות ט"ס הוא אף בכתובה דהא בכתובה נחלקו ר"מ ורבנן אי אמרינן אחריות ט"ס הוא אי לאו והר' יונה דחק ליישב דברי הגאונים דאירי בלא כתב לה אחריות והא דפליגי באחריות ט"ס הוא בכתובה היינו כשנכתבה בנשואין דתקנת שמעון בן שטח שיהיו כל נכסיו ערבאין לכתובה בנשואין הוא דתקון בזה נחלקו ר"מ ורבנן דרבנן סברי כיון דתיקן שמעון בן שטח כן שיהיה כותב לה כן אע"פ שלא כתב כמאן דכתב דמי ור"מ סבר אף דתיקן לכתוב כן אם לא כתב לא אמרינן דט"ס הוא ולא פליגי אלא מן הנשואין שבזה היתה התקנה אבל אם כתב לה כתובה מן האירוסין אף רבנן מודי דלא אמרינן אחריות ט"ס הוא עכ"ל הרי מדברי רבינו יונה מבואר להדיא דהמחייב א"ע בדבר שאינו חייב לא אמרינן בי' אחריות ט"ס כמו בחייב עצמו וכתב לה כתובה מן האירוסין דלא אמרינן ביה אחריות ט"ס כיון דלא שייך ביה לא שדי אינש זוזי בכדי אלא שמדברי הרא"ש בקושייתן מבואר דס"ל דאף בחייב א"ע וכתב לה כתובה מן האירוסין אמרינן ביה אחריות ט"ס הוא שהרי על תירוץ רבינו יונה כתב שהוא דוחק

ואפשר דהר"י ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולכך במחייב א"ע לא אמרינן אחריות ט"ס והרא"ש לטעמי' שכתבו הפוסקי' בשמו דס"ל ש"ד ולכך אף במחייב א"ע אמרינן אחריות ט"ס הוא ובזה ניחא דהרא"ש פ' אע"פ חזר והעתיק דברי הרמב"ם דהמארס את האשה וכתב לה כתובה דאינו גובה אלא מבני חרי ותמה עליו הרא"ש דלמה לא תהא כתובת אירוסין כשאר שטר לטרוף בו אף ממשעבדי והשמיט שם תירוץ רבינו יונה שהביא בפ' נערה ולפמ"ש ניחא דבפ' נערה כתב ורבינו יונה ישב דברי הגאונים והיינו משום די"ל דהגאונים פסקו כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ולכך לא אמרינן אחריות ט"ס במחייב א"ע אבל על הרמב"ם דפסק בפי"א מה"מ כמ"ד שעבודא דאורייתא השיג הרא"ש שפיר דלדידיה אף במחייב עצמו אמרינן דאחריות ט"ס הוא וליתא לתירוצא דר"י וא"ש ולדינא הדבר צריך הכרע:

ב ואע"פ שאמר להם כן צריכים להמלך בו. וכתב הרא"ש ואע"פ שאם אמר אדם לשלוחו תן חפץ זה לפלוני מסברא לא צריך לאמלוכי בי' שאני הכא דאיכא רגלים לדבר שהוא רוצה שימלכו בו מדלא הקנה לו מיד בקנין חליפין ש"מ שאין דעתו להקנות לו מיד עכ"ל וכ"כ הסמ"ג בעשין צ"ד ולפ"ז נראה בשטר שכירות קרקע דמבואר בסי' קצ"ה ס"ט דשכירות קרקע נקנה בשטר ואינו נקנה בקנין סודר א"כ אם אמר לעדים לכתוב שטר שכירות לחבירו אין העדים צריכים להמלך בו קודם הנתינה דהכא איכא רגלים לדבר מדלא הקנה לו בקנין סודר רוצה הוא שימלכו בו כיון דשכירות קרקע אינו נקנה בקנין למה לו לעשות דבר שאינו מועיל כלל:

ג דאי משך מילתא טפי משלשים יום. הקשה הש"ך דלמה העתיק המחבר דברי י"ח אלו דטעמא דהי"ח הוא משום דס"ל דאף סתם הלואה דמי לקובע זמן וחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו כמ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות אבל לפי מ"ש הט"ו בס"ס ע"ח דדוקא בקובע זמן איכא האי חזקה אבל בסתם הלואה נאמן לומר פרעתי אף בתוך שלשים יום א"כ ה"ל להמחבר לכתוב כאן דאף בתוך שלשים יום אין כותבין והניח בצ"ע ולפענ"ד נראה דדעת המחבר הוא דאף דבתוך שלשים יום עביד אינש דפרע מ"מ מילתא דלא שכיחא הוא לפרוע תוך שלשים יום וראיה לדבר דהא הטעם דנאמן לומר פרעתי בתוך שלשים יום כתב הסמ"ע בס"ס ע"ח דדוקא בקובע זמן דגילה דעתו מתחילה דצריך להמעות עד הזמן חזקה דלא פרע בת"ז אבל בסתם הלואה דלא גילה דעתו דצריך להמעות עד שלשים יום אף דא"צ לשלם בתוך שלשים יום מ"מ עביד אינש דפרע בתוך שלשים יום והרי ביומא דמשלם זימניה אמרינן ג"כ בש"ס דעביד אינש דפרע בגויה ואפ"ה כתב הנ"י בפ' השואל בשם הראב"ד והביאו הב"י בסי' ע"ח והרב בהגה שם ס"ג דליתמי לא

טענינן דפרע ביומא דמשלם זימניה משום דהוי מילתא דלא שכיחא ולא טענינן ליתמי והוכיחו כן מהש"ס שם והרי התם בקובע זמן להפרעון ביום המיועד לו לא גילה דעתו שיפרע דוקא בכלות היום ואפ"ה אמרינן דמילתא דלא שכיח הוא לפרוע באמצע היום כיון שאינו מחויב בדבר וא"כ ה"ה בתוך שלשים יום מילתא דל"ש הוא לפרוע בתוך שלשים יום והנה מבואר בתוס' בריש גיטין ובב"מ דף י"ג דכי היכי דמילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ה"ה בנפרע שלא בפניו לא טענינן ליה מילתא דלא שכיחא ולכך יפה פסק המחבר דבתוך שלשים יום כותבין בלתי ידיעתו ול"ח דילמא פרע כיון שהוא מילתא דלא שכיחא לא חיישינן ליה כנלפענ"ד נכון אך מ"מ נראה דאם יכולין לשאול את הלוה יש לשואלו דכל היכא דאיכא לברורי מברירינן וכדלקמן סי' ק"ו לענין נפרע שלא בפניו:

ד אם הלוה מוחה בעדים. הש"ך בס"ק י"ד הביא לשון רבינו ירוחם דהא דאמרינן הודאה בפני שנים לאו דוקא שניהם ביחד אלא אפילו זה אחר זה וכ"כ הרשב"א בתשובה עכ"ל וכתב עליו הש"ך דנראה דהיינו כשאומר לכל אחד מהן כתבו שיכולים לעשות שטר מזמן הודאה שניה או כשקנו מידו וטורף מזמן הודאה שניה דאי לגבות ממנו לא היה צריך לכתוב זה בשם תשובת הרשב"א דהרי ש"ס עריכה היא בפז"ב ומוסכם מכל הפוסקים דהודאה אחר הודאה מצטרפים עכ"ל ותמיהני עליו דהרי רבותא גדולה היא אף לענין לגבות ממנו לבד דהא הבעל המאור פז"ב והרא"ש בשם הראב"ד פחז"ה ס"ל דהודא בפני עד אחד לא הוי הודאה כלל והא דאמר הודאה אחר הודאה מצטרפים היינו שכל אחד אומר שהודה בפניו ובפני עד אחר עמו והביאם הרב הש"ך גופיה בסי' פ"א ס"י והלשון הודאה בפני שנים משמע כוותייהו לכאורה לכך קמ"ל דלאו דוקא הוא דאף בזא"ז נמי מהני ההודאה וכ"כ הריב"ש סי' תע"ו בשם הרשב"א להדיא ע"ש. ובגוף הדין של הש"ך שיכולים לעשות שטר מזמן הודאה שניה ע"י צרוף נלענ"ד להיפך אף דבגיטין דף ל"ג ע"ב אמרינן דלריב"ק מצרפינן העדים לחתום הגט כשאמר לכל אחד לחתום היינו דוקא לענין גיטין אבל בשטר לענין טריפת לקוחות כיון דקי"ל לקמן בסי' נ"א דשני עדים בשני שטרות אין מצטרפין לטרוף ממשעבדי וכתב הרא"ש בפ' ג"פ הטעם משום דלית ליה קלא לא לזה ולא לזה ואין הלקוחות נמנעים ליקח בשביל שטר שיש בו ע"א וא"כ כיון דאסור לעדים לכתוב בלי צווי הלוה משום דטריף ממשעבדי וגם זילי נכסיה וא"כ הכא נהי שצוה לכל א' לכתוב אף שהאמת כן הוא מ"מ דלמא לא צוה רק שיכתוב כל אחד בפ"ע דליכא קלא ולא טריף ממשעבדי ולא שיכתבו שניהם ביחד דאיכא קלא וזילי נכסיה וטריף ממשעבדי ועוד נראה כיון דאין השטר מועיל לענין טריפת לקוחות אלא בשני עדים בשטר דווקא דהא ע"א בשטר וע"א ע"פ אינו מועיל לטרוף מלקוחות אף

שהענין אמת וגובה בו מבני חורין כדלקמן ר"ס נ"א מ"מ לענין משעבדי אינו מועיל אלא כשמצוה לשני עדים לחתום שטר דוקא וא"כ נהי דעידי מהני בכל דוכתי וכן לענין גיטין היינו משום דמסתמא שני עדים לא יכוונו לשקר אחד ובודאי הענין אמת והוי כשני עדים המסייעים זה לזה דמהימני משום דודאי לא משקרי אבל הכא אף שאמת הדבר שצוה לע"א לכתוב שטר מ"מ לא מהני לענין טריפה כיון דלית ליה קלא וא"כ האיך יכול עד אחד לעשות שטר ולצרף עצמו עם העד השני דילמא השני משקר ואף שצוה לאחד מהן לעשות שטר אינו מועיל לענין טריפת לקוחות וא"כ הוי כאלו ע"א העיד על אחד שיש לו שער אחד בימינו והשני העיד שיש לו שער אחד בשמאלו דפשיטא דלא הוי עדות כלל דהוי חצי עדות כמבואר בפחז"ה ובט"ו סי' ל' סי"ג משום דהוי כאלו נפיק כולה ממונא אפומא דחד סהדא וכבר הארכתי בסברא זו בר"ס נ"א ע"ש ודוק על כן נלפענ"ד עיקר דאין להעדים לכתוב שטר מזמן שני אלא כשכל אחד מעיד שצוה לו לכתוב השטר עם עד השני דתו ליתנייהו להני טעמי וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד בפ' חז"ה לענין הודאה אחר הודאה ועיין בב"ש באה"ע סי' קל"ג ע"ש:

ה אבל באומר פרעתי נאמן ואפי' ת"ז משום דריע טענתו וכו'. ויש לתמוה דהא מבואר בס"ג דעידי קנין כותבין ונותנין השטר למלוה אע"פ שנשתהא זמן מרובה ואין צריכין לחוש שמא פרע והטעם משום דאינו יכול לטעון פרעתי נגד עידי קנין כמ"ש הש"ך שם וא"כ אי מיחשב ריעותא במה שלא הוציא השטר מיד א"כ אפילו נגד עידי הקנין עצמם יהא יכול לומר פרעתי מה"ט ומה חילוק יש בין עידי הקנין עצמם לעדים המעידים שראו הקנין לענין זה ובשלמא אחר זמנו יש לומר דנגד עידי הקנין עצמם אינו יכול לומר פרעתי דאם איתא דפרע היה מודיע להעדים שלא יכתבו השטר כמ"ש הרא"ש בפ"ב דכתובות והביאו הב"י ולכך כשאין אותן העדים לפנינו איכא למימר דפרע ובאמת הודיע לענין הקנין ואף שאינו טוען כן מ"מ נאמן במיגו דאי בעי היה טוען כן אבל בתוך זמנו שהיא חזקה מצד עצמה דאין אדם פורע בת"ז וא"כ אי מהימן לומר פרעתי משום דאיתרע טענתו במה שלא הוציא שטר א"כ אף נגד עידי קנין עצמו יהא יכול לומר פרעתי משום ריעותא זו דהא חזקה דשטרך בידי מאי בעי גרע מחזקה דת"ז דבת"ז גובה שלא בשבועה ובשטר צריך שבועה ויש לתרץ ע"פ מה שמבואר בסי' ס"ה ס"ב דכל היכא דאיתרע אם המלוה בעצמו מצאו גובה בו וכן הוכיח הב"ח שם מסוגיא דפ"ק דמציעא דשנים שהיו אדוקין בשטר דחולקין אף דאיתרע בנפילה מ"מ כיון שבא ליד המלוה בעצמו בדין אין מוציאין השטר מחזקתו ע"ש וא"כ ה"נ בשלמא עידי הקנין בעצמם יכולים לכתוב השטר אף שנשתהא זמן מרובה משום כיון דהוזמנו לקנין וסתם קנין לכתיבה עומד הוי כאלו

הפקיד המלוה השטר חתום ביד העדים וכ"כ הריטב"א בפ"ב דכתובות ולכך אף דאיכא ריעותא במה שלא הוציא השטר מיד מ"מ כיון דהוי כמו שהפקיד המלוה השטר ביד העדים מחויבים העדים להחזיר השטר ליד המלוה אף דאיכא ריעותא כדאמרינן בב"ב דף נ"א גבי אין מקבלין פקדונות מן הנשים ואם לקחו למקום שנטל יחזיר אלמא אף דאיכא ריעותא מ"מ יחזיר למקום שנטל וא"כ ה"נ מחויבים העדים להחזיר השטר ליד המלוה וכיון שבא לידו בדין גובה בו אבל עדים שלא הוזמנו לקנין דלא שייך לומר דהוי כמו שהמלוה הפקיד השטר אצלם אף שלפי דבריהם הוא תוך זמנו מ"מ כיון דאיכא ריעותא במה שלא הוציא השטר מיד לא מהני אף ת"ז דהוי כמו נפל דאינו גוב' אף בת"ז משום דאיתרע בנפילה וזה נכון ודוק ועיין בר"ן בפ"ב דכתובות ומ"ש בס"ס מ"א ובסי' ס"ה סק"ז:

ו ואמר פרעתי נאמן. הטור כתב בשם התוספות דממשעבדי בכל ענין גובה דמעשה ב"ד קלא אית ליה ומיהו הני מילי כשידוע שלא פרעו או שהלוה מודה אבל כשטוען פרעתי בכל ענין נאמן וכ"כ הרא"ש בפ"ק דמציעא ועיין בש"ך כאן ובסי' ע"ט ס"ק ל' והאריך בזה והעלה דדוקא ממשעבדי שלקחו אחד הודאת הלוה הוא גובה אבל שקנו קודם לכן אחר הפס"ד אינו גובה אף שמודה דחיישינן לקנוניא גם הט"ז כאן הקשה על הטור דניחוש לקנוניא ותי' דמירי שהודה בשעה שהיה לו בני חורין לשלם ואותו שעה אמר לו המלוה אל תפרעני אלא בעדים לכך לא שייך קנוניא בזה ומדבריו משמע דהיכא שהודה בשעה שהיה לו בני חורין נאמן וטורף ממשעבדי אף שקנו תיכף אחר הפס"ד ולא נהירא לי כלל דנהי נמי דלא שייך למיחש לקנוניא מ"מ מי עדיף מע"א דאינו נאמן להוציא ממון אף דלא שייך בגוה כלל וה"נ היכי מהימנינן ליה ביחיד לחוב לאחרים בהודאתו וכ"כ הש"ך בסי' מ"ז סק"ח כדומה לזה ע"ש והעיקר נ"ל דדעת הטור והרא"ש הוא כפשטן דס"ל דל"ח לקנוניא בכל דוכתי אלא היכא דנפל ואיתרע אבל כל היכא דליכא ריעותא ל"ח לקנוניא כלל וראיה ברורה לזה מדברי הרא"ש בפ"ק דמציע' והביאו הט"ו בסי' ס"ה ס"ג דס"ל בשטר שנמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו אם המלוה הפקידו או הלוה דאם שניהם רוצים יעשה כמאמרם דלא חיישינן לקנוניא אלא בשטר שנפל דאיתרע משום דלא נזהר בשמירתו אבל בשטר המופקד דלא אתייליד בו ריעותא אלא שאין הנפקד זוכר מכח מי בא לידו לכך אם שניהם רוצים יעשה כמאמרם והרי כל מעליותא דשטרא שאנו מוציאין בו ממון וא"נ לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ התם כיון דהשטר ביד שליש ואינו יודע אם הלוה הפקידו בידו או המלוה איבטלא חזקה זו שהרי הוא ספק שקול אם הוא פרוע והלוה הפקידו או לא

וא"כ היכי מהימנינן להלוה להחזיר שטר להמלוה לחוב לאחרים ולטרוף מלקוחות א"ו דהיכא דליכא ריעותא כלל ל"ח לקנוניא ולפענ"ד יש ראיה גדולה לזה מסוגיא דפ"ק דמציעא גבי מצא שט"ח אם יש בו אחריות נכסים לא יחזיר ואם אין בו אחריות נכסים יחזיר ופריך הש"ס במאי עסקינן אילימא כשחייב מודה כי יש בהן אחריות נכסים אמאי לא יחזיר הא מודה ואי בשאין חייב מודה כי אין בהן אחריות נכסים אמאי יחזיר נהי דלא גבי ממשעבדי מבני חורין מגבי גבי ומשני הש"ס לעולם כשחייב מודה והכא היינו טעמא דחיישינן שמא כ' ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ומסיק התם רב אסי דבשטרי אקנייתא מחזירין ואביי משני דאף בשטרי אקנייתא אין מחזירין דחיישינן לפרעון ולקנוניא ע"ש הרי להדיא דרב אסי סבר דכשחייב מודה מחזירין בשטרי אקנייתא אע"ג דהאי שטרא לא ידעינן ממי נפל אי מן המלוה או מן הלוה וספק שקול הוא מ"מ מהימנינן ליה להלוה להחזירו להמלוה ולא אמרינן דהיכי מהימן הלוה לחוב לאחרים וגם מי עדיף מע"א דעלמא דא"נ להוציא ממון והיכי מהימנינן ליה להוציא ממון מן הלקוחות א"ו דרב אסי סבר דל"ח לקנוניא בזה ומטעמא שאכתוב בסמוך ואף אביי לא פליג עליה אלא היכא דאיכא ריעותא דנפילה דהא אף שהשטר הוא תוך זמנו דאיכא חזקה אלימתא דא"א פורע בת"ז חיישינן לפרעון בכה"ג כמבואר בס"ס מ"א אבל היכא דליכא ריעותא דנפילה י"ל דאף אביי מודה לר"א דל"ח לקנוניא כמ"ש הרא"ש ומה"ת נשויה פלוגתא רחוקה ביניהם בחנם כיון דחזינן דר"א ס"ל דכשחייב מודה ל"ח לקנוניא וטעמא דהאי מילתא נראה משום דכל היכא דאיכא שטרא מעליא אלא דחיישינן לפרעון הוי נגד הלקוחות כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם פרעתיך וחייב לשלם ואף דבכל דוכתי לא אמרינן גבי יורשים ולקוחות דהוי א"י אם פרעתיך היינו משום דלא ה"ל למידע כלל כמ"ש הבעה"ת שער ל"ח ס"ד וגם מה שהב"ד טוענים ליורשים ולקוחות הוי כטענת ברי אבל הכא כיון דפשעו הלקוחות במה שלקחו דכיון דאיכא שטרא וקלא אית ליה למילתא למה להו להכניס עצמם בתגר הלזה לקנות ממנו ולכך חייבים לשלם אבל היכא שאין הלוה מודה אינו יכול לגבות מן הלקוחות כיון דנכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה וכיון שאינו יכול לגבות מן הלוה עצמו אינו יכול לגבות מן הלקוחות ג"כ כמבואר בסי' קכ"ט ס"ח בהגה דאם אמר הלוה פרעתיך והוא מלוה ע"פ נפטר הוא והערב והוא מה"ט ע"ש וגם משם ראיה לדברינו דא"כ במלוה ע"פ והלוה מודה נמי לא יגבה מן הערב דהיכי מהימן הלוה לחוב לערב א"ו משום דהוי כמו א"י אם פרעתיך ובאמת לשיטת הש"ך צ"ל דערב בע"פ שאני משום דמסתמא נתערב על דעת כן דכשהלוה יודה שיצטרך לשלם דאל"כ לעולם לא יהיה יכול לגבות מן הערב

מחששא זו אך לפמ"ש ניחא בפשיטות וא"ש אולם מ"מ קושית הט"ז והש"ך בסימן ע"ט קושיא אלימתא היא ממ"ש הרי"ף והרמב"ם והמחבר בסי' ע"א סכ"א במלוה שהאמין ללוה שיהא נאמן לומר פרוע דאפי' אומר הלוה לא פרעתי אין המלוה טורף בשטר זה מן הלקוחות משום דחיישינן לקנוניא וגם הרא"ש הביא דברים אלו בפ' הכותב הרי להדיא דאף בשטר היכא דאיכא חששא דפרעון חיישינן לקנוניא וא"כ דברי הרא"ש סתרי אהדדי ואולי דהרא"ש עדיפא מיניה השיג שם על הרי"ף דאף מיורשים גבי בשטר הלזה כמ"ש הט"ו בסי' ע"א סכ"ב וכ"ש דגבי מלקוחות ועוד י"ל כמ"ש הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ"ח דכיון דנתן נאמנות ללוה איתרע ליה והוי כנפל לכך חיישינן טפי לקנוניא ע"ש אך כ"ז לפי שיטת הרא"ש והטור בסי' ס"ה ס"ג אך לדיעה הראשונה שם שהיא שיטת הרשב"א מוכח דס"ל דאף היכא דלא איתרע בנפילה חיישינן לקנוניא כשחב לאחרי' דהא בשטר המופקד לא אתייליד ריעותא ואפ"ה ס"ל דחיישינן לקנוניא כמ"ש שם ודלא כהכנה"ג שם ע"ש והיינו כשיטת הש"ך והט"ו כאן:

ז שמא כבר פרעו. הרב רמ"א כתב כן ליישב לשיטת הפוס' דס"ל דעל פס"ד נאמן לומר פרעתי הא דאיתא בש"ס דאם אמר כתבו לי הודאתו אין כותבין לו אף שנאמן לומר פרעתי היינו משום דחיישינן שמא פרע כבר ומחזי כשיקרא וגם דהוי זילותא דב"ד לכתוב דבר שאין בו צורך כמ"ש הסמ"ע והש"ך ולפענ"ד יש לתרץ ע"פ מה דאמרינן במס' ב"ב דף קל"ח ע"ב שכ"מ שאמר מנה יש לי אצל פ' העדים כותבין אע"פ שאין מכירין דברי ר"מ וחכמים אומרים אין כותבין אא"כ מכירין משום דחיישינן לב"ד טועין שיסברו כיון שכתבו העדים השטר צוואה מסתמא חקרו שהוא חייב לו ומסיק הלכתא דכותבין משום דל"ח לב"ד טועין ופריך מ"ש מדרבא דאמר רבא אין חולצין אא"כ מכירין ואין ממאנין אא"כ מכירין מ"ט לאו משום דחיישינן לב"ד טועין והיינו שיטעו ב"ד השני שמסתמא החליצה כדין היתה והכירו אותם ולכך אין חולצין אא"כ מכירין ומשני בי דינא בתר בי דינא לא דייקי ויטעו ב"ד שני שמסתמא ב"ד ראשון הכירו אותם יפה ב"ד בתר עדים דייקי ולא יטעו ב"ד לומר שלא כתבו העדי' אא"כ הכירו כן פירשו הרשב"ם והתוס' שם ע"ש וא"כ ה"נ י"ל דלכך אין הב"ד כותבים פס"ד אח"כ משום דחיישינן שמא כבר פרעו וכשיתנו הב"ד פס"ד לתובע שהנתבע חייב לו חיישינן לב"ד אחר טועין שיסברו כיון שהב"ד כתבו פס"ד מסתמא ידעו שעדיין לא פרע הנתבע ויוחזק הנתבע כפרן ויחייבו אותו לשלם בחנם לכך אין הב"ד רשאין לכתוב אא"כ יודעין שעדיין לא פרע כן נ"ל נכון ודוק:

ח בד"א בשטר שיש בו קנין וכו'. זו היא שיטת הרי"ף והרמב"ם אבל שיטת התוס' והרא"ש והטור דקי"ל כאביי דס"ל עבחז"ל להמלוה משעת החתימה אף שהשטר בא לידו אח"כ אך מ"מ בעינן עכ"פ שהשטר בא לידו לבסוף אבל כשלא בא לידו לבסוף לא קנה ופסק הטור דכל זה דוקא בשטר הלואה או מכר שהוא דבר שבא לזכות ע"י השטר אז בעינן מטא לידיה לבסוף אבל כשזוכה ע"י השטר דבר שהוא תחת ידו כבר כגון שטר מחילה ושובר על מה שחייב לו זכה למפרע משעת חתימה אפי' אם לא יגיע השטר לידו מעולם ודברים אלו המה מדברי הרא"ש בסוגי' דמצא שובר שפירש כן לדברי הרי"ף וכ"כ הטור ברמזים שם ע"ש והרב הש"ך הקשה דהא בש"ס דף י"ג פריך לאביי דס"ל עבחז"ל אלא הא דתנן מצא גיטי נשים ושחרורי עבדים דייתיקי מתנה ושוברים ה"ז לא יחזיר שמא כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנן וכי נמלך עליהם מאי הוי והא אמרת עבחז"ל ומשני ה"מ היכא דקא מטי לידיה אבל היכא דלא מטי לידיה לא אמרינן עבחז"ל ולדברי הרא"ש והטור קשה דהא קתני נמי שוברים ואכתי לא מיתרצא קושיי' בשוברין וכבר קדמו הדרישה בקושיא זו והוסיף להקשות אף משחרורי עבדי' שהוא ג"כ דבר שהוא תח"י דהא העבד הוא מוחזק בעצמו ובחדושי פ"י להטור בסי' זה והתומי' בסי' ס"ה האריכו לתרץ קושיו' אלו והשיגו על הש"ך דאף בשובר מ"מ בעינן שהלוה מודה בדוקא אלא דבהלוא' ומתנה בעינן דוקא דמטא שטרא לידיה לבסוף דא"י לטרוף ממשעבדי אלא בשטר דוקא וכן במתנה עיקר הקנין הוא השטר אבל במחילה דא"צ שטר דהא מחילה א"צ קנין מהני ההודאה לבסוף אף בע"פ אבל באין חייב מודה לא מהני כלל דומיא דסימפון היוצא מתח"י המלוה וע"ש שהאריכו בזה וכעין זה תי' הדריש' ובתשו' שער אפרים סי' נ"ד וע"ש ולפענ"ד אין דבריהם נכונים כלל בדברי הרא"ש שכתב שהרי"ף הוכיח כן משום דלא שייך כאן גבי שובר מטא לידיה לבסוף כיון שכבר מכרה כתובתה לאחרים ע"ש ולפי דבריהם קשה ממ"נ דנהי נמי דבשובר לא בעינן מטא לידיה הא אכתי בעינן הודאת המלוה בשובר או מחילתו שהוא מוחל במה שמצוה להחזיר השובר ליד הלוה עכשיו ומה מהני כיון שכבר מכרה הכתובה או השטר לאחרים היכי מהני הודאתו לחוב לאחרים וגם מחילתו לא מהני לפי תי' דאביי דליתא לדשמואל ואי דס"ל דכיון דעבחז"ל נקנה השובר למפרע אלא דהוי כאלו התנה ע"מ שימחול לאחר זמן או שיודה אח"כ ומשום הכי מהני אף לאחר שמכר השטר כיון דאינו אלא תנאי בעלמא כמו המקדש את האשה ע"מ שאתן לך ר' זוז דקי"ל בקדושין דף ס' ובאה"ע סי' ל"ח ס"ו דמקודשת והוא יתן ואף אם נתקדשה לאחר קודם הנתינה אינה מקודשת להשני כיון שקיים התנאי לבסוף דא"כ היכי הוכיח הרי"ף דבשובר לא

בעינן מטא לידיה דילמא אף בשובר בעינן מטא לידיה לבסוף משום דהוי כאלו התנו ע"מ שהשובר ימטי לידיה ולכך מהני כי מטא לידיה לבסוף אף שכבר מכרה הכתובה לאחרים כיון שנתקיים התנאי לבסוף א"ו דכוונת הרא"ש בדברי הרי"ף דס"ל דבשובר קנה הלוה החוב משעת חתימת השובר בלי שום תנאי כלל וא"כ הדרא קושית הש"ך לדוכתה משוברין וכן קשה מהברייתא גופה אמאי כשאין האשה מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה כמו שהקשה הרמב"ן במלחמות בשלמא הא דקי"ל סמפון היוצא מתח"י המלו' פסול לא קשיא די"ל כיון דיוצא מתח"י המלוה חיישינן דילמא התנה עם העדי' שיתנו לידו דוקא ולא ליד הלוה דבכה"ג לא אמרי' עבחז"ל לכ"ע עד דמטא שטרא ליד הזוכה דוקא מידי דהוי אשטר הקנאה דבכה"ג בעינן דמטא השטר ליד המלוה דוקא כמ"ש הרב בהגה כאן והש"ך בסי' נ"ו ס"ק כ"ז באריכות דהיכא דבא ליד השליש מיד הנותן חיישינן לחששא זו ע"ש אבל במצא שובר קשה דהא בסתמא ל"ח וזה כמ"ש הש"ך שם ומה שנ"ל לתרץ קושית הש"ך בזה הוא ע"פ מה דפרכינן בש"ס גבי מצא שובר כתובתה בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ואמאי ניחוש שמא כתבה השובר ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזל' וזבנתה לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי ומפיק ליה לשובר דכתיב בניסן ואתא למיטרף לקוחות שלא כדין ואמר רבא ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול וא"כ לא שייך קנוניא דהא בידה למחול לו עכשיו והנה הא דאמרינן לאביי עבחז"ל היינו דוקא בדבר שהוא זכות אבל בדבר שהוא חובה לא אמרינן כן כדאמרינן בדף י"ט דלמ"ד חוב הוא לעבד שיוצא מתח"י רבו לחירות לא אמרינן גבי שיחרור עבחז"ל אף לאביי והנה קי"ל דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה ואפי' עשאו שליח דאין אדם יכול לזכות בשביל חבירו דבר שהוא חוב לאחרינא וכמבואר בר"ס ק"ה ולפ"ז ניחא דלכך מצא שוברין לא יחזיר משום שמא כתוב היה ונמלך עליהן שלא ליתנם ועדיין לא בא ליד הלוה כלל ואי משום דעבחז"ל כיון שאין המלוה לפנינו להודות שהשובר אמת חיישינן שמא מכר השטר לאחרי' והשובר כתב המלוה אחר מכירת השטר דהא המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וא"כ לכך אין מחזירין אותו להלוה דחיישינן דלמא המלוה כתבו ליתן ולא נתנו עדיין ואתי למיטרף מן הלוקח השטר שלא כדין וכאן לא שייך עבחז"ל דהכא אין העדים יכולין לזכות השובר להלוה דהא הוי חוב לאחרינא דהיינו ללוקח השטר וא"י לזכות הלוה לחוב ללוקח ולכך לא יחזיר דאתי הלוה למיטרף מן הלוקח השטר חוב שלא כדין וכן בשחרורי עבדים יש לחוש כן דהא קי"ל בפ' השולח דחמץ והקדש ושיחרור מפקיעין מידי שיעבוד וא"כ יש לחוש דילמא לוה הרב מאחר ועשה העבד אפותיקי ושחרריה ובכהאי גוונא כשלא בא

השחרור ליד העבד ל"א עבחז"ל כיון שהוא חב לאחרים בזכייתו ולכך לא יחזיר ואתי שפיר אך לכאורה עדיין קשה דהא בסוגיא דמצא שובר דהוכיח רבא מינה דהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול מדחי אביי אפילו תימא ליתא לדשמואל ושובר בזמנו טורף ואביי לטעמיה דס"ל עבחז"ל וא"כ אכתי תקשה דאי ליתא לדשמואל א"כ קשה משוברין אמאי לא יחזיר כקושית הש"ך דליכא למימר דהשובר נכתב אחר המכירה והוי חב לאחרינא דהא אין מועיל כלל השובר אחר המכירה ולא אתי לידי פסידא כלל אך זה ליתא די"ל אביי לטעמי' אזיל דס"ל בפסחים פ' כל שעה דבע"ח למפרע הוא גובה ואי אקדיש מלוה או זבין מלוה קרקע המשועבדת לו מכירתו מכירה והנה התוס' בפ' המניח דף ל"ג ד"ה איכא בינייהו כתבו דאף למ"ד למפרע הוא גובה היינו דוקא היכא דגבאו לבסוף אבל אם נתרצה לבסוף לקבל המעות ולא גבאו אין מכירתו מכירה ולא הקדשו הקדש ע"ש וא"כ לאביי ניחא אף אי ליתא לדשמואל דלכך לא יחזיר בשובר דחיישינן דילמא המלוה מכר הקרקע המשועבדת לו לאחר ומכירתו קיים ואח"כ כתב השובר ועדיין לא נתנו ליד הלוה וא"כ בכה"ג ל"א עבחז"ל דהא מפסיד להלוקח את הקרקע ע"פ שוברו דנמצא שלא בא לידי גובייניא ונמצא שיטרוף בשוברו מלקוחות שלא כדין ובאמת בזה יש מקום לדחות הוכחת הרי"ף שהקשה לשיטת הסוברים כאביי דס"ל עבחז"ל דהא מרבא דדייק בסוגי' דמצא שובר דאיתא לדשמואל דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול מוכח דלא ס"ל עבחז"ל דאל"כ לא דייק מידי דאיכא למימר כדשני אביי שובר בזמנו טורף ולפמ"ש א"ש דרבא לטעמיה אזיל דס"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואי זבין מלוה מכירתו בטילה וא"כ ממ"נ מוכח דאיתא לדשמואל דאי לא ס"ל עבחז"ל מוכח כפשוטו כדדייק רבא ואי דס"ל עבחז"ל א"כ מוכח ממתניתין דמצא שוברין לא יחזיר וכן מהברייתא גופא דכשאין האשה מודה לא יחזיר ואמאי הא בשוברין לא בעינן מטא לידיה וע"כ צ"ל דחיישינן דהשובר נכתב אחר מכירת השטר דבכה"ג לא אמרינן עבחז"ל וטריף שלא כדין אלמא מוכח דמהני שובר אחר מכירת השטר ואיתא לדשמואל וא"ש. אולם להרי"ף לא ניחא ליה בפי' זה דפשטא דלישנא דרב לא משמע כן אך מכל מקום הדברים נכונים ליישב שיטת הפוסקים כאביי ואין להקשות לפ"ז הא דפריך הש"ס בדף י"ג לאביי ממתניתין דמצא גיטי נשים וכו' והוצרך לחלק בין מטא לידה או לא ומאי קושיא הא משוברין וגיטי נשים וש"ע לא קשיא כיון דהם חוב ל"א עבחז"ל וגם מדייתיקי ומתנו' ל"ק לפמ"ש התוס' והרא"ש דמתנות מיירי באומר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה וע"ש וא"כ כיון דיכול לחזור בו אף לאחר גמר המתנה חיישינן דלמא נמלך עליהן וכן קשה דניחוש דילמא הנותן חייב לאחר מלוה ע"פ וא"כ

הוי חב לאחרים בזכייתו אך זה לק"מ דודאי במתנת שכ"מ וכן בבריא בתנאי אם לא יחזור בו ל"ח לחזרה דאל"כ בכל מתנות שכ"מ דיכול לחזור בו עד יום מותו ניחוש דלמא חזר בו א"ו דל"ח לזה כמ"ש התוס' בב"ב דף קי"ד ד"ה ניחוש וע"ש אלא הא דחיישינן הכא בדייתיקי ומתנות לנמלך דכיון שנתן לו בשטר לא נגמר המתנה עד שיגיע השטר לידו דוקא כמ"ש הט"ו בסי' ר"נ סי"ט דאף אם כתב בלשון צואה בעינן דוקא שיגיע השטר ליד המקבל מחיים דלא גמר להקנות עד שיגיע ליד המקבל מחיים ע"ש ולכך חיישינן לנמלך ועדיין לא נגמר נתינת המתנה כלל ולכך פריך שפיר לאביי דס"ל עבחז"ל דמשעת כתיבת השטר גמר להקנותו והוי כבא לידו א"כ אמאי ניחוש לחזרה מידי דהוי אשאר מתנות שכ"מ דל"ח לחזרה ואי משום דנפל ואיתרע לא שייך לגבי הנותן דלמה לו לשמור חובתו ולכך הוצרך הש"ס לשנויי דאינו מזכה לו את השטר אלא בתנאי שיגיע לידו דוקא אז יהיה זוכה למפרע והא דלא משני דחיישינן דלמא חייב הנותן מלוה ע"פ לאחרים והוי חב לאחרים משום דאכתי תקשה מדייתיקי דמלוה ע"פ גובה ממתנות שכ"מ כמ"ש הב"י בר"ס ס"ט בשם הריטב"א והביאו הש"ך בסי' רנ"ג ס"ק ט"ו וכ"כ הרא"ש פי"נ סי' ל"ה ע"ש וא"ש אך באמת יש להקשות על עיקר הסברא שכתבתי דהיכא שחב לאחרים לא אמרינן עבחז"ל הא הרמב"ם בפ"ב מה"מ והט"ו בסי' ק"ה ס"ג כתבו דאם הלוה אמר לאדם אחד זכה בחפץ זה לפ' או תן מנה זה לפ' זכה לו אף היכא שהוא חייב לאחרים וא"כ הכא לאביי דס"ל עבחז"ל ע"כ צ"ל דהוי כאילו הלוה אמר לעדים שיזכו השטר להמלוה וא"כ אף במקום שחב לאחרים נמי יכולין לזכות בשלמא על הרי"ף והרא"ש לק"מ די"ל דלא ס"ל האי דינא דהא הה"מ כתב שם דהרמב"ם יליף לה מפ"ק דגיטין דאמר התם כל היכא דהלוה אומר תנו נותנין ובאמת ראייתו אינו מובן כלל דהתם אינו חייב לאחרים כלל כיון דרבו ניחא ליה בזה ע"ש משא"כ היכא שהוא חב לאחרים י"ל דלא מהני אף שהוא ברצון הלוה אבל על הטור דפסק להאי דינא בסי' נ"ה קשה ואולי יש לחלק דשאני התם שהלוה בעצמו אמר זכה בחפץ זה לפ' והלוה בעצמו יכול ליתן מטלטלים שלו למי שירצה א"כ הזוכה הוי כשליח הלוה ובמקומו הוא דשלוחו כמותו ויכול לזכות להמלוה אף שהוא חב לאחרים משא"כ הכא גבי שטר נהי דקי"ל עבחז"ל מ"מ הרי הלוה לא אמר בפירוש שהעדים יזכו להמלוה מיד ולא עשאן שלוחין לכך אלא דאנן אמדינן לדעתי' דמסתמא אינו מקפיד הלוה ע"ז ולכך העדים הם זוכים להמלוה מיד דזכין לאדם שלא בפניו וא"כ במקום שהדבר הוא חוב לאחרים א"י לזכות להמלוה מיד כנ"ל ודוק היטב בכ"ז והנה לפ"ז יצא לנו מזה דבמצא שובר ואין המלוה מודה אף דקי"ל דלא יחזיר לא לזה ולא לזה מ"מ אין המלוה גובה את חובו אלא

דלא יחזיר השובר להלוה משום חשש מכירה ומדברי הט"ו בסי' ס"ה סי"ח לא משמע כן ועמ"ש שם אך לפי מה שאכתוב בסמוך י"ל דגובה אף גוף החוב אך כ"ז לשיטת הרא"ש והטור אך הדרך היותר מחוור דאף בשובר בעינן מטי לידיה כמ"ש הרמב"ן במלחמות והכרעת הש"ך וכן עיקר. ודע דהב"ח בסי' זה ובסי' מ"ג כתב דאף לאביי דס"ל עבחז"ל היינו דווקא במצוה לעדים לכתוב שטר סתם אבל אם אמר לעדי' חתמוהו ותנו לידי אם לא בא ליד המלוה בזמן הכתוב בו ה"ל מוקדם ולכך כתב הטור בסי' מ"ג דהיכא דאיכא ריעותא דנפילה א"י לגבות בו עד שיביא ראיה שבא לידו מזמן הכתוב בו אף דס"ל להטור עבחז"ל משום דחיישינן דילמא אמר לעדים תנו לידי כיון דאיתרע בנפילה והש"ך בסי' מ"ג ס"ק ל"ג השיג עליו דא"כ מאי פריך הש"ס בדף י"ג לאביי ממתניתין דמצא שט"ח אמאי אין מחזירין דילמא משום דאיתרע בנפילה חיישינן דאמר לעדים תנו לידי דוקא ולא אמרינן עבחז"ל וכן מאי משני בשובר שובר בזמנו טורף והא איתרע בנפילה ורבי' דחו דברי הש"ך דלכך ל"ח שאמר לעדי' תנו לידי דוקא דא"כ לא היו העדים רשאים לכתוב השטר כיון דבכה"ג לא אמרי' עבחז"ל חיישינן שימסרנו בידו לאחר זמן ואביי ס"ל דלאקרי וכתב ל"ח כדאמרינן בש"ס להדיא לאביי אבל הטור סובר כסברת רב אסי דחיישינן לאקרי וכתב כיון דאיתרע בנפילה לכך חיישינן שפיר שאמר לעדים תנו לידי ובכה"ג לא אמרי' עבחז"ל והדברים נכוני' לכאורה ובזה יש לתרץ הא דמשני אביי גבי מצא שטר כתובה דמירי בששטר כתובה יוצא מתח"י וקאמר הש"ס עלה דאביי חדא ועוד קאמר חדא דלשתי כתובות לא חיישי' ועוד דשובר בזמנו טורף דעבחז"ל ולכאורה תמוה מאוד כיון דס"ל לאביי באמת דעבחז"ל למה ליה לצייר בששטר כתובה יוצא מתח"י בפשיטות ה"ל לתרץ דעבחז"ל ולמה העלים עיקר הדין ולפמ"ש ניחא דהתוס' הקשו דאמאי לא פריך הש"ס אמתניתין דכותבין שובר לאשה אע"פ שאין בעלה עמה דניחוש דילמא תמכור הכתובה בטובת הנאה קודם הנתינה וטריף הבעל שלא כדין ותירצו דמתני' איכא לאוקמא בשטרי הקנאה אבל הברייתא ליכא לאוקמא בהכי דא"כ אף כשאין האשה מודה נמי ולפ"ז לשנויא דאביי דהברייתא מירי בשטר כתובה יוצא מתח"י קשה קושית התוס' דאמאי כותבין שובר לאשה בלא בעלה ניחוש דלמא תמכור הכתובה קודם הנתינה ותוציא הכתובה מתח"י וטריף הבעל שלא כדין וצ"ל בתירוצם דמיירי בשטרי הקנאה אך אכתי קשה דאמאי כשאין האשה מודה לא יחזיר הא בלא הקנאה אין העדים רשאים לכתוב בלא בעלה ובודאי מידו נפל וע"כ צ"ל דחיישינן לאקרי וכתב ולפ"ז תירץ אביי בממ"נ דאי חיישינן לאקרי וכתב וא"כ לא:

מצינן לתרוצי שובר בזמנו טורף דחיישינן שאמרה לעדים תנו לידי איכא לתרוצי בששטר כתובה יוצא מתח"י ואי דל"ח לאקרי וכתב וא"כ לא מצינן לתרוצי בששטר כתובה יוצא מתח"י דא"כ אף כשאין האשה מודה נמי יחזיר לבעל דהא אין העדים יכולים לכתוב ולאקרי וכתב ל"ח מצינן לתרוצי שובר בזמנו טורף וא"ש אמנם לאחר העיון דברי הש"ך נכוני' כיון דחזינן לאביי דס"ל דלא חיישינן לאקרי וכתב ומ"מ ס"ל במצא שט"ח דייתיקי וכו' לא יחזיר משום שמא כתובים היו ונמלך עליהן שלא ליתנן משום דבעינן מטא לידיה דוקא וחיישינן דילמא אמר לעדים כתבו סתם דבכה"ג רשאים לכתוב ואח"כ נוטלם הלוה ומידו נפל או מיד העדים נפל א"כ עדיין קשה נהי דס"ל להטור דחיישינן לאקרי וכתב כיון דס"ל דעבחז"ל א"כ מה"ת ניחוש דילמא אמר לעדים תנו לידי בשעת הכתיבה כיון דבכה"ג אין העדים רשאים לכתוב ואף דר"א ס"ל דחיישינן לאקרי וכתב היינו משום כיון דאיתרע בנפילה שלא נזהרו לשמרו בעל כרחך מן הלוה נפל והעדים כתבו שלא כדין אבל אי אמרינן עבחז"ל אם כן העדים רשאים לכתוב ללוה בלא מלוה כשאמר כתבו סתם אלא דכשהלוה אומר תנו לידי אסור להם לכתוב אם כן מה"ת נאמר שהעדים עשו שלא כדין דלמא אמר לעדים כתבו סתם דמותר להם לכתוב ומפני שעדיין לא לוה נטל מהם השטר ולא נזהר בשמירתו ומידו נפל ועכשיו כיון שאמר תנו נותנין כיון דמטא לידיה לבסוף וז"ב אך מ"מ סברת הב"ח יכולה להיות אמת דבאומר כתבו ותנו לידי ל"א עבחז"ל וכ"ש לשיטת הרא"ש והטור דבשובר לא בעינן מטא לידיה כלל דמסתבר דהיכא דאומר לעדים תנו לידי בעינן מטא לידיה בדוקא והא דל"ח לזה לאביי משום דא"כ אין העדים רשאים לכתוב את השובר כמ"ש התוס' ולפ"ז יש לתרץ קושית הש"ך על הטור דס"ל דבשוברין לא בעינן מטא לידיה ממתניתין דמצא שוברין לא יחזיר די"ל דבשלמא לאביי דליתא לדשמואל א"כ אין העדים רשאים לכתוב באומר תנו לידי דל"ש עבחז"ל לכך לא חיישינן לזה דלאקרי וכתב ל"ח אבל לדידן דקי"ל כשמואל דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול א"כ כותבין שובר למלוה אף באומר תנו לידי דהא ליכא חשש קנוניא כדמשני הש"ס א"כ חיישינן דאמר המלוה תנו לידי דבכה"ג ודאי בעינן מטא לידיה ולכך כשאין המלוה מודה לא יחזיר אך מ"מ עדיין קושית הש"ך במקומה עומדת בש"ס לאביי דמשני דליתא לדשמואל ושובר בזמנו טורף וצ"ל כמו שתירצתי למעלה ודוק:

ט אם כותבים העדים ונותנים מה שראו. עיין מ"ש בס"ס ל' בזה ע"ש:

מ

א המחייב עצמו בממון לאחר וכו'. נ"ל דבכה"ג שחייב א"ע בדבר שלא היה חייב והוא חייב עוד לאחרים מה שלוה מהן ממון ואין בידו לשלם לכולם נותנין מה שנמצא בידו למי שלוה ממנו וזה שלא לוה ממנו וחייב א"ע לו הפסיד כדאמרינן בפ' הכותב במי שיש עליו כתובת אשה ובע"ח ואין לו אלא קרקע אחת דלא חזיא אלא לחד לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן משום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא וכ"פ הרמב"ם בפ' י"ז מה"א ד"ד וביאר הטעם שהבע"ח הוציא מעותיו והאשה לא הפסידה כלום דיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא וכן פסק המחבר באה"ע סי' ק"ב ס"ב דנותנין לבע"ח ואשה הפסידה עיקר ותוס' וא"כ ה"ה הכא כיון שלא לוה ממנו כלום אלא שחייב א"ע במה שאינו חייב ראוי ליתן לבע"ח שהוציא מעותיו ובזה נתיישבו דברי הש"ך בסי' צ"ט ס"ג דס"ל דאם חייב לאחד בשטר א"נ לומר שחייב עוד לאחרים אף במטלטלים שאין בהם דין קדימה כלל והשיג עליו התומים שם דאמאי א"נ כיון דלהרמב"ם יכול אדם לחייב א"ע בדבר שאינו חייב כשאומר הוו עלי עדים וכ"ש כשהודה בב"ד וא"כ נהי דמשקר שהאמת שאינו חייב מ"מ הא יכול לחייב א"ע בכה"ג ואין קדימה במטלטלין ולפמ"ש ניחא דאם האמת הוא שאינו חייב להאחר כלל אלא שמחייב א"ע עכשיו א"כ ממילא שנותנין לבעהש"ט לבד שהוציא מעותיו ויהיה לו פסידא וזה לא הוציא מעות ואין לו פסידא כלל ואף שהלוה אומר שגם מזה לוה לא מהימנינן ליה דחיישינן לקנוניא וזה נכון

ב הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה. דעת הסמ"ע בסי' פ"א ס"ק מ"ו דלהרמב"ם מהני כשהודה דרך הודאה גמורה אף שלא אמר הוו עלי עדים והש"ך שם בסק"נ חולק עליו דלא אמרינן הכי אלא לענין הודאת הלואה אבל לענין להתחייב א"ע לא מהני אלא באומר הוו עלי עדים דוקא ודעת הש"ך עיקר כמ"ש שם וע"ש:

ג והוא שיהיה כתב ידו שא"י להזדייף. ברמב"ם וטור ליתא תיבת ידו וכתב הסמ"ע דהמחבר ה"ק והוא שיהיה אותו שטר כתוב בכ"י הלוה עצמו דאז א"י לזייף וכתב הרמב"ם בשטר כזה שאין בו עדים אלא שנמסר בעדים שיהיה כתב שא"י להזדייף דאלו בשטר שיש בו עדים מירתת טפי לזייף והש"ך כתב דהמחבר בא לפרש דברי הרמב"ם דבעינן כתב ידו או כתב ידוע שא"י להזדייף ועיקר טעמא הוא כיון שאין עדים חתומים בו איכא למיחש שיזייף ויכתוב עוד אבל אם עדים חתומים בו ליכא למיחש דתו לא מצי למיכתב מידי בתר חתימות העדים ולפענ"ד אין דברי הש"ך ברורים דהא מבואר בר"ן בפ"ב דגיטין בסוגיא דחכמים מכשירין גט על דבר שיכול להזדייף אע"פ שאין בו

ע"ח זוכרין צורתו של שטר ואלו נזדייף בו כלום הוי זיופו ניכר אלמא משמע להדיא דאין חוששין שמא הוסיף בו כלום משום דזוכרין צורתו של שטר וכן משמע בתוס' שם וכן מוכח בהרא"ש בפ"ק דגיטין גבי שטרא פרסאה דמסריה ניהליה באפי סהדי ישראל מגבינן ביה מבני חורין ופירש הרא"ש שם דמיירי שאין בו ע"ח כלל ע"ש ואפ"ה פרכינן עלה התם והא בעינן כתב שא"י לזייף ומשני בדאפיצן והא בעינן שיחזיר מעניינו של שטר בש"א ומוקי בדמיהדר ומאי מהני הא דאפיצן אכתי ניחוש שיוסיף לכתוב עוד ואי דמיירי התם שהוא כת"י הלוה עצמו דא"א להוסיף א"כ א"צ דאפיצן כלל דהא א"א לזייף שיוכר שאינו כת"י הלוה וגם בכה"ג א"צ שיחזיר מענינו של שטר בש"א כמבואר סי' מ"ד ס"ב א"ו דל"ח כלל שיוסיף בשטר שהעדים זוכרין צורתו של שטר כמ"ש הר"ן ואולי דכוונת הש"ך הוא דבשלמא התם כיון דמוקי בדמיהדר מענינו של שטר בש"א ולכך ל"ח שיוסיף בשטר זה עצמו דהא יהיה ניכר זיופו ואי שיכתוב שטר אחר חדש ויוסיף בו העדים יהיו זוכרין צורתו אבל הרמב"ם שלא כתב אלא דבעינן כתב שא"י להזדייף ול"כ שיחזיר מענינו של שטר בש"א בעינן דוקא שיהא כת"י הלוה שלא יהא יכול להוסיף בו בעצמו וע' ברא"ש ר"פ ג' דסוף דבריו שם צע"ג ע"ש ודוק אך באמת נראה דבחנם נדחקו בדברי הרמב"ם דדבריו הם כפשטן דבעינן שטר שא"י לזייף דהיינו דאפיצן וכמבואר בר"ס מ"ב והא דכתב כאן הוא לרבותא דלא מבעי בשטר שיש בו ע"ח ודאי בעינן שטר שא"י להזדייף דחיישינן שמא יזייף בו דבר ויסמכו על השטר לבד כיון שיש בו ע"ח משא"כ בשטר שאין בו עדים כלל אלא ע"מ ה"א דכשר אף בדבר שיכול להזדייף שהע"א יזכרו הדבר קמ"ל דאף בכה"ג צריך כתב שא"י להזדייף וכמ"ש בר"ס מ"ב ע"ש והא דכתב המחבר כ"י הוא דרך עצה טובה דבזה יצאנו מידי כל החששו' אבל באמת היכא דהשטר הוא אפיץ והוא אינו כת"י ג"כ כשר אף בלא ע"ח ועיין בתו' ב"ב דף נ"א ע"א ד"ה כתב לו ע"ש:

מא

א וכותבין השטר מזמן הראשון ולא מזמן שכותבין לו ב"ד. כ"כ התוס' בפ' ג"פ דמזמן השני פסול דדילמא חזר הלוקח ומכרה להמוכר ויאמר שהמוכר חזר ומכרה לו פעם שנית וכתב הרב בעל ת"ח דאם לא כתב שום זמן בשטר הקיום הוא כשר ע"ש טעמו ועיין מ"ש בסי' מ"ג סי"ג באריכות מדין זה ע"ש:

ב מי שהיה לו שטר ואבד וכו' אין כותבין לו אפי' וכו'. מדברי הריב"ש בסי' תי"ג שהביא הב"י מוכח להדיא דהיכא שנכתב שטר מתחילה ע"ד להתפיסו כותבין אף באחריות וכן

הביא בשמו הרב בעל מ"ל בפ' כ"ה מה' מלוה ולוה וכתב דלדבריו הא דאמרינן דבמכר אין כותבין וחוזרין וכותבין הוא שלא מדעת המתחייב אבל מדעתו כותבין אף דאיכא למיחש לפסידא דלקוחות דטריף והדר וטריף והמ"ל תמה שם על דבריו שיהיה בידו להזיק ללקוחות שלא כדין וכן תמה בפ' י"ח מה"מ בזה והוא תימה באמת ומצאתי ראיה מפורשת לדבריו בדברי הגמי"י בפ"ט מה' אישות דין ט' שכתב שם בשם הסמ"ג דהיכא דאירכסא כתובתה ואיכא עידי קנין דמותרת בלא כתובה ולא מצי למימר פרעתיה כל זמן שיושבת תחתיו דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים וחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו וכ"ש אם יש עדים שנשרפה כתובתה וכו' ואם יכתבו עדים בפנינו נשרפה כתובתה תו לא צריך מידי וכשקיימו חתימתן תגבה כתובתה בתנאי ב"ד והיכא דליכא עדים מה נעשה מכתובתה לא יכתבו אחרת בלא רשות הבעל דשמא הראשונה עודה קיימת בידה ותגבה בה בההיא בי דינא ובההיא דאיכתבא לה השתא בב"ד אחריתי כדתניא בפ' ג"פ גבי מי שבא ואמר אבד שטר חובי ואפי' ברשות הבעל לא יכתבו אלא בלא אחריות דלאו כל כמיניה דב"ח למיטרף ללקוחות עכ"ל הרי להדיא כדברי המ"ל וכן מוכח בש"ס דפ' ג"פ דפריך אמאי שטרי מקח אין כותבין אלא בלא אחריות דליכתוב להאי שטרא מעליא וליכתוב תברא למוכר כל שטרא דיפקון על ארעא דא פסולין לבר מה דיפוק בזימנא דא ומשני דדילמא אזיל וטריף מיניה דלוקח ושובר גבי לקוחות ליכא ופריך סוף סוף לקוחות לאו לגבי מוכר הדרי ומשני בשנויא בתרא דנ"מ ללוקח שלא באחריות דלא אזיל לגבי מוכר הרי להדיא אף דבשטר החדש ליכא גריעותא להמוכר כלל דהא אית ליה תברא מ"מ אין כותבין משום פסידא דלוקח שלא באחריות וגם אף לשנויא קמא דמשני אדהכי והכי שמיט ואכיל פירי מ"מ נראה דלית ליה למוכר פסידא כלל דא"צ לשלם אף ללוקח באחריות כיון דאית ליה שובר והבע"ח טרף שלא כדין א"כ אנוס הוא ודמי למוכר באחריות והלוקח מכיר שהיא בת חמורו דא"צ המוכר לשלם אף שטרפוה ממנו כמבואר בסימן ל"ז בטור ובש"ך ע"ש וא"כ כיון דלאו משום פסידא דמוכר אין כותבין רק משום פסידא דלוקח מה תליא ברצון המוכר לכתוב או לא כיון דלאו משום פסידא דידיה אין כותבין אך דברי הגמי"י צריכין ביאור במה שפסק דברצון הבעל כותבין בלא אחריות הלא בפ' ג"פ מוכח להיפך דהא קתני הרי שבא ואמר אבד שט"ח אע"פ שאמרו עדים וכו' אין כותבין לו את השטר בד"א בשטרי הלואה אבל שטרי מקו"מ כותבין חוץ מאחריות שבו אלמא דבשטרי הלואה אף בלא אחריות אין כותבין. אך באמת לק"מ דהא לכאורה לדידן דכותבין שובר יש לכתוב שטר קיום דליכא למיחש דטריף והדר טריף דהא כי יוציא שטר הקיום יכתבו שובר אך זה ליתא כמ"ש הב"י דחיישינן שמא יוציא

גוף השטר מקודם ולא יכריחוהו הב"ד ויתן לו שובר כיון שמחזיר לו שטרו ואח"כ יוציא הקיום ויטרוף בו וכ"כ הגמי"י דשמא הראשונה עודה בידה ותגבה בה בהאי ב"ד ובההיא דאיכתבא לה השתא בבי דינא אחרינא וא"כ כי אין כותבין אחריות בשטר הקיום וכותבין מרצונו ליכא למיחש למידי דלפסידא דלקוחות לא שייך הכא דאם יוציא שטר הקיום בראשונה יכתוב שובר והלקוחות אזלי לגבי הבעל ולפסידא דבעל ליכא למיחש דהא מצוה לכתוב ואיהו דאפסיד אנפשיה אבל בלא צוואתו אין כותבין משום פסידא דידיה אבל באחריות אין כותבין אף כשמצוה לכתוב דאיכא פסידא דלקוחות דחיישינן שמא תוציא גוף הכתובה על הבעל ולא יכריחו אותה לכתוב שובר ובשטר כתובתה המקוימת תגבה מהלקוחות וא"כ הא דמוכח בפ' ג"פ דבשטרי הלואה אין כותבין אף שלא באחריות הוא דוקא שלא מרצונו אבל מרצונו כותבין שלא באחריות אבל באחריות אין כותבין אף מרצונו משום פסידא דלקוחות וזה נכון ומסתבר אך מ"מ תמיהני על הטור באה"ע בסי' ס"ו בנוסח שטר כתוב' דאירכסא משמע שם מדבריו דכותבין כתובה חדשה ע"פ הבעל אף באחריות וכן משמע מסתימת המחבר והאחרונים שם ולפענ"ד נראה עיקר כדברי הגמי"י בשם הסמ"ג דאף מרצון הבעל אין כותבין באחריות כדמוכח בש"ס אם לא שיש עדים שנשרפה או בעיר שכבשוה כרקום ואפשר שלרוב פשיטות הדבר סתמו דבריהם בזה:

ג ואפי' נאבד בעדים אין כותבין לו דשמא ימצאנו. מקור דין זה הוא מתשו' הרא"ש בכלל צ"ד שהשיג על דברי הרשב"ם שפירש בפ' ג"פ גבי מי שאבד שטר חובו ועדים אין לו דאי יש לו עדים שאבד היו כותבין לו ולא חיישינן שימצאנו ויגבה בו שני פעמים באלו השטרות והקשה הרא"ש מההיא דפ"ב דכתובות דף ט"ז ע"ב דאמרינן התם דאפי' אבדה בעדים לא גביא בעידי הינומא אא"כ נשרפה דחיישינן שמא תמצאנה ותגבה בה פעם שנית והש"ך בס"ק י"א השיג ע"ז דלק"מ מפ"ב דכתובות דסוגיא דהתם אזלא להדיא למ"ד אין כותבין שובר אבל לדידן דכותבין שובר דסוגיא דפ' ג"פ אזלא כוותיה ליכא למיחש למידי דהא יכתוב שובר ומ"ש הב"י דחיישינן שמא יגבה בשטר הראשון תחלה ולא יכריחוהו הב"ד לכתוב שובר ואח"כ יגבה בהקיום ליתא דא"כ תקשה הא דאמרינן בכתובות וניחוש דילמא מפקא עידי הינומא בהאי ב"ד וגביא וחזרה ומפקא לה לכתובה וגביא בה אמר ר"א זאת אומרת כותבין שובר אכתי ניחוש דילמא תוציא הכתובה תחילה א"ו דגוף הכתובה שביד הבעל יהיה ראיה שפרע לה והכי נמי גוף השטר שיהיה ביד הלוה יהיה ראיה שפרע לו וחשיב כשובר כיון שהלוה יודע שנתנו לו טופס בקיום ב"ד ובזה השוה הש"ך דעת הרא"ש וב"י לשיטת הרשב"ם דהרא"ש וב"י מיירי דאין כותבין

שלא מדעת הלוה דבכה"ג איכא למיחש שיתבענו בגוף השטר מקודם והלוה לא יזהר בו ואח"כ יוציא הטופס ורשב"ם מיירי דכשידוע בעדים כותבין בידיעת הלוה אלו הן תורף דברי הש"ך והנה מה שהקשה הש"ך מכתובות דבריו תמוהים מאוד דהא התם קושית הש"ס הוא על מתניתין דגביא בעידי הינומא היכא דליכא חשש שכבר נפרעה מכתובתה דניחוש דילמא תוציא אח"כ גוף הכתובה והדרא וגביא בה וע"ז משני הש"ס שפיר כיון דעכשיו שפורע לה הכתובה כותבין שובר תו ליכא למיחש למידי דליכא למימר דאכתי ניחוש דילמא תוציא הכתובה תחילה ואח"כ תגבה בעידי הינומא דזה ליתא דממ"נ דלמ"ד הטוען אחר מעשה, ב"ד יכול לומר פרעתי א"כ פשיטא כיון דהכתובה לא יהיה בידה יהיה נאמן לומר פרעתי ואי למ"ד דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אף שאין הכתובה בידה א"כ פשיטא כשתגבה בכתובה בראשונה כותבין שובר מחשש שמא תגבה אח"כ בלא כתובה מדין מעשה ב"ד דלא אמר כלום ולהב"י גוף השטר לא מיחשב כשובר משא"כ בשטר הלואה כשיוציא גוף השטר לא יכריחוהו הב"ד לשובר. שוב אחרי שנים רבות ראיתי שגם התומים השיג עליו בזה וזה דברים ברורים. אך אמנם אף דראית הש"ך ליתא מ"מ סברתו נכונה לכאורה דגוף השטר שביד הלוה אם יצניעו יחשב לשובר אך שיש לתמוה לפ"ז אף בליכא עדים שאבד, השטר אמר אי אין כותבין ונותנין לו אף מדעת הלוה מחשש דשמא לא אבדו או שימצאנו כמ"ש הרשב"ם הא כיון דקי"ל דכותבין שובר והיינו אף שבא ואמר אבד שטרי צריך הלוה לשלם לו והמלוה יכתוב לו שובר אלמא אף שלא ידעינן שאבדו ואם היו יודעין שהשטר בידו א"צ לשלם לו מ"מ כיון שחייב לו סומכים על דבריו ויכתוב לו שובר כמבואר בסי' נ"ד ס"ב וג' א"כ ה"נ כיון דבאמת שהוא חייב לו עכשיו אמאי אין כותבין לו שיהיה בידו לראיה שלא יהיה יכול לומר פרעתי ויטרוף בו מהלקוחות כיון שאין כאן שום חששא כיון דכותבין שובר ואמאי יגרע כח הכתיבה מכח הפרעון וכן מוכח בש"ס להדיא דפריך למ"ד כותבין שובר אהא דקתני בברייתא דבשטרי מקח כותבין חוץ מאחריות שבו דליכתוב שטרא מעליא ללוקח וליכתוב תברא למוכר כל שטרא דיפקון על ארעא דא פסולין לבר מה דיפוק בזמנא דא ש"מ אין כותבין שובר אלמא דלמ"ד כותבין שובר צריכין אנו ליתן שטר להלוקח ע"פ דבריו שאמר אבד שטרו וליתן שובר להמוכר אלא דמסיק הש"ס דבשטרי מכר אין כותבין משום דשובר אצל לקוחות ליכא משא"כ בשטרי הלואה כיון דליכא חששא כלל אמאי אין כותבין מדעת הלוה אף היכא דליכא עדים שנאבד אך יש לתרץ זה ע"פ מה שהקשה הש"ך בס"ק י"ב אמאי בעידי שריפה כותבין הא איכא למיחש שישרוף השטר בפני כמה כיתי עדים ויגבה ויחזור ויגבה ותירץ כיון דכותבין שובר ליכא למיחש

למידי ולפ"ז צריך לכתוב השטר מזמן שני דאי מזמן ראשון איכא למיחש שיעשה הלוה קנוניא עם המלוה לטרוף בכמה שט"ח ויכבוש המלוה את השובר עוד תירץ דמיירי שהעדים מעידים שלא היה בשעה שנשרף עדים אחרים כי אם הם והנה לפי תירוץ הראשון ביש עדים שנאבד תקשה להש"ך אמאי כותבין דמזמן ראשון אין לכתוב דאיכא למיחש שמא ימצאנו ויעשה קנוניא עם הלוה ויכבוש השובר אצלו ואי דיכתוב מזמן שני אכתי ניחוש שיגבה בגוף השטר מקודם ובטופס אח"כ כמ"ש הב"י דליכא למימר כמ"ש הש"ך דגוף השטר שיהיה ביד הלוה יחשב לשובר זה ליתא כיון דהתופס דהיינו קיום ב"ד יהיה נכתב מזמן שני יאמרו שהלואה אחר הוא וכמ"ש התוס' והרב בס"א בהגה דמה"ט אין לכתוב קיום שטר מכר מזמן שני ע"ש וא"כ ע"כ צ"ל דביש עדים שנאבד אין כותבין אא"כ הם מעידים שלא ראו עדים אחרים רק הם ולפ"ז ניחא דלכך בליכא עדים שנאבד אין כותבים ממ"נ דמזמן ראשון איכא למיחש לקנוניא דיכבוש את השובר ומזמן השני דילמא לא אבד ויגבה בגוף השטר קודם והכא לא שייך דליכא עדים אחרים כי אם הם דכי מהימנת ליה לומר שנאבד יראה השטר לפני כמה כיתי עדים ואח"כ יבוא לכל ב"ד וב"ד ויאמר אבד שטרי ויגבה ויחזור ויגבה כמ"ש הש"ך בנמחק וא"ש אך מ"מ תי' זה לא יתכן בדברי הרשב"ם דא"כ הא דבלא עדים אין כותבין מזמן ראשון הוא משום חשש קנוניא דטריפת לקוחות שלא כדין א"כ בלא אחריות דליכא למיחש לקנוניא כותבין ע"פ דעת הלוה והרשב"ם כתב להדיא דאף בלא אחריות אין כותבין ומשמע אף בידיעת הלוה אין כותבין דומיא דביש עדים שנאבד דכותבין דמיירי בידיעת הלוה לפי דברי הש"ך וכן בהגמי"י פ"ט מה' אישות בשם הסמ"ג שהבאתי לעיל לענין כתובה מבואר דאף בלא אחריות אין כותבין אלא מרצון הבעל משמע להדי' דבידיעתו בלא רצונו אין כותבין ובאמת לולי דבריהם היה נ"ל אע"ג דקתני בברייתא בד"א בשטרי הלוואה אבל בשטרי מקח וממכר כותבין חוץ מאחריות ומשמע דבשטרי הלואה אף שלא באחריות אין כותבין היינו דוקא שלא בידיעת הלוה אבל בידיעת הלוה כותבין אף בלא רצונו והא דפריך הש"ס גבי שטרי מו"מ וליכתוב ליה שטרא מעליא וליכתוב תברא למוכר אלמא דס"ל להש"ס דברייתא מיירי בידיעת המוכר כבר תי' התוס' דס"ל להש"ס מדקתני חוץ מאחריות שבו משמע דבאחריות ליכא שום תקנה אחרת אבל מ"מ שפיר י"ל הא דמשמע בברייתא דבשטרי הלואה אין כותבין אף שלא באחריות הוא דוקא שלא בידיעת הלוה אבל בידיעתו כותבין אבל בשטרי מו"מ כותבין חוץ מאחריות בכל גווני אף שלא בידיעת המוכר ובזה יש לתרץ דברי התוס' בשמעתין ד"ה בעלמא שהקשו למאי דמסקינן דבשטרי הלואה הולכים הלקוחות אצל המוכר משום דחיישי' דפייסיה

לבע"ח בזוזי א"כ אמאי אין כותבין שני שטרי הלואה וליכתוב שובר ללוה כדפריך גבי מו"מ וליכתוב תברא למוכר ונדחקו בזה מאוד ע"ש ויש לתמוה מאוד דהא התוס' בב"ב דף ע"ז ד"ה חוזר בשטר הביאו שם סוגיא דשמעתין דמ שבא ואמר אבד שטר חובי וכו' וכתבו שם דאין כותבין ונותנין אפי' שלא באחריות דחיישינן שמא פרע לו ורוצה לגבות שנית והיינו כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ג מה"מ והבעה"ת שער כ"ב דטעמא דברייתא דחיישינן שמא כבר פרע וא"כ קושית התוס' לק"מ דהא טעמא דהכא הוא משום שמא כבר פרע ולא מטעם דטריף והדר וטריף ודברי התוס' סתרי אהדדי ולפמ"ש י"ל דבאמת התוס' ס"ל דעיקר טעמא דברייתא דבשטרי הלואה אין כותבין הוא מטעם דטריף והדר וטריף אף בגוונא דליכא חשש פרעון כגון שהודה הלוה שלא פרע מ"מ אין כותבין דאי טעמא דברייתא משום פרעון לחודא קשה פשיטא דודאי חיישינן לפרעון ומה"ט כתב הה"מ דהוצרך הרשב"א לאוקמא הברייתא בתוך זמנו ע"ש ולהתוס' לא ניחא להו בזה לכך ס"ל דטעטא דברייתא משום דטריף והדר וטריף אלא דקשיא להו דבלא אחריות לא שייך האי חששא כמ"ש וא"כ אמאי לא קתני דבשטר הלואה כותבין חוץ מאחריות לזה הוצרכו התוס' לומר דבשטרי הלואה בלא אחריות אין כותבין גם מטעם חששא דפרעון וא"כ יצטרך בשטרי הלואה עוד גוונא לצייר היכא דליכא חששא דפרעון כותבין חוץ מאחריות לכך נקט הברייתא האי דינא דכותבין חוץ מאחריות בשטרי מו"מ דשם כותבין בכל גווני אף שלא מידיעת המוכר דהא ע"ז פליג רשב"ג כמ"ש התוס' וכעין זה בשטרי הלואה שלא מידיעת הלוה ודאי אין כותבין מחששא דפרעון כנ"ל לדחוק וליישב דברי התוס' ובאמת נראה דזה הוא ג"כ טעמא דהרמב"ם והסמ"ג והבעה"ת שכתבו הטעם משום חששא דפרעון דמשמע דהיכא שהלוה לפנינו ומודה בהלואה כותבין שלא באחריות אף בלא רצונו ולא חיישינן דטריף והדר וטריף והיינו מטעמא דכתיבנא אך די"ל דהם סברו דאף באחריות כותבין היכא דליכא חששא דפרעון וכגון שיכתבו שובר ללוה בתחלת הכתיבה כמו שהקשו התוס' וכ"כ הת"ח ודבריו נכונים אך מ"מ מדברי הרשב"ם והגה"מ פ"ט מה"א וסתימת דברי הט"ו משמע דאף בלא אחריות אין כותבין אף בידיעת הלוה שלא מרצונו ודלא כהש"ך והיינו משום דחיישינן שמא יגבה מקודם בגוף השטר וישכח לשמור השובר או דילמא ימות או ילך למד"ה וכמ"ש התומים וא"כ אף בנאבד בעדים דינא הכי דאין סברא לחלק בין נאבד בעדים או לא לענין זה כמ"ש לעיל וצ"ע לדינא:

ד אא"כ עדים מעידים שנשרף. הב"ח והש"ך כתבו הא דל"ח דישרוף השטר בפני כמה כיתי עדים ויגבה ויחזור ויגבה משום כיון דקי"ל כותבין שובר ליכא למיחש למידי

והש"ך הוסיף מדעתו דלפ"ז צריך לכתוב השטר מזמן שני דאי מזמן ראשון אכתי איכא למיחש לקנוניא שיעשה הלוה עם המלוה עצמו שיטרוף בכמה שטרי חובות ויכבוש הלוה את השובר ובחדושי פ"י על הטור כתב ותמיהני עליו פה קדוש יאמר דבר זה דא"כ תקשה בכל שטרי דעלמא דקי"ל כותבין שובר ול"ח שיכבוש הלוה השובר ויעשה קנוניא שיטרוף המלוה מהלקוחות בגוף השטר א"ו דל"ח לקנוניא אלא בנפל דאיתרע אבל בלא"ה לא וא"כ כאן דנשרף באונס ל"ח לקנוניא וכן איתא להדיא בפ' ג"פ בסוגיא דאין כותבין שני שטרות על שדה אחת דילמא טריף והדר וטריף ומקשינן וניכתוב תברא למוכר וכו' ומשני כיון דשובר לגבי לקוחות ליכא אדאזיל לגבי מארי דארעא שמיט ואכיל פירי ומקשינן א"ה בשטרי הלואה נמי ופירשב"ם והאיך כותבין שובר ומשני התם דזוזי מסיק אמרי פייסי' בע"ח בזוזי ופירשב"ם ולא יניח הלוקח לטרוף עד שידוע למוכר אם פרע לבע"ח הרי משמע להדיא דל"ח שהמוכר גופיה יעשה קנוניא ויאמר שלא פרע וכן בשדה מכירה ל"ח אלא לשמיט ואכיל עד שישאל הלוקח למוכר אבל לקנוניא ודאי ל"ח וביותר יש לתמוה דלפי מה שהקשה דניחוש לקנוניא א"כ לא תי' כלום דנהי דכותבין מזמן שני אכתי ניחוש שיגבה מהלקוחות שיקנו מכאן אילך כמה וכמה פעמים שלא כדין אלו דבריו ז"ל ולפענ"ד אין דבריו מוכרחים כלל דמה שהקשה דא"כ אמאי כותבין שובר ניחוש שיכבוש הלוה את השובר והמלוה יטרוף מלקוחו' שלא כדין לק"מ דבזה לא שייך קנוניא כלל דאי בעי לעשות קנוניא מי ימחה בידו לפרוע להמלוה ויטול מידו שובר בכתיבת ידו ויכבוש את השובר בכדי שהמלוה יטרוף מהלקוחות בשטר שבידו ולכך אף עדים מותרים לכתוב שובר מה"ט וגם מה שהקשה דא"כ אף אי כותבין מזמן שני ניחוש לקנוניא שיגבה מלקוחות שיקנו אח"כ כ"פ שלא כדין ג"כ לא קשיא כלל דודאי מה שאדם מחייב א"ע מכאן ולהבא לא שייך בזה קנוניא דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה כמ"ש הש"ך בסי' קי"א סק"ב וכמבואר בבעה"ת שער מ"ח בשם הרמב"ן דלקנוניא ליכא למיחש דהרי הנכסים שלו הן ומה שירצה יעשה בהן מיום זה ואילך וכ"כ הטור בשמו בסי' רל"ח ע"ש וא"כ כיון דאם רוצה ליתן שטר חדש מזמן שני הרשות בידו ולא שייך קנוניא ה"ה כשיש עדים שנשרף העדים כותבין מזמן שני בלי רצונו כלל כיון שמחויב ליתן שטר מזמן שני והוא אינו רוצה כ"ש דל"ח לקנוניא וכותבין בלא דעתו כלל רק מזמן ראשון לא יכתבו דא"כ איכא למיחש שיכתוב כמה שט"ח מזמן מוקדם בכדי לטרוף מלקוחות הקודמים כ"פ שלא כדין ובזה מתורץ נמי מה שהקשה מהא דפריך הש"ס גבי שטר מקח וניכתוב תברא ול"ח לקנוניא לגבי לקוחות ולפמ"ש א"ש כיון דקושית הש"ס הוא דנכתוב שטר מזמן שני כמ"ש התוס' א"כ

לא שייך קנוניא דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה ואי בעי היה כותב שטר הלואה מזמן שני להלוקח לשעבד עצמו ולקוחות שלו מזמן שני ואילך וכמ"ש והא דפריך הש"ס א"ה שטרי הלואה נמי היינו דניחוש לפסידא דלקוחות בלתי קנוניא מהלוה ולא יהיה צריך לפרוע כלל אם לא שיחזיר לו שטרו ומעתה דברי הש"ך עולים יפה ובחנם תמהו הפ"י והרב בתומים בזה והדבר ברור כמ"ש ולפ"ז אין כותבין הזמן אלא מזמן הכתיבה ולא מזמן שנשרף והשובר כותבין בכה"ג בלי זמן כלל כמבואר בסי' נ"ד ס"ג ע"ש ודוק אך מ"מ מ"ש הש"ך בתי' השני דאם העדים מעידים שלא היו בשעה שנשרף עדים אחרים כי אם הם כותבים אינו מדוקדק דמשמע דאם היו שני כיתי עדים אין כותבין וזה ליתא דקנוניא זו לכבוש השובר ולגבות שנית מהלקוחות בשטר השני לזה א"צ שטר השני דאף בשטר אחד יכול לעשות כן לכבוש השובר ולגבות פעם שנית בשטר וא"כ אין שטר השני מגרע כח הלקוחות כלל וא"כ אף אם יכתבו עוד שטר אחד לא יבוא להלקוחות שום פסידא כלל רק אם היו שלשה כיתי עדים אז יש גריעותא להלקוחות שיבואו לידי פסידא אם הלוה יכבוש שוברו שיכול המלוה לגבות מהלקוחות ג' פעמים ובזה יש מקום לדברי הש"ך וז"ב:

ה מי שהיה לו חוב על חבירו בשטר. זה הוא לשון הרמב"ם בפי"ד מה"מ די"ג וסיי' והורו רבותי שאפילו היה החוב לזמן ועדיין לא הגיע זמנו להפרע וכו' (וכמ"ש המחבר) וכן הורו רבותי שאפילו היה השטר יוצא מת"י אחר והלה טוען ממני נפל אחר שפרעתי אע"פ שהוא בת"ז נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלוה אין שם חזקה והראב"ד השיג בדין הראשון וכתב א"א אין דין זה מחוור ומלובן ובשבועה מיהו יטול וגם בדין השני שכתב הרמב"ם וכן הורו רבותי חזר והשיג עליו וכתב א"א ואף זה לא נהיר ולא בהיר ולא צהיר והמ"מ האריך והשיג על הראב"ד דכל הסוגיות מוכיחות דאפי' ת"ז אין מחזירין שטר שנפל לא למלוה ולא ללוה והש"ך האריך בזה ובסוף העלה שהמ"מ וכל האחרונים לא ירדו בזה לסוף דעת הראב"ד דאף הוא מודה דשטר שנפל איתרע אף ת"ז רק דעיקר השגתו על מ"ש הרמב"ם והרי העדים קיימים וע"ז משיג הראב"ד כיון שהעדים קיימים לפנינו ואומרים שהוא ת"ז דל שטרא מהכא לא יהא אלא מלוה בעדים והוא בת"ז דא"כ לומר פרעתי וכל הסוגיות דפ"ק דב"מ לא מיירי אלא לענין דאיתרע שטרא שלא לטרוף מלקוחות בשטר או אפי' לגבי דידיה כשאין העדים כאן לפנינו שמעידים על ההלואה וזה בא לזכות מכח השטר אבל היכא שהעדים לפנינו והם אומרים שהוא ת"ז למה לא יגבה עכ"ד והנה דברי הש"ך לכאורה אינם מובנים דמה חילוק יש אם העדים לפנינו ואומרים שהוא ת"ז או כשהשטר הוא לפנינו ואנו

רואים בו שהוא ת"ז הלא השטר אינו נפסל מחמת שנפל אלא משום דחיישינן לפרעון וא"כ כיון שמבואר בו שהוא ת"ז למה לא יגבה בו אך לאחר העיון סברת הש"ך לא נפלאת היא והיא סברא נכונה מאוד כיון דמבואר בסי' ס"ה ס"ב דהיכא דהמלוה בעצמו מצאו להשטר גובה בו והוכיח הב"ח שם כן מש"ס ערוכה גבי שנים אדוקין בשטר דגובה מחצה אלמא אף דהשטר נפל מ"מ כיון שהוא מצאו בעצמו גובה בו והיינו משום דדוקא כשהשטר בא ליד אחר ואין זכותו בידו אין מחזירין אותו לו משום כיון דנפל איתרע ולא מגבינן ביה אבל היכא שמצאו בעצמו כיון דזכותו בידו ובא לידו בהיתר מוקמינן ליה בחזקתו ולא פסלינן ליה משום ריעותא דנפילה וא"כ כשיש עדים שהלוה לו והוא בת"ז נהי נמי דכיון שנפל השטר איתרע ליה היינו גוף השטר איתרע אבל מ"מ לא מרעינן מחמת הנפילה החזקה דת"ז כיון דזכותו בידו הוא דהא אף בלא שטר יכול הוא לגבות בעידי הלואה לבד שאומרים שהוא ת"ז דחזקה דת"ז אלים לגבי הלוה עצמו כשטר לכך גבינן בחזקה זו מן הלוה עצמו רק השטר איתרע כיון שבא ליד אחר ואין זכותו בידו וכבר הרחבתי הדברים בסברא זו בסי' ס"ה סק"ח בביאור דברי התוס' בב"מ דף י"ז ד"ה הטוען אחר מעשה ב"ד במה שכתבו שם ואין להביא ראיה מדתניא לעיל מצא שטר כתובה בשוק ע"ש כי מדברי התוס' ראיה ברורה לסברת הש"ך והיא סברא נכונה אך אף דסברת הש"ך נכונה מ"מ קשה מאוד לומר שעיקר השגת הראב"ד על מ"ש והרי העדים קיימים דהא הראב"ד השיג נמי בדין השני על הרמב"ם ושם לא נזכר כלל בדברי הרמב"ם שהעדים קיימים ובאמת בזה יש לישב מאי דאיכא למידק טובא בדברי הראב"ד במה שחזר והשיג בדין השני של הרמב"ם שהוא אך למותר כיון דאפילו היכא דליכא שטר כלל לפנינו ס"ל להראב"ד דבת"ז גובה כ"ש בדין השני דיש שטר דגובה בת"ז ולפי דברי הש"ך ניחא דבדין הראשון שהעדים לפנינו עדיף טפי לכך הוצרך הראב"ד להשיג עליו בדין השני לאשמועינן דאף דליכא עדים לפנינו גובה בת"ז ועוד יש לתרץ הא דהוצרך הראב"ד לחזור ולהשיג עליו בדין השני הוא משום דבדין הראשון כתב הראב"ד ובשבועה מיהא יטול והקשה הבעה"ת ממ"נ אי הנפילה לא מרע החזקה דת"ז א"כ יגבה אף בלא שבועה כמו בכל ת"ז דגובה אף בלא שבועה ותירץ הש"ך דס"ל כיש פוסקים דאף בת"ז בעי שבועה כמבואר בסי' ע"ח והנה הש"ך שם בס"ק ט"ו פירש דהיינו שבועת היסת צריך התובע לאחר הפרעון ובחידושי שם בסק"ז העליתי לישב שיטת הרב רמ"א דס"ל דבמלוה ע"פ והיא ת"ז חייב התובע שבועה לאחר הפרעון אבל בשטר בת"ז כיון דאיכא תרתי לטיבותא א"צ היסת לאחר הפרעון ע"ש ולפ"ז י"ל דזה הוא כוונת הראב"ד דבדין הראשון כתב דבשבועה מיהא יטול דהיינו כיון שהוא

ת"ז גובה בשבועת היסת משא"כ בדין השני שהשטר יוצא מתח"י אחר השיג הראב"ד דהמלוה גובה בלא שבועת היסת כלל משום דכיון שהוא ת"ז הרי הראיה שלא נפרע השטר ומחזירין אותו להמלוה וא"כ כיון שהדין הוא דמחזירין אותו להמלוה שוב א"צ היסת כלל לאחר הפרעון כיון שבדין אתא לידיה ובהיתר אתא לידיה מחזיקינן אותו בחזקתו שהשטר כשר לגמרי כמ"ש התוס' בב"מ דף י"ג ע"ב ד"ה הא קטעין להד"ם ע"ש וא"כ איכא תרתי לטיבותא שהוא ת"ז וגם איכא שטרא וגובה בלא היסת כלל כנ"ל נכון בשיטת הראב"ד לענ"ד. עוד יש לי לעורר בדברי הרמב"ם במה שחזר וכתב וכן הורו רבותי שאפילו היה השטר יוצא מת"י אחר וכו' למה יחד הוראה זו לרבותיו דפשיטא דאין חילוק בין שנאבד השטר לגמרי או שיוצא מת"י אחר שכן מבואר בכולה סוגיא דפ"ק דמציעא ולמה יחד הרמב"ם הוראה זו לרבותיו כאלו הוא דין מחודש והלא הוא בכלל דין הראשון ולכן באמת הסמ"ג עשין צ"ד לא העתיק דברי הרמב"ם רק דין הראשון והשמיט דין השני לגמרי ואפשר לומר דהרמב"ם אזיל לטעמיה דפסק בספי"ד מה"ג ואבידה דהמחזיר שטר שהיה מן הדין שלא להחזירו דגובין בו והנה בכתובות בפ' הכותב גבי האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח ואית לית ארעא ולא חזיא אלא לחד מנייהו לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן משום נעילת דלת אבל אשה יותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להינשא וכתב הרי"ף שם שמעינן מהא דאמימר דכל היכא דכי הדדי נינהו וליכא דינא דקדימה לחד מנייהו וליכא אלא שיעורא דחד מנייהו לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן דיותר ממה שהאיש וכו' והוכיחו הרא"ש והר"ן שם מדברי הרי"ף דמשוי דין לוה ולוה לשני שטרות שזמנו ביום א' דיהבינן לאיש דס"ל דאי קדים ותפיס חד מנייהו מהני תפיסה משום דבשלמא אי מהני תפיסה ניחא דמטעם דיותר ממה שהאיש רוצה לישא מתפיסינן ליה לבע"ח ופקע כח האשה אבל אי אמרינן דלא מהני תפיסה ומפקינן מיניה לא מסתבר דמטעם יותר ממה שהאיש רוצה לישא יגרע כח האשה ע"ש ולפ"ז ניחא כיון דהרמב"ם ס"ל בשטר שנפל אם החזיר גובה בו א"כ ה"א בשטר שיוצא מתח"י אחר והוא בת"ז עדיף טפי כיון דאיכא נמי חזקה דא"א פורע בת"ז אף דאיתרע משום שנמצא תח"י אחר מ"מ בכה"ג ה"א דמחמת חזקה זו מתפיסינן ליה להמלוה ומחזירין לו השטר שלו דלענין זה מהני סברא כל דהוא לזה קמ"ל הרמב"ם בשם רבותיו דלא כסברא זו ובזה יש ליישב נמי קושית הש"ך דמה קמ"ל הרמב"ם בשם רבותיו הא מוכח כן מההיא דמצא שטר כתובה דסברי רבנן דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר די"ל דכתובה שאני דאיכא נמי סברא דיותר ממה שהאיש רוצה לישא והיינו משום דהאשה לא חסרה ממונא כמ"ש הרמב"ם שם ולכך לא מתפיסינן

להאשה משא"כ בבע"ח דיש לו חסרון ממון ה"א בשביל סברא כל דהוא דת"ז מחזירין לו לבע"ח ומתפיסינן ליה לכך קמ"ל הרמב"ם בשם רבותיו דלא כסברא זו וזהו מה שנ"ל בביאור דברי הרמב"ם והראב"ד בענין זה ודע דיש להסתפק לשיטת הרמב"ם והמחבר בכת"י והוא ת"ז שנפל אי אמרינן ג"כ בו כיון שלא נזהר בשמירתו ונפל איתרע ולא מגבינן ביה או דילמא בכת"י לא איתרע כלל במה שנפל די"ל דלכך לא נזהר בשמירתו דהא מלוה לא ניתנה להתבע בת"ז ולאחר זמנו הלא בכת"י הלוה נאמן לומר פרעתי כדאיתא בסימן ס"ט ולכך לא נזהר בשמירתו ולא איתרע כלל והא דנטל מתחילה הכת"י הוא משום דאסור להלוות בלא עדים כמבואר בר"ס ע' ע"ש וצ"ע לדינא:

ו נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלוה וכו'. ואע"ג דמי שמצא שט"ח בשוק לא יחזיר לא לזה ולא לזה כמבואר בסי' ס"ה ס"ו מ"מ צריך הלוה לישבע היסת דלא יגרע מתביעה בע"פ דחייב היסת ודברי המ"ל פי"ד מה"מ מה שהקשה על הכ"מ אינם מובנים לי אך יש להקשות אמאי צריך היסת והלא הלוה יכול לומר לא אשבע עד שיחזיר לי שטרי כי למה יהיה שטרי מונח בחנם כיון שיודע אני בבירור שהוא פרוע וכמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי סיטראי ואפשר שבאמת הדין כן הוא כאן שא"צ הלוה לישבע היסת עד שיקרעו את השטר וכמ"ש בסי' ס"ג סק"ג בזה וע"ש:

מב

א על דבר שיכול להזדייף. ואף אם נמסר בעידי מסירה פסול דהלכה כר"א בפ"ב דגיטין דדוקא בגיטין מכשרי רבנן ולא בשאר שטרות דבעינן שיהא ראוי לעמוד ימים רבים ונראה דאף בשטר שאין בו ע"ח כלל רק שנמסר לפני ע"מ אף שהוא כשר אף לגבות בו ממשעבדי כמבואר בס"ס נ"א מ"מ אם נכתב ע"ג דבר שיכול להזדייף הוא פסול דדוקא אם נכתב ע"ג דבר שא"י להזדייף הוא כשר בע"מ לבד כמ"ש התוס' בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה אבל בשטרות דשטר שאין עליו עדים כיון שנכתב ע"ג דבר שא"י להזדייף העדים מכירין לעולם שטר הנמסר לפניהם ואם היו מזייפין שום דבר היה ניכר הזיוף וכ"כ הר"ן שם דשטר שא"י להזדייף אע"פ שאין בו ע"ח זוכרים צורתו של שטר ואלו נזדייף בו כלום היה זיופו ניכר ומש"ה גובה בו ממשעבדי שהרי ראוי לעמוד בו ימים רבים ע"ש אבל בשטר שיכול להזדייף אינו ראוי לעמוד ימים רבים שע"מ ישכחו התנאים הכתובים בו דדוקא צורת השטר הם זוכרים שלא יתחלף להם שטר אחר אבל בתנאים שבו יש לחוש לשכחה וימחוק ויזייף בו תנאים אחרים וכן מוכח מדברי הרא"ש שהוכיח דהלכה כר"א דבשטרות לא מכשרי רבנן מדפריך בפ"ק דגיטין גבי שטרא פרסאה דמסריה נהליה

באפי סהדי ישראל והא בעינן כתב שא"י להזדייף ותמה הפ"י בחדושיו להטור דהא הרא"ש פירש בפ"ק דמיירי התם שאין בו ע"ח כלל וא"כ תקשה נמי לדידיה אמאי פסול בדבר שיכול להזדייף וע"ש ולק"מ דבדבר שיכול להזדייף פסול מגזה"כ דא"י לעמוד ימים רבים וז"ב וכ"כ הרמב"ם פי"א מה' מלוה ד"ב והמ"מ שם שכן מוכח בפ"ק דגיטין גבי שטרא פרסאה וכן הוא בש"ע לעיל סי' מ' ס"ב וסמ"ע שם ועמש"ש:

ב אבל שטר אקניית' כשר. והעלה הש"ך דאף דליכא ע"מ רק שהמוכר מודה שמסרו לו נקנה השדה בשטר זה והוסיף עוד דאפי' אינו מודה שמסרו לו נאמן הלוקח לומר שמסרו לו ונהי דיכול המוכר לטעון תנאי היה בו וזייפתו מ"מ אם טוען להד"מ לא מסרתי לך שטר זה מעולם אינו נאמן כיון שהשטר ביד הלוקח וידוע שהמוכר כתבו כגון שהוא חתום בכת"י או שעדים חתומים עליו וישב בזה קושית מהרש"א בפ"ב דכתובות גבי לכתוב ח"י אחספא דכתבו התוס' שם דההיא דכתב על החרס שדי מכורה לך דקנה אתיא כר"א דעידי מסירה משמע דההיא דחספא לא אתיא כר"א אלא כר"מ והקשה מוהרש"א דהא הך חששא דמגילתא אינו אלא משום הוציא עליו כת"י דאינו אלא שטר ראיה בעלמא דמודה בו ר"א ולק"מ דלר"א אכתי ניחוש בחספא דילמא יכתוב עליו שטר מכירת שדה וכשיכחיש זה יוחזק כפרן אבל לר"מ בעינן מוכח מתוכו והשטר פסול לגמרי זהו תורף דברי הש"ך ומאי דפשיטא ליה להש"ך דכשטוען להד"מ ולא מסרתי לך שטר זה מעולם א"נ ומשמע מדבריו דהיינו שטוען ממני נפל ומצאתו או להתעסק כתבתיו תמיה לי טובא כיון דנאמן לומר דמזויף הוא לגמרי שהיה נכתב עליו שטר ראיה ופרעתי ואתה זייפתו וכתבת עליו שטר מכירה כמ"ש הש"ך א"כ למה לא מהימן לומר לא מסרתיו לך וממני נפל במגו זו דהא בכת"י בסי' ס"ט ס"ב העלה הש"ך שם בס"ק ט"ז דנאמן לומר להתעסק כתבתיו או ממני נפל ומצאתו במגו דפרעתי ע"ש וה"נ הרי אית ליה מיגו מעליא אך מ"מ משכחת ליה להאי דינא דהש"ך כשרואה השטר או הכת"י ומכחיש וטוען מזויף או להד"ם בסתמא דבכה"ג הוחזק כפרן כמו בכת"י בסי' ס"ט שם ובזה מיושב היטב קושית מהרש"א דאכתי ניחוש שבעל החתום ישכח ענין חתימתו ויטעון להד"ם לגמרי דבכה"ג הוחזק כפרן וכמ"ש הבעה"ת שער י"ג והב"ח בסי' ס"ט שם דלכך חיישינן במגילתא דכת"י אף דנאמן לטעון שחתם שמו בסוף המגילה מ"מ שמא ישכח ענין חתימתו ויטעון להד"ם לגמרי ע"ש וא"כ ה"נ בחספ' י"ל כן ואולי אף כוונת הש"ך כן אך מ"מ קושית מהרש"א נלפעכ"ד דבלא"ה לק"מ דהתוס' כתבו שפיר דאביי דאמר ליכתוב ח"י אחספא לא ס"ל דע"מ כרתי דליכא למימר דבשטר ראיה אף ר"א מודה דפסול דר"א לא אמר אלא בגיטין ולא בשטרות דהא התוס' בפ' ג"פ דף קס"ב ע"א

ד"ה וצריך שיחזיר הוכיחו דאביי גופיה בר"פ חז"ה דאמר שדות בכסף יקנו ולמען יעמדו ימים רבים עצה טובה קמ"ל ס"ל כסברת ר' יוחנן בגיטין דאף בשטרי ראיה מכשיר ר"א בע"מ ע"ש וא"כ התוס' לטעמייהו כתבו שפיר דע"כ אביי דהכא ס"ל דע"ח כרתי דהא איהו גופיה ס"ל דלר"א אף שטר ראיה כשר:

ג הולכים אחר התחתון. בתשובת הרדב"ז ח"א סי' שנ"ג נשאל בראובן שנתן מעות לשמעון לקנות סחורה והיו ביניהם תנאים ונכתבו על הענין שלשה שטרות אחד ביד ראובן ואחד ביד שמעון ואחד ביד שליש ונמצאו השטרות מחולפים בתנאים כי טעה הסופר באחד מהן והשיב הרדב"ז התורה אמרה אחרי רבים להטות ואם השני שטרות בסיגנון אחד נתבטל השלישי יהיה ביד מי שיהיה דקי"ל בכל דינין שבתורה אחרי רבים וכ"כ הרשב"א לענין ס"ת שנמצאו מחולפים נתקן אותם אחר הרוב ויליף לה מהא דאמרינן דמצאו בשנים כתוב מעונה אלהי קדם ובאחד כתוב מעון בטלו את האחד וקיימו את השנים ה"נ לא שנא ואם אין שנים מוסכמים מסתברא שיש לסמוך על השטר שהוא ביד השליש דבכל אחד איכא למימר שהוא הטעה את הסופר לתועלתו לפיכך יש לסמוך על השטר שביד שליש ואם אין כאן אלא ב' שטרות ויש חילוק לשונות בהם הממע"ה עכ"ד והביא הרב בעל כנה"ג דברים אלו בסי' נ"ה בהגהות הטור ס"ק כ"ו בסתם בלי שום חולק ולכאורה נרא' דטעמו כיון דשני השטרות מוסכמים הולכים אחר הרוב ותלינן דהסופר והעדים טעו בשטר השלישי ויש להקשות דא"כ בשטר אחד שהיה כתוב למעלה בשטר מנה שתי פעמים ולמטה כתוב מאתים נמי אין הולכין אחר התחתון כיון דכתוב בשטר מנה שתי פעמים הולכין אחר הרוב ותלינן דמה שכתוב אח"כ מאתים הוא טעות סופר ובאמת בפ' ג"פ דף קס"ז מוכח להיפך דאמרינן התם אמר אביי מתלת ועד עשר לא ליכתוב בסוף שיטה דילמא מזייף וכתב ואי אתרמי ליה ניהדריה לדיבוריה תרין תלתא זימני אי אפשר דלא מתרמי ליה באמצע שיטה משמע להדיא דאף שגם בפעם שנית מתרמי ליה בסוף שיטה יחזיר ויכתוב בפעם ג' כדי שיבוא באמצע שיטה וכמבואר לעיל בס"ד ובסמ"ע סכ"ח ואם איתא אכתי איכא למיחש לזיופא שיזייף שתי פעמים מתלת תלתין וא"כ אף אם אח"כ יהיה באמצע שיטה תלת ניזיל בתר רובא ונתלי בט"ס א"ו ע"כ צ"ל דכל היכא דיש לתלות בחזרה לא אזלינן בתר רובא וכיון שבתחתון יהא נכתב תלת אזלינן בתר התחתון ואמרינן דודאי חזרה הוא וא"כ ה"נ בשלשה שטרות מחולפים נמי לא אזלינן בתר רובא דאם הם רק כתיבת ידם של המלוה והלוה תלינן בחזרה ואם הם כת"י עדים נמי יש לומר להיפך דילמא שטר אחד שהוא בלא תנאי נכתב מקודם ואף שאח"כ בשני שטרות נכתב להיפך לא מהימנינן להו דכיון שהגיד

שוב אינו חוזר ומגיד וכ"כ הריטב"א בתשובה והביאו הב"י בסי' מ"ו מחודשים ל"ו בשני שטרות שעדים חתומים עליו ובאחד כתוב תנאי ואחד בלי שום תנאי כיון ששניהם נכתבו ביום אחד הוי ספק מי נכתב מקודם ולא מהימנינן להשני דכיון שהגיד שוב אינו חתו"מ ע"ש וא"כ ה"נ מאי מהני רובא כיון די"ל דהשטר השלישי נכתב מקודם ושוב לא מהימנינן להעדים לחזור מדבריהם ולייישב דברי הרדב"ז נראה לומר דודאי כל היכא דאיכא למימר שהוא חזרה ודאי לא אזלינן בתר רובא ואמרינן דחזרה הוא ולא תלינן בטעות לכך בכל מקום הולכין אחר התחתון אף שכתוב למעלה כמה פעמים להיפך דתלינן בחזרה שחזרו מדבריהם הראשונים אבל בשלשה שטרות מחולפים כיון דלא ידעינן איזה נכתב מקודם בזה אזלינן בתר רובא דכיון דשני שטרות הם בסיגנון אחד אף דל"ח לטעות מ"מ אם הם כת"י עדים תלינן דב' השטרות שהם בסיגנון אחד נכתבו מקודם והשלישי נכתב אח"כ ולא מהימנינן להו דכיון שהגיד וכו' וכן אם הוא כת"י הבע"ד בעצמם אזלינן בתר רובא ואמרינן דשני השטרות הם בודאי אמת והשטר השלישי נכתב מקודם ואח"כ היה חזרה ולכך נכתבו שני שטרות אחריו בסיגנון אחר ואע"ג דאי אמרינן דשטר השלישי נכתב באחרונה בכת"י הבע"ד או בראשונה בכת"י עדים לא שייך למיזל בתר רובא מ"מ כיון דרוב השטרות הם בסיגנון אחד אזלינן בתר רובא לומר בכת"י בע"ד שנכתב באחרונה ובכת"י עדים שנכתב בראשונה וראיה ברורה לזה מהא דאמרינן במס' פסחים דף ז' ע"א במצא פת שעפשה דאזלינן בתר בתרא אי חמץ הוא אי מצה הוא ולא אזלינן בתר רוב תשמישו ופרכינן התם ומי אזלינן בתר בתרא והא תניא ר' יוסי בר' יהודה אומר תיבה שנשתמשו בה מעות חולין ומעות מעשר אם רוב חולין חולין ואם רוב מעשר מעשר ואמאי ליזיל בתר בתרא ומשני רנב"י הב"ע כגון שנשתמשו בה מעות חולין ומעות מעשר ואינו יודע איזה מהן בסוף אלמא בכה"ג שאינו יודע באיזה מהן נשתמש לבסוף אזלינן בתר רובא ואם חולין חולין ולא אמרינן דילמא נשתמש מעשר לבסוף וניזיל בתר בתרא א"ו כיון דרוב חולין אזלינן בתר רובא ותלינן בחולין נשתמשו לבסוף וא"כ ה"נ לענין שטרות אזלינן בתר רובא ואמרינן דהרוב היה באופן המועיל וא"ש ועוד י"ל דרדב"ז סובר דאף בכתוב למעלה מאתים ולמטה מנה נמי אזלינן בתר רובא אם כתוב למעלה שתי פעמים מאתים והא דאמרינן דאם כתב תלת בסוף שיטה יחזיר תרי ותלת זימני בכדי שיבוא באמצע שיטה ול"ח שיזייף שתי פעמים בסוף שיטה תלתין וניזל בתר רובא די"ל בכה"ג שכתוב תלתין שתי פעמים בסוף שיטה ולבסוף כתב תלת באמצע שיטה הולכין אחר התחתון דתלינן שזייף למעלה והיה כתוב תלת בסוף שיטה ומה"ט השיג הש"ך בסק"ז על הב"ח שכתב דאם כתב למעלה באמצע

שיטה שלשה אם חזר וכתב שלש בסוף שיטה השטר פסול דאכתי יזייף והכל הולך אחר התחתון וכתב הש"ך דאין דבריו מוכרחים והוא מה"ט דאף אם יהיה נכתב בסוף שלשים לא אזלינן בתר התחתון דדילמא כתב וזייף בסוף שיטה וא"כ ה"נ י"ל כן לענין הא דאזלינן בתר רובא אך מ"מ מ"ש בראשונה נ"ל יותר נכון ועיקר ודוק. אמנם מ"מ האי דינא דהרדב"ז צל"ע טובא דהיכי מדמה ממונא לאיסורא דדוקא לענין ס"ת דהוא איסורא אזלינן בתר רובא משא"כ לענין ממונא הא קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא בסי' רל"ב סכ"ג ואין לחלק בין רובא דליתא קמן לרובא דאיתא קמן כמו הכא דכיון דרובא דהשטרות הם לפנינו הולכין אחר הרוב אף לענין ממון דהא כבר הוכיח בתה"ד סי' שי"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב אף ברובא דאיתא קמן וכ"פ הרב רמ"א בסי' רכ"ד ס"י בהגה ע"ש ומה שמדמה ליה הרדב"ז להא דקי"ל בכל דינין אחרי רבים להטות כבר כתבו התוס' ר"פ המניח לחלק דשאני דיינים דב"ד הוא דמפקי לה מחזקה ולא שייך לאוקמא אחזקה ע"ש וגם אדמדמית ליה לדיינים נדמייה לעדות דקי"ל תרי כמאה ואין הולכין אחר הרוב ואפשר דהרדב"ז ס"ל כשיטת הסוברים שהביא בתה"ד סי' שי"ד דברובא דאיתא קמן אף בממון הולכין אחר הרוב ולכך אזלינן הכא בתר רוב השטרות כיון דאיתנייהו קמן אבל לשיטת התה"ד והרב בסי' רצ"ב דס"ל דבכל גווני אין הולכין אחר הרוב בממון א"כ ה"ה הכא אין הולכין אחר רוב השטרות וצ"ע למעשה להוציא ממון ע"פ דברי הרדב"ז אלו:

ד אלא מאה שהוא הפחות שבשניהם. עמ"ש בסי' ל"א סק"ב דהוכחתי דאף דכל היכא דיד בעהש"ט על התחתונה מהני תפיסה לבעהש"ט כדאיתא בס"ח מ"מ אין הלוה צריך לשלם לו להמלוה הפחות שבלשונו' עד שיקרע המלוה את השטר אף שרוצה המלוה ליתן לו שובר על המנה שקיבל ממנו לא מהני עד שיקרע שטרו דוקא ע"ש:

ה שהוא הפחות שבשניהם. וה"ה אם כתוב בשטר מנה מאתים זה אחר זה אף שלא כתוב שהן מאתים מ"מ כיון שהם כתובים ביחד לא אמרינן שהוא חזרה כמבואר בהרמב"ם עכ"ז מה"מ דין י"ו ובסמ"ג סוף עשין צ"ד להדיא וכן מוכח מדברי תשובת הרשב"א שהביא הסמ"ע בסק"ו וראיתי למי שהניח דברי הסמ"ע בצ"ע ואשתמיט ליה דברי הפוסקים האלו:

ו וסתמא משמע כך לפי דעת השומעים וכו'. והב"י מחודשים י"ד הביא בשם מוהרי"ק שורש י"ז דכשהלשון מסופק יד בעל השטר על התחתונה אפילו כשהלשון משמע קצת כדברי בעל השטר וצ"ל דהיכא דסתמא משמע כך לפי דעת השומעים עדיף טפי וכן נראין דברי הב"י שבמחודשים כ"א העתיק לשון תשובת הרשב"א שהעתיק הרב

כאן בלי שום פלוגתא אך הכנה"ג בהגהות ב"י אות ט"ו הביא בשם ספר בני שמואל שכתב דמתשובת הרשב"א מוכח דדוקא כשמשמעות השטר שוים לתרי אנפי אז יד בעהש"ט על התחתונה אבל כל זמן שמטין דברי השטר לסיוע התובע אז יד בעהש"ט על העליונה וסיים דיש להסתפק בדבר ולפענ"ד יש ראיה ברורה לדברי מהרי"ק מש"ס ערוכה במנחות דף ק"ח ע"ב דאיתא התם במשנה דאם אמר אחד משורי הקדש והיה לו שלשה בינוני שבהם הקדש ואמרינן עלה אמר ר"נ אמר רבה בר אבוה ל"ש אלא דאמר אחד משורי הקדש אבל אמר שור בשורי הקדש הגדול שבהן הקדש תורא בתוראי קאמר ופריך עלה מתיבי בית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפל עבד בעבדיי אני מוכר לך ומת מראהו מת ואמאי ליחזי הי נפל והי מת ופרש"י אי גדול נפל הפסיד לוקח דהא גדול שבבתים קאמר ואי קטן נפל לית ליה פסידא ומשני הש"ס לוקח קאמרת שאני לוקח דיד בעהש"ט על התחתונה ופרש"י בעל השטר האי לוקח שבא בשטר מכירה ידו על התחתונה דהממע"ה שהמוכר מוחזק בבתים הילכך ראיה על הלוקח אבל הקדש גדול משמע עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דבית בביתי גדול משמע יותר דהא מה"ט בהקדש הגדול הקדש מ"מ יד לוקח על התחתונה וא"י להוציא הגדול:

ז דאינון כך וכך. וכתב הסמ"ע ואם המלוה אומר חמש ולוה אומר שנים צריך לישבע היסת ליפטר מש"ד כמו בכתב בו סלעים בסעיף שאח"ז עכ"ל ואם המלוה אומר חמש ולוה אומר שלש לא ביאר הדין ולכאורה נראה דבכה"ג חייב ש"ד דהוי מודה במקצת גמור דהשלישי שמודה אינו כתוב בשטר ול"ד לשטר שכתוב בו סלעים סתם ומלוה אומר ה' ולוה אומר ג' דמבואר בסי' פ"ח סל"ב דפטור מש"ד משום דהאי משיב אבידה שאם רצה היה אומר שנים דשאני התם דלא הוי מיגו דהעזה דלשון השטר שכתוב בו סלעים סתם מסייע לו דניכרין הדברים דשנים היו מדלא פירש הסך כמ"ש רש"י בב"מ דף ד' ע"ב ולכך מעיז וכ"כ הסמ"ע שם משא"כ הכא דנמחק הסך וא"כ אין השטר מסייע לו דשנים היו ולא הוי משיב אבידה דאי בעי אמר שנים דהוי מיגו דהעזה כמו בכל מודה במקצת דא"נ במיגו דכופר הכל מה"ט אולם הרא"ש בר"פ האשה שנתארמלה הביא ירושלמי דגרסינן סלעים דינרי' ונמחקו אין פחות משנים מכאן ואילך מלוה אומר ה' ולוה אומר ג' בן עזאי אומר הואיל והודה במקצת הטענה ישבע וחכמים אומרים אין ההודאה ממין הטענה ופירש הרא"ש שההודאה בקרקעות הוא נהי נמי דשטרא לית ביה אלא שנים מ"מ כיון שהודה בשלישי הוי כאלו נכתב בשטר והכפירה הוי במטלטלין עכ"ל והנה מדלא פירש הטעם דהוי משיב אבידה כדאמרינן בפ"ק דב"מ גבי סלעים דינרים אלמא דס"ל דבנמחק הסך לא שייך טעם זה כמ"ש ולכך הוצרך לומר דמ"מ פטור

מש"ד דהוי הודאה בקרקעות אך דבריו תמוהים דהא בש"ס בפ"ק דמציעא אמרינן דלכך כשהודה בשנים פטור למ"ד הילך חייב הוא משום דהוי הודאה בקרקעות ואפ"ה סובר רשב"א שם דבג' חייב ש"ד ואף ר"ע לא פליג עליה אלא משום דהוי משיב אבידה ותיפוק ליה כיון שהודה בג' הוי ג"כ שיעבוד קרקעות דהוי כאלו נכתב בשטר א"ו כיון שהג' אינו מבואר בשטר בפירוש הוי הודאת מטלטלין וצ"ל דס"ל להרא"ש דיש חילוק בין שטר שכתוב בו סלעים סתם ונמחק הסך דשטר שכתוב בו סלעים סתם אף אם האמת שלוה שלש כיון שאין השלישי מוזכר בשטר וסתם סלעים שתים נינהו הוי מלוה ע"פ ואף אם יבואו העדים החתומים בו ויאמרו ששלש היה מ"מ הג' מלוה ע"פ הוא ולא הוי שיעבוד קרקעות כלל אבל בסלעים דאינון כך ונמחק הסך כשהודה שהם ג' הוי שיעבוד קרקעות כיון שאם יבואו עדים החתומים בו ויאמרו ששלש היה אלא שנמחק הסך ודאי דגובה ממשועבדים דומיא דשטר שנמחק בסי' מ"א דאם העדים מעידים מה היה כתוב בו דבא לב"ד והם עושים לו קיום ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהודה בג' והוא מילתא דעבידא לגלויי ע"פ עידי השטר אף שאין העדי' לפנינו מיחשב הודאה בקרקעות אך מ"מ יש להקשות לפי דעת הרמב"ם והמחבר בסי' מ"ט ס"ז בשני יב"ש בעיר אחת ואחר הוציא שטר על אחד מהן דאם באו עידי השטר בעצמן ואמרו זהו השטר שהעדנו עליו וזהו שהעדנו עליו בהלואה דהוי מלוה בשטר לכל דבר שהרי לא עשו שליחותן ויכולים לשלש השמות וע"ש בסמ"ע וש"ך וא"כ ה"נ בשטר שכתוב בו סלעים סתם ועדים החתומים בו אומרים שההלואה היה ג' אף הג' הוי מלוה בשטר גמור דהרי לא עשו שליחותן ויכולין לכתוב שטר חדש על ג' דהא אף עדים שלא כתבו נאמנות בשטר לא עשו שליחותן ויכולין לכתוב שטר חדש כמ"ש הש"ך בסי' מ"א סק"ד בשם הרשב"א כ"ש כשכתבו בו סלעים סתם דיכולין לכתוב שטר חדש על ג' וא"כ כשמעידים על ג' הוי מלוה בשטר גמור אף שאינו מוכיח מתוכו וא"כ אמאי חשיב הודה בג' הודאת מטלטלין א"ו צ"ל כיון דעכשיו אין העדים לפנינו הוי הודאת מטלטלין וא"כ אף נמחק נמי מאי מהני מה שהודה בג' כיון שאינו יכול לטרוף ממשעבדי בהודאתו וכ"כ הט"ו בסי' פ"ח סכ"ח להדיא בתבעו נ' בע"פ ונ' בשטר והודה בנ' שבשטר וא"י לקיימו הוי הודאה במקצת וחייב ש"ד דהוי הודאת מטלטלי דכיון שאינו יכול לקיימו אינו טורף ממשעבדי אלמא אף שיכול הדבר להגלות ע"י עידי קיום מכל מקום כיון שאין העדים לפנינו לא הוי הודאת קרקעות וא"כ ה"נ בנמחק מה מהני מה שהודה בג' כיון דעכשיו אינו יכול לטרוף ממשעבדי מיחשב הודאת מטלטלין ואולי אף הרא"ש לא כתב כן אלא לפרש דברי חכמים שבירושלמי ולדינא לא ס"ל כן כדמשמע בפ"ק דמציעא דדינר הג' שמודה הוי כהודאה במטלטלין

וא"כ לפ"ז במלוה אומר ה' ולוה אומר ג' ונמחק הסך חייב ש"ד דהודאת מטלטלין הוא ולא חשיב משיב אבידה כדמוכח מדברי הרא"ש מדלא כתב טעם זה שנזכר בש"ס אולם הרא"ה בחידושיו לכתובו' פירש דכוונת הירושלמי אין ההודאה ממין הטענה דשתים פטור דהוי הודאה בקרקעות ועל השלישי שהודה הוי משיב אבידה דהשטר מסייע לו לשתים ויכול להעיד כדאמרינן בפ"ק דמציעא וכ"כ בחידושי הרשב"א שם לחד שנויא אלמא דס"ל דאף בנמחק הסכום יכול להעיז דהשטר מסייע לו וכן הוא בירושלמי בפ' גט פשוט זוזי דאינון ונמחקו הלה אומר חמשה והלה אומר ג' תמן אמרי בן עזאי ור"ע חד אומר נותן שלש ונשבע על השאר וחד אומר כיון שאילו לא הודה לו כל עיקר לא הוה ליה אלא שנים אינו נשבע על השאר כן הוא הגירסא הנכונה וכן פירש הרב מוהר"א ז"ל בפירושו הרי להדיא דאף בנמחק מיחשב משיב אבידה כשהודה בג'. אך הדבר תמוה כיון שנמחק השטר האיך מסייע לו השטר כשאומר שתים ונראה לומר דס"ל כיון דחזקה הוא דכל אדם משמר שטרו שלא יתמחק דהא מה"ט נאמן לומר פרעתי בשטר שנמחק דכיון שהניחו במקום שראוי להתמחק בודאי פרעיה כדאיתא בסי' מ"א ס"ב וא"כ הכא שנמחק הסך מוכח דהשטר לא היה אלא שתים ומחקו המלוה מדעת כדי לתבוע יותר ועל השני' היה בטוח כיון דסתמא שנים משמע ולכך כשהודה הלוה בג' הוי משיב אבידה דאם יטעון שתים יהיה השטר מסייע לו דודאי היה שתים ומחקו המלוה מדעת וזו סברא נכונה ולפ"ז כשידוע בעדים שנמחק באונס אף הרא"ה והרשב"א מודים דחייב ש"ד ולפ"ז אפשר להשוות דברי הרא"ש והרא"ה דלא פליגי לדינא. אך מדברי המ"מ בפי"ו מה"א והרב באה"ע סי' צ"ו סט"ו בהגה מוכח להיפך שכתבו שם בהיא אומרת בתולה נשאתני וכתובתי מאתים והבעל אומר אלמנה נשאתיך דבמקום שכותבין כתובה ונאבדה דכיון שיכול לכפור ולומר פרעתי הכל מיחשב מודה במקצת וחייב ש"ד ע"ש ולא אמרינן דמיחשב משיב אבידה במה שאינו טוען שפרע הכל דהא מה שאין השטר כתובה בידה תסייע לו א"ו דלא אמרינן סברא זו והדברי' צריכים תלמוד:

ח ואי תפיס מפקינן מיניה. הרב מוהרש"ק בהגהות הט"ז הקשה מס"ס שמ"א בההוא דאמר אושלן מרא למירפק ביה פרדיסי דרפיק ביה כל פרדיסי ופירשו התוס' והרא"ש בס"פ השואל אף דאמרי' בפ' המוכר את הבית דמיעוט ארעתא שנים הכא שאני שהשואל מוחזק אלמא דמהני תפיסה בכה"ג ונדחק מאוד בזה ולפענ"ד לק"מ דהא הטעם דבסלעי' סתם לא מהני תפיסה משום דסתם סלעים אינן אלא שתים והטעם כמ"ש רש"י והפוסקים דכיון דידעי עדים דיד בעהש"ט על התחתונה אלו היה יותר משתים היו כותבים בפי' וכ"ז שייך בשטר בעדים שהשטר נכתב לראיה לכך יש להו לעדים לפרש

הדבר אבל מה שאחד אומר לחבירו אושלן למירפק פרדיסי למה לו לפרש כמה פרדיסי אית ליה וכיון דא"ל סתמא והשואל מוחזק י"ל שהשאילו לכל פרדיסי דאית ליה וז"ב:
ט מפקינן מיניה. ע' בש"ך ס"ק כ"ה מה שישב קושית הגיד"ת וע' בש"ך סי' שי"ז סק"ח מ"ש בשם הריטב"א בחידושיו אך הנ"י בפ"ק דמציעא בסוגיא דתקפה אחד בפנינו כתב להיפך והוא מדברי הרמב"ן הובא באס"ז שם וכן היא בחידושי הרשב"א רפ"ב דכתובות ע"ש ודוק:
י ישבע המלוה ויטול. והבעה"ת כתב ע"ז ולא ברור לן ופירש הש"ך משום דהוי כאומר על שטר שהוא אמנה דמבואר בסי' פ"ב ס"י דלא משביעינן ליה ודבריו נכונים אך מ"מ נראה דתלוי הדבר בשני דיעות שמבואר שם בסי"א דלמ"ד דס"ל התם דבטענת מחילה משביעינן ליה כיון דמילתא אחריתא הוא ולא עקר ליה לשטרא א"כ ה"נ כיון שטען שהיה דר תחילה במקום אחר א"כ לא עקר ליה לשטרא דהא אומר שהשטר כדין נכתב אלא דלא מהימנינן ליה בזה לכך צריך בעל השטר לישבע וליטול:

מג

א אלא מבני חורין. ואיכא למידק מהא דכתב המחבר בר"ס נ"ב דשטר שנכלל בו קרן ורבית פסול שמא יבא לגבות בו את הרבית וכ"כ המחבר ביו"ד ס"ס קס"א דאינו גובה בו את (הרבית) [הקרן] והוא מדברי התוס' והרא"ש דמדמי לי' לשט"ח המוקדמין דפסולין משום גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ע"ש ובשלמא התו' והרא"ש לטעמייהו אזלי דס"ל דשט"ח מוקדם פסול לגמרי כמ"ש הרב בהגה אבל המחבר דס"ל הכא דגובה בו מבני חורין וא"נ לומר פרעתי א"כ בשטר שיש בו רבית נמי נימא הכי דאינו פסול אלא לגבות בו ממשועבדי' דבטל מתורת שטר אבל מב"ח גבי ודוחק גדול לומר דהמחבר מיירי התם לענין משועבדים לבד וצ"ל דהמחבר מחלק דדוקא הכא דעיקר הגזירה אינה אלא לענין משועבדי' לבד דהא לענין ב"ח ומיניה גופיה אין חילוק בין זמן ראשון לזמן שני לכך לא פסלינן ליה אלא לענין משועבדים לבד אבל התם דיש לגזור אף לענין ב"ח ומיניה גופיה שמא יגבה בו את הרבית פסלינן ליה לגמרי ואינו גובה בו כלל וע' בתשוב' הר"ן סי' ע"ז ובתשוב' הריב"ש סי' שפ"ה דמשמע דלא מחלקי בהכי וצריך ישוב:
ב גזירה שמא יטרוף בו מזמן ראשון. ע' דרישה שכתב דלכאורה נראה דבכלל שאינו גובה ממשועבדים הוא ג"כ שאם לוה עוד מאחר אפילו ב"ח מקרי משועבדים שהם משועבדים לאותו אחר ואינו גובה מהן מהאי חששא שמא יבא לטרוף אף מאותן שהלוה לפניו מיהו י"ל דלא שייך בשיעבוד כולי האי לומר שהקדימו בשביל בע"ח אחר

דמסתמא א"י אם יש מלוים אחרים וכו' ע"ש אך בתשו' הריב"ש סי' רס"ד משמע להדיא דשטר מוקדם פסול לענין לגבות מבני חורין נגד בע"ח מאוחר דזה הוי כמו טריפה ממשעבדי דפסול לכ"ע ע"ש אך אין נפקותא בדין זה לשיטת המחבר בסי' ק"ד סי"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לענין גבייה מבני חורין וא"כ נהי דהשטר פסול מ"מ כיון דגובין בשטר זה מבני חורין וידוע באיזה זמן נכתב אף שהשטר פסול מ"מ מלוה ע"פ הוא וקודם אף למלוה בשטר לענין ב"ח ואפשר דמשו' הכי השמיט בסמ"ע דין זה אך מ"מ יש לדון בשטר מוקדם ומפורש בו שאין בו אחריות אי פסלינן ליה דהכא לא שייך למיגזר שמא יטרוף בו מזמן ראשון כיון שאין בו אחריות או דילמא אף שאין בו אחריות איכא למיגזר ביה משום בע"ח מאוחר לשיטת המחבר בסי' ק"ד דקודם אף למלוה בשטר לענין ב"ח וכן לשיטת הש"ך שם הדין הוא דחולקים וא"כ איכא למיגזר שיגבה מזמן ראשון נגד מלוה בשטר מאוחר שלא כדין וא"כ לפי שיטת הרב בהגה דמוקדם פסול לגמרי ה"נ פסול לגמרי ולזה הדעת נוטה:

ג כשלא הקדימו העדים זמנו בכוונה וכו'. מקור דין זה הוא מדברי התוס' בפ' א"נ ופ' המניח אהא דמוקי ר"ל מתניתין דשט"ח המוקדמי' פסולים כר"מ דקניס בשטר שיש בו רבית קרן אטו רבית ור"י מוקי ליה אף כרבנן וגזרינן שמא יגבה בו מזמן ראשון והקש' דתיפוק ליה דהעדים פסולים וע"ז תירצו דמיירי שאומרים דטעו בעבורא דירחא או בשנת המלך והר"ן והנ"י בשם הרמב"ן תי' דמיירי שכתבו שטר ללוה בלא מלוה והלוה לא לוה עד לאחר זמן ואע"ג דאין העדי' רשאים לעשות כן אלא בשטרי אקנייתא כרב אסי מ"מ מאן דלא גמיר לדר"א לא מיפסל והביאו דברים אלו הסמ"ע והש"ך ולפענ"ד נראה לתרץ קושית התוס' בדרך אחר והוא משום דקי"ל בפ"ב דגיטין דנכתב ביום ונחתם בלילה פסול בכל השטרות משום מוקדם ואע"ג דההלוא' היתה ביום מ"מ כיון שהשטר לא נחתם אז ה"ל מלוה ע"פ ואינו טורף ממשועבדים וכשהשטר נחתם בלילה או נכתב ונחתם אחר זמן ההלואה אתי למטרף מזמן ראשון שלא כדין ופסול וכמבואר לקמן בס' ט"ז וי"ז והנה בס"פ ג"פ איתא דר"י ור"ל ס"ל תרוייהו דשיעבודא דאוריית' ומן התורה מלוה ע"פ גובה מן הלקוחות אלא מדרבנן מלוה ע"פ אינו גובה מהלקוחות משום פסידא דלקוחות כיון דלית ליה קלא וא"כ לפ"ז בכה"ג בשטר מוקדם שכתיבת השטר היה אחר ההלואה אף שכתבו העדים זמן ההלואה לא נפסלו העדים כלל דהא מן התורה גובה מן הלקוחות מזמן ההלואה אלא דמדרבנן לא גבי וא"כ כשהעדי' חתמו על שטר מוקדם כזה לא עברו אלא על איסור דרבנן וא"כ לא נפסלו כלל דהא בעבירה דרבנן בעינן דוקא שעבר משום חימוד ממון אבל בלא חימוד ממון לא נפסלו כמ"ש התוס' שם לענין רבית

וכמבואר בסי' ל"ד ס"ג בהגה ולפ"ז ניחא דלכך הוצרכו ר"י ור"ל לשנויי דטעמא דשט"ח המוקדמי' דפסולים או משום קנס או משום גזירה דהא במתניתין סתמא קתני שט"ח המוקדמים פסולים ומשמע אף במוקדם כזה שנחתם אחר זמן ההלואה נמי פסולים ולדידהו לטעמייהו דס"ל תרוייהו שעבודא דאוריי' אין העדי' נפסלים כלל בכה"ג כיון דליכא חימוד ממון וא"ש וזה נכון לדינא דבשטר מוקדם כזה דכתיבת השטר היה אחר זמן ההלואה וכתבו בשטר זמן ההלואה תליא בפלוגתא דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא אין העדים נפסלים כיון דליכא אלא עבירה דרבנן ובעבירה דרבנן לא נפסל אלא בדאיכא חימוד ממון ולמאן דס"ל שעבודא לאו דאוריי' נפסלים העדים כמו אם חתמו בשאר שטר מוקדם גמור:

ד בד"א שכתוב בו דאקנה אבל אם לא כתוב בו דאקנה פסולים. הה"מ פכ"ג מה"מ תמה על הרמב"ם שסתם דשטרי חוב המאוחרים כשרים ולא חילק בין כתוב בו דאקנה או לא כדמוכח להדיא בב"ב פ' מי שמת דף קנ"ז דפריך הש"ס ואי ס"ד דאקני לא משתעבד מאוחרים אמאי כשרי' דאקני הוא אלמא דבלא כתוב דאקני פסולים ולכאורה יש לתרץ דהרמב"ם ס"ל דהא דקאמר הש"ס מאוחרים אמאי כשרים דאקני הוא היינו אף דלא כתב בפירוש דאקני הוי כאלו כתב בפירוש דאקני דכיון דהלוה מצוה לעדים לאחר השטר הרי משעבד את הנכסים שיקנה אחר ההלואה עד הזמן הכתוב בשטר ולכך כל שט"ח המאוחרים כשרים דהוי כאלו כתב בהם דאקני בפירוש וכן מצאתי למהרש"ק בהגהו' הט"ז שתי' כן וקילס מאוד סברא זו ולדעתי לא יחלוק עלי' שום אחד מהפוס' דהא סברא זו לא שייכא אלא כשאחרו העדים מדעת הלוה אבל כשאחרו שלא בידיעת הלוה לא שייך טעם זה וא"כ י"ל דכל הפוס' האלו דמצרכי דאקני מיירי שלא מידיעת הלוה וכן מוכח דהא בש"ס ופוסקי' אמרי' הא דשט"ח המאוחרי' כשרים הוא דוקא בשטרי הלואה אבל בשטרי מו"מ אף המאוחרי' פסולי' וכמ"ש הרמב"ם והט"ו בסעיף שאח"ז ובשטרי מקח דמאוחרי' פסולי' מיירי דוק' שאחרו שלא בידיעת המוכר שהוא הנותן השטר דהא בידיעתו הוא כשר כמ"ש הש"ך בסק"ל א"כ מוכח דבשטר הלואה אף שאחרו שלא מדעת הלוה שהוא הנותן השטר מ"מ כשר ולכך בעינן דוקא שכתוב בו דאקני מפורש וכן צ"ל לפי דברי הרשב"ם שפי' בפ' מי שמת הא דקתני מאוחרים כשרים מיירי שכתבו השטר זמן מרובה אחר ההלואה ע"ש שפי' כן בקושית הש"ס ולפי דבריו קשה מאי פריך ואי ס"ד דאקני לא משתעבד מאוחרים אמאי כשרים דאקני הוא ומאי קושיא הא הטעם דס"ד דאקני לא משתעבד הוא משום דאין אדם מקנה דשלב"ל וא"כ אי מיירי שהלוה מצוה לכתוב השטר אחר זמן ההלואה מאי דשלב"ל הוא זה הא

הוא משעבד עצמו עכשיו בשעת הכתיבה והרי כבר באו הנכסים לעולם קודם הכתיבה ויכול לשעבד אותם עכשיו א"ו דמאוחרים כשרים משמע בכל גווני אף שלא בידיעת הלוה ופריך שפיר:

ה אבל בשטרי מו"מ אפילו מאוחרים פסולים. הטעם מבואר בש"ס ופוס' דאיכא למיחש שמא אח"כ יחזור וימכרנה להמוכר ויוציא אח"כ זה השטר שזמנו אחר אותה מכירה ויאמר הדרית וזבנית מינך. ויש לי מקום עיון בשטר מקח שאין בו זמן כלל אם הוא כשר או לא דלכאורה נראה דאף באין בו זמן כלל איכא למיחש להאי חששא דדילמא יחזור וימכרנה להמוכר בשטר ועדיין יחזיק הלוקח בהשדה זמן מה לאכול הפירות קודם שיחזיק בה המוכר וכיון שהלוקח יהיה עדיין מוחזק בהשדה יוציא שטרו שאין בו זמן ויטעון ויאמר הדרית וזבנית מינך וליכא למימר דזה חששא רחוקה הוא למיחש שיחזור וימכרנו להמוכר ועדיין יהיה הלוקח מוחזק בהשדה דמסתמא כשהמוכר חוזר וקונה השדה מחזיק בשדהו מיד זה ליתא דהא במי שאבד שטרו ובא לב"ד ואמר אבד שטר מקחי דקי"ל בפ' ג"פ דכותבין לו בלא אחריות וכתבו התוס' שם והט"ו בסי' רל"ט ס"א והרב בהגה לעיל סי' מ"א ס"א דכותבין שטר מזמן ראשון ולא מזמן שכותבין לו ב"ד משום דחיישינן דילמא חזר ומכרה להמוכר ואח"כ יוציא שטר זה ויאמר הדרית וזבנית מינך אלמא אף דזה שבא לב"ד לכתוב לו שטר מקח אחר הוא מוחזק בהשדה מ"מ חיישינן לזה דילמא חזר ומכרה להמוכר ועדיין הוא מוחזק בשדה לאכול הפירות אמנם ראיתי להרב בעל ת"ח בפ' ג"פ בסוגיא זו דמי שבא ואמר אבד שט"ח שכתב על מ"ש התוס' שם דכותבין דוקא מזמן ראשון אבל לא מזמן שני דה"ה בלא זמן כלל כותבין דליכא למיחש שיאמר הדרית וזבנית מינך כיון דבשטר שחזר ונטל המוכר יש בו זמן מפורש ובשטר הלוקח אין בו זמן נאמן לומר המוכר שיש בשטרו זמן מבורר להלוקח שטרך מוקדם לקנייתי דכיון שיש בשטרו זמן מבורר נותנין לו והביא ראיה מהא דאיתא לקמן בסכ"ג דראובן ושמעון שיש לכ"א מהם שטר על לוי באחד מהן כתוב בכ"ה בניסן ובאחד כתוב בניסן סתם ואין ללוה אלא שדה אחת שאין בו כדי חובות שניהם נותנים אותו למי שכתוב בו בכ"ה בניסן דשמא שטרו של השני בסוף ניסן אלמא שנותנים למי שהזמן מבורר בשטרו אלו דבריו ז"ל ואין דבריו נלפענ"ד דכיון דהתם מיירי דהלוקח שבא לכתוב שטר שני שאין בו זמן הוא מוחזק בשדהו א"כ פשיטא דאף אם יוציא המוכר שטרו שחזר וקנהו ממנו יהא יכול הלוקח להחזיק בהשדה ע"פ שטרו שיאמר שטרי מאוחר לקנייתך כיון שאין בו זמן כמו בשובר סתם דמבטל אף שטר שיש בו זמן מפורש כמבואר בש"ס בפ' ג"פ דמה"ט שט"ח המאוחרים כשרים ע"ש וכדלקמן סי' נ"ד

ול"ד להה"א דסכ"ג דהתם כיון שאין שום אחד מהתובעי' מוחזק בהשדה יותר ראוי ליתן למי שהזמן מבורר בשטרו וכדמשמע מלשון המחבר שם שכתב נותנין אותה לראובן וכן הרמב"ם בספ"כ מה"מ כתב מורידין לתוכה את ראובן משמע שאין שום אחד מוחזק בה אבל כשאחד מוחזק בה אין יכול האחר להוציא' מידו אף שהזמן מבורר בשטרו וראיה ברורה לזה מדברי התוס' בגיטין דף י"ז ע"א ד"ה מפני מה תקנו זמן בגיטין שהקשו התוס' שם דגט שחרור למה תקנו בו זמן דאי משום מעשה ידיו וכו' וכתבו ואומר ר"י דתקנו זמן דאי לא הוי בו זמן פעמי' שהיה אדם מוכר עבדו ואח"כ כותב לו גט שחרור בלא זמן והיה אומר העבד לרבו שני אייתי ראיה ששטר מכר שלך קודם שחרור שהעבד הוא מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השעבוד הרי להדיא דאף דבשטר לקיחת העבד כתוב בו זמן ובשטר שיחרור לא כתב בו זמן והרי הן כשני לוקחי' דהרי העבד קונה א"ע בשטר אפ"ה אין האדון שכתוב זמן בשטרו יכול להוציא מהעבד שיעבודו שאין זמן בשטרו כיון שהעבד מוחזק בעצמו שוב מצאתי בס' אס"ז להגאון מ' בצלאל אשכנזי בפ' איזהו נשך דף ע"ב גבי שט"ח המאוחרים כשרים דכתב דבשטרי מקח וממכר בין מוקדמים בין מאוחרי' פסולים לפיכך צריך לאזהורי בשטר מכר לכתוב יום המכירה בפירוש בכמה בחודש דאי כתוב בניסן סתמא דילמא הדר זבנה ניהלה בסוף ניסן (צ"ל בעשרה בניסן) ואיהו קטעין אין זבניתיה ניהליה בחד בניסן ואנא זבניתיה ניהלך בעשרה בניסן והדרית וזבניתיה מינך בעשרי' בניסן והאי שטרא דאיתא בידי בר עשרים בניסן הוא עכ"ל הרי דס"ל להדיא דהלוקח המוחזק בשדה אף שאין זמן מבורר בשטרו יכול להחזיק בשדה ולומר להמוכר הדרית וזבנית מינך אף שבשטר המוכר מבורר הזמן ובשטרו אין מבורר ודלא כהת"ח אך לפ"ז שטר מכר שאין לו זמן כלל או שכתוב בו בניסן סתמא ראוי ליפסל כמו שטרי מקח וממכר המאוחרים וליכא לאקשויי מהא דפרש"י בס"פ ווי שהיה נשוי גבי הני תרי שטרי דנפקי חד כתוב בו בניסן סתמא וחד בה' בניסן המבואר בסכ"ז דמיירי בשטרי מקח וממכר וכן הרמב"ם בספ"כ מה"מ כתב דדין זה הוא אף בראובן ושמעון שמכר להן לוי שדה אחת בשני שטרות שטרו של זה בה' בניסן ושטרו של זה בניסן סתם וכן הדין בשטר שאין בו זמן כלל כמ"ש הה"מ שם ותיפוק ליה דשטר מכר שאין בו זמן מפורש בכמה בחודש הוא פסול לגמרי כמו המאוחר זה ליתא די"ל דהתם מיירי שנכתב בלא זמן או בניסן סתמא בידיעת המוכר דבכה"ג אף שטר מאוחר כשר כמ"ש הש"ך בסק"ל. אך באמת ק"ל טובא דאי אמרת דשטר מכר שאין בו זמן כלל פסול מה"ט דדילמא יחזור וימכרנה להמוכר ועדיין יחזיק בהקרקע ויאמר הדרית וזבנית מינך א"כ היכי כתב המחבר דשטרי מכר המאוחרים פסולים אא"כ כתב האיחור בפירוש דהיינו

שיהא כתוב בו שטר זה אחרנוהו וכתבנוהו ואכתי מה מועיל דהא אם המכירה היה בניסן ובשטר כתב בתשרי אף שכתוב בו אחרנוהו וכתבנוהו אכתי יש לחוש דילמא הלוקח חזר ומכרה להמוכר באייר ועדיין יחזיק בהשדה ע"פ שטרו שכתב זמנו בתשרי שיטעון ויאמר הדרית וזבנית מינך בסיון אלא שאחרתי הזמן לתשרי ולא מצינן לאפוקי השדה מיד הלוקח כיון שהוא מוחזק בה מידי דהוי אשטר שאין בו זמן כלל דהלוקח נאמן לומר הדרית וזבנית מינך לפי דברי האס"ז וזו היא קושיא גדולה לדבריו אם לא שנאמר דהאס"ז לכתחילה קאמר דצריך ליזהר בזה אבל בדיעבד אין השטר נפסל בכך וזה דוחק גדול דמה חילוק יש בין זה לשטר מקח מאוחר ע"כ נלפענ"ד עיקר לדינא כהת"ח ולא מטעמיה דנראה עיקר דהיכא שיש שטר ביד הלוקח שאין בו זמן ובשטר המוכר שחזר ולקחה יש בו זמן דהמוכר מוציא השדה מיד הלוקח שהוא מוחזק בו ולא מצי למימר הדרית וזבנית מינך והוא משום כיון דחזינן דמי שמחזיק בשדה חבירו ואוכל פירותיה אינו נאמן לומר לקחתיה אם לא בחזקת ג' שנים אלמא אף שהוא מוחזק בשדה אינו נאמן לומר לקחתיה דקרקע בחזקת בעלים הראשוני' עומדת וכאלו הוא בא להוצי' מיד בעלים הראשונים דמי א"כ ה"נ אם יש שטר ביד המוכר שחזר ולקחה ממנו והזמן מפורש בו והלוקח יש בידו שטר שאין בו זמן כלל א"כ כיון שמהשטר שיש ביד הלוקח אין ראיה די"ל שהיה קודם לקניית המוכר א"כ כיון שבשטר שיש ביד המוכר מבורר באיזה זמן קנה מוקמינן הקרקע בחזקת מרא קמא שהוא המוכר שיש בידו שטר קנין ואין הלוקח יכול לומר הדרית וזבנית מינך כיון דמשטרו שאין בו זמן אין ראיה די"ל דהוא קודם לשטרו של המוכר וא"כ הוי כאין בידו שטר כלל דא"נ להחזיק בשדה של אחרים בטענת לקחתי' ולפ"ז אין סתירה ג"כ מדברי התוס' דגיטין שהבאתי דהתם כתבו התוס' שפיר דכיון דבשטר שיחרור אין בו זמן יכול העבד שהוא מוחזק בעצמו לומר שטרי קודים לקניית האדון דליכא חזקה דממונא להאדון כלל משא"כ הכא בשטר שאין בו זמן א"י לטעון ולומר הדרית וזבנית מינך כיון דאין בו זמן מבורר הוי כאין בידו שטר כלל וא"נ לומר לקחתיה דאוקי הקרקע בחזקת מרא קמא ומעתה שטר מקח שאין בו זמן כלל או שכתוב בו אחרנוהו הוא כשר דליכא למיחש למידי דהא אי חזר ומכרה להמוכר אינו יכול להחזיק בהקרקע בשטר הלזה וזה נראה נכון מאוד בסברא ודלא כהאס"ז. אמנם עדיין יש לי מקום עיון בדברי הה"מ פכ"ג מה"מ שנראה לכאורה סותרים לדברינו דהה"מ כתב על מ"ש הרמב"ם שם בדין ז' דשטרי מקח וממכר אף המאוחרין פסולין דדילמא חזר ומכרה להמוכר ואח"כ יוציא השטר ויאמר הדרית וזבנית ממך פעם שנית ולמה לא ניחוש כן לשט"ח המאוחר שמא יפרענו קודם שיגיע זמנו ויכתוב שובר

ויחזור ויוציא שטר המאוחר ויטרוף שלא כדין לפי שכל הכותב שטר מאוחר תקנתו שיכתוב השובר סתם שכל זמן שיצא השטר ישבור אותו זה השובר וכתב עליו הה"מ וז"ל גם זה מבואר בגמרא וכתב הרמב"ן ז"ל ואם תאמר בשטרי מקח וממכר נמי יתקנו כן י"ל שאי אפשר כשקנה בנתים שיכתוב סתם בלי זמן שהרי יש לו אחריות עליו וטורף ממנו אם נטרפה מחמתו ואף שלא באחריות שמא מכרה או נתנה לאחר ואם כתב סתם ידו על התחתונה הילכך צריך להיות בו זמן מפורש ולפיכך פסלו המאוחרין ומ"מ אף שטרי מו"מ כשרין כל היכא דמפורש בהן שהן מאוחרין דליכא למיחש למידי עד כאן ואף בעיטור כתב כן ומסתברא דה"ה בשטרי מו"מ אי כתיב בהו אחרנוהו וכתבנוהו כשרין עכ"ל ודברי הרמב"ן אלו הם בחידושיו בפ' ג"פ ע"ש. והנה בדברים אלו יש לתמוה מאוד וקשה ממ"נ אי ס"ל כסברא דידן דהיכא דאחד מוחזק בשדה ויש לו שטר שאין בו זמן ואדם אחר מראה שטר שיש בו זמן שקנה זה השדה מאותו שמכרה לו דאינו יכול להוציא השדה מידו משום דהמוחזק יכול לומר שטרי קודם לקנייתך א"כ מאי תירץ הרמב"ן דאף בשטר שאין בו אחריו' צריך בו זמן דשמא מכרה או נתנה לאחר ואם כתב סתם יהא ידו על התחתונ' הא כיון שהוא מוחזק בשדה יהא יכול לומר שטרי קודם לקנייתך ואי דס"ל כסברת הת"ח דשטר שהזמן מבורר בו עדיף ויכול להוציא מיד המוחזק שאין בשטר שלו זמן א"כ למה ליה להרמב"ן לתרץ דצריך זמן משום אחריו' או משום שמא מכרה לאחר הלא קושית הרמב"ן מעיקרא לק"מ במה שהקשה דיתקנו בשטרי מקח כשהמוכר יחזור ויקחנה דלא יכתוב בו זמן ושטרי מקח המאוחרי' יהיו כשרין דאכתי מה יועילו חז"ל בתקנתן כיון דבשטר שיהי' ביד הלוקח יהא מפורש בו הזמן ובשטר שיהיה ביד המוכר לא יהיה בו זמן א"כ הלוקח שמפורש בו הזמן יוציא מיד המוכר שיאמר שטרך מוקדם לקנייתי כיון שבשטרו מפורש בו הזמן ובשטר המוכר אין בו זמן כמ"ש הת"ח ולא מצאתי מקום ליישב זה אם לא שנאמר ע"פ דקי"ל בפ"ק דב"מ דגזלן שמכר שדה שאינו שלו ואח"כ חזר ולקחה הגזלן מהבעלים הראשונים דהמקח קיים משום דאמרינן דלכך חזר ולקחה כי היכא דליקום בהימנותא וכ"פ לקמן סי' שע"ד ס"א ולפ"ז י"ל דהרמב"ן ס"ל כהאס"ז דהיכא דבעל השטר שאין בו זמן הוא מוחזק ידו על העליונה ויכול לומר לחבירו שזמנו מוקדם או מאוחר וא"כ הקשה שפיר דיתקנו דבשטר שיחזור המוכר ויקחנה לא יהיה בו זמן ויהיה נאמן לומר הדרית וזבנית מינך ושטרי מקח המאוחרים יהיו כשרים וע"ז מתרץ הרמב"ן דאכתי איכא ריעותא דחיישינן שמא הלוקח שמכרה לו מכרה או נתנה לאחר ג"כ וא"כ כשלא יהיה זמן בשטרו יהיה ידו על התחתונה שהלוקח שיש בידו שטר המאוחר יעשה קנוניא עם הלוקח האחר שמכרה

או נתנה לו וא"כ יזכה בה אותו לוקח האחר ממ"נ דאי המוכר שיש בידו השטר שאין בו זמן יטעון שקנהו מהלוקח שלו קודם שמכרה אותו להאחר א"כ השטר מאוחר שביד הלוקח שטר מעליא הוא וא"כ כשמכרה מקודם לאיש אחר דבר שאינו שלו ואחר כך חזר וקנהו מהבעלים א"כ זכה בו אותו אחר שמכרה לו מקודם דכיון שחזר וקנהו ניחא ליה דליקום בהימנותא ובאם שהמוכר יטעון שקנה אותו מהלוקח שלו אחר זמן שטר המאוחר ובעת שמכרה הלוקח שלו להאחר עדיין לא היה שלו מ"מ תיכף שקנה אותו מהמוכר קנהו הקונה הראשון דניחא ליה דליקום בהימנותא ואף שמכרו אח"כ להמוכר לא מהני מידי וכשיטת רש"י והטור שהביא הרב בהגה סי' שע"ד ס"ב ואפשר שאף הרמב"ם מודה לסברא זו כמ"ש הב"י והד"מ שם וא"כ כיון דאיכא ריעותא אף בכה"ג לכך פסלו חז"ל שטרי מקח המאוחרין וא"ש. אך אף שהתי' הלזה הוא נכון וחריף מ"מ קשה מאוד להעמיס דברים אלו בדברי הרמב"ן והה"מ ותמיהני מאוד שלא הרגיש בזה שום אחד מנושאי כליו של הה"מ וגם לפי תי' זה עדיין מוכח מוקשית הרמב"ן והה"מ דס"ל כסברת האס"ז דבשטר שאין בו זמן יכול המוחזק להחזיק במה שבידו לומר הדרית וזבנית מינך ודלא כהת"ח וא"כ לפ"ז בשטרי מקח שאין בו זמן כלל או שאין מפורש בו ימי החודש פסול כמו שטרי מקח המאוחרין וכמ"ש האס"ז וא"כ הדרא קושין לדוכתה דאמאי ס"ל לבעל העיטור והרמב"ן והה"מ והמחבר דבשטרי מקח אי כתוב בו אחרנוהו השטר כשר הא אכתי איכא חששא וריעותא להמוכר שהלוקח יאמר הדרית וזבנית מינך והנה בדברי המחבר י"ל דמ"ש אא"כ כתב האיחור בפירוש היינו שכתב להדיא בשטר שזמן המכירה. היה בזמן פ' ואחרנוהו להזמן שבשטר אך מדברי העיטור שהביא הה"מ משמע דאף שלא כתב רק אחרנוהו לבד נמי כשר וכן משמע מלשון הרמב"ן בחידושיו פג"פ שכתב ומיהו להההיא תקנתא קמייתא דר"א אף שטרי מקח כשרין דכל היכא דמפורש בהן שהן מאוחרים ליכא למיחש למידי עכ"ל ותקנתא קמייתא דר"א מפורש בש"ס דא"ל ר"א לספרי כי כתביתו שטרי מאוחרי כתבו הכי שטרא דנן לא בזמניה כתבינהו אלא אחרינהו וכתבינהו אלמא אף דלא נכתב זמן ההלואה רק בסתם אחרנוהו נמי כשר וה"ה בשטרי מקח נמי ואפשר לתרץ ע"פ מה דאמרינן בפ"ב דגיטין דף י"ז לענין זמן דגיטין דאם כתוב בגט שבוע שנה חודש שבת כשר ופריך עלה א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן ומשני דאהני לשבוע דקמיה ולשבוע דבתריה ופירש"י לשבוע דקמיה אם זינתה תיהרג ולשבוע דבתרי' לפירו' שאם ימכור בהם תוציא גיטה ותגבם וכ"פ באה"ע סי' קכ"ז ס"ז והב"ש שם בס"ק י"ב כתב דל"ד למוקדם או נכתב ביום ונחתם בלילה דפסול משום בת אחותו אע"ג דאהני לשבוע דקמיה וכן גט מאוחר דפסול משום

פירות אע"ג דמהני לשבוע דבתריה דשאני התם דלא כתב כתיקון חז"ל ונכתב בשקר אבל כאן ליכא שקר ומהני לשבוע דקמיה ולשבוע דבתריה ולפ"ז י"ל דאע"ג דחז"ל פסלו שטרי מקח המאוחרין מחשש שיגיע היזק להמוכר לו אע"ג דמהני להמכירה שאחר זמן הנכתב בשטר היינו משום שנכתב בשקר כמו בגט מוקדם או מאוחר משא"כ כשכתו' בשטר מפורש דאחרוהו א"כ לא נכתב השטר בשקר אע"ג דאכתי איכא חששא דילמא חזר המוכר וקנהו קודם הזמן מ"מ כשר דהא מ"מ מהני הזמן שבשטר לשבוע דבתריה דהיינו שאם יקנה אותה אחר זמן השטר יועיל הקנין וכמו בכתוב בגט שבוע סתם דכשר ולפ"ז ה"נ בשטר מקח אם כתב בניסן סתם כשר אף לכתחילה לשיטת רש"י והפוס' שם דבכתוב בגט שבוע חודש שבת כשר אף לכתחילה ודלא כהאש"ז. ובאופן אחר יש לישב דברי הרמב"ן והוא דס"ל נמי דאם בשטר הלוקח אין בו זמן ובשטר המוכר שלקחה ממנו יש בו זמן יכול המוכר להוציא ממנו משום דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא שהוא המוכר דמשטר הלוקח אין ראיה די"ל שהוא השטר הראשון שלקחה מן המוכר ולכך שטר מקח שאין בו זמן או שכתוב בו אחרנוהו כשר דליכא למיחש למידי ואפ"ה הקשה הרמב"ן שפיר דיתקנו בשטרי מקח שחוזר המוכר וקונהו שיוכתב בלי זמן דיהא יכול לומר הדרית וזבנית מינך ולא תקשה הא בשטר הלוקח יש בו זמן ואוקי ארעא בחזקתיה די"ל ע"פ מה שהוכחתי בסי' מ"ו סל"ז דהאי חזקה דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא בתורת חזקה אתינן עלה ולא משום דהוי כמוחזק בממון ע"ש וא"כ בכה"ג שבשטר המוכר אין בו זמן ובשטר הלוקח יש בו זמן נאמן המוכר לומר הדרית וזבנית מינך דלא שייך כאן לומר אוקי ארעא בחזקת מרא קמא שהוא הלוקח דא"כ ע"כ צריך אתה לומר שהלוקח לקחה מזמן הקודם לשטר הקניה שלו וחזר ומכרה להמוכר ואח"כ לקחה פעם שנית אדרבה מוקמינן הקרקע בחזקת מרא קמא דהיינו המוכר ואמרינן שלא מכרה להלוקח אלא בזמן הכתוב בשטרו דאז איתרע חזקה שלו ודמיא למ"ש הרב רמ"א בסי' ל"א סכ"ג בהגה דמי שהעיד בב"ד ואח"כ העידו עדי' עליו שעבר עבירה ואינן יודעין אם עבר קודם שהעיד או אח"כ מוקמינן אותו בחזקת כשרו' ואמרינן השתא הוא דאתרע וא"כ ה"נ אמרינן דמוקמינן הקרקע בחזקת המוכר עד הזמן שבשטר הלוקח דאז מכרה לו וא"כ ממילא שטר הקניה של המוכר הוא אח"כ וא"כ כיון דאיכא חזקה למוכר וחזקה להלוקח אין מוציאין אותה מיד המוכר שהוא מוחזק בה וא"ש ובזה אפשר לתרץ גם הקושיא הראשונה שהקשיתי על הרמב"ן די"ל דהא דמתרץ דצריך זמן משום דשמא מכרה לאחר ויהיה ידו על התחתונה הוא ג"כ מטעם הלזה דאף שיהי' מוחזק בשדה מ"מ אינו יכול לומר שטרי קודם לקנייתך משום דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא ואמרינן

דלא נמכר אלא בזמן המפורש בשטרו של האחר ואף דאכתי יהיה יכול לומר שנמכר לו באותו יום בעצמו ונמסר לו השטר תחילה כמבואר בסי' ר"מ ס"ד ובסמ"ע שם מ"מ שמא יטעון האמת שקנהו קודם לכן ויהיה מוחזק כפרן ובזה יתיישבו דברי התוס' בגיטין בשם ר"י שלא יסתרו לדברי הרמב"ן דהתם י"ל דתקנו זמן בשיחרור כדי שלא יאמר ששניהם ביום אחד היו ולו נמסר שטר השיחרור תחילה כנ"ל ודוק היטב בכ"ז. שוב מצאתי בטור בס"ס ר"מ שכתב בשם הרמ"ה הא דדיינינן דין שודא כגון שנתן וכו' אבל היכא שהקנה ראובן כל נכסיו לשמעון וחזר שמעון בו ביום והקנה כל נכסיו לראובן ואין אנו יודעים מי הוא אחרון שזוכה בכל הנכסים לא דיינינן ביה שודא דכיון שכל אחד ואחד היה מוחזק בנכסים תחילה מוקמינן לנכסי דכל חד בחזקתם הראשונה ע"ש הרי אף דודאי הקנה ראובן כל נכסיו לשמעון והיו בחזקת שמעון מ"מ אמרינן דאוקמינן אותו בחזקתו הראשונה ואמרינן דחזר וקנהו משמעון וא"כ ה"נ יש להעמיד הקרקע בחזקת המוכר שהוא חזקתו הראשונה לומר שחזר וקנהו ושטר הלוקח הוא קודם לקנייתו ועדיין אני נבוך בענין הזה והדברים צע"ג לדינא:

ו אא"כ כתב האיחור בפירוש. הב"ח הקשה דא"כ במוקדם נמי נכשיר אי כתב בו הקדמנו ליום פ' ולא נחתם עד יום פ' ותי' דשאני מאוחרין דאיכא בהו טעמא למה אחרוהו לפי שהמלוה מחל לו השיעבוד עד אותו הזמן א"נ לא היו נזכרים ליום הקנין והיו צריכים לאחר הזמן אבל הקדמה בלא זמן עולה הוא אפי' כתבו בו והקדמנוהו ואה"נ היכא דאיכא טעמא כגון שנכתב ביום ולא הספיקו להחתימו עד אחר זמן צריכי' לכתוב בו שנכתב ביום פ' ולא נחתם עד יום פ' כמבואר בס"י עכ"ד ונראה דלא קאמר דבמוקדם לא מהני לכתוב והקדמנוהו משום דעולה הוא אלא לכתחילה אבל בדיעבד כשר בכה"ג כדמשמע בש"ס דאמרינן טעמא דמוקדמים פסולים משום גזירה שמא יגבה מזמן א' ולא קאמר טעמא משום דעולה הוא אלמא כל היכא דלא שייך האי גזירה כגון שכתב בו הקדמנוהו כשר וכ"כ הבעה"ת בריש שער נ"ו דהיכא דכתוב בו הקדמנוהו כשר ומשמע התם דבכל גווני כשר ע"ש:

ז כל שטר. עיין בש"ך במה שהשיג בזה על הב"ח ועמ"ש בס"ס ל"ט בזה ע"ש:

ח נכתב ביום ונחתם בלילה פסול בד"א כשאינם עסוקים באותו ענין אבל עסוקים באותו ענין כשר. מדברי המחבר מוכח דנכתב ביום ונחתם בלילה פסול אף שגם ההלואה היתה ביום מ"מ כיון שלא נחתם עד הלילה הוי כמלוה ע"פ עד זמן החתימה והוי מוקדם דהא בסעיף שאח"ז כתב הא דעסוקים באותו ענין כשר הוא דוקא בשטר הלואה משום דנשתעבד ביום מחמת ההלוא' א"כ מוכח דבאינם עסוקים באותו ענין

פסול אף שההלואה היתה ביום והוי מוקדם ופסול למגבי אף מזמן שני כמו בשאר שט"ח המוקדמין ומכאן יש להקשות לשיטת הש"ך בסי' נ"ב בשם הגידולי תרומה לענין שטר שנכלל בו הקרן ורבית ביחד דאינו גובה אף הקרן משום שמא יבוא לגבו' בו אף הרבית וכתב הגיד"ת שם דכשנכלל רבית דרבנן עם הקרן בזה כ"ע מודים דגובה את הקרן דלא גזרינן קרן אטו רבית אלא בדאורייתא והנה הא דגזרינן בכלול קרן ורבית ביחד שלא יגבה אף הקרן הוא מדברי התוס' והרא"ש פא"נ דילפי לה משט"ח המוקדמין דפסולים אף מזמן שני משום גזירה שמא יגבה מזמן א' וה"ה בשטר שכלול קרן ורבית ביחד וא"כ כיון דברבית דרבנן ס"ל להגיד"ת דלא גזרינן א"כ בנכתב ביום ונחתם בלילה וההלואה היתה ביום אמאי פסול לגמרי לפי דעת גדולי הפוס' והב"י בסי' ל"ט דס"ל שעבודא דאורייתא ומן התורה מלוה ע"פ גובה ממשעבדי אלא דחז"ל תקנו דאינו גובה משום פסידא דלקוחות כיון דלית ליה קלא אם כן בכה"ג דנכתב ביום ונחתם בלילה וההלואה היתה ביום כיון דגובה ממשעבדי מזמן ההלואה דמלוה ע"פ גובה ממשעבדי וכ"ש הכא שצוה הלוה לכתוב ביום כדי לגבות בו אף ממשעבדי וא"כ נהי שלא נחתם עד הלילה ומדרבנן לא גבי ממשעבדי עד זמן החתימה מ"מ הכא קושית הש"ס פ' א"נ במ"ע נהי דלא גבי מזמן ראשון ניגבי מזמן שני דהכא ליכא למימר גזירה שמא יגבה מזמן א' דהא אף אם יגבה מזמן א' יגבה כדין מדאורייתא אלא דמדרבנן לא גבי ולענין דרבנן לא גזרינן כמו ברבית דרבנן ודוחק גדול לומר דאינו פסול לגבות אלא מזמן א' דמסתימת הש"ס והפוס' לא משמע כן אך לק' בסי' נ"ב העליתי דלא כהגיד"ת והש"ך וא"כ ניחא הכא בפשיטות:

ט אבל אם לקח מיד בקנין וכו' הטעם משום דקנין יש לו קול וטורף אף ממשעבדי ולפ"ז נראה פשוט בשטר מכר שנכתב ביום ונחתם בלילה כשר דהא קי"ל בסי' רט"ז בהמוכר שדהו בעדים אף בלא שטר גובה ממשעבדי והוא הלכה פסוקה פחז"ה דף מ"ב וא"כ ליכא גריעותא במה שנחתם בלילה דהא מחמת המכירה גופה שנמכר ביום גובה ממשעבדי ויש לתמוה על לשון רש"י והר"ן בפ"ב דגיטין דף י"ז שכתבו במשנה על הא דאמר ר"ש כל הגיטין שנכתבו ביום ונחתמו בלילה פסולין חוץ מגיטי נשים וכתבו רש"י והר"ן כל הגיטין של מכר ומתנה והלואה פסולין דאתי למיטרף לקוחות מיומא דכתיבה ושלא כדין עכ"ל ומאי גזירה שייך התם הא טריף מיום המכירה אף בלא שטר וצ"ל דהם מיירי שמכר שלא בעדים רק בפני אחד והוא כתב השטר ביום ובלילה צוה לחתום שני עדים דבכה"ג פסול ודוחק או דמיירי שלא נתן הכסף עד הלילה ובגוונא דקונה בשטר לבד וכדלקמן סי' קצ"א אבל היכא דנתן הכסף ביום גם הם מודים דנכתב ביום

ונחתם בלילה כשר וליכא למימר דכיון דבמקום שכותבין השטר לא קנה בכסף לבד עד שיכתוב השטר דוקא כדאיתא בסי' ק"ץ ס"ז לכך פסול בנכתב ביום ונחתם בלילה זה ליתא כיון דהטעם הוא דלא סמכה דעתיה עד שיכתוב את השטר מסתברא דלענין זה ליכא למיפסל נכתב ביום ונחתם בלילה כנ"ל ודוק:

י נותנים אותה לראובן וכו'. וכ' הרמב"ם בספ"כ מה"מ דדין זה הוא אף בראובן ושמעון שמכר להן לוי שדה אחת בשני שטרות בכה"ג נותנים אותה לראובן שהזמן מבורר בשטרו וכ"כ רש"י בפ' מי שהיה נשוי דהש"ס מיירי בשטרי מקח ואם שמעון כבר החזיק בשדה או שטרף מן הלקוחות אם ראובן יכול להוציא מידו בכה"ג כבר הארכתי בזה בסק"ג דא"י להוציא מידו ע"ש:

יא כתוב באותו יום בעצמו. אבל אם זמן השובר הוא קודם לזמן השטר השטר בתקפו ולא חיישינן דילמא שטר מאוחר הוא וכן מוכח בש"ס דפריך דשט"ח המאוחרין ליפסלו מה"ט דילמא יכתוב שובר ויהיה זמן השובר קודם לזהש"ט ומשני דכותבין שובר בלא זמן אלמא דאם זמן השובר קודם לזהש"ט השטר הוא בתקפו וכ"כ הש"ך בשם הריב"ש אך יש לעיין היכא דזמן השובר הוא קודם לזהש"ט יום א' אי אתרע שטרא כיון דאמרי' בפ' היו בודקין דרובא דאינשי טעי בעבורא דירחא א"כ חיישינן שמא ההלואה היה יום א' קודם ומפני שטעו בעבורא דירחא אחרו יום א' וכדקי"ל בסי' ל' ס"ז בעדים שא' אומר בב' לחודש וא' אומר בג' מצטרפי די"ל דטעו בעבורא דירחא ואחד יומא קמסהדי ע"ש ומה שהביאני לספק זה הוא דברי התוס' בפ' ג"פ ד' קע"א ד"ה שאם שכתבו אהא דאמר התם אברייתא דשטר שזמנו כתוב בשבת או בי' בתשרי שטר מאוחר הוא וכשר דברי ר"י ר' יוסי פוסל א"ר פדת הכל מודים שאם הוזקקנו לעונתו של שטר ונמצא עונתו מכוון' בשבת או בי' בתשרי ששטר מאוחר הוא וכשר לא נחלקו אלא בשטר מאוחר בעלמא דר"י לטעמיה דאין כותבין שובר לא נפיק מיניה חורבא ור' יוסי לטעמיה דכותבין שובר ונפיק מיניה חורבא וכ' התוס' על הא דנמצאת עונתו מכוונת לא שכתב להדיא כך בשטר אלא ג' בניסן ור"ח חל ביום ה' נמצא ג' בניסן מכוונת בשבת וכן ביום ב' וכו' ותימה נימא דטעה בקביעא דירחא ויהיה כשר לר' יוסי ואמאי פסול ולר"י נמי ניחא טפי למימר הכי ממה שנאמר שנכתב לחוכא בעלמא ותי' דמיירי אחר רובו של חודש דא"א שלא שמע וכ"כ בהג"א ע"ש והנה דבריהם תמוהים מאוד דהא ע"כ קושיית' אזלא בשאר שטר מאוחר דיהא כשר לר"י דהא אם כתוב בשבת באמת אף לר"י כשר כדאיתא בש"ס להדיא כיון דמוכח מתוכו שהוא מאוחר וע"כ צ"ל דקושיי' קאי דאף בשאר מאוחר דידעינן שאחרוהו יום א' יכשר לר"י דנימא דטעה בעבורא דירחא והדבר

תמוה מאוד דהא טעמא דר"י דמאוחר פסול משום חורבא דשובר וא"כ מאי מהני הא דטעו אטו משום פיסול העדים פסלינן לשטרא הא משום חורבא פסול ומה מהני הטעות דהא בשט"ח המוקדמין דפסולין משום גזירה דשמא יגבה מזמן ראשון כ' התוס' בפ' א"ב והמחבר בס"ח דמיירי בגוונא שאין העדים פסולין כגון שטעו בעבורא דירחא ואפ"ה פסלינן לשטרא משום גזירה וא"כ ה"ה במאוחר לר"י א"ו צ"ל דהכי אזלא קושית התוס' דמסוגי' זו משמע דכתוב בשבת כשר לר"י משום דמוכח מתוכו משמע אבל במאוחר דעלמא דידעינן שאחרוהו יום אחד פסול ואמאי פסול לר"י הא טעמו משום חורבא דשובר והכא ליכא חורבא כלל דאף שהשובר יהיה מוקדם יום א' לזמן השטר יבטל השטר דנימא דטעה בעבורא דירחא וכמ"ש זה נראה בכוונת דברי התוס' אך מ"מ צל"ע טובא דנימא דשובר דזמנו מוקדם לשטר יום א' דיבטל השטר לא מבעיא לפמ"ש זקיני מהרש"א בפ' היו בודקין דאין לנו לומר דטעו בעבורא דירחא אלא בב' עדי' שא' אומר בב' ואחד אומר בג' כיון ששניהם מעידין על גוף המעשה אנו תולין שא' מהם טעה בעבורא דירחא אבל בכת אחת שאומרת בג' והוזמו אין אנו תולין שטעו בעבורא דירחא ונעשה בב' כיון שאין מי שמעיד על המעשה הלזה שנעשה בב' והוכיח כן מתוס' דפסחים וא"כ ה"נ אמאי נאמר שטעו בזהש"ט והמעשה נעשה ביום אחר כיון שאין מי שמעיד כן אלא אף אם נאמר שלא כדבריו היינו דוקא כי איכא עידי הזמה אמרי' כן כדי ליישב דבריהם אבל הכא מה"ת נאמר שטעו בעבורא דירחא כדי לבטל השטר אדרבה נאמר שהשובר על הלואה אחרת ניתנה והשטר בתקפו ותדע דא"כ בשטר שטורפים בו מן הלקוחות ניחוש דילמא טעו בעבורא דירחא ונצטרך ליתן להעדים שבשטר כולה טעותא כדאיתא בפ"ק דפסחים ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא א"ו דבסתמא ל"ח לזה וא"כ אמאי ניחוש כן לענין שובר ודוחק לומ' כיון דכתוב בשובר שפרע הלואה שסכומו כך וכך שלוה באותו יום איתרע שטרו טפי ותלינן שזהו אותה הלואה שבשטר והעדים טעו בעבורא דירחא דמנ"ל להתוס' לומר כן וצ"ע:

יב נותנים למי שכתוב בו אדר סתם. הש"ך הביא מה שהעלה בי"ד דאין נותנים למי שכתוב בו אדר סתם אלא יחלוקו וכ"כ הש"ך בי"ד סי' ר"כ סקי"ז דאין נותנים למי שכתוב בו אדר סתם אלא יחלוקו וכדין שני שטרות שזמנם ביום אחד וכמו שנתבאר בח"מ סי' ק"ד ס"י עכ"ל ודבריו הם שלא בדקדוק דהא הש"ך פסק שם כן מחמת שהוא ספיקא דדינא אי אדר סתם הוא אדר א' או ב' וא"כ כיון דאף אם הוא אדר ב' מגיע החצי למי שכתוב בו אדר סתם דהוי כב' שטרות שזמנם ביום א' וא"כ כיון דהוא ספיקא דדינא דדילמא אדר סתם הוא אדר א' א"כ מגיע לו ג' חלקים ולמי שכתוב בשטר שלו אדר ב'

רק חלק ד' וכדין שנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וז"א ח"ש וכמבואר בסי' קי"ב ס"ד לענין דאקנה ע"ש:

מד

א אלא שאין וכו'. הסמ"ע כתב דאם לא החזיר מענינו הרחיק בין השטר לחתימת העדים ש"א אפ"ה אין למדין מש"א משום דלא חלקו חז"ל בתקנתן עכ"ל ובאמת כדבריו מבואר בתוס' והרא"ש ר"פ ג' ובטור כאן אלא דהש"ך והט"ז השיגו עליו דתוס' ורא"ש וטור לטעמייהו אזלי דס"ל דכל השטר פסול וא"כ ע"כ ס"ל דתקנת חכמים היתה להחזיר מענינו של שטר ולכך לא חלקו חז"ל בתקנתן ובכ"מ תקנו דאף שירצו להשאיר ריוח בין השטר לחתימת העדים מ"מ צריך לחזור מענינו של שטר ולכך אם לא החזיר פסול דכל שטר שלא נעשה כתיקון חכמים פסול אף שאין בו חשש זיוף אבל לדידן דס"ל דכל השטר כשר וכמ"ש הרמב"ן שאינו אלא עצה טובה שלא יאבד ש"א ולכך בהרחיק שיטה אחת דליכא חשש זיוף כשר ולפעד"נ עיקר כהסמ"ע דאף לשיטה הרמב"ן דכל השטר כשר מ"מ כיון דקי"ל אין למדין מש"א לא פלוג חז"ל בתקנתן וגזרו הרחיקו אטו לא הרחיקו וכ"כ הש"ך בעצמו בסק"ה בשיטת הרא"ש ומה"ת לעשות מחלוקת בין הרמב"ן והרא"ש בזה וכן מוכח מדברי הרמב"ן בחי' בפ' ג' שהשיג על הרשב"ם דס"ל דבכתב שריר וקיים למדין מש"א והשיג עליו דאין למדין מש"א לעולם דאלו היה דרך ללמוד ממנה לא היו מקשין סתם במס' גיטין והא בעינן שיחזיר מענינו של שטר בש"א ומפרקינן בדמהדר אלמא ליכא תקנתא לאכשורי לש"א עכ"ל ואם איתא דבהרחיק שיטה אחת למדין מש"א אכתי קשה מאי פריך הש"ש הא איכא תקנתא בהרחיקו שיטה אחת דהא דרך העדים כן הוא דהא מה"ט הצריכו להחזיר מענינו של שטר א"ו דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ועוד ראיה מדברי הטור גופיה דאי אמרת דעיקר טעמא דפסול בהרחיק ש"א הוא משום כיון דתקנת חז"ל היתה לחזור מענינו של שטר ה"ל שטר שנעשה שלא כתק"ח א"כ תקשה מהא דכתב הט"ו בסי' מ"ה ס"ז דהא דהרחיקו שני שיטין פסול היינו למיגבי ביה ממשעבדי א"ב מב"ח אם הלוה טוען פרעתי אבל א"י לטעון להד"ם ואף למ"ד בשט"ח המוקדמים דפסולים לגמרי יכול לטעון להד"ם מודים הכא כיון שניתנה עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים או בחזרת דברים כמ"ש הש"ך שם וא"כ הכא בהרחיקו שיטה אחת כיון שניתנה עדות זו להכשיר אם יחזיר מענינו של שטר בש"א לא יהיה נאמן לומר להד"ם עמ"ש בש"א ודוחק לומר דהטור מיירי הכא לענין משעבדי א"ו דטעמא דהכא משום דגזרינן הרחיקו אטו לא הרחיקו ולכך נאמן לטעון אף להד"ם

כמו בלא הרחיקו וא"כ ה"ה לשיטת הרמב"ן דלא היתה תקנה לחזור מענינו של שטר מ"מ אין למדין בהרחיקו משום גזירה דלא הרחיקו ויותר יש להוכיח כן מדברי הרא"ש ר"פ ג"פ שהוכיח דאף בהרחיקו דליכא חשש זיוף אין למדין מש"א מהא דפריך בפ"ק דגיטין גבי שטרא פרסאה דמסריה ניהליה באפי סהדי ישראל דגבי מב"ח דפריך והא בעינן לחזור מענינו של שטר וכו' והתם איירי אליבא דר"א דע"מ כרתי וכיון דאיכא ע"מ מידע ידעי אם זייף דאפילו לאחר כמה ימים דכירי אלמא אף. דליכא למיחש לזיופא בעי חזרה וה"ה הרחיק שטה אחת נמי ואי אמרת דטעמא דפסול כיון שלא נעשה כתק"ח א"כ קושית הש"ס ל"ק כלל דהא לענין גבי מב"ח איירי וא"כ א"י לומר להד"ם וגבי שפיר ודוחק גדול לומר דהש"ס פריך היכא דבש"א כתוב חיוב חדש שיהא נאמן לומר עליו פרעתי דמנ"ל להש"ס להקשות א"ו דטעמא הוא משום דגזרינן אטו לא הרחיקו ונאמן לומר אף להד"ם ופריך שפיר ובזה יש לתרץ הא דפריך הש"ס התם אח"כ אי הכי אפי' ממשעבדי נמי ולכאורה לשון א"ה אינו מדוקדק כלל דממ"נ אי השטר איתרע משום דלא איהדר א"כ פסיל אף למיגבי מב"ח ולפמ"ש א"ש דבכ"ז י"ל דמיירי בדלא איהדר ויש חילוק בין משעבדי לב"ח מה"ט דכתיבנא אבל למאי דחזינן דמוקי לה בדאהדר ולא ס"ל חילוק זה קשה שפיר א"ה אפי' ממשעבדי נמי וע"ש ברא"ש דמפרש לה התם דליכא חתימת עדים כלל ע"ש וא"ש ודוק:

ב ודוקא שחתמו העדים זה תחת זה וכו'. ופי' הש"ך כלומר אם נמצא דבר כתוב אין למדין מטעם כיון שאם העדים היו מניחים ריוח היה כשר אבל אם חתמו זה אחר זה למדין דכל השטר היה פסול אם היו העדים מניחים כך ריוח כדלקמן סי' מ"ה ס"י לכך ודאי לא הניחו כלום ולמידין ובאמת כן מבואר להדיא סי' מ"ה ס"י בהגה וע' בתשו' ראש יוסף למוהר"י אישקפה ז"ל דף כ"ג דפסק דאם חתימות העדים דבוק מאוד בכתב השטר אף שיש ריוח לפני חתימתן מותר להם לחתום דבכה"ג הוי דבר שא"י להזדייף דא"א לחתוך ולכתוב בחלק שלפני העדים פ' לוה מפ' אא"כ יחתוך גם כן מאותיות החתימה ויהיה ניכר הזיוף ע"ש ודבריו נכונים ולפ"ז בנמצא שחתמו העדים זה אחר זה וחתימתם דבוק מאוד בכתב השטר ונמצא כתוב ג"כ בחצי שיטה קודם חתימתן אזי למדין משיטה שלימה שלפני חתימתן משום דודאי היה כתוב בשיטה של מעלה דאל"כ היאך הניחו חלק שיטה שלימה וחצי שיטה שלפניהם אבל מחצי שיטה שלפני חתימתן אין למדין דדילמא לא היה כתוב שם כלל והם חתמו א"ע בכוונה דבוק להכתב ובכה"ג מותר להם לחתום נ"ל וק"ל:

ג ויחזרו ויחתמו שניהם. ע' בש"ך ולקמן סי' מ"ה סכ"א ומש"ש ע"ש:

מה

א דשנים יקראו לפניהם והן חותמין. זו היא שיטת הרא"ש והטור דשנים קורין והן חותמין אף לכתחילה אך הש"ך הכריע כשיטת בעל העיטור והב"י דאף בשנים קורין לא מהני לחתום לכתחילה ע"פ אף שהם מסל"ת אך דעבד מהני אף בלי מסל"ת אך שיטת בעה"ע גופיה הביאו הרא"ש לחלק בין מסל"ת או לא דכתב ומסתברא בשאר שטרות דאי מקרי להו לתרי דידעי למקרי במסל"ת חותם כדאמר בשטרא פרסאה אך הרא"ש השיג עליו דלא בעינן מסל"ת אלא בנכרי משום דאי הוי ידע דסמכינן עליה הוי משקר אבל בי תרי ישראל לא חשידי לשקר ובאמת דברי בעה"ע תמוהים מאוד דהיכי שייך בישראל מסל"ת דכי חשידי שני עדים לשקר ואי דס"ל כיון דחותם ע"פ הקוראין לפניו מיחשב כעד מפי עד א"כ מנ"ל דמהני מסל"ת דהא בשטרא פרסאה לא שייך עמפ"ע דהא קורין לפני ב"ד וא"כ הכא דלא מהני לחתום ע"פ הקוראים אף שהם שני עדים כשרים משום דהוי עד מפי עדים מנ"ל דמהני לחתום ע"פ מסל"ת דאטו בעד מפי עד מהני מסל"ת ונ"ל לתרץ דברי בעל העיטור בט"ט דהנה יש להקשות הא דבגיטין כ"ע מודים דקורין לפניהם וחותמין ולשיטת התוס' בעינן דוקא שני עדים כשרים הא אמרינן בגיטין ס"פ האומר דף ס"ז אמר לשנים אמרו לסופר ויכתוב ולפלוני ופלוני ויחתומו דהגט כשר ולא תעשה כן בישראל ופריך הש"ס כיון דכשר אמאי לא תעשה כן בישראל ומשני דחיישינן שמא תשכור עדים ופריך ומי חיישינן והתניא עדים החתומים וכו' ומשני מעשה לא עבדי דיבורא עבדי ופירש"י דיבורא עבדי אומר לאחרים לעשות והאחרים סבורים שהבעל צוה ופירשו התוס' כיון שהדבר לא נגמר ע"פ דבורם וצריך מעשה אחריו עבידי דמשקרי ויש פוסקים דהגט פסול מדרבנן מה"ט כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"כ סק"ז ע"ש וא"כ כיון דחזינן דחיישינן לעדים דמשקרי לומר לסופר שיכתוב ולעדים שיחתמו אף בלי צווי הבעל משום שהוא דיבורא בעלמא שהם אומרים לאחרים לעשות א"כ מה מועיל בגיטין קורין לפניהם אף שהם שנים לחתום על פיהם דהא כיון שהעדים אלו אינם עושים כלום רק שאומרים שכך כתוב בשטר ומצוים לעדים לחתום א"כ כיון שאינו אלא דיבורא בעלמא חיישינן דמשקרי אך זה לק"מ דהא חזינן דהש"ס דקדקו לומר דחיישינן שמא תשכור עדים ולא קאמרי בפשיטות כיון שהוא דיבורא בעלמא חיישינן דמשקרי אלמא חזינן דהש"ס ס"ל דאף שהוא דיבורא בעלמא לא חששו חז"ל דמשקרי בחנם דחזקה אין אדם חוטא ולא לו אלא דחז"ל חששו דבכה"ג שאינו אלא דיבורא בעלמא משקרי בעבור הנאת השכירות וא"כ בשלמא באומר אמרו שייך שפיר למיחש דילמא תשכור עדים שיאמרו שכן צוה הבעל אבל הכא בקורין לפניהם וחותמין

לא שייך למיחש דתשכור עדים דמנא ידעה לאיזה שנים מן השוק יצוו העדים לקרות לפניהם שתשכור אותם ולמשקרי בחנם לא חשדינן להו אף שהוא דיבורא בעלמא ולפ"ז ניחא שיטת העיטור די"ל דבעל העיטור ס"ל דפלוגתא דת"ק ורשב"ג מיירי בשנים קורין לפניהם והוי קשה ליה קושית הרא"ש דבשנים קורין מ"ט דרשב"ג דפסל בשאר שטרות וצ"ל דטעמא דרשב"ג דכיון שהוא דיבורא בעלמא חיישינן למשקרים אף בלא הנאת שכר ודוקא בגיטין הקלו משום תקנת עגונות קורין לפניהם וחותמים ולא חשדינן להו דמשקרים בלא הנאת שכר ודוקא באומר אמרו החמירו חז"ל דשייך שמא תשכור עדים וא"כ יפה פסק הבעה"ע כיון דאזלינן בשטרא פרסאה דמהימנינן אף לנכרים במסל"ת אלמא אף דחשידי לשקר מ"מ מהני מסל"ת א"כ ה"ה בשני ישראל קורין מהני במסל"ת אף שהוא דיבורא בעלמא זה נ"ל נכון מאוד בדברי העיטור ולפ"ז י"ל דבשנים קורין אף בדיעבד לא מהני בשטרות כיון שאינו אלא דיבורא בעלמא עבידי דמשקרי והשטר פסול כמו בגיטין באומר אמרו דיש פוסלים הגט מדרבנן מה"ט כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"כ. אך מדברי הטור והמחבר לק' בסי' רמ"ד שהביאו בשם הרמב"ן להכשיר באומר אמרו בשטר מתנה משמע דדוקא גבי גט חיישינן שמא תשכור עדים ולא בשאר שטרות אך י"ל דהרמב"ן ס"ל דאף בגיטין אינו אסור באומר אמרו אלא לכתחילה ובאמת אף בשטר מתנה אסור לכתחילה אלא דלא נחית התם לזה ע"ש וגם י"ל דאף הבעה"ע דס"ל דאף בשנים קורין לפניהם בעינן מסל"ת אינו אלא לכתחילה משום דחיישינן דמשקרי כיון שאינו אלא דיבורא בעלמא ובמסל"ת מותר אף לכתחילה אבל בשנים קורין לפניהם וחתמו כשר אף בלא מסל"ת:

ב ואי איתנייהו לסהדי קמן וקים לן בהו דלא ידעי למקרי וכו' מפשטא דלישנא משמע דאי ליתנייהו לסהדי קמן וקים לן בהו דלא ידעי למיקרי השטר כשר דמוקמינן לסהדי אחזקה שבודאי עשו כהוגן ואקרי למאן דידע למקרי אלא היכא דאיתנייהו לסהדי קמן שייילינן להו כדי לברר הדבר והם נאמנים אף שכתב ידו יוצא ממ"א דכיון דאינם יודעים למקרי איתרע שטרא וכמ"ש הב"י והסמ"ע בס"ק כ"ט לענין שטר שחתומים בו קרובים או פסולים וע"ש אך לפי מה שהעלה הש"ך דשנים קורין לפניהם לא מהני לחתום לכתחילה אף במסל"ת דהלכה כרשב"ג דבשטרות אסור לחתום אף בשנים קורין לפניהם אלא דבדיעבד השטר כשר א"כ יש לדון בדין זה טובא דכיון שידעינן דלא ידעי למקרי וא"כ אף דאקרוהו למאן דידע למקרי ע"כ שלא כדין עשו וא"כ ניחוש דילמא לא אקרוהו כלל דהא איתרע החזקה שלהם כיון דע"כ שלא כדין עשו א"כ דילמא יש פסול גמור בהשטר ובענין זה מבואר באה"ע סי' קמ"א סעיף ל' בהגה דאם נמצא פסול בהו רשאה

או דמוכח דמסדרי הגט היו הדיוטות חיישינן דילמא יש ג"כ פסול אחר גמור בהגט וע"ש וא"כ ה"נ י"ל כן ואולי י"ל דמ"ש הט"ו ואי איתנייהו לסהדי קמן היינו דבאיתנייהו קמן ויש תקנה בשאלה דשיילינן להו אבל כי ליתנייהו קמן וקים לן בהו דלא ידעי למיקרי באמת השטר פסול לגמרי ותמיהני מסתימת האחרונים בזה וע' בתשובות המיוחסו' להרמב"ן סי' ע'יז וע"ש:

ג אפי' ידוע שלא הוסיף ולא זייף בו שום דבר. הה"מ בפכ"ז מה"מ כתב דכתבו המפרשים שאפילו באו עדים והעידו על מה שכתוב למעלה ולא נוסף בו כלום דפסול דכל שטר שלא נעשה כתקנת חז"ל אינו שטר וכ"כ הרשב"ם והרא"ש וכתב הב"י דאף למ"ש לעיל בר"ס מ"ד דאם לא החזיר מענינו של שטר בש"א השטר כשר דשא"ה שהשטר עצמו כשר דליכא למיחש ביה לזיוף דהא אין למידין מש"א אבל הכא השטר עצמו עשוי בפיסול עד שיבאו ויעידו עליו להכשירו וא"כ אף שהעידו עליו הרי השטר עשוי שלא כתקנת חז"ל ואינו שטר ולי היה נראה דהטעם הוא משום דאנן קי"ל דאין כותבין שטר על דבר שיכול להזדייף כדאיתא בר"ס מ"ב ואף עידי מסירה לא מהני דקי"ל כר"א דבשטרות לא מהני עדי מסירה משום דכתיב למען יעמדו ימים רבים בעינן דוקא דבר הראוי לעמוד ימים רבים וגזה"כ הוא כמ"ש התוס' והרא"ש בפ"ב דגיטין דף ה"נ וע"ש וא"כ ה"נ בהרחקת שני שיטין הוי כשטר שיכול להזדייף דהא יכול להוסיף ולכתוב תנאי בשטר לבטל כל השטר וא"כ פסול מדאורייתא מגזה"כ דבעינן יכול לעמוד ימים רבים וכ"נ דעת הרמב"ם דבפ"א מה"ג פסק בגט כשהרחיקו שני שיטין כשר בע"מ והביאו הרב בהג"ה באה"ע ר"ס ק"ל והכא סתמו דהרחיק שני שיטין פסול משמע דאף ע"מ לא מהני א"ו כמ"ש הב"ש שם בסק"ג דשטרות שאני דבעינן שיהיה עומד לימים רבים והוי כמו שכתבו על דבר שיכול להזדייף דכשר בגיטין ופסול בשטרות וע"ש אך מדברי הפוס' לא משמע כן וכן הרא"ש דכתב להשיג על רבינו יונה דמלאוהו בקרובים מהני אף שלא מדעת הלוה קודם שבא לב"ד משום דחכמים פסלו שטר זה לעשותו מעיקרא משום חשש זיוף ואם בא לב"ד ולא נעשה בו זיוף היה ראוי להכשיר אלא דאלמוה רבנן לתקנתא ואמרו דכיון דלא נעשה כתיקון חכמים חספא בעלמא הוא ומ"מ הכשירוהו אם מלאוהו בקרובים ואם הובא לפני ב"ד בלא מילוי קרובים צריכין ב"ד לפוסלו לחזק תקנתן אבל הוכשר בקרובים קודם שבא ליד ב"ד אפילו עשאו המלוה מדעתו כשר ולזה הסכימו הט"ו בסי"ד משמע להדיא דאינו פסול אלא משום שלא נעשה כתיקון חכמים דאי הוי פסול מדאורייתא היה מסתבר דבעינן דוקא דעת הלוה כדמשמע מדברי הרא"ש והדבר צריך ישוב ועמ"ש בסק"ח:

ד אבל א"י לטעון להד"ם. כ"כ הטור בשם רבינו יונה אע"ג דפסלינן לשטרא היינו דוקא למגבי ביה ממשעבדי א"כ מב"ח אם הלוה טוען פרעתי דלאו שטר הוא כדי שיוכל מלוה לטעון שטרך בידי מאי בעי אבל א"י לטעון להד"ם כיון שניתנה עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים ואפילו בשטרי חוב המוקדמים נ"ל לדון כן עכ"ל והרב רמ"א אף דפסק בסי' מ"ג דבשט"ח המוקדים יכול לטעון להד"ם מ"מ סתם כאן דא"י לטעון להד"ם כיון שניתנה עדות זו להכשיר אלו מלאוהו בקרובים וכ"כ הש"ך ויש לי לתמוה טובא דלסברא זו דבהרחיק שני שיטין מחזיקינן גוף העדות שבשטר לאמת אלא שאין לו תורת שטר לענין דיכול לטעון פרעתי ואינו גובה ממשעבדי א"כ בשטר שיש בו קנין יהא כשר אף בהרחיק שני שיטין דהא המחבר כתב בר"ס ל"ט דאם יש עדים שקנו מידו אפילו לא נכתב גובה ממשועבדים וא"י לטעון פרעתי והוא שיטת הרמב"ם ורוב הפוס' כמ"ש הש"ך בסי' ע' סק"ד וא"כ כיון דמחזיקינן דכל מ"ש בשטר אמת הוא אלא דפסלינן ליה מתורת שטר א"כ בשטר שיש בו קנין כיון דמהימנינן לעדים שבשטר שהוא קנין בדבר א"כ אף שהשטר בטל מתורת שטר מ"מ יגבה ממשעבדי ולא יהא נאמן לומר פרעתי מחמת הקנין אף שלא נכתב שטר כלל והנה לרבינו יונה י"ל דבאמת דינא הכי אך מדברי הה"מ בפכ"ז מה"מ והמחבר לקמן סט"ו מוכח להיפך שכתבו גבי מלאוהו בקרובים למחר וליומא אחרא פסול משום מוקדם דהיינו דוקא בשטר שאין בו קנין אבל בשטרא אקנייתא לא הוי מוקדם דמזמן הקנין שעבד נפשיה משמע להדיא דהיכא דלא מלאוהו בקרובים אף שטר שיש בו קנין פסול ואמאי כיון דמחזיקינן דברי העדים שבשטר לאמת א"כ גובה ממשעבדי וא"נ לומר פרעתי מחמת הקנין לבד וליכא למימר דאף דבקנין לבד טריף ממשעבדי וא"נ לומר פרעתי אף שלא נכתב היינו משום דסתם קנין לכתיבה עומד אבל היכא שנכתב ע"פ הקנין שטר בהרחקת שני שיטין שהוא שטר פסול גרע טפי ואין הלקוחות נזהרים ליקח עבור שטר כזה וכן הלוה פורע ולא חייש לשטר שביד המלוה זה ליתא דא"כ אף במלאוהו בקרובים למחר וליומא אחרא ליפסל משום מוקדם אף בשטר שיש בו קנין כיון דחזינן דבאין בו קנין פסול משום מוקדם משום דקודם שנתמלא בקרובים אין הלקוחות נזהרים לקנות כיון שהשטר פסול ואינו נכשר אלא משעה שמלאוהו בקרובים וכן הלוה אינו חש לפרוע בלא שטר כזה א"כ אף בקנין נמי כיון שנכתב בפסול בהרחקת שני שיטין לא חשו הלקוחות לקנות והלוה לפרוע דליכא למימר שחוששין שימלאוהו בקרובים דא"כ אף בלא נתמלא כלל לפנינו שייך ה"ט א"ו דבשטר שיש בו קנין כשלא נתמלא בקרובים פסלו חז"ל לשטרא לגמרי דלא מהימנינן כלל להעדים שבשטר משא"כ כשנתמלא בקרובים כיון דחז"ל הכשירו

בכה"ג א"כ מהימנינן לכל דברי השטר ולא הוי מוקדם דהא משעת קנין שעבד נפשיה דהוי כשטר אף שלא נכתב וא"כ דברי המחבר סתרי אהדדי ועוד יש לתמוה על רבינו יונה גופיה מהא דאמרינן פ' ג"פ דף קס"ג אמר רב ל"ש דהרחיק שני שיטין פסול אלא בין עדים לכתב אבל בין עדים לאשרתא אפילו טובא נמי כשר ופריך מ"ש בין עדים לכתב וכו' בין עדים לאשרתא נמי מזייף וכתב מה דבעי וחתימי סהדי ומשני דמטייט ליה ולפי סברת רבינו יונה דבהרחקת שני שיטין מהימנינן לעדות שבשטר אלא דפסלינן ליה מתורת שטר א"כ מאי פריך בהרחיק בין עדים לאשרתא נמי מזייף וכתב הא כיון דמחזיקינן דמה שכתבו הדיינים באשרתא הוא אמת א"כ נתקיים השטר בטוב דהא התם לא פסלינן אלא האשרתא לבדה כמ"ש הרמב"ן והרא"ש שם וא"כ כיון דהשטר אמת ממילא גבינן ביה דליכא למיחש למידי והנה לרבינו יונה יש לדחוק וליישב דהא דמשני הש"ס דמטייט ליה היינו כיון דיכול לטייט ליה א"כ ניתנה העדות שבאשרתא להתקיים ע"י הטיוט ולכך אף בלא טיוט כשר וכעין מ"ש ר"י דלכך א"י לומר להד"ם משום שניתנה להכשיר במלאוהו בקרובים או י"ל דר"י ס"ל דבהרחיק בין עדים לאשרתא ה"ל כשטר שיכול להזדייף וכל השטר פסול דהוי כמזויף מתוכו ויכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי אך לפי מ"ש הט"ו בסי' מ"ו סל"א דבהרחיק הקיום מן העדים הקיום לבדו פסול אם לא שמלאו שריטות דיו הדרא קושיא לדוכתה ומוכח דלא כר"י דמחזיקינן דכל מה שכתוב בו הוא שקר גמור ויכול לומר להד"ם ואף לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' מ"ג ס"י בשט"ח המוקדמים גובה מב"ח מ"מ שטר שיכול להזדייף גרע טפי דהא התם לשיטתם אינו יכול לומר פרעתי והכא נאמן לומר פרעתי לכ"ע שוב מצאתי בתשובת הרדב"ז דפוס ליוורני ח"א סי' י"ד שחלק על דין זה וכתב דמסתימת כל הפוס' משמע דס"ל דאף להד"ם יכול לטעון ע"ש אלא שלא העיר בכל מ"ש וכן נלפענ"ד עיקר וע' מ"ש בסק"ז:

ה והרי אין העדים קיימים כדי לשאול אותם. הב"י דייק מדברי הרמב"ם דאם העדים קיימים צריך לשאול אותם והעדים עצמם נאמנים לומר שכולם ישבו לחתום אף שכת"י יוצא ממקום אחר ולא חשיב חוזר ומגיד דכיון שהם חתומים ביחד איתרע ואם הם אומרים שלא ישבו כולם לחתום והעדים האחרים מעידים עליהם שישבו כולם לחתום אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה עכ"ד והביאו הסמ"ע ונראה דדוקא כשעידי השטר לפנינו ואומרים שלא ישבו כולם לחתום ועדים אחרים מכחישים אותם אז חשיבי כתרי ותרי ומהני תפיסה במטלטלין אבל כשעידי השטר אינם לפנינו אף דמסתמא מכשירינן לשטרא ואמרינן דלמילוי תחמו היינו דוקא היכא דליכא עדים

המכחישים אבל כי יש עדים אחרים שמעידים על עידי השטר שישבו כולם לחתום לא מיחשב כתרי ותרי ולא מהני תפיסה דאמרינן אלו הוי העדים קמן היו מודים שישבו לחתום ביחד כיון דאיתרע שטרא שהם חתומים יחד ועדים אחרים מעידין עליהם שישבו כולם לחתום ועמ"ש בסי' מ"ו ס"ק י"ד:

ו אם יש שם עדות ברורה שכולם ישבו לחתום שהרי נתכוונו להעיד ה"ז בטל ואם לאו וכו'. זו היא שיטת הרמב"ם וכ"כ התוס' פנ"פ ופ"ב דגיטין דהא דהרחיק ב' שיטין ומלאוהו בקרובים כשר הוא משום דתלינן דלמילוי חתמו אבל כשישבו לחתום כאחד כל העדות בטילה דשלשה שנמצא בהן קא"פ כל העדות בטלה ע"ש ויש לתמוה דאמאי בישבו כולם לחתום השטר בטל הא קי"ל בר"ס כ"ב דמי שקיבל עליו קא"פ בין להיותו דיין בין להיותו עד דלאחר גמ"ד א"י לחזור בו וכתב הרב שם בהגה דלענין עדות מיד שהעידו בב"ד לא יוכל לחזור בו דהוי כגמ"ד כמ"ש הריב"ש סי' ת"ך וש"פ שם וא"כ קשה לענין שטר אף שנמצא ביניהם קא"פ לא יפסל השטר דהא השטר אינו נכתב אלא ע"פ צווי הלוה שאמר לעדים כתבו וחתמו והבו ליה וכ"ש בשטרות שלנו שכתוב בהן ואמר לנו הוו עלי עדים כשרי' ונאמני' וכתבו וחתמו וא"כ הרי הלוה קיבל עליו הקא"פ ומיד שחתם עצמו בשטר הוי כהעיד לפני ב"ד דהא עדים החתומים על השטר כנחקרה עדותם בב"ד דמי וא"י לחזור בהן וא"כ ה"נ כיון שכבר הגידו העדות בשטר שוב אין הלוה יכול לחזור וא"כ אין השטר פסול כלל והנה לפי מה שהעלה הש"ך בר"ס כ"ב דבנאמן עלי אבא בעינן דוקא קבלה בב"ד ניחא אבל לשיטת הנ"י ומשמעות רוב הפוס' דאין חילוק קשה ולכאורה י"ל דכיון דהתורה פסלה בשלשה עדים ונמצא אחד מהן קא"פ מגזה"כ א"כ כי היכא דהתורה פסלה קרובים להעיד אף שיאמרו שהלוה קבלם עליו מ"מ אינם נאמנים על דבר זה גופיה כיון שהתורה פסלם לעדות א"כ ה"נ בשטר של ג' עדים ונמצא א' מהן קא"פ כיון שהתורה פסלה לכל העדות הוי כאלו כולם קרובים ופסולים וא"נ לומר שהלוה צוה להם לחתום וקבלם עליו זה ליתא כיון דעדים הכשרים הם נאמנים לכל עדות שבעולם אלא שא"נ בעדות זה כיון שנצטרפו לפסולים א"כ למה לא נאמינם שלא נצטרפו לפסולים כלל כמו דמהימני דלמיחזי אתי או שלא ידעו בקורבתו כדאיתא בסי' ל"ו ס"א וב' ה"נ להימני שהלוה קיבל עליו עדות הפסולים וא"כ לא נצטרפו לפסולים כלל ועוד דא"כ אמאי אם עדים אחרים מעידים עליהם שישבו כולם לחתום השטר בטל הא לפי עדותם של האחרים שהלוה צוה להם לחתום השטר כשר לגמרי דהא הלוה קבלם עליו ודוחק לומר דהכא מיירי שהעדים האחרים אינם מעידים רק שראו שישבו כולם לחתום אבל לא שמעו שהלוה צוה להם לחתום ולכך לא

מהימנין להו שצוה להם לחתום דמסתימת הפוס' לא משמע כן ועוד דלפ"ז אם עדים הכשרים שבשטר חוזרים ומעידים לפני הב"ד לבדן שהלוה צוה לחתום את הפסולים מן הסברא היה נראה דמהימני להכשיר את השטר דהא הם עדים כשרים לכל דבר ומה"ת לא נאמינם להכשיר עדותם ומדברי הט"ו בסעיף שאח"ז בשם תשובת הרא"ש לא משמע כן דכתבו שם דאם נפסל השטר ע"י חתימות הפסולים אם הכשרים זוכרים העדות ע"י ראיית השטר יכולים להעיד וב"ד יכתבו עדותן כמ"ש בשטר ולמה להם להעיד על העדות שבשטר ולעשות שטר חדש הלא יכולים להכשיר השטר שיעידו שהלוה צוה להם לחתום השטר ביחד ויוכשר השטר האחד בעצמו ובאמת בתשובת הרא"ש עצמו מיירי בצוואה כמבואר בט"ו סי' נ"א ס"ה ועידי צוואה אין צ"ל כתובו כדאיתא בס"פ ג"פ אבל בשאר שטרות קשה וצע"ג ודוק היטב:

ז אבל אם מלאוהו למחר וליומא אחרא וכו' פסול. הסמ"ע בס"ק ל"ו כתב דדין זה תליא דוקא לדעת הי"א בסעיף שלפ"ז דס"ל דבעינן דוקא שמלאוהו מדעת הלוה אבל לדיעה הראשונה והוא שיטת הרא"ש דאפי' עשאו המלוה בלא דעת הלוה כשר דאין שם פסול עליו כיון שהשטר לא נזדייף אלא שחז"ל פסלוהו כיון שלא נעשה כתיקון חז"ל ולכך כשהביאו לב"ד ולא נתמלא אלמוהו חז"ל לתקנתן ופסלוהו אבל כשנתמלא אף שלא מדעת הלוה כשר א"כ ה"ה אף שנתמלא ליומא אחרא לא נפסל בכך משום מוקדם דכיון שנתמלא נתכשר למפרע והט"ז השיג עליו דהכא לכ"ע פסול דהלקוחות יאמרו בשעה שקנינו מהלוה את הנכסים אז היה השטר פסול שעדיין לא נתמלא והוי כלא נכתב לגמרי אבל מיד שנתקן השטר אף שלא מדעת הלוה אין בכך כלום ובאמת דבריו נכונים בסבר' לפמ"ש הטור בשם רבינו יונה לעיל דבהרחקת שני שיטין א"י לומר להד"ם אלא השטר נפסל לענין דלא גבי ממשועבדים וכן לענין דיכול לומר פרעתי דלאו שטר הוא בכדי שיהא יכול המלוה לטיעון שטרך בידי מאי בעי וא"כ כיון דעיקר הטעם דלקוחות אינם משגיחים בשטר כזה וכן הלוה א"כ אף שנתמלא ליומא אחרא יכולין הלקוחות לומר אנו לקחנו קודם וכן הלוה יכול לומר פרעתי קודם שנתמלא ובזה ניחא נמי הא דסתם המחבר דהשטר נפסל ולא כתב דהפסול הוא משום מוקדם דהא נ"מ טובא דשטר שהרחיק ב' שיטין פסול אף לענין בני חורין דיכול לומר פרעתי ובשטר מוקדם א"י לומר פרעתי לשיטת המחבר בסי' מ"ג ס"ז ולדברי הט"ז ניחא דכיון דהשטר לא נכשר אלא אחר כך כשנתמצא א"כ יכול לומר פרעתי קודם שנתמלא דאז לא היה חושש להשטר ואף שאומר שפרע אחר שנתמלא ג"כ נאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך קודם דהא מהני מיגו לבטולי שטרא כמבואר בר"ס מ"ו ופ"ב וא"ש. ובזה יש לתרץ מה

דיש להקשות עוד לשיטה זו שהביא הטור בשם רבינו יונה והסכים לזה הה"מ בפכ"ז מה"מ דאם נתמלא ליומא אחרא השטר פסול משום מוקדם והא לקמן בסי' נ"ב כתבו הט"ו דשטר שיש בו רבית והרבית אינו מפורש בו דאינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית מפני דשמא יבוא לגבות בו את הרבית וכתב הש"ך שם בשם הגיד"ת דהיכא דנכלל רבית דרבנן עם הקרן לכ"ע גובה הקרן אף ממשעבדי דלא גזרינן קרן אטו רבית אלא ברבית דאורייתא ולא ברבית דרבנן ע"ש והנה מקור דין דשם הוא מדברי התוס' והרא"ש שם דהוכיחו דשטר שנכלל בו קרן ורבית גזרינן קרן אטו רבית כמו דאמרינן בשט"ח המוקדמין דלא גבינן בהו אף מזמן שני דגזרינן אטו זמן ראשון ע"ש וא"כ קשה הכא אמאי אם נתמלא בקרובין ליומא אחרא השטר פסול משום מוקדם הא הכא הדרא קושית הש"ס שם לדוכתה דנהי דלא גבי מזמן ראשון ליגבי מזמן שני דליכא למימר הכא גזירה שמא יגבה מזמן ראשון דבשלמא התם אם יגבה מזמן ראשון יגבה שלא כדין אף מדאורייתא דהא עדיין לא לוה אז כלל אבל הכא בשטר שהרחיק ב' שיטין דאינו פסול אלא משום שלא נעשה כתיקון חז"ל כמ"ש הה"מ בפכ"ז מה"מ שם וא"כ מן התורה השטר כשר לגמרי דהא לא נזדייף כלל וכדין טריף וא"כ לא שייך למיגזר זמן שני אטו זמן ראשון דהא אף אם יגבה מזמן ראשון יגבה מן התורה כדין וא"כ דמי לשטר שנכלל בו רבית דרבנן דלא גזרינן בו מה"ט והנה על רבינו יונה יש ליישב דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אף בשטר וא"כ מדאורייתא בלא"ה אינו גובה ממשועבדים אלא מדרבנן ורבנן פסלוהו לשטרא אך להה"מ פי"א מה"מ והב"י בר"ס ל"ט דפסקו שעבוד"א אף במלוה ע"פ הדרא קושיא לדוכתה אך לפמ"ש ניחא דהא טעמא דבהרחקת ב' שיטין יכול לומר פרעתי הוא משום כיון דחז"ל פסלו לשטר כזה אינו חושש להניחו בידו דלא שייך גביה שטרך בידי מאי בעי כמ"ש הטור בשם ר"י וא"כ כיון דחז"ל פסלו לשטר כזה א"כ השטר פסול אף מדאורייתא שיהיה הלוה נאמן לומר פרעתי דהא אף מדאורייתא עיקר מעליותא דשטרא דא"נ לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ בהרחיק ב' שיטין דחז"ל פסלו לשטר כזה אף מדאורייתא נאמן הלוה לומר פרעתיך כיון דהשטר פסול דמאי איכפת ליה להלוה אי פסול מדרבנן או מדאוריי' כיון דסוף סוף שטר פסול הוא אינו חושש להניחו בידו ונאמן אף מדאוריי' לומר פרעתי כיון דלא שייך גביה חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ כיון דהלוה נאמן לומר פרעתי אף מן התורה א"כ פשיטא דא"י לגבות מהלקוחות משום דדילמא פרע הלוה ואף כשהלוה מודה לא מהימן מחשש קנוניא וא"כ לכך כשנתמלא בו קרובים ליומא אחרא פסול משום מוקדם לגבות אף מזמן שני משום גזירה דיגבה מזמן ראשון שהוא פסול דאורייתא דחיישינן

שמא פרע וא"ש ועפ"ז יש לפרש לשון הש"ס בב"ב דף קס"ה דפריך התם על מתניתין דפשוט שכתב בו ע"א ומקושר שכתב בו שני עדים פסול בשלמא מקושר שכתוב בו שני עדים אצטריך דסד"א הואיל ובעלמא כשר ה"נ כשר קמ"ל דפסול אלא פשוט שכתב בו ע"א פשיטא ומשני לא נצרכא אלא בע"א בכתב וע"א בע"פ וקאמר התם אמימר אכשר בע"א בכתב וע"א בע"פ ואלא קשיא מתניתין ומשני דהא קמ"ל דשנים במקושר כע"א בפשוט מה התם פסולא דאורייתא אף ה"נ פסולא דאורייתא והנה מה דקאמר אף הכא פסולא דאורייתא הוא תמוה מאוד דמאי נ"מ אי הוא פסולא דאורייתא או דרבנן ועוד דהא מקושר דרבנן הוא וכבר נדחקו בזה הרשב"ם והתוס' ורב אחאי גאון הובא בחידושי הרמב"ן שם ולפמ"ש ניחא דה"פ דהא בפשוט שכתב בו ע"א ואחר זמן חתם בו עוד ע"א ע"פ צווי הלוה פשיטא דפסול משום מוקדם והנה במקושר שתקנו חז"ל שיחתמו בו ג' עדים אי חתימי תרי מינייהו ביומא והשלישי לאחר זמן נמי יש לפוסלו משום מוקדם כמו במלאוהו בקרובים לאחר זמן וכ"כ הר"ן בגיטין ס"פ הזורק להדיא אך לכאורה במקושר היה הדין נותן לגבות בו בכה"ג מזמן שני כיון דהא דצריך שלשה עדים אינו אלא מדרבנן א"כ אף שחתם הג' לאחר זמן לא גזרינן בו שמא יגבה מזמן א' כיון דאף אם יגבה בו מזמן ראשון אינו אלא פסול דרבנן אך למ"ש הוא פסול לגמרי דכיון דחז"ל פסלו למקושר א"כ אף מן התורה השטר פסול לענין זה דיכול לומר פרעתי כיון דעיקר מעליותא דשטרא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכיון דמקושר פסלוהו חז"ל שוב אינו חושש להניחו בידו דמה איכפת ליה ללוה אי הוא פסול מדאורייתא או דרבנן וזה הוא כוונת הש"ס מה פשוט פסול מדאורייתא כשכתב בו ע"א וא"כ אף שחתם בו עוד ע"א לאחר זמן פסול אף מזמן שני דגזרינן משום זמן ראשון שהוא פסול דאורייתא ה"נ במקושר שכתבו בשני עדים הוא פסול דאורייתא לענין זה שנאמן הלוה לומר פרעתי משום שאינו חושש להניחו בידו וא"כ אם חתם בו עוד ע"א לאחר זמן פסול לגבות אף מזמן שני דגזרינן אטו זמן ראשון שהוא פסול דאורייתא דאינו יכול לגבות ממשועבדים כיון שנאמן לומר פרעתי וזה מדוקדק ג"כ בלשון המשנה דקתני פשוט עדיו בב' ומקושר בג' פשוט שכתב בו ע"א וכו' ולא קתני פשוט בע"א פסול א"ו הא דנקט פשוט שכתוב בו ע"א היינו שמתחלה לא היה בו רק ע"א אף שאח"כ חתם בו עוד ע"א פסול משום מוקדם וזה נכון מאוד לתרץ תמיהות הראשונים לפי שיטה זו של הטור בשם רבינו יונה. אמנם אף שאיני כדאי להכריע בין גדולי הראשונים מ"מ לפענ"ד סברא זו תמוה מאוד דנאמר דאף דהכשירו חז"ל מלאוהו בקרובים דאין השטר נכשר אלא מכאן ולהבא דממ"נ אי נאמר דהרחקת שני שיטין אינו פסול אלא למגבי ממשעבדי והלוה יכול לטעון

פרעתי כשיטת הטור בשם ר"י והמחבר בס"ז א"כ ע"כ צ"ל דהא דפסלינן ליה מתורת שטר משום דהלקוחות אינם נזהרים מליקח וכן הלוה אינו חושש להניח שטר כזה ביד המלוה כיון שהוא שטר פסול וא"כ תקשה אמאי כשמלאוהו בקרובים השטר כשר אף לגבות בו ממשעבדי הא עיקר טעמא דטריפת לקוחות משום דעידי השטר מפקי לקלא וא"כ אי אמרת דכיון דהשטר פסול אין הלקוחות נזהרים מליקח מה מועיל מלאוהו בקרובים אטו מילוי הקרובים קלא אית ליה דנאמר דהלקוחות לא היו להם ליקח עבור זה וראיה לזה מדברי הט"ו בסי' ס"א ס"ז בשם תשובת הרא"ש בשמעון שכתב עליו שטר לראובן באחד בניסן שנתחייב לו בכל ממון שיודה לו עליו עד אלף זהו' ויתן לו כתב יד ע"ז ולבסוף הוציא ראובן כת"י שהודה לו עליו שחייב לו מאה זהובים וזמן כת"י בכ"ז ניסן ונתקיימה חתימת שמעון באחד באייר ונסתפק שם מאימתי גובה ראובן מזמן שטרו או מזמן שנתקיים ח"י שמעון בב"ד ופסק שם דגובה מזמן שטרו דאז יצא הקול שנתחזק שטרו באלף זהובים והיה להם להלקוחות ליזהר ולחוש שמא לאלתר ימסור לו כת"י לראובן כי אין הקול יוצא בכת"י שיאמרו אין אנו צריכים ליזהר עד שימסור לו כת"י כי דוקא העדים הוא דמפקי לקלא ע"ש וא"כ ה"נ אי אמרי' דבשטר שהרחיק ב' שיטין אין הלקוחות נזהרים ואינם חוששים שמא ימלאו בקרובים דכיון דהשטר פסול גרע טפי ולא חיישי עליו הלקוחות והלוה א"כ אף כשמלאוהו בקרובים נמי וכי מילוי הקרובים קלא אית ליה ודוחק גדול לומר שהקרובים מפקי לקלא ועוד כשהמילוי אינו אלא בקרוב אחד וכי קרוב אחד מפיק לקלא ואף לפי מה שהוכחתי לעיל דבהרחיק שני שיטין אף להד"ם יכול לטעון דכיון דפסלוהו חז"ל פסלוהו לגמרי שאין אנו מאמינים כלל להעדות שבשטר מ"מ אכתי תקשה דאמאי מהני מלאוהו בקרובים למיגבי ממשעבדי הא מילוי קרובים לית ליה קלא ואי משום דאמרינן דקודם מילוי קרובים לא מהימנינן לעדות שבשטר וכשמלאוהו בקרובים הכשירו חז"ל להשטר כיון שנעשה כתיקון חז"ל ומהימנינן לעדות שבשטר וממילא טריף ממשעבדי כיון שהשטר נעשה כדין דא"כ אף שנתמלא בקרובים ליומא אחרא נמי נימא הכא דהשטר נכשר למפרע כיון שנתברר שהעדות אמת מידי דהוי אשטר שלא נתקיים ואח"כ באו עדים לקיימו אטו אינו גובה מלקוחות מזמן שנכתב השטר ואף מהלקוחות שקנו בזמן שאמר הלוה פרוע או מזויף יכול המלוה לטרוף כשנתקיים אח"כ כמ"ש הסמ"ע והש"ך בפשיטות סי' פ"ב ס"א ע"ש ע"כ נלפענ"ד עיקר דלשיטת הרא"ש דהמלוה יכול לקיימו בקרובים בלא דעת הלוה דה"ה במלאוהו אח"כ ג"כ השטר כשר דהא עיקר הוכחת רבינו יונה בהרא"ש הוא משום דא"כ אמאי הרחיק ב' שיטין פסול יצוו הב"ד למלאות בקרובים וכבר דחה הרא"ש

קושיא זו בט"ט דכיון שבא לב"ד בפסול צריכין לחזק תקנתן אבל כשבא לב"ד בכשרות י"ל דאף שמלאוהו ליומא אחרא נכשר השטר למפרע וכן משמע מקיצור פסקי הרא"ש דהשמיט האי דינא דר"י דבעינן למלאותו דוקא בזמן שנכתב השטר ולא אח"כ משמע דלשיטת הרא"ש אין חילוק וכן מדברי הראב"ד שהביא הה"מ והנ"י שכתב ואם היה פקח ממלאו בקרובים קודם שבא לב"ד משמע דאף אם ממלאו לאחר הזמן שנכתב השטר רק קודם שבא לב"ד נמי מהני וכן מסתבר ודעת המחבר צ"ע לדינא ודוק וע' מ"ש בסק"ד:

ח והוא שכתבו כן בין חתימת עד הא' לחתימת עד השני. בתשו' הריב"ש סי' מ"ט כתב וז"ל ועוד אני אומר שאף הרשב"א ז"ל לא הכשיר הקיומין בין עד לעד אלא בשכתוב מיד א' מן העדים וכן מה שאמרו בגמרא דכתיב בין סהדי לסהדי אנחנו סהדי חתמנו וכו' רוצה לומר שיכתוב מיד אחד מן העדים שאם כתוב מיד עד ראשון הנה שניהם מעידים בזה ואם מיד עד השני ג"כ אין לחוש שהוא עושה זה מעצמו בלי הסכמת הראשון שאין להחזיק העד במזוייף כפי דעת הרשב"א אבל אם כתב מיד אח' אינו כלום שהרי אנו תולין שהניחו העדים חלק בין עד לעד ובא זה וזייף עכ"ל ואיני מבין דבריו דבשטר על הנייר ועידיו על המחק למה צריך שיהיה בכתב אחד מן העדים כיון דאסור לעדים לחתום על המחק בשטר שהוא על הנייר אם לא דכתב הכי אנחנו סהדי וכו' א"כ חזקה על העדים שעשו כדין וע"פ ציוי שלהם כתוב הכי וכ"כ הוא עצמו למעלה לישב שיטת הרא"ה דס"ל דלא מהני קיום בין עד לעד הא דמהני כתיבת אנחנו סהדי בין עד לעד דהוא מה"ט דמסתמא לא היה חותם העד הא' אם לא שנכתב כן ע"פ צווי שלו וא"כ כ"ש בשני עדים דאמרינן כן ואף הרשב"א ג"כ לא פליג על סברא זו כמ"ש בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' צ"ד והביאו הש"ג ר"פ ג"פ אלא דעיקר ראיית הרשב"א דמהני קיום המחקין בין עד לעד היא מהא דפריך הש"ס א"ה הוא על המחק ועידיו על הנייר נמי יע"ש ואפשר לומר דמ"ש הריב"ש וכן מה שאמרו בגמרא דכתב בין עד לעד אנחנו סהדי וכו' כוונתו להא דפריך הש"ס א"ה הוא על המחק ועידיו על נייר נמי וכו' לפי שיטת הרשב"א דמהני הקיום בין עד לעד דאז בעינן שיהיה בכתב אחד מן העדים אבל בהוא על הנייר ועדיו על המחק כשר בכל גווני ומשום הכי השמיטו האחרונים דברי הריב"ש אלו ובאמת גדולה מזה היה נ"ל דבהוא על הנייר ועדיו על המחק ונמצא כתוב בין עד לעד אנחנו סהדי וכו' דאפילו ידעינן בודאי שהעדים לא כתבו כן רק שהמלוה בעצמו כתב כן מ"מ השטר כשר דהא בהוא על הנייר ועדיו על המחק בודאי לא נעשה בו שום זיוף אלא דהשטר פסול משום דיכול להזדייף וא"כ כיון שהמלוה כתב על השטר בלשון אנחנו סהדי כיון

דשוב לא יוכל להזדייף מתכשר השטר ממילא דומיא דמלאוהו בקרובים לשיטת הט"ו בסט"ו דכשר אף שמלאוהו בלא דעת הלוה וה"נ כיון דהמלוה כתב כן על השטר שוב לא יכול להזדייף וכשר וכן בהרחיק שני שיטין מהכתב בעי הש"ס למימר דכשר אם מלאוהו בטיוטא בין השטר לעדים אי לאו משום דיאמרו דחתמו על הטיוטא וא"כ הכא אף שהמלוה עצמו כתב כן על השטר מ"מ כיון דס"ס א"י להזדייף הוא כשר וכעין זה כתב הש"ך בסי' מ"ג ס"ק י"א לענין שטר מוקדם דמהני כתיבת המלוה בעצמו עליו שלא ניתן לטרוף בו אלא מזמן שני וע"ש אך יש לדון בזה די"ל דהוא על הנייר ועידיו על המחק פסול מדאוריי' מקרא דלמען יעמדו ימים רבים כדאיתא בפ"ב דגיטין אין כותבין על נייר מחוק דמיירי בכה"ג כמ"ש התוס' והרא"ש שם ומשמע שם בש"ס דבשטרות פסול מקרא דלמען יעמדו ימים רבים וא"כ כיון דפסול מדאורייתא בעינן דוקא שהעדים יכשירו השטר ומדעת הלוה וכמ"ש בסק"ג וע"ש והדבר צריך תלמוד:

מו

א ואפילו אם מודה וכו'. הרב בעל פ"י בחידושיו בפ' האשה שנתארמלה כתב דבכה"ג שהלוה מודה שכתבו סגי בקיום ע"א מהחתומים דתו לא שייך דהלוה נאמן במיגו דהא קי"ל מיגו במקום ע"א לא אמרינן גבי נסכא דר"א וה"נ אם היה טוען מזויף היה צריך לישבע להכחיש העד לא מבעיא לשיטת הסוברים דע"א בשטר זוקק לשבועה בח"מ סי' נ"א אלא אפי' לשיטת החולקים היינו דוקא בשטר שאין חתום בו אלא ע"א משא"כ היכא ששנים חתומים ומצאו לקיים חתימת האחד ולא מצאו לקיים חתימת השני משמע להדיא בירושלמי דזוקק לשבועה וא"כ במודה בשטר שכתבו וטוען פרוע או אמנה סגי בקיום ע"א והתמיה קיימת על הפוס' שלא כתבו מזה אלא שהש"ך כתב לענין קיום כת"י בע"א וטוען פרעתי דה"ל משויל"מ והדברים ק"ו בנ"ד עכ"ד וכן העלה בק"א לדינא ולפענ"ד לא דק בזה כלל דעד כאן לא מחלק בזה בירושלמי אלא משום דהירושלמי סבירא ליה דע"א בשטר אינו זוקק לשבועה כלל אפילו מכחיש את העד משום מפיהם ולא מפי כתבם דלא הכשירה התורה אלא שטר בשני עדים כמ"ש הרא"ש בפ' ג"פ ולכך בכה"ג דאיכא שני עדים אלא שלא מצאו לקיים רק חתימת האחד זוקק לשבועה משום דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן אך כל הפוסקים הסכימו דלא כהירושלמי דע"א בשטר זוקק לשיד ולכך לא נזכר דעה זו כלל לקמן בש"ע סימן נ"א אלא דשם בס"ב הביא המחבר מחלוקת הרמב"ם והרשב"א בע"א בשטר והלוה טוען פרעתי דהרמב"ם סובר דהוי משויל"מ כמו בנסכא דר"א והרשב"א והה"מ סוברים דנאמן משום דאין אנו

צריכים להמיגו כלל דכיון דאין בשטר אלא ע"א לא שייך החזקה דשטרך בידי מאי בעי ונאמן לומר פרעתי מצד עצמו דטענה מעלייתא היא וא"כ ה"נ במודה בשטר שכתבו וטוען פרעתי ולא מצאו לקיים רק חתימת ע"א אית ליה מיגו מעליא דאי בעי היה טוען שחתימת השני מזויף ופרעתי דבכה"ג נאמן בהיסת מצד עצמו וגם בכה"ג נאמן לומר אמנה במיגו דפרעתי ומה"ט לא כתבו הפוס' מזה שום דבר דלשיטת הרמב"ם הוא פשיטא דודאי לא גרע קיום חתימת ע"א בשטר מחתימת ע"א בשטר לבדו ולשיטת החולקים על הרמב"ם פשיטא דאף בכה"ג צריך לקיים חתימת שני העדים ומה שהביא בשם הש"ך והוא בסי' ע"ה ס"ק י"ב ליתא כלל דהא הש"ך שם בשטר בנאמנות איירי התם ולכך כתב שפיר דהוי משוי"מ דהא אף כת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי כיון דהימניה ולכך בע"א הוי משוי"מ ודמי לנסכא דר"א משא"כ הכא בלא נאמנות הדין ברור למאי דקי"ל בע"א בשטר נאמן לומר פרעתי דה"נ במודה בשטר שכתבו צריך קיום חתימת שני העדים אם לא שהוא בת"ז וטוען פרוע או אמנה דבזה הדין פשוט דהוי משוי"מ כמו במלוה ע"פ שהוא ת"ז והלוה טוען פרעתי דהוי משוי"מ כמבואר בסי' ע"ה וז"ב ופשוט. ושוב מצאתי בספר תמים דעים סי' מ"ב שכתב כן להדיא וז"ל ומודה בשטר שכתבו אלא שטוען פרעתי צריך זה לקיימו בשני עידיו ואם לא יוכל לקיימו אלא באחד ישבע לו שבועת התורה וכך כתב הגאון ז"ל עכ"ל אלא שלא הבנתי שבועה זו מה טיבה דממ"נ אי ס"ל להגאון כשיטת הרמב"ם דאף בשטר בע"א שייך שטרך בידי מאי בעי א"כ אמאי פטור בשבועת התורה הא דמי ממש לנסכא דר"א דהוי משוי"מ ואי ס"ל כשיטת החולקים דבשטר בע"א שייך שטרך בידי מאי בעי א"כ בהיסת סגי ולמה מצריך ש"ד ואפשר לומר דס"ל כהרמב"ם אלא דמ"מ נאמן בשבועת התורה דהא התוס' הקשו בנסכא דר"א דלהימין בשבועה דשלו חטף במיגו דלא חטפתי שהיה נשבע להכחיש את העד ותירצו דלא חציף להכחיש את העד בשבועה וא"כ י"ל דלא שייך סברא זו אלא כשהעד לפנינו אבל בכה"ג שמצאו קיום לע"א שבשטר והעד אינו לפנינו מעיז כמו דאמרינן באשה שאומרת לבעלה גרשתני דנאמנת משום חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה שהוא דוקא בפניו אבל שלא בפני בעלה מעיזה וא"כ לכך בכה"ג נאמן בש"ד לומר פרוע במינו דהיה מכחיש את העד שבשטר שהיה נאמן בשבועה אך בשערי רב אלפס שער ששי ושער עשירי כתב דבע"א בקנין צריך הנתבע ש"ד ומשמע דמיירי בטוען פרעתי כמ"ש המרדכי בס"פ כל הנשבעין בהעתיקו דברי השערים ע"ש ושם לא שייך תי' זה וצריך ישוב ולדינא נראה העיקר לפמ"ש הש"ך בסי' נ"א סק"ג לדעת החולקים על הרמב"ם בע"א בשטר דנאמן הנתבע בהיסת א"כ ה"ה הכא במצאו לקיים רק חתימת

ע"א וטוען פרעתי נאמן נמי בהיסת דהא אית ליה מיגו מעליא דלא היה מכחיש לעד וכמ"ש וז"ב. אמנם צל"ע לשיטת הרמב"ם בע"א בשטר והלוה טוען פרעתי ה"ל משויל"מ אם אין מכירין חתימתו רק ע"א מעיד לקיים חתימת הע"א שבשטר והלוה טוען פרעתי אם בכה"ג נמי אמרינן משויל"מ כיון דבע"א בשטר והלוה טוען פרעתי ה"ל משויל"מ א"כ כשע"א מעיד שמכיר חתימתו א"כ מעיד בממון גמור דלפי דבריו יש ע"א בשטר והלוה חייב לשלם וא"כ כיון שאין הלוה מכחיש העד שמקיים החתימה ה"ל משויל"מ ולכאורה נראה דזה תליא בתירוצי התוס' בפחז"ה לשיטת ר"י דס"ל דלכך בנסכא דר"א נ בשבועה לומר דידי חטפתי במיגו דלא חטפתי משום דירא להכחיש העד בשבועה א"כ בכה"ג שאין מי שיקיים חתימת הע"א שבשטר רק ע"א א"כ נאמן לומר פרוע במיגו דמזויף ומעולם לא צוויתי לכותבו וכשיאמר כן לא יצטרך לישבע להכחיש עד זה שמעיד על קיומו של העד שבשטר דהא עד זה אינו מעיד רק על חיוב שבועה דהא הלוה אומר לא צויתי לכותבו ומכחיש גוף הדבר וא"כ כיון שמכחיש ג"כ העד שמעיד על קיומו ה"ל כפירת שבועה וא"צ לישבע להכחישו וא"כ אית ליה מיגו מעליא משא"כ לתי' ריב"ם דס"ל דכשאינו מכחיש העד בשבועה ה"ל כשנים שמעידים כן ולא פטרינן ליה מכח מיגו א"כ ה"נ י"ל כ"ז שאינו מכחיש העד שמקיים ה"ל כשנים שמעידים על קיום ע"א שבשטר וה"ל משויל"מ וליכא למימר דאף לשיטת ריב"ם לא אמרינן משויל"מ אלא היכא דאם היה מכחיש העד היה צריך שבועה ולכך כ"ז שאינו מכחישו ה"ל משויל"מ אבל הכא כיון דאם היה מכחישו ואומר מזויף הוא ולא צוויתי לכותבו לא היה צריך שבועה להכחיש העד דה"ל כפירת שבועה לכך אף שטוען פרעתי ה"ל משויל"מ זה ליתא דלא צוויתי לכותבו הוי ענין אחר דזה הוא הכחשה להעד שבשטר ואם היה טוען רק שהחתימה הלזו מזויפת ואף שצוויתי לכותבו מ"מ העד לא חתם א"ע כלל היה צריך שבועה להכחיש את העד המקיים רק שמתורת מיגו אתה רוצה לפוטרו ולא אמרינן מיגו כיון שעכשיו מודה לדברי העד אלא שטוען פרעתי ה"ל כשנים אמנם בחידושי הוכחתי דע"כ הרמב"ם לא ס"ל כשיטת ר"י דהא הש"ך בס"ס כ"ב פסק בשם בעל העיטור דע"א מעיד בהיפך שבועה א"צ לישבע להכחישו משום דהעד אינו מעיד בממון גמור אלא בדבר הגורם לממון דמי יימר דאשתבע התובע כדאמרינן בפ' שבועת העדות דף ל"ב ע"ב וא"כ ע"כ לא ס"ל להרמב"ם כשיטת ר"י דא"כ אמאי הוי בע"א בשטר משויל"מ הא אית ליה מיגו דאי בעי היה מכחיש העד ואומר לא צוויתי לכותבו ומלוה ע"פ היתה ופרעתיך ובאם תברר שצוויתי לכותבו אשתבע לי דלא פרעתיך דצריך המלוה לישבע בנק"ח ואם יטעון כן לא יצטרך לישבע להכחיש העד כיון דאף לדברי העד צריך

התובע לישבע שלא פרעו וא"כ מעיד בדבר הגורם לממון ואית ליה מיגו מעליא א"ו הרמב"ם ס"ל כתי' ריב"ם וא"כ ה"נ אף שאין רק ע"א שמכיר חתימת ע"א שבשטר ה"ל משויל"מ ובזה אמרתי לתרץ קושית התו' פ' מי שמת דף קנ"ד ע"ב בסוגיא שאל רשב"ל את ר"י זו ששנויה במשנת בר קפרא וכו' אמר ר"י אם יכפור וכו' ומאי ד"ה דרבנן לגבי ר"מ דברי הכל הם וכו' עד סוף הסוגיא והקשו התוס' דלפ"ז לא שייך כלל קושית ר"ל לר"י והא מיפלג פליגי בה רבנן דהא באמת ר"י סבר דפליגי ומפיך נמי הברייתא דאין נאמנים לפוסלו דר"מ לרבנן ולא ס"ל האי סברא דאלימי עדים לאורועי שטרא וע"ש במהרש"א ולפמ"ש יש לתרץ דהנה הפ"י בכתובות שם הקשה למאי דמוקמינן הברייתא דאין נאמנים לפוסלו דטעמא דר"מ כר"ה דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ורבנן סברי דנאמנים העדים דמזויף ואמאי נאמנים העדים לשיטתו דמהני קיום ע"א משום דהוי משויל"מ וא"כ מה מועיל המיגו לגבי העדים הא הוי מיגו בשנים דלא אמרינן וא"ל דמיגו דאי בעי שתיק אמרינן משום דאף אם חבירו לא יסכים עמו מ"מ השטר פסול ז"א דאם חבירו יקיים את חתימתו לבד יהיה הלוה משויל"מ בשלמא לשיטת התוס' לק"מ די"ל דמיירי דהלוה אינו מודה בשטר וישבע להכחיש את העד אבל לפירש"י דמיירי דהלוה מודה א"כ אם חבירו יקיימו יהיה הלוה משויל"מ ומיגו בשנים לא אמרינן והניח בצ"ע ולפמ"ש ניחא דלשיטת החולקים על הרמב"ם הדין הוא להיפך דהלוה פטור וכבר כתבתי דלשיטת ר"י בתוס' דפחז"ה ליתנייהו לדברי הרמב"ם דאית ליה מיגו מעליא דלא צוויתי לכותבו ופרעתיך דא"צ שבועה להכחיש העד דמעיד בדבר הגורם לממון וא"כ לא הוי מיגו בשנים משום דאף אם ישתוק אחד מהן יהיה הלוה נאמן במיגו אך לפ"ז יש להקשות קושית הפ"י אף לשיטת התוס' דלמה ליה להש"ס לאוקמי דטעמא דר"מ כר"ה דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הא מצינן לאוקמא דכ"ע ס"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והכא מיירי שהלוה מודה שכתבו אלא שפרעו כפירש"י ור"מ דסובר דא"נ אזיל לטעמי' דהא בב"ק ובכתובות דף ל"ד אמרינן דר"מ דסבר דגנב וטבח שור הנסקל חייב ד' וה' ס"ל דדבר הגורם לממון כממון דמי וא"כ לדידיה כשיש ע"א שמקיים השטר הוי משויל"מ דהא אף כשיטעון מזויף ופרוע אכתי יצטרך לישבע להכחיש את העד דהא אמרינן להדיא בפ' שבועת העדות דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי לא אמרינן האי סברא דמי יימר דמשתבעית ולכך סבר ר"מ דהעדים א"נ דהוי מיגו בשנים ורבנן לטעמייהו דסברי בכל דוכתי דדבר הגורם לממוון לאו כממון דמי והוי מיגו מעליא אך י"ל דרבא קושטא דמילתא משני דטעמא דר"מ כר"ה משום דס"ל כר"ח בפ' מי שמת דמוקי מתניתין שם דראיה בקיום השטר וס"ל לר"מ התם דא"צ לקיימו ולכך משני נמי

הכא משום דאין חילוק בין עדים ללוה גופיה וגם י"ל דרבא משני אליבא דכ"ע דהא בפ' כל הנשבעין מסקינן דכ"מ סבר חזרה שבועה למקומה ולרב חזרה שבועה לסיני ולא אמרינן משויל"מ וא"כ ליכא לשנויי דטעמא דר"מ משום דהוי מיגו בשנים דהא כשיש ע"א בקיום הלוה נאמן דלא אמרינן משויל"מ וא"ש והנה בסוגיא דילן פריך הש"ס למ"ד דר"מ וחכמים פליגי בקיום השטר והא מיפלג פליגי בה דתניא אין נאמנים לפוסלו ד"ר מאיר וחכמים אומרים נאמנים ומשני דצריכי דאי מהתם אמרינן שאני עדים דאלימי לאורועי שטרא וכו' והנה לפמ"ש דפליגי ר"מ וחכמים בדבר הגורם לממון אי כממון דמי א"ש הצריכותא בלא זה דאי מברייתא דא"נ לפוסלו הוי אמרינן דר"מ סבר דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והא דא"נ משום דהוי מיגו בשנים לדידיה דס"ל דדה"ג לממון כממון דמי לכך קמ"ל במתניתין דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ואי פליגי במתניתין ה"א התם קאמרי רבנן דנאמן משום דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אבל גבי עדים א"נ דהוי מגו בשנים קמ"ל דדה"ג לממון לאו כממון דמי אלא הא דלא משני הש"ס הכי משום דבעי לתרוצי אף אי אמרינן דר"מ סבר דלא אמרינן משויל"מ או למאי דמהפכינן דר"מ לרבנן דלא מצינן לתרוצי הכי ולפ"ז מתורץ קושית התוס' בטו"ט דהא בהאי לישנא דר"ז אמרינן דר"י סבר ראיה בקיום השטר ור"ל סבר ראיה בעדים ולפ"ז ה"ק ר"ל לר"י לדידך דס"ל דפליגי בקיום השטר א"כ ההיא ברייתא דבר קפרא ר"מ היא וא"ל שאני אומר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ד"ה הוא והיינו משום דמהפכינן דר"מ לרבנן ורבנן לגבי ר"מ ד"ה הם כדמשני הש"ס ופריך ליה ר"ל והא מיפלג פליגי ביה גבי עדים דתניא א"כ לפוסלו פי' דע"כ מוכח דלא מפכינן ורבנן סברי דצריך לקיימו דאל"כ קשה והא מיפלג פליגי ביה ותרתי למה להו והאי סברא דמיצרך צריכי משום דאלימי עדים אכתי לא ידע וא"כ ע"כ צ"ל דהברייתא דא"נ לפוסלו מיירי שהלוה מודה כפירש"י וא"כ מיצרך צריכי דאי מברייתא ה"א דטעמא דא"נ משום דהוי מיגו בשנים לכך קמ"ל במתניתין דא"צ לקיימו ואי הוי פליגי במתניתין ה"א דכאן רבנן מודים דא"נ דהוי מיגו בשנים וא"כ ע"כ מוכח דבמתניתין רבנן סברי דצריך לקיימו ור"מ סבר דא"צ לקיימו דאלת"ה אלא דר"מ סבר דצריך לקיימו א"כ ע"כ צ"ל דגם בברייתא סבר ר"מ דנאמנים לפוסלו וא"כ הקושיא במ"ע דל"ל למיפלג בתרווייהו דל"ל דקמ"ל דלא הוי מיגו בשנים זה ליתא דהא ע"כ פלוגתייהו מיירי באין הלוה מודה כפי' התוס' דאל"כ אמאי סבר ר"מ דנאמנים דהא הוי מיגו בשנים דהא כשיקיים ע"א יהיה הלוה משויל"מ דהא ר"מ סבר דה"ג לממון כממון דמי א"ו דמיירי באין הלוה מודה וא"כ תרתי למה להו וקשה בממ"נ לכך משני ר"י דלעולם בברייתא נמי מפכינן דרבנן סברי דא"נ ור"מ

סובר דנאמנים ומיירי באין הלוה מודה כמ"ש התו' והוי מיגו מעליא ולא קשיא תרתי למה להו דקמ"ל דאף בעדים לא אלימי לאורועי שטרא ובמתניתין קמ"ל רבותא לר"מ דאף בלוה מהני מיגו כדמשני לעיל וא"ש כי הדברים נכוחים ודוק. ותבנא לדינא דאף שהוכחתי שהרמב"ם לא ס"ל כשיטת ר"י שבתוס' פחז"ה מ"מ נ"מ לדינא במ"ש לדידן דס"ל בע"א בשטר נאמן לומר פרעתי אך בשטר בע"א ויש בו נאמנות או שהוא ת"ז לכ"ע הוי משויל"מ היכא דלא מצינן לקיומי חתימת הע"א שבשטר אלא ע"פ ע"א תליא בשיטת ר"י ותירוץ הריב"ם בתוס' פחז"ה דלשיטת הריב"ם מהני הקיום ולשיטת ר"י לא מהני הקיום אך לפמ"ש בסי' פ"ז דבכפירת ש"ד נשבעין עליו ש"ד א"כ ה"נ אם היה מכחיש להעד המקיים היה חייב ש"ד וא"כ בכה"ג שמודה לדברי העד ה"ל משויל"מ וצ"ע לדינא. ולענין מה דפשיטא ליה להפ"י שם דאם ע"א מעיד שהוא מכיר חתימת שני העדים שבשטר או כל אחד מעיד על חתימת ע"א שבשטר דלא הוי קיום והוכיח כן מדברי התוס' בפ"ב דכתובות בשם ר"י דהא דמהני להעיד בגדלו מה שראה בקטנו לומר זה בת"י של אבא משום דקיום שטרות דרבנן מיירי במודה לוה שכתבו אלא שטוען פרעתי ע"ש והרי התם בעינן שיעיד עמו עוד אחר גדול אלמא דגדול לבדו לא מהני ולא נהירא לי כלל כיון דע"א מעיד על חתימת שני העדים והלוה מודה שכתבו אלא שטוען פרעתי פשיטא דה"ל משויל"מ דדמי ממש לנסכא דר"א ומה שהביא ראיה מדברי התוס' י"ל דהתוס' ס"ל כשיטת הרמב"ם דע"א בשטר ה"ל משויל"מ ולפי שיטת ר"י צריך דוקא קיום שני עדים שיכירו חתימת הע"א שבשטר וא"כ י"ל דמתניתין מיירי שהגדול אינו מכיר רק ח"י ע"א ולכך בעינן עוד קטן עמו דלהוי שני עדים על קיום ח"י ע"א שבשטר והוי משויל"מ ועוד י"ל ע"פ מ"ש הטור בסי' פ"ח בשם התוס' הא דמודה במקצת חייב ש"ד אף דשיעבודא דאורייתא היינו דוקא במחל לו השיעבוד ע"ש וא"כ י"ל דמתניתין מיירי בלא מחל לו השיעבוד וא"כ לא הוי משויל"מ דהוי שיעבוד קרקעות אבל לדידן דלא ס"ל כשיטת התוס' פשיטא דאם ע"א מכיר שני החתימות והלוה טוען פרעתי אף החולקים על הרמב"ם מודים דה"ל משויל"מ כיון דלפי דברי העד חזקה אלימתא היא שלא פרע דשטרך בידי מאי בעי וכיון שאינו מכחיש דברי העד ה"ל משויל"מ וכן כשיש שני עדים כ"א מעיד על ח"י ע"א הוי כמו אם ע"א מעיד על שתי החתימות כיון דלפי דברי שניהם השטר בתוקפו וא"כ מחויב לישבע שאחד מהן משקר וכיון שהוא מודה לדבריהם ה"ל משויל"מ כמ"ש לקמן בסק"ו ע"ש:

ב דאפילו יש בו נאמנות וכו'. ובכה"ג אף שלא נתקיים רק ח"י ע"א מהחתומים נמי מהני דהוי משויל"מ ואף שאינו מקיימו רק ע"א י"ל דמהני כמש"ל באריכות:

ג קיום שטרות דרבנן. הסמ"ע הביא בשם הגמ"ר דקדושין דהיינו דוקא היכא דליכא מערער אבל היכא דבע"ד טוען מזויף צריך קיום אף מדאורייתא והיא שיטת רבינו אביגדור כהן דפי' הא דפרכינן ברישׁ גיטין למ"ד הא דבעינן בפ"נ משום דאין עדים מצוין לקיימו ליבעי תרי מ"ד אקיום שטרות דעלמא ומשני דאף בקיום שטרות דעלמא נמי לא בעי כדר"ל דאמר עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצריך והכא משום עגונה אקילו ביה רבנן היינו דוקא היכא דליכא מערער ורבנן הוא דאצריך אפילו היכא דליכא הכחשה כגון בבא ליפרע שלא בפניו או מיתומים והכא משום עגונה סגי בחד היכא דליכא הכחשה ואע"ג דקיום הגט דהיינו בפ"נ ובפ"נ אינו אלא משום חשׁש הכחשה דיבא הבעל ויערער השתא מיהא לא אתי וליכא הכחשה אבל היכא דבע"ד לפנינו ואמר מזויף בעינן קיום מדאורייתא והנה באמת הדברים תמוהים מאוד דמה בכך דעכשיו ליכא הכחשה מ"מ הא דמצריכינן בפ"נ ובפ"נ אינו אלא משום ערעור הבעל דהא מה"ט בא"י לא מצריכינן קיום משום דאף שיערער יהא יכול לקיימו א"כ אף בח"ל היכי מהימנינן לע"א דהא כשיערער בעינן קיום מדאורייתא ועוד תמה הש"ך דהא איתא התם להדיא דאפי' אתא בעל ומערער לא משגיחינן ביה ומשמע התם דאפי' לכתחיל' תנשא בו ולא משגיחינן לו לערעורו של בעל ומכח זה דחה הש"ך דברי ר"א כהן מהלכה והנראה לי בזה דהנה יש להבין מאי פריך הש"ס וליבעי תרי מ"ד אקיום שטרות דעלמא דהא חזינן דבעדות אשה עגונה נאמן ע"א לומר מת בעלה ומפרש הש"ס בר"פ האשה רבה דמשום חומר שהחמירו עליה בסופה הקילו עליה בתחלתה דדייקא ומינסבא וא"כ ה"נ דילמא לכך מיהמן השליח משום דהאשה דייקא משום חומר שבסופה שיראה דדילמא יתברר שהגט מזויף וכמ"ש הרשב"א והר"ן שם לחד פירושא דמה"ט המביא גט בא"י אצ"ל בפ"נ ובפ"נ הן אמת דמדבריהם נראה דס"ל דלא שייך חומר בסופה אלא במביא בא"י דכשהבעל מערער מהני אז יראה שהבעל יבוא ויערער ודייקא משא"כ בח"ל דלא מהני ערעור הבעל אז לא דייקא אך מ"מ אין זה מוכרח דאכתי י"ל דיראה דשמא יבואו עדים החתומים בעצמם או עדים אחרים ויאמרו שאין זה חתימת ידם ויהיה הגט בעל דהא מה"ט כתבו קצת המפרשים הטעם דמדאורייתא לא בעי קיום משום דלא חציף לזיופי שטרא משום שירא שיבואו העדים ויכחישוהו וא"כ ה"ה לגבי האשה שייך לומר הכי ודייקא ואף אי אמרינן דטעמא דע"א בעדות אשה משום מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי ה"נ י"ל כן לגבי השליח שירא שיכחישוהו העדים כדאמרינן כיון דאמר מר בפני כמה נותנה לה וכו' מעיקרא מידק דייק ולא מרע נפשיה אך יש לתרץ זה ע"פ מה דאמרינן בגיטין דף י"ט הני בי תרי דיהיב גיטא קמייהו

צריכי למקריה ומשמע בתוס' שם דצריכי לקרותו תיכף בעת הנתינה דכיון דקי"ל ע"מ כרתי א"כ צריכין העדים שידעו שגט הוא זה בשעת המסירה אבל כשלא ידעו בשעת המסירה אף שאח"כ נודע שזה היה גט מ"מ פסול דצריך שידעו בשעת המסירה דוקא ועיין בש"ע אה"ע סימן קל"ה ס"ג ובב"ש ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דלבעי תרי כיון דס"ד דהש"ס דקיום שטרות דאורייתא א"כ לא שייך כאן לומר דהאשה דייקא ומנסבא דהא מ"מ בשעת מסירת שליח הגט ליד האשה העידי מסירה אינם יודעים אם הוא גט כלל ואף לר"מ דס"ל ע"ח כרתי מ"מ מודה דבעי עדים בשעת מסירת הגט ליד האשה כמ"ש התוס' בגיטין דף ד' ד"ה דקי"ל והרא"ש בספ"ב דגיטין ואף אי אמרינן דטעמא דע"א בעגונה משום מילתא דעבידי לגלויי לא משקרי מ"מ לא סמכינן ע"ז אלא בצירוף טעמא שהיא דייקא ומנסבא כמ"ש התוס' ביבמות דף צ"ג ע"ב ע"ש ולפ"ז משני הש"ס שפיר דבדין הוא דבקיום שטרות נמי לא לבעי כדר"ל והיינו בדליכא מערער והכא משום עגונה אקילו ביה רבנן דל"ח למזויף בדליכא מערער וא"כ בשעת המסירה הוי גט מעליא כיון דליכא מערער ואי משום דשמא יבוא הבעל אח"כ ויערער לזה האמינו לשליח משום עגונא ומשום דהיא דייקא ומנסבא וגם השליח מידק דייק ולא מרע נפשיה ומהימן כדין ע"א דנאמן במיתת הבעל מה"ט ואף שבא אחר ומכחישו הראשון נאמן כשנים כמבואר בפ' האשה שלום ובאה"ע סי' י"ז וא"ש זה נ"ל נכון מאוד ליישב שיטת הר"א כהן בזה.
אמנם הרב הש"ך האריך להוכיח מדברי הרשב"ם והתוס' ומסתימת לשון הט"ו בסי' זה שכתבו כמה קולות בקיום שטרות מפני שהוא מדרבנן ולא חלקו דכשהלוה טוען מזויף לא מהני א"ו דאף כשהבע"ד מערער לא בעינן קיום מדאורייתא ומכח זה השיג על הרב רמ"א באה"ע סי' מ"ב שכתב במצא כתוב בשטר פ' קידש פ' ועדים חתומים בו כ"ז שלא נתקיים אין חוששין לקדושין והוא שיטת הגמ"ר דקדושין דכשהבע"ד טוען מזויף בעינן קיום מדאורייתא אבל לפי שיטת הפוסקים דאף כשהלוה טוען מזויף א"צ קיום מדאורייתא א"כ הוי קדושין של תורה כיון דמדאורייתא א"ל קיום אולם מדברי הרמב"ם והט"ו באה"ע סימן קמ"א סי"ג מוכח כהגמ"ר שכתבו בשליח שהביא גט בא"י ולא אמר בפני נכתב ובפני נחתם ובא הבעל וערער דהגט מזויף ולא נתקיים הגט בחותמיו ה"ז אינה מגורשת ותצא והולד ממזר הרי מבואר דהיכא שהבעל מערער מן התורה אינו גט מדנקט אינה מגורשת והולד ממזר דאל"כ לא הוי ממזר אלא מדרבנן וכבר תמה שם בזה הב"ש והוכיח מזה כשיטת הגמרא דקדושין והסמ"ע וראיתי בתומים שמחלק בזה בין גיטין וקדושין לד"מ דבד"מ העדות מתקיימת בידיעה שלא בראיה ולכך מן התורה א"ל קיום אף שהלוה טוען מזויף דחזקה דלא חציף אינש לזיופי שטרא ובודאי אינו

מזויף הוא אבל בעדות נשים אף שהענין אמת ושניהם עדים שקדשה וגירשה לא מהני אלא כשמגרש אותה בפני עדים דוקא ולכך לא מהני שטר בלא קיום דאף דחזקה הוא שאינו מזויף מ"מ ליכא עדים בזה ודבריו אינן נראין כלל דהא חזינן דהאשה שאומרת לבעלה גרשתני נאמנת משום חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה וכן כשהגט יוצא מתח"י האשה והבעל טוען שלפקדון נתנו לה או על תנאי א"נ הבעל כשנתקיים הגט כמבואר באה"ע סי' קנ"ב אלמא אף דליכא עדים בכ"ז מ"מ לא מהני ערעור הבעל משום דחזקה דהאשה אומרת אמת והיינו משום דאף דבענין קדושין וגירושין בעינן עדי' דוקא היינו דוקא בשעת קדושין וגירושין שאין הדבר נגמר אלא בפני עדים אבל אם יש חזקה ואומדנא דבשעת גיטין וקדושין נעשה הדבר לפני עדים אלא דליתנייהו קמן מוקמינן ליה אחזקה דהשתא לומר שמתחילה נעשה הדבר לפני העדים והלכו להם וא"כ ה"נ כיון דבשעת מסירת הגט נמסר הדבר לפני העדים כדין דכיון דליכא מערער ל"ח למזויף כלל א"כ אף שאח"כ בא הבעל ומערער לא תועיל שודאי משקר כיון דחזקה דלא חציף אינש לזיופי שטרא מהני אף מדאורייתא ומה שנ"ל בישוב דברי הרמב"ם הוא זה דבאמת אף הוא מודה דבכל קיום שטרות אף כשהלוה טוען מזויף מן התורה לא בעי קיום והטעם כמ"ש רש"י בריש גיטין משום דלא חציף אינש לזיופי שטרא והיינו דלא חציף אינש לתבוע את חבירו בשטר שהוא מזויף ולהעיז פניו בדבר שחבירו מכיר בשקרו וכן פי' בתשובת ב"ח החדשות סי' פ"ד וא"כ דמי לאשה שאומרת לבעלה גרשתני דנאמנת משום דחזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה והיינו דוקא בפניו אבל שלא בפניו מעיזה ומעיזה וא"כ בשלמא היכא דליכא מערער ל"ח כלל לזיופי דמוקמינן השטר בחזקה כשרות ולא נחשדו ישראל בזה אבל היכא דיש מערער דליכא טעמא אלא משום דלא חציף אינש לזיופי שטרא ולהעיז נגד חבירו זה לא שייך אלא בפניו דמכיר בשקרו אבל שלא בפניו לא והנה בש"ע אה"ע סי' י"ז ס"ב והטור באה"ע סי' קנ"ב כתבו דהאשה האומרת נתגרשתי ונתקדשה לאחר שלא בפני בעלה ואח"כ בא בעלה ואומרת כן בפניו לא מהימנא דכיון דשלא בפניו מעיזה וכבר עשתה מעשה דנתקדשה לאחר שלא בפניו עבידא לאחזוקי דיבורא ומעיזה וא"כ ה"נ י"ל כיון דהשליח הביא את הגט שלא בפני הבעל ונתנו להאשה אם בא הבעל וערער אח"כ לא מהימנינן ליה אף מדאורייתא דבזה לא שייך דלא חציף אינש לזיופי שטרא ולהעיז נגד חבירו דכיון שכבר הביא שליח את הגט ונתנו להאשה אין לך מעשה גדולה מזו ואף שבא אח"כ הבעל ומעיז בפניו עביד לאחזוקי דבורא ומעיז ולכך פסקו נמי הרמב"ם והט"ו באה"ע סי' קנ"ב באשה עצמה שהביאה גיטה ואח"כ בא הבעל וערער שמזויף הוא דאינו

גט מדאורייתא דכאן לא שייך דלא חציפא לזיופי גיטא דכיון שכבר הביאה הגט שלא בפני בעלה עבידא לאחזוקי דבורא מה שאמרה שלא בפניו דאין לך מעשה גדולה מזו לזייף גט ועדים ולומר נתגרשתי ולכך א"נ כשהבעל מערער ובזה ניחא נמי מה דקשה עוד דאמאי כשבא הבעל ומערער אינו גט הא האשה האומרת לבעלה גרשתני נאמנת משום חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה וכן הקשה הלח"מ בספ"ז מה"ג ומה שתי' דכיון שהגט מסייע לה מעיזה ומעיזה הוא מוקצה מן הדעת דהא הא דנאמנת מן התורה בני קיום הוא משום דלא חציפא לזיופי שטרא וא"כ בשביל מה שתגדיל ההעזה לזייף גט ועדים תהיה יכולה להעיז בפני בעלה אדרבה מזה ראיה גדולה שאומרת אמת ולפמ"ש ניחא דכיון דעשתה מעשה לזייף גיטה עבידא לאחזוקי דיבור' ומעיזה אף בפניו א"כ ה"נ לענין קיום הגט נמי כיון דכבר זייפה את הגט שלא בפניו עבידא לאחזוקי דבורא ומעיזה אף בפניו וכ"ש הוא מחזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה דחזקה אלימתא היא אף מדרבנן ואפ"ה אמרי' דעבידא לאחזוקי דיבורא כ"ש בקיום שטרות דלאו חזקה אלימתא היא כולי האי דהא מדרבנן חיישינן שהוא מזויף ובאמת נראה דרמב"ם למד זאת מההיא דריש גיטין המביא גט בא"י אצ"ל בפ"נ ובפ"נ ואם יש עליו עוררים יתקיים בחותמיו ומוקי לה בערעור דבעל אלמא אף דחזינן דחז"ל הקילו בא"י דל"ח למזויף אף שאינו מקוים משום דקיום שטרו' דרבנן ומשום עגונא אקילו ביה רבנן ואפ"ה בערעור דבעל הגט פסול ואי אמרת דאף בערעור הבעל מן התורה א"ל קיום מה חילוק בין ערעור הבעל או לא סוף סוף מדרבנן היא ודוחק לומר דחז"ל חלקו בתקנתם בין כשהבעל מערער או לא א"ו דבערעור הבעל מדאורייתא בעי קיום מה"ט דכתיבנא וא"ש ונכון. אך לפ"ז לכאורה י"ל דאף לענין קיום שטרו' מי שהוציא שטר בעדים שלא בפני בע"ד אלא בפני ב"ד ולא נתקיים ואח"כ בא הבע"ד ומערער שהוא מזויף בכה"ג בעינן קיום מדאורייתא ולא מקילינן גביה הני קולות דמקילינן גבי קיום שטרות דרבנן משום כיון דהוציא שטר מקוים לפני ב"ד עביד לאחזוקי דיבורא דבוש הוא לחזור מדבריו לומר שזייף שטר ועדים אך צ"ל דלא אמרינן כן אלא בגיטין דעיקר מה שצריכה לזייף את גיטה הוא כדי שיהיה בידה לראיה בכדי לאנסובי לבעל כדאמרינן פ"ק דמציעא ופ' הכותב וכ"ת נקרע לגט אמרה בעינא לאנסובי ביה וא"כ י"ל דשלא בפני בעלה זייפה את הגט בכדי לאנסובי ביה ובכה"ג מעיזה כיון שעדיין אין הבעל בפניה ואף שאח"כ בא בעלה מחזקת דבריה אבל בדיני ממונות המלוה או הלוקח א"צ להשטר אלא כדי להוציא מיד שכנגדו א"כ שלא בפניו כבפניו דמי ומתחלה אינו חציף לזייף את השטר כיון דעיקר כוונתו נגד הבע"ד שבודאי יכחישו משא"כ בגט אינו ודאי שהבעל יבוא

ויכחישה מזייפת הגט כדי לאנסובי ביה וכן נראה מדברי הח"מ באה"ע סי' י"ז סק"ו ע"ש ולכך לא נזכר סברא זו בדיני ממונות דשלא בפניו כבפניו דמי ולפ"ז מי שהוציא שטר קדושין על אשה אחת שלא בפניה ולא נתקיים חוששין לקדושין מדאורייתא דהא עיקר השטר נעשה לתבוע בו את האשה עצמה א"כ לא חציף לזיופי שטרא אף שלא בפניה וכשיטת הש"ך כאן ודבריו נכונים לדינא ודלא כשיטת הרב רמ"א באה"ע סי' מ"ב והב"ש שם כנלפענ"ד. אמנם כשהעדים החתומים עצמם אומרים מעולם לא חתמנו בזה מן הסברא היה נראה כשיטת הגמ"ר דקדושין דבכה"ג אף מדאורייתא בעי קיום כיון שעידי השטר עצמם אומרים שמעולם לא חתמו כלל אך הרב הש"ך הניח הדבר בצ"ע דמדברי כמה פוסקים משמע להדיא דאף עידי השטר עצמם א"נ לומר מעולם לא חתמנו וראיתי בתומים שתמה על הש"ך דהא מדברי הרשב"ם והתוס' שהביא הש"ך בעצמו מוכח דאף העדים בעצמם א"נ דהא כתבו דלכך ס"ל לר"ה מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא מהימן במיגו דמזויף משום דקיום שטרות דרבנן ולא הצריכו חז"ל קיום אלא בטענת מזויף בעצמה אבל בשאר טענות לא האמינו במיגו דמזויף ואי אמרת דכשהעדים עצמם אומרים לא חתמנו מהימני אף מדאורייתא א"כ כשהעדים אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות אמאי לא מהימני למ"ד א"ל לקיימו הא אית להו מיגו מעליא דאי בעי אמרי לא חתמנו דהוי מהימני אף מדאורייתא ומכח זה השיא דברי התוס' לכוונה אחרת ובאמת לק"מ דזה לא הוי מיגו כלל דבשלמא למ"ד צריך לקיימו הוי מיגו מעליא ולא הוי מיגו בשני' משום דאף אם חבירו לא יסכי' עמו לא יתקיים השטר אבל למ"ד דא"צ לקיימו משום כיון דמן התורה לא בעי קיום לא האמינו חז"ל בטענה אחרת במיגו כזה אלא שאתה רוצה להאמינם במיגו דאי בעי אמרי בפירוש לא חתמנו מעולם דאז הוי מהימני מדאורייתא וזה לא הוי מיגו כלל דהוי מיגו בשנים דדילמא חבירו לא יסכים עמו ואם ע"א לבד יאמר כן ודאי דלא מהימן מדאורייי' דדוקא כששני עדים אומרים כן מהימני דאלימי עדים לאפוקי מחזקה משא"כ ע"א דכיון דמדאורייתא לא בעינן קיום משום חזקה דלא חציף אינש לזיופי שטרא לא מהימן ע"א לאפוקי מחזקה כמו במלוה ע"פ והוא ת"ז וע"א מעיד שנפרע דפשיטא דע"א לא מהימן לאורועי חזקה וה"נ והגע עצמך אלו היה בא ע"א לומר שהשטר מזויף פשיטא דלא מהימן מדאורייתא לאורועי שטרא כדמוכח להדיא בגיטין דף ט' דפריך על מתני' דהמביא גט בא"י אצ"ל בפ"נ ובפ"נ ואם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו ערעור דמאי אילימא ערעור חד והא אמר ר"י אין ערעור פחות משני' הרי להדיא אף דהא דמקילינן בגט בא"י בלא קיום הוא משום קיום שטרו' דרבנן כמ"ש התוס' במשנה שם ואפ"ה לא מהני ערעור חד א"כ ה"נ כשאחד מהחתומים

אומר לא חתמתי א"נ לאורועי שטרא כיון דמדאוריית' שטר מעליא הוא וא"כ הוי מיגו בשנים דלא הוי מיגו כלל וז"ב ובזה ניחא נמי מה שהקשו התוס' לרמב"ח דהוי סבר דאף בכ"י יוצא ממ"א דא"נ לומר אנוסים היינו היינו דוקא מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים דלהימני לומר אנוסי' היינו מחמת ממון במיגו דמחמת נפשות ותירצו דהוי מיגו בשנים ולכאורה קשה כיון דמחמת נפשות מהימני אף בכת"י יוצא ממ"א דלא הוי חוזר ומגיד א"כ מה מיגו בשנים הוא זה דאף אם אחד לבדו יאמר שאנוס היה מחמת נפשות וחבירו לא יאמר כן מ"מ יהא נאמן ויתבטל השטר ולפמ"ש ניחא כיון דפשיטא בסתם שטר ל"ח דהעדי' היו אנוסי' מחמת נפשות דחזקה דאין אדם חציף לאנוס עדים להחתים בשקר אלא דתרי עדים מהימני לאפוקי מחזקה אבל ע"א א"נ לאורועי שטרא וא"ש ויש להסתפק לשיטת הסוברי' דעדי' עצמם לא מהימני מן התורה לומר לא חתמנו אם יש עדי' אחרי' אומרים ששטר זה מזויף ולא נתקיים השטר אי הוי כתרי ותרי מן התורה כמו בשני עדים אחרים שאומרים על עידי השטר שהיו אנוסים או פסולי עדות דהוי תרי ותרי וכמבואר בסל"ז או דילמא דמ"מ הכא עדיף כיון שהשני' אחרי' אומרים שעידי השטר מעולם לא חתמו א"ע ולקמן כתבתי דמדברי הרא"ה והריטב"א נראה דבכה"ג הוי מדאורייתא כתרי ותרי ונ"מ לענין שטר קדושין לפי מש"ל דהעיקר כשיטת הש"ך אם כן בכהאי גוונא יש לחוש לקדושין:

ד שיבואו העדי' החתומים בו. הש"ך הביא בשם הריטב"א דאיתא בירושלמי הם אומרי' כתב ידינו הוא זה ואחרים אומרי' אין זה כתב ידם הוי תרי ותרי פי' דאע"ג דלרבנן אין אחד מהעדים מעיד אלא על כתב ידו בלבד ואלו השנים האחרי' מעידים עכאו"א לא חשיבי כתרי לגבי חד דכיון שהעדים על מנה שבשטר הם מעידים הא חשיב כאידך תרי עכ"ד וכ"כ הרא"ה בחידושיו ואיכא למידק מה בכך דעל מנה שבשטר הם מעידים הא מ"מ הכחשת שנים האחרים אינו על מנה שבשטר רק שאומרים שאין זה כת"י וא"כ בזה שכ"א מהחתומים אומר שזה כת"י יש שנים אחרים שמכחישים אותן והוי חד לגבי תרי וכמ"ש הרא"ה והריטב"א לענין אם כל א' אומר אין זה כת"י ושנים אחרים אומרים שכת"י הוא זה דהוי חד לגבי תרי משום דבגוף העדות יש על כל א' שנים שמכחישים אותו וה"נ השנים האחרי' אינם באים להכחיש רק על גוף הכתב ובזה הוי חד לגבי תרי דנהי דמהני הקיום בכה"ג שכ"א מעיד על כת"י לבד דהוי מלוה בשטר גמור על פיהם כמ"ש התוס' והרא"ש והמרדכי דכיון שזוכר ההלואה ע"פ השטר ועל מנה שבשטר הן מעידין מועיל עדותם אף לענין גוף השטר דמתוך שהן באים להעיד על המלוה מעידין נמי על השטר היינו משום דקיום שטרות דרבנן הקילו חז"ל דלהוי

קיום בכה"ג כמ"ש על זה בהג"ה במרדכי להדיא ואין לגמגם בזה דקיום שטרות מדרבנן ובסברא מועטת יש להקל עכ"ל אבל הכא כשיש שנים המכחישי' אותו בגוף הענין נהי דעל מנה שבשטר הן מעידין מ"מ בזה שכ"א אומר כת"י הוא זה הוא מוכחש משנים ותו לא מהימני אף לענין הלואה עצמה דעדים מוכחשים נינהו ופסולי' לעדות אחרת וצ"ל דהרא"ה והריטב"א סברי כיון דקיום שטרות מדרבנן ומדאורייתא א"צ קיום כלל א"כ מדאורייתא אף שיש שנים אחרים שאומרים אין זה כתב ידם ה"ל כתרי ותרי דזה השטר חשוב כמו שהעדים לפנינו ומעידין שהשטר מעליא הוא כמו בשנים מן השוק שאומרים דעידי השטר פסולי עדות היו דמיחשב תרי ותרי כמבואר בסל"ז וא"כ בכה"ג דכ"א מעיד דזה כת"י ומהני קיום זה אף מדרבנן משום דעל מנה שבשטר הן מעידין חשיב כתרי ותרי כיון דבכה"ג הוי קיום גמור אף מדרבנן הדר מוקמינן ליה על דינא דאורייתא ובזה נתיישב לי מ"ש הרא"ש והריטב"א בשם הירושלמי דהוי תרי ותרי בכה"ג ובאמת לא נזכר זה בירושלמי שלפנינו דז"ל הירושלמי הם אומרים כת"י זה ואחרים אומרים אין זה כתב ידם אמר רב מנא נעשה כשטר שנקרא עליו ערעור א"ר אסי ובלבד כשטר שנקרא עליו ערעור ונתקיים בב"ד ר' אלעזר אמר לא נתקיים בב"ד אמר ר' אילא טעמא דר' אלעזר דכיון שהוחזק בב"ד להיות חתומים בשטר כאלו נחקרה עדותן בב"ד עכ"ל וא"כ לא נזכר כלל בירושלמי דהוי תרי ותרי וגם דברי הירושלמי אינם מובנים כלל ולפמ"ש יובן היטב דפלוגתא דר' אסי ור' אלעזר הוא דרב אסי סבר דנעשה כשטר שנקרא עליו ערעור עכשיו והוחזק בב"ד מקודם והיינו משום דכיון שאמרו החתומים שכתב ידם הוא נתקיי' השטר וא"כ הוי תרי ותרי ומהני תפיסת המלוה ור"א סבר דהוי כלא נתקיים בב"ד כלל והיינו משום כיון דיש שנים המכחישים אותם הוי כחד לגבי תרי ולא נתקיים השטר כלל ולא מהני תפיסה ולזה אמר ר' אילא דטעמא דרב אסי דסבירא ליה דהוי כתרי לגבי תרי ולא אמרינן כיון דכ"א אינו מעיד כ"א על כת"י לבד ושנים מכחישים הוי כחד לגבי תרי לזה אמר כיון דהוחזקו בב"ד להיות חתומי' בשטר כאלו נחקרה עדותן בב"ד והיינו מדאורייתא כיון שהם חתומים בשטר אף שלא נתקיים הוי כנחקרו בב"ד א"כ כיון שהאמינו חז"ל בקיום שכ"א אומר זה כתב ידי הדר מוקמינן לה אדינא דאורייתא וחשיב כתרי ותרי ומה דאיתא בירושלמי שלפנינו א"ר אילא טעמא דר' אלעזר הוא ט"ס שהי' כתוב בר"ת טעמא דר"א וטעה הסופר שהוא ר"ת ר' אלעזר ובאמת הוא ר"ת רב אסי וז"ב בכוונת הירושלמי לפי שיטת הרא"ה והריטב"א וכן י"ל שכן הוא ג"כ כוונת רי"ו שהביא הש"ך דאיתא מחלוקת בירושלמי אי צריך קיום אחר דהיינו לענין שיהא כתרי ותרי דליהני תפיסת המלוה. אמנם מ"מ אכתי קשה לאידך גיסא כיון

דמיחשב להו כתרי ותרי א"כ לפי שיטת התוס' והרא"ש והט"ו בס"י דכל היכא דכ"א אינו מעיד רק על כת"י בעינן שיזכור ההלואה ומסתמא אמרינן שזוכר ההלואה א"כ נהי דמכחישי' אותם האחרים בזה שאומרים כתב ידינו הוא זה מ"מ כיון שאין מכחישים אותם בגוף ההלואה א"כ ליהוי כשני כיתי עדים המכחישים זה את זה דקי"ל זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה וא"כ ה"נ נהי דמוכחשים בזה שאומרים שכתב ידן הוא מ"מ בזה שמעידים על גוף ההלואה אינם מוכחשים ותועיל עדותם דאפי' בעדות אחת קי"ל בפחז"ה דף ל"א ע"ב כר"נ דבמאי דאתכחיש אתכחיש ובמאי דלא אתכחיש לא אתכחיש והנה הירושלמי י"ל דס"ל כר"ח בשני כיתי עדי' המכחישים זא"ז דפסולי' לעדות אחרת או כרבא דפחז"ה שם דלאותה עדות לא מהימני אבל לדידן תיקשי והנה הרא"ה והריטב"א י"ל דלא ס"ל כתוס' והרא"ש אלא אף שכ"א אינו מעיד רק על כת"י לא בעינן שיזכרו ההלואה אלא דכיון שמעידים שזה כתב ידם וחתמו בתורת עדות הוי כמעידים על מנה שבשטר וכן משמע להדיא בחידושי הרא"ה והרשב"א גבי כותב אדם עדותו על השטר וע"ש אבל לדידן דקי"ל דבעינן דוקא זכירת ההלואה קשה טובא וצ"ל דהירושלמי לא קאמר דהוי תרי ותרי אלא לענין דלא הוי שטרא לגבות בו ממשעבדי וגם הלוה נאמן לומר פרעתי כדין מלוה ע"פ אבל אם הלוה טוען להד"ם באמת צריך לשלם ועוד י"ל דכיון דלהתוס' והרא"ש איירי פלוגתא דרבי ורבנן כשהעדי' זוכרים את ההלואה ע"פ ראיית השטר דר' לא מחשיב ליה זכירה ורבנן מחשבי ליה זכירה והוי כמעידים על מנה שבשטר וא"כ י"ל דה"נ מיירי בכה"ג שהחתומים זוכרים ההלואה ע"י ראיית השטר ולכך כיון דשנים אחרי' מכחישים שאין זה כת"י הוי כמכחישים ג"כ את ההלואה כיון שאין זוכרים את ההלואה אלא ע"י ראיית השטר אבל אם העדים החתומים אומרים בפי' שזוכרין ההלואה בלא השטר והלוה טוען להד"ם צריך הלוה לשלם דבזה לא איתכחשי עדי' אלו כמבואר בפחז"ה ולקמן סי' קמ"ו סכ"ג ועדיין אני נבוך בענין זה וצ"ע לדינא ודוק:

ה שיבואו עדים ויעידו שזה כת"י של אלו. כתב הריטב"א בשם הירושלמי הם אומרים אינו כתב ידינו ואחרים אומרים כתב ידם הוא תני, ר' חייא לא מעלין עידי השטר ולא מורידין פי' שהעדים האומרים אינו כת"י מיירי שאין אחד מהן מעיד אלא על שלו ואידך דמכחישי' מעידים עכאו"א מהם וה"ל תרי לגבי חד אמר ר"י מתני' אמרה כן אם יש עדים שהוא כת"י אין נאמנים פי' וטעמא דליכא למימר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאפי' אמרו אינו כתב ידן לא מהני להו כיון שיש עדים שהוא כת"י עכ"ל וכ"כ הרא"ה בחידושיו ומשמע דאם כ"א מעידי השטר מעיד ג"כ על של חבירו שאינו כ"י ה"ל חד

ותרי וכ"כ הש"ך ויש להבין לפי מה דקי"ל בסי' ל' ס"ח דאם ע"א העיד על השטר שהוא פרוע מנה בניסן וע"א מעיד שהוא פרוע מנה בתשרי מצטרפין ומחזיקין השטר בפרוע ממנה וכן לענין עידי הלואה מצטרפין בכה"ג א"כ ה"נ אף דכ"א מעידי השטר אינו מעיד רק על חתימתו שהיא מזויפת מ"מ לפי דברי כל אחד השטר אינו כלום ואם כן הוי עדות גמורה דמצטרפין להו והוי תרי ותרי וצ"ל דאף דבעיקר ענין השטר הוי עדות מעליא מכל מקום כיון דבכמות הדבר אם זהו חתימתו יש לכ"א מעידי השטר שנים שמכחישים אותו מיחשב חד לגבי תרי ואין דבריו של אחד במקום שנים וכבר הארכתי בזה בסי' ל' סק"ד ע"ש אך יש להקשות לפ"ז דא"כ היכי הוכיח ממתניתין דאם יש עדים שהוא כת"י דא"נ ולא ממיהני במיגו דלא חתמנו דאין נאמנים לומר לא חתמנו הא אכתי אית להו מיגו דאי בעי אמרי כל אחד ג"כ על חתימת חבירו שאינו כת"י וע"כ צ"ל דהוי מיגו בשנים דדילמא לא יסכים חבירו עמו ולא יהיה נאמן לבדו וא"כ היכי הוכיח דאם כ"א אינו מעיד רק על חתימתו לבד שאינו כת"י דא"נ נגד שנים דילמא אף בכה"ג נאמנים דכיון דעידי צירוף מהני בכל דוכתי ה"ל תרי ותרי והא דא"נ לומר אנוסי' היינו ביש עדי' שהוא כת"י ולא מהימני במיגו דלא חתמנו הוא משום דהוי מיגו בשנים דדילמא לא יסכים חבירו עמו ולבדו בודאי לא יהיה נאמן לומר דלא זה הוא חתימתו נגד שני עדים המכחישים אותו ונ"ל דזה ס"ל להירושלמי לסברא פשוטה דכל היכא שיש עידי צירוף אם יש שנים שמכחישים כל מעשה ומעשה דחשיבי כחד לגבי תרי אלא דעיקר ראיית הירושלמי הוא שלא תאמר דהעד עצמו שהוא חתום בשטר נאמן יותר משני עדים לומר שאין זה חתימתו לזה הביא ראיה ממתניתין מדלא מהימני במיגו דאין זה כת"י דהא אף אם חבירו לא יסכים עמו יהיה נאמן א"ו דאף בכה"ג א"נ דהוי חד לגבי תרי וא"כ הוי מיגו בשנים ולא אמרי' אך מ"מ יש לתמוה על הרא"ה בחידושיו דפירש ג"כ דהירושלמי מיירי שאין אחד מעיד על חבירו רק שלא פירש כוונת הירושלמי במאי דמייתי ראיה ממתניתין דאם יש עדים וכו' ואם נאמר דפי' ג"כ כהריטב"א יש לתמוה דהא הרא"ה הקשה בשני כיתי עדי' המכחישי' זא"ז דלהימני לבתראי במיגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא ותירץ דעדים לא מהימני במיגו היכי דלא מהימני מתורת עדותם דלא הימנינהו רחמנא בהכי ומדלא תי' כמ"ש התוס' דלא אמרינן מיגו בשנים נראה דלא ס"ל האי כללא א"כ קשה ממ"נ היכי הוכיח הירושלמי ממתניתין דא"נ לומר אנוסים היינו במיגו דלא חתמנו דא"נ לומר לא חתמנו ומאי קושי' הא עדים לא מהימני מתורת מיגו ואת"ל דס"ל דכל היכא דהעדים לא מהימני מחמת כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מהני מיגו כמו שמועיל באין כת"י יוצא ממ"א וכמו שנראה קצת מחידושי הרמב"ן

פחז"ה דף ל"א א"כ אכתי קשה להימני במיגו דאי בעי הוה כ"א אומר ג"כ על חבירו שאין זה כת"י דבכה"ג מהימני וכ"ש לפמ"ש לקמן דכל היכא שאומרים מעולם לא חתמנו נאמנים אף שאין אחד מסייע לחבירו וא"כ להימני במיגו דלא חתמנו מעולם ונראה דהרא"ה מפרש דהכי אזיל הוכחת הירושלמי דזה פשיט' ליה דהיכא שאומרי' אין זה כת"י ואין מסייעים זה לזה דמיחשב כחד לגבי תרי אף דעידי צירוף מהני בכל דוכתא מ"מ העדים האחרים נאמנים יותר אך שלא תאמר דלהימני עדים החתומים במיגו דאי בעי היו מסייעים זה לזה ולא הוי כמיגו במקום עדים כיון דמ"מ הם ג"כ עדים ע"י צירוף דהימנינהו רחמנא בכל דוכתי לכך מביא ראיה ממתניתין דא"נ לומר אנוסי' היינו במיגו דלא חתמנו והיו מסייעי' זה זה לזה א"ו דעדי' לא מהימני מתורת מיגו אלא דבאין כת"י יוצא ממ"א מהימני דלא מיחשב קיום כלל דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואי בעי שתקי כן צ"ל לפי דבריו ותמיהני מסתימות הרא"ה ז"ל בזה אמנם בעיקר הדין יש לי לתמוה טובא מהא דאמרינן בפ' אלו נערות אמר ר"פ האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה ומוקי לה בש"ס כגון דאתי בי תרי ואמרי לדידהו אמר להו זייפו לי דכיון דמהדר אזיופא אימור זיופי זייף וכתב ואפי' נתקיים השטר לא מהני דדילמא זייף כ"כ עד שעדי הקיום טועים וסוברים שזה היא ח"י העדים שחתומי' בו כמבואר בס"ס נ"א ובסי' ס"ג וא"כ קשה בכה"ג שכ"א מהחתומים אומר שאין זה כת"י ומעולם לא חתם א"ע מה מועיל מה שעדים אחרי' אומרי' שזה כת"י כיון דעידי צירוף הוי עדות גמורה בכל דוכתי להוציא ממון ע"פ עדותם וכן לפסול אדם לעדות ולעשותו חשוד על פיהם וכמבואר בסי' ל"ד סכ"ח בהג"ה וא"כ כיון שהם מעידים ע"י צירוף שאין זה חת"י ומעולם לא חתמו הרי כ"א מעיד שבעהש"ט הלזה זייף חתימתו וא"כ ע"י צירוף הוי עדות גמור' שבעהש"ט הלזה הוא זייפן וא"כ מה מועיל מה שעדים אחרים מכחישים ואומרים שכת"י הוא זה הא י"ל שזייף כל כך עד שהעדים האחרים טועים וסבורים שהוא כת"י החתומים בו וק"ו הוא דמה התם גבי שטרא ריעא העדים אינם יודעים ששטר שמוציא התובע הוא מזויף אלא שאומרים שמהם שאל לזייף שטר כזה אפ"ה אמרינן דילמא שטר זה מזויף הוא ועדים טועי' כ"ש הכא שעדים כשרים ע"י צירוף מעידים ששטר זה בעצמו הוא מזויף האיך נוכל להכחישם ע"פ עדים אחרים שאומרים שהוא כתב ידם הא י"ל שטועים הם וסבורים שזה כת"י והא מבואר בסי' כ"ט ס"א דיש להשוות עדים המכחישים זא"ז אף במשמעות רחיק כ"ש הכא דחזינן דאף היכא שהעדים אינם אומרים ששטר זה מזויף רק שמהם שאל לזייף שטר כזה אמרי' אנן דשטר זה מזויף ועדי קיום טועים הם ק"ו הכא דעידי השטר מעידים ע"י צירוף ששטר זה מזויף שלא נכחיש אותם ע"י עדי' אחרים

ותלינן שהעדי' האחרים טועים הם ויש לתרץ דכאן מיירי שעדי השטר אינם אומרים מעולם לא חתמנו שזה אינם זוכרים אלא שאומרי' דמכירי' בט"ע שאין זה חתימתן ואחרים מכחישים בט"ע דמכירים דזה כתב ידם הוא ולכך הוי הכחשה גמורה דליכא למימר הכא דזייף כ"כ עד שהעדים טועים דהא עדי השטר אינם מעידי' שיודעים בודאי שהוא זייפן שלא חתמו מעולם רק שאומרים כ"א אין זה דומה לכתב ידי וא"כ כיון שאין א' מסייע לחבירו ושנים אחרים מעידים על כל חתימה שהוא ח"י א"כ מיחשבי חד לגבי תרי וכ"א מוכחש משנים ולא מהימן ולא תלינן כלל שהעדים האחרים טועים הם דיותר יש לתלות הטעות בא' מבשנים אך מ"מ אכתי קשה לשיטת הרמב"ם בסי' ס"ג דאף בשטרא ריעא אם עדי השטר עצמם מעידים שזה הוא כת"י מהני ופירש הש"ך שם משום דאותן עדים עצמם ודאי לא יטעו שזה כת"י דדוקא אחרים שמקיימי' את השטר איכא למיחש שטעו אבל עדי השטר בעצמם בקיאים יותר בחתימת ידם ובודאי אינם טועים וא"כ הכא שעידי השטר עצמם מעידי' שאין זה כת"י דהיינו שמכירי' בט"ע שאין זה כת"י ואחרים מכחישים אותם א"כ כיון שעידי השטר ודאי אינם טועים ואחרים איכא למימר שהם טועים יותר יש להאמין לעידי השטר שהם עדות גמורה ע"י צירוף ולמתלי שעדים אחרים טועים הם ואפשר לומר דהכא מיירי שעידי השטר אומרים שאין החתימות דומות כלל לחתימת ידם ואחרים מכחישי' אותם לכך הוי הכחשה גרידא ואין דבריו של אחד במקום שנים ועי"ל דהירושלמי מיירי שהאחרים שאומרים על עידי השטר שהוא כתב ידם אומרים שראו כשחתמו בו ובזה לא שייך לומר שטעו ובזה נדחה נמי ראיית הגמ"ר בסוף קדושין שהביא ראיה לדברי הרב מרושפרק דס"ל דאם כת"י יוצא ממ"א א"ב העדים החתומים בו לומר לא חתמנו ומשמע התם דאף שכ"א מעיד על חבירו מ"מ א"נ דחשיבי חוזרים ומגידים והביא ראיה מפאד"מ משטר שכתוב בו באחד בניסן ובאו עדים ואמרו עמנו הייתם השטר כשר ועדים כשרים דחיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו משמע דאל"ה העדים פסולים אף דליתנייהו קמן ולא אמרינן דילמא הוי אמרי שאין זה כת"י ולפמ"ש ליכא ראיה כלל די"ל דהעדים שמזימים אותם אומרים שראו שחתמו זה השטר או שעדים אחרים העידו שראו שחתמו ולכך יכולין לפוסלן אי לאו טעמא דאחרוהו וכתבוהו ואדרבה מדברי הגמ"ר יש ראיה לסברא דילן דאל"כ יש לתמוה מאי ראיה מייתי דא"נ לומר לא חתמנו מהא דעידי הזמה מצי למיפסלינהו ומאי קושיא כיון דרחמנא הימנינהו לעידי הזמה למיפסלינהו כיון דאגופייהו דסהדי מסהדי אם כן נהי שהעדים אומרים לא חתמנו מ"מ כיון שעידי ההזמה אומרי' שמכירי' שהוא כת"י ומזמי להו למה לא נאמינם כמו שאם שנים מעידים על שנים שהרגו את הנפש או

שחללו שבת דנאמנים וה"נ כיון שמעידים עליהם שהוא חתימת ידם ומזמי להו מיהמני כיון דאגופייהו דסהדי מסהדי ועוד דילמא מיירי בכת"י יוצא ממ"א וא"כ אף דאמרי לא חתמנו א"נ דבדבר הנראה וידוע לכל לא אמרינן תרי כמאה כמ"ש התוס' בר"פ האשה רבה א"ו דהכי אזלה הוכחת הגמ"ר דאם איתא דעידי השטר נאמנים לומר לא חתמנו לא מצי למיפסלינהו דאיכא למימר שהעדים אחרים טועים הם א"ו כיון שמכירים חת"י העדים שוב א"כ עידי השטר לומר לא חתמנו דהוי חוזרים ומגידים אך באמת מ"מ אין זו ראיה מוכרחת דאיכא למימר דמיירי שראו שחתמו וכמ"ש ולשיט' הרא"ה והריטב"א שומעין שהם רבים וגדולים ומסתבר טעמייהו דכיון שעידי השטר מכחישים ואומרים לא חתמנו או שכ"א מעיד על חבירו שאינו כת"י נתבטל הקיום והוי כלא נתקיים כלל והשטר פסול והא דא"נ לומר אנוסים היינו בכת"י יוצא ממ"א במיגו דלא חתמנו הוא משום דמיגו בשנים לא אמרי' או דעדים לא מהימני מתורת מיגו והוכחת הירושלמי אינו אלא שלא תאמר דעד החתום נאמן על עצמו נגד שנים וכמ"ש לעיל שוב מצאתי און לי מדברי תשובת הרשב"א סי' א' ר"י שהביא הב"י באה"ע סי' מ"ב והרב ב"י מוקי לה בדיני ממונות ומוכח התם להדיא דאף בכת"י יוצא ממ"א אם באו העדים החתומים ואמרו מעולם לא חתמנו ומזויף הוא דנאמנים אלא שצריך לחקור ולדרוש ולאיים על העדים שרגלים לדבר והיינו כיון דכת"י יוצא ממ"א רגלים לדבר שהוא חתימתם וצריך דו"ח כמו בדין מרומה בר"ס ל' וע"ש ברשב"א שדבריו הם מגומגמים ובתשו' מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' מ' נדחק בהם והעיקר בכוונתו כמ"ש וכן עיקר לדינא וע' בראב"ד פ"ח מה"ע ודוק בכ"ז ובחדושי אמרתי לתרץ עפ"ז קושית התוס' שהקשו על הא דאמר ר"נ עדים שאמרו אמנה היו דברינו א"נ מודעא היו דברינו א"נ דבמאי איירי אי בכת"י יוצא ממ"א מאי קמ"ל באמנה דא"נ פשיטא כדפריך הש"ס על הא דאמר ר"י אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה א"נ דאי בכת"י יוצא ממ"א פשיטא ואי באין כת"י יוצא ממ"א אמאי א"נ ולפמ"ש א"ש דהנה כבר הקשיתי על מתניתין דאמאי א"נ בכת"י יוצא ממ"א להימני במיגו דאי בעי אמרי לא חתמנו מעולם דמהימני דתלינן שהעדים המכירים ח"י הם טועים ותירצתי דהוי מיגו בשנים ולא אמרינן ועוד יש לתרץ דמתניתין אתיא כרבנן דריב"ק דסברי דעידי צירוף לא מהני וא"כ אף אי אמרי לא חתמנו לא מהימני ואין להאמינם במיגו דאי בעי היה כ"א מעיד גם אח"י חבירו שהוא מזויף די"ל דא"ז מיגו שאינם רוצים להכחיש העדים שמכירי' חת"י בשלמא הירושלמי מוכיח שפיר דאיכא מיגו דלא חתמתי מעולם ובעהש"ט זייף השטר בטוב עד שהעדים המקיימים ח"י הם טועים אבל על ח"י חבירו אינו יכול לומר רק שאין זה דומה לכתיבת ידו וזה אינו רוצה ובוש להכחיש העדים

שמכירים ח"י חבירו וליכא מיגו ולפ"ז מתורץ קושית התוס' דעל ר"נ ל"ק אי מיירי בכת"י יוצא ממ"א פשיטא די"ל דקמ"ל דלא מהימן במיגו דלא חתמנו מעולם דאי ממתניתין י"ל דאתיא כרבנן דריב"ק דעידי צירוף לא מהני אבל לדידן דקי"ל דעידי צירוף מהני ה"א דמהימני קמ"ל דמיגו בשנים לא אמרי' אבל לרב פריך הש"ס שפיר אי בכת"י יוצא ממ"א פשיטא דלדידיה ליכא למימר דמתניתין אתיא כרבנן דריב"ק דהא בפז"ב דף ל' ע"ב אמרינן אמר ר"ה אמר רב מודי' חכמי' בעידי חזקת קרקע דמצטרפין אף שכ"א מעיד על שנים אחרות מ"מ אחד קרקע קמסהדי וא"כ ה"נ כשכ"א אומר לא חתמתי הרי כ"א מעיד שהשטר הוא מזויף ופסול ואף רבנן מודים דמצטרפים וא"כ מאי קמ"ל בכת"י יוצא ממ"א דלא מהימני הא ממתניתין שמעינן לה ותרתי דרב למה לי ועיין בתוס' ד"ה וכדר"ה אמר רב ע"ש ודוק ונכון

ו לא נתקיים לפי שצריך שני עדים על חתימת כל א'. והא דלא מצרפינן להני שני עדים אהדדי כמו אם א' אומר הלוהו מנה בניסן ואחד אומר בתשרי דמצטרפין אע"ג דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי שאני התם דאמרינן מסתמא שני עדים לא משקרי וכיון דלפי דברי כ"א לוה הימנו מנה א"כ עכ"פ חייב הנתבע להתובע מנה משא"כ הכא אף שנאמר שא' מהן אומר אמת מ"מ אף לפי דבריו אינו אלא שטר בע"א דלאו כלום הוא ודילמא גוף העדות על ההלואה הוא שקר ולפ"ז נראה דשטר שהוא מחותם בארבעה עדים וע"א מכיר שני חתימות מהן וע"א מכיר שני חתימות האחרות כיון דכל עד מהם בא לקיים שטר גמור בשני עדים מצרפינן להו ונתקיים השטר וה"ה אם יש ד' עדים שכ"א מכיר א' מהחתומי' שבשטר נמי מהני והוי קיום מעליא דמצרפינן להו וראיה ברורה לזה הא דכתב הטור בסי' ק"מ בשם הרשב"א והמחבר שם בסי"ג לענין עידי חזקת הבתים דעידי שוכרי הבית מהמחזיק מועיל אף שלא דרו שניהם ביחד אלא זה אב"ג וזה דה"ו ואפילו היו ששה אחד בכל שנה עלתה לו חזקה דקי"ל דעידי ממון מצטרפין וא"כ ה"ה הכא לענין קיום שטרות מצרפינן נמי עדות כזה אך לא נתבאר שם מאיזה טעם אם היו ששה א' בכל שנה עלתה לו חזקה דליכא למימר דמצרפינן עד הא' והב' ועד הג' והד' ועד הה' והו' להדדי דזה ליתא דכד מצטרפת להו א"כ לא הוי השנים רצופו' ולא הוי חזקה וכבר תמה בזה הרב מוהר"ח אלפאנדרי בתשוב' מעשה חייא סי' ח' ומה שהשיב לו הרב שם דטעמא הוא דמצרפינן העד הא' להד' והב' להה' והג' להו' אהדדי ע"ש ליתא כלל דהא הטעם דמהני עידי צירוף בכל דוכתי משום דאמרינן דודאי תרוייהו יחד לא משקרי וא"כ לענין חזקה נהי נמי דמצטרפת העד הא' להד' והעד הב' להה' אכתי נאמר דבכת הראשונה העד הא' אומר אמת ובכת השניה עד החמישי אומר אמת ואכתי לא הוי

השנים רצופות ואנן בעינן ששני חזקה יהיו ודאי רצופים כמבואר שם בס"ח ולכאורה יש לתרץ דלכך מהני ששה עדים כיון דחזינן דעידי צירוף מהני בכל דוכתי אף דאמנה דמסהיד האי לא מסהיד האי מ"מ אמרינן כיון דלפי דברי כ"א חייב לו ממון אמרינן חזקה דתרי סהדי לא משקרי שניהם יחד וא"כ ה"נ כי יש ששה עדים שמעידים כ"א על שנה אחרת א"כ ודאי אכל שני חזקה כיון דחזקה דתרי לא משקרי א"כ נהי דאחד מהן משקר אכתי נשארו שני חזקה רצופות או מן שלש ראשונות או מן שלש אחרונות דהא תרי מינייהו ודאי דלא משקרי ואף שאחד מן האמצעים משקר אכתי יש שני חזקה רצופים משא"כ כשאינן רק חמש לא מהני דאיכא למיחש דעד השלישי משקר ואינן רצופות וא"כ לפ"ז הכא לענין קיום שטרות אף בשטר שהוא מחותם בשלשה עדים סגי שכ"א מן השוק יכיר חתימה אחת מהן דבזה נתקיים השטר דנהי דחיישי' דחד מנייהו משקר מ"מ אכתי נשארו שני עדים שמכירים כ"א חתימה אחת וכיון דלא משקרי הוי שטר גמור בשני עדים וכן באשרתא כיון דאם יש שני עדים שמכירים חתימות שני הדיינים מועיל הקיום אף שאין מכירין חתימת הג' כמ"ש הש"ך בס"ק מ"ג בשם הר"ן והרשב"א א"כ ה"ה כששלשה מכירין כ"א חתימת דיין אחד נמי מהני כיון דתרי מינייהו ודאי לא משקרי א"כ נתקיימה האשרתא מחתימת שני דיינים אך באמת דזה ליתא דא"כ אחד שתבע לחבירו ג' מנים דמביא ג' עדים שמעידים כ"א על מנה בזמנים מיוחדים יצטרך לשלם להתובע מאתים ונאמר כיון דשני עדים לא משקרי א"כ עכ"פ חייב לו מאתים כדברי שנים מהן ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא ואדרבא מוכח להיפך מדברי הט"ו בסי' ל' ס"ג דאיתא התם בראובן שתבע לשמעון אלף ות"ק זהובים והביא ה' עדים אחד אומר שהלוהו מנה ואחד מעיד שהלוהו מאתים ואחד מעיד על ש' ואחד על ת' ואחד על ת"ק אם העידו כ"א מהן בעדות מיוחדת כגון שאמר הראשון באחד בניסן בשנה הראשונה והשני אומר בז"א וכן כולם משלם ת"ש וישבע שבועת התורה על השאר ע"ש והטעם מבואר בטור ובסמ"ע שם משום דלת"ש מצרפינן להו אהדדי דאיכא צירוף ולא על יותר ואם איתא דאמרינן דתרי בהדדי ודאי דלא משקרי א"כ יגבה אלף דנהי שעד הת"ק משקר מ"מ כיון דודאי שוב לא משקרי יותר א"כ ע"י צירוף עדותן יתחייב לשלם אלף א"ו אף דעידי צירוף מהני בדיני ממונות מ"מ לא מהימנינן להו אלא בדבר ששניהם מכוונים עדותן יחד ולא ביותר ממון מחבירו אף שיכול להיות אמת כדבריו מ"מ כיון שאינו מסייע לו בממון הרבה כזה לא מצרפינן להו וא"כ ה"ה היכא דשלשה עדים מעידים כ"א על מנה לא מצרפינן להו אלא במנה מה שכ"א מעיד ולא ביותר כיון שכ"א אין מסייע לחבירו אלא במנה וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דאמאי מצרפינן ששה

שוכרים לענין שני חזקה על כן נראה עיקר דטעמא דהרשב"א כיון דחזינן דבשני חזקה כי יש על כל שנה כת אחת מצרפינן להו אהדדי כיון דרחמנא האמינה שני עדים לממון מהימני ג"כ ע"י צירוף א"כ כי יש ששה עדים על שש שנים שלשה עדים הראשונים שמעידים כל אחד על שנה אחת אב"ג מצרפינן להו אהדדי להיות להם נאמנות כע"א שאכלה רצופות אב"ג וכן שלשה שוכרים האחרונים מצרפינן להו אהדדי להיות כע"א שאכלה דה"ו והוי כאחד אומר שאכלה אב"ג ואחד אומר שאכלה דה"ו דמצרפינן להו וכן פרש"י בפז"ב ורשב"ם בפחז"ה על הא דפרכינן גבי ע"א אומר אחת בגבה ואחד אומר אחת בכרסה דחצי עדות הוא דהוי כע"א שמעיד על שני הסימנים יחד ע"ש וזה נכון ולפ"ז ה"ה הכא בשטר מחותם בארבע וד' מן השוק כ"א מכיר חתימה אחת מצרפינן להו דהוי כא' מכיר ח"י שני עדים מהן וא' מכיר ח"י שני העדים האחרים דמצרפינן להו ולפ"ז נראה דאף שטר בשני עדים אף דלא מהני אם אחד מעיד על חתימה אחת ושני על חתימה האחרת היינו דוקא כשהלוה טוען מזויף אבל כשהלוה טוען אמנה או פרוע חייב לשלם אף דקי"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מ"מ כיון דכ"א מעיד על חתימה אחת ה"ל משוי"מ אף להחולקי' על הרמב"ם בסי' נ"א ס"ב דבע"א בשטר לא אמרי' דהוי משוי"מ ונאמן לומר פרעתי היינו משום דבשטר בע"א לא שייך שטרך בידי מאי בעי אבל הכא שכ"א מקיים חתימה אחת מצרפינן להו והוי כע"א שמקיים שתי החתימות דשייך ביה שטרך בידי מאי בעי והוי משוי"מ לכ"ע כמ"ש בסק"א ועמ"ש בסי' פ"א סק"ו וכ"ז ברור ודוק:

ז ולפי דבריהם. זהו שיטת התוס' והרא"ש בשם הירושלמי דפלוגתא דר' ורבנן הוא כשהעדים זוכרים ההלואה ע"י ראיית השטר דלר' לא חשיב זכירה ועל כת"י הן מעידין ולרבנן חשיב זכירה ועל מנה שבשטר הן מעידין אבל אם שכחו ההלואה לגמרי אף רבנן מודים דעל כת"י הן מעידין ובעינן שיעיד כ"א גם על חתימת חבירו אך אפילו אם מעידין בסתם על כת"י אמרינן דמסתמא זוכרין ההלואה ע"פ ראיית השטר וכ"כ הסמ"ע והש"ך בסי' זה ס"ק י"ג ולכאורה נראה לפ"ז דה"ה אם העדים כתבו איזה עדות שלא לשם שטר רק לזכרון דברים בעלמא אף דלא הוי שטר כלל מכל מקום אם העדים מעידים לפני ב"ד שזהו כתב ידם הוי כעדות בעל פה ומיחשב עדות גמור דאמרינן דמסתמא זוכרים ההלואה ע"פ כת"י והיכא דזוכר העדות אף ע"פ פנקסו מהני כמבואר בסי' כ"ח סי"ג וכיון דהיכא דמעיד על השטר בסתם זה כת"י אמרינן דמסתמא זוכר גוף העדות מה לי שטר מה לי פנקסו אמנם מצאתי להריב"ש בסי' קנ"ג שכתב וז"ל וכ"ת הא מיפסל עד שבכתב משום דבעינן מפיהם ולא מפ"כ וכו' וליכא למימר דבנידון זה כיון שהעד עצמו

העיד לפני ב"ד מפיו על חת"י הרי הוא כאלו מעיד על מה שכתוב בשטר כדקי"ל על מנה שבשטר הן מעידין דהתם הוא כשהוא חתום בשטר שמצד עצמו הוא כשר ואם באו שנים מן השוק והעידו על כת"י היה כשר השתא נמי כשהוא מעיד שכת"י הוא זה ואנו רואין אותו חתום בשטר הרי הוא כאלו מעיד על מנה שבשטר אבל בכאן אם מה שחתום בו פסול ואין בו עדות גם כשהוא מעיד על חת"י דהיא היא גופה אין כאן עדות של כלום ואינו מעיד על מנה שבשטר דהא התם נמי לא חשבינן להאי סהדותא כמעיד ע"פ על מנה שבשטר דא"כ לא היה גובה בעדות זה ממשעבדי וא"כ בנדון זה שכת"י עצמו פסול דמפ"כ הוא א"כ מה שמעיד בפני ב"ד שהוא כת"י אינו מועיל להכשירו עכ"ל הרי מבואר להדיא דהיכא שהשטר פסול מצד עצמו אינו מועיל מה שמעיד על חותם ידו להכשירו אך מ"מ אין ראיה מזה די"ל דהריב"ש הבין הא דאמרינן בש"ס דלרבנן על מנה שבשטר הן מעידין היינו דבמה שמעיד שהוא כת"י הוי כמעיד על מנה שבשטר והיינו כיון דזוכר שחתם על שטר זה באמת מיחשב כמעיד על מנה שבשטר וכן נראה מדברי חידושי הרשב"א והרא"ה ודלא כהתוס' והרא"ש ולכך היכא שגוף השטר הוא פסול אינו מועיל ג"כ מה שמעיד על חת"י דהא לדידהו לא בעינן שיזכרו ההלואה וכן משמעות דברי הריב"ש למדקדק בלשונו אבל לפי שיטת התוס' והרא"ש דבעינן דוקא שיזכרו ההלואה וכשמעידין בסתם אמרינן מסתמא זוכרין ההלואה ע"י ראיית השטר א"כ ה"ה בפנקסו כיון שאומרים שזה כת"י אמרינן מסתמא זוכרין העדות ע"פ פנקסו ומועיל שיהיה כעדות ע"פ אך מ"מ יש לדון בזה די"ל ע"כ לא אמרי' דמסתמא זוכרין ההלואה אלא לענין קיום שטרות דמדאורייתא לא בעינן קיום כלל דמה"ט נמי מהני מה שאמר כת"י הוא זה למיהוי שטרא מעליא לגבות בו ממשעבדי דמתוך שהן מעידין על המלוה מעידין נמי על השטר כמ"ש התוס' והרא"ש והמרדכי והיינו משום דבסברא מועטת מקילינן בקיום שטרות דרבנן כמ"ש בהגמ"ר ע"ז אבל היכא דהשטר פסול מצד עצמו מדאוריית' משום דהוי מפ"כ אף שמעיד שהוא כת"י מ"מ לא אמרינן דמסתמא זוכר ההלואה ועוד י"ל דאף בשטר כשאומר זה כת"י לא אמרינן שזוכר גוף ההלואה אלא אמרי' דמסתמא או שזוכר הלואה או שזוכר שהלוה צוה לו לחתום דזה הוי כמו שזוכר ההלואה דכיון שהלוה צוה לו לחתום הוא בודאי חייב ועוד שאדם יכול לחייב א"ע בשטר אף בדבר שאינו חייב משא"כ היכא שהשטר נכתב בודאי שלא בצוואת הבע"ד לא אמרינן שמסתמא זוכר גוף ההלואה אך לקמן בסט"ו ובש"ך ס"ק ל"ט מבואר לענין דייני קיום אמרינן דעל קיום השטר הן מעידין וסגי כשכ"א מעיד על כת"י הרי אף

דמקיימין השטר שלא בצוואת הבע"ד מ"מ אמרינן שזוכר גוף המעשה שנתקיים השטר לפניו א"כ משמע דלא כסברא זו ומ"מ צ"ע לדינא ודוק:

ח אינו מועיל דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי. וכתב מוהרי"ט בתשו' חלק אה"ע סי' ט' דהיינו דוקא שלא לגבות בו ממשעבדי אבל מ"מ מצטרף שיהיה מלוה ע"פ דהא קי"ל הודאה והלואה מצטרפין אע"ג דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי ע"ש והביאו הכנה"ג וברור בעיני דאשתמיט להו דברי הרי"ף בפ' ג"פ והרמב"ם בפ"ד מה"ע ד"ו והט"ו בסי' ל' סי"ב שמבואר להדיא מדבריהם דאף לענין מלוה ע"פ אם ע"א מעיד על ההלואה ודיין אחד מעיד שהעידו שנים לפניו אין מצטרפין ואדרבה מדברי הר"ש בן הרשב"ץ שהביא הכ"מ שם נראה שהרי"ף והרמב"ם פירשו כולה סוגיא דעד ודיין אין מצטרפין לא מיירי כלל לענין קיום שטרות רק לענין מלוה ע"פ ע"ש וכ"כ הריב"ש להדיא בסי' רס"ו ובסי' שפ"ב וכן נראה מדברי תשו' הרא"ש כלל כ"ט ע"ש ובע"כ צריכין אנו לחלק דלא דמיא להודאה והלואה דמצטרפין דהתם כיון שההודאה הוא מפי הלוה בעצמו חשיבא כראיית ההלואה ממש ואדם יכול לחייב א"ע בהודאת פיו אף שאינו חייב וכההוא אודית' דאיסור גיורא בב"ב משא"כ היכא שע"א מעיד על ההלואה ודיין אחד מעיד שהעדים העידו לפניו כיון שהדיין עצמו אינו יודע מההלואה כלל הוי סהדותא אחרינא לגמרי ולא מצרפינן להו כלל ולפ"ז מתורץ קושית הריטב"א שהביא הש"ך בס"ק מ"ו שהקשה דלמה ליה לרבא לאקשויי אהא דאמר שמואל עד ודיין מצטרפין מאי דקמסהיד סהדא לא קמסהיד דיינא ת"ל שאין כאן קיום מספיק שהרי על עד השני אין מי שיעיד על כת"י רק הדיין ואנן תרי בעינן ולפמ"ש ניחא דזה לא קשיא כלל די"ל כיון שהדיין מעיד על חת"י שני העדים שבשטר וכנחקרה עדותן בב"ד דמי הרי לפי דבריו חייב הנתבע ממון גמור וגם העד שבשטר מעיד כן על גוף ההלואה א"כ מצרפינן להו עכ"פ לענין גביית בני חורין דומיא דהודאה והלואה לכך פריך דבכה"ג אין לצרפם כלל כיון דאמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי וא"ש. ובזה נתיישב לי דברי הרמב"ן בחידושיו לכתובות והוא מכונה להרשב"א שהקשה לפירש"י דפי' על הא דפריך מאי דקמסהיד סהדא לא קמסהיד דיינא דיינא מסהיד אקיומא דאשרתא וסהדא אמנה שבשטר כרבנן וכתב הרמב"ן ואיכא למידק עלה א"כ אפילו שנים מעידים על ח"י ע"א ואחד אומר זה כת"י לימא אמאי דקמסהיד האי לא מסהדי אינך ולאו מילתא היא משום דהתם דאמרי זה כת"י של פ' ודאי כת"י עצמו מעיד מנה שבשטר ויצטרף עם חבירו שהעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד וכיון דמקיימי שטרא ממילא נפיק ממונא אפומייהו אבל דיינא אשטרא גופיה לא קמסהיד דמעליא הוא דאיהו לא ידע ודילמא

מזויף הוא אלא מפומא דאחריני וכת"י של עד לא נתקיים בזו העדות של דיין שאפי' העידו שנים מן השוק על הדיין עדיין אין כאן עדות שלם לקיים חתימת אותו עד שני הילכך אין כאן צירוף למנה שבשטר עכ"ד ודברים אלו כתב ג"כ הריב"ש בסי' שפ"ב ולכאורה הדברים תמוהים דממ"נ אי ס"ל להרמב"ן והריב"ש כפירוש הש"ך דקושית הש"ס הוא מאי דקמסהיד סהדא לא קמסהיד דיינא משום דאין על העד השני רק קיום הדיין לבד א"כ למה להו להאריך בפשיטות ה"ל לתרץ דקושית הש"ס הוא משום דאין על עד השני רק קיום הדיין לבד משא"כ כשיש שני עדים על חתימת עד השני הוי קיום מעליא ואי דס"ל כסברת הריטב"א דל"ח לכולי האי שיזייף ח"י העדים והדיינים א"כ הקושיא במ"ע כיון שמאמינים לעדות הדיין א"כ הוי כשני עדים שמעידים על חתימת עד השני והוי כמו שהוא לפנינו אך לפמ"ש ניחא דפשיטא דזה לא קשיא דעל עד השני ליתא רק קיום הדיין לבד כיון דלפי דברי הדיין נתקיים ח"י שני העדים וכנחקרה עדותן בב"ד דמי א"כ מעיד הוא על ממון גמור וראוי הוא להצטרף להעד שמעיד בפנינו על כת"י דג"כ על מנה שבשטר הוא מעיד לכך פריך הש"ס דהדיין אינו ראוי להצטרף להעד שבפנינו כיון שהדיין אינו יודע כלל מגוף החוב ואינו מעיד רק שהעדים העידו לפנינו סהדותא אחרינא הוא לגמרי ולא מצרפינן להו כלל ואי משום כיון שהדיין מעיד על ח"י עד השני הוי כאלו עד השני לפנינו ומצטרף להעד שמעיד בפנינו דע"א בע"פ וע"א בשטר מצטרפין זה ליתא כיון שאין הדיין עצמו מצטרף להעד שבפנינו א"כ לא מהימנינן לדיין כלל על ח"י עד השני כיון שאינו אלא ע"א על חתימת עד השני משא"כ כשע"א מעיד על כת"י ושני עדים מעידים על ח"י עד השני א"כ כיון שח"י עד השני נתקיים שפיר ע"פ שני עדים כשרים והוא ודאי ח"י עד השני הוי כאלו הוא בפנינו ומצטרף שפיר להעד שמעיד בפנינו על חת"י דע"א בע"פ וע"א בשטר מצטרפין והוי כאלו הם מעידים בפנינו שחת"י הוא והוי קיום מעליא וז"ב ונכון:

ט אלא ששנים מן השוק מעידין על הדיין וכו' קאי אדלעיל שע"א מן השוק מעיד על חתימת עידי השטר לכך מצטרף אליו חתימת הדיין אבל כששנים מן השוק מעידין על העד והדיין אינו מועיל דהא על חתימת עד השני אין כאן אלא עדות הדיין לבד כ"כ המחבר בב"ה והסמ"ע והש"ך האריך בזה ע"פ סברת הריטב"א דל"ח שיזייף ח"י העד והדיין ולכך העלה שהגירסא ישנה בהר"ן עיקר דאם שני עדים מן השוק מעידים על העד והדיין כולה סהדותא חד הוא ומצטרפים דל"ח לזיופא ע"ש גם לפמ"ש לעיל בישוב קושית הריטב"א מתורץ גם כן קושית הב"י אך מ"מ לענין דינא כיון דבחידושי הרא"ה לכתובות מפורש כהב"י דחיישינן לזיופא וקושית הש"ס הוא דמאי דמסהיד סהדא לא

מסהיד דיינא שאין כאן על עד השני רק קיום הדיין וגם פירש שם הא דאמר עד ודיין מצטרפין מיירי שבאין שני עדים דעלמא והעידו על כתב ע"א ודיין א' וא"כ להמסקנא אף בכה"ג אין מצטרפין א"כ מוכח שגירסת הב"י בהר"ן הוא האמת ונ"ל דאף לפי סברת הריטב"א וגם לפוו"ש למעלה דהוי עדות ע"י צירוף מ"מ כיון שאם העד היה מעיד לפנינו לא מצטרף עם הדיין ה"ה. כששני עדים מעידים על ח"י העד והדיין נמי אינו מועיל כיון שהעדים המעידים לפנינו אינם יודעים מגוף ההלואה רק שמקיימים חת"י העד ודיין לא עדיף קיום עדים הללו מאם העד והדיין לפנינו שאין מצטרפים ולא מהימנינן להו שאינו יפה כח הבן מכח האב ודברי הט"ז בזה אין בהם טעם וכן מוכח מדברי הריב"ש בסימן שפ"ב שכתב להדיא שאינו מועיל הכרת דיין החתום על החליצה ודיין החתום על האשרתא משום דעד ודיין אינן מצטרפים אם הם לפנינו וה"ה ע"י קיום חתימתן אף דמשמע מדבריו דס"ל דאמירת עד ודיין הוי קיים מעליא וכמ"ש לעיל ועיקר:

י להצטרף עם אחר כשר. הכי אמרינן בש"ס להדיא דבעינן שיהיה גדול עמו ונראה דלפמ"ש בתשו' הרא"ש כלל ס"ו דמיגו שהיה טוען טענה שהיו עדים פסולים מכחישים אותו לא אמרינן כמו דאמרינן דלא אמרינן מיגו דהיה מכחיש הקול כמ"ש התוספות בפ' חז"ה בסוגיא דרבה בר שרשיה וה"ה להכחיש עדים פסולים נמי לא הוי מיגו יע"ש והביאו הש"ך בכללי המיגו א"כ ע"כ צ"ל דהכא מיירי שהלוה טוען מזויף אבל כשטוען אמנה או פרוע אף ששני עדים מעידין מה שראו בקטנותן נמי מהני דלית ליה להלוה מיגו דמזויף שא"ר להכחיש עדים פסולים אך מדברי התוספות ספ"ב דכתובות מוכח להיפך שכתבו שם בד"ה קיום שטרות דרבנן דהא מתניתין דנאמנין להעיד בגדלן מה שראו בקטנן מיירי במודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו דבכה"ג הוי הקיום מדרבנן ע"ש ואי ס"ל כהרא"ש ל"ל להש"ס לומר כיון דקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן ת"ל דלאו מיגו הוא כלל שא"ר להכחיש עדים פסולים וגם למה בעינן שיעיד גדול עמו הא אף אם שניהם מעידים מה שראו בקטנם ליכא מיגו להלוה וצ"ל דהתוס' לא ס"ל כהרא"ש דעדים פסולים גריעי מקול ודוחק גדול לחלק בין עדים המעידים מה שראו בקטנן לשאר פסולי עדות:

יא ויש מי שמכשיר. משמע אף ששני עידי הקיום קרובים למלוה וללוה כשרים וכן מוכח מדברי הרשב"א שהוכיח דין זה מהא דאמרינן הדיינים חותמים על השטר אע"פ שלא קראוהו ולא חיישינן דילמא העדים קרובים ללוה ואי אמרת דאם שניהם קרובים א"י לקיים השטר אכתי ניחוש דילמא שני העדים קרובים א"ו דאף ששניהם קרובים כשרים לקיום שטרות ורבים מקשים לדיעה זו מהא דאמרינן בפ' מי שמת ומבואר בט"ו

סל"ה דחתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו הוא אינו יכול להעיד על כת"י אלמא דקרוב פסול לקיום שטרות ולק"מ דדוקא בהכרת עידי החתימה הקילו חז"ל בקיום שטרות כיון דאצורתא דחתימי קמסהדי ולא אגוף ההלואה אף דממילא נ"מ לגוף ההלואה הקילו חז"ל משא"כ כשחתנו מעיד על כת"י כיון דאמנה שבשטר מסהיד לא אקילו ביה חז"ל להאמין קרוב לעדות:

יב עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותם. עיין באה"ע סי' קמ"ב ס"ה ולעיל בסי' י"ז בש"ך סק"ד ע"ש:

יג וה"ה אם המיר. ע' בב"י שהביא דין זה בשם הריטב"א דיליף לה מהא דקי"ל בסי"ג דיכתוב ח"י אחספא אלמא דלא חשיבא עדות וה"ה בישראל מומר ואין מי שיעיד על ח"י היא מומר מחוי חת"י בב"ד ומדמי לה דהא לא חשיב עדות ומדכתב הריטב"א מחוי ח"י בב"ד משמע דאף שהמומר יודע שהקיום תליא בזה וגם ראה חתימתו שבשטר מ"מ הוי קיום מעליא בכה"ג ויש להבין דלא דמיא להההיא דסי"ג דהתם לא חשדינן ליה למשקר במזיד דהא אדרבה כשהוא מעיד שהוא כת"י נאמן לבדו אלא כדי שלא ליפוק נכי ריבעא דממונא אפומיה דחד סהדא מצריכינן ליה דליכתוב ח"י אחספא דזה לא הוי עדות מעליא דחתימתו מתקיימת ממילא ע"י דימוי אבל הכא בגזלן ומומר דחשדינן להו דמשקרי במזיד מאי מהני מה שכותב ח"י אחספא כיון שיודע שהקיום תלוי בזה וראה החתימה שבשטר ניחוש דילמא חתם א"ע במתכוין בדומה לחתימה שבשטר וצ"ל דהריטב"א סובר דאם איתא דחיישינן דדילמא כתב חתימתו בדומה לחתימה שבשטר אף בסי"ג לא היה מועיל מה דכותב ח"י אחספא דנהי דלא חשדינן ליה דמשקר מ"מ לא עדיף מע"א שזהו חתימתו אחספא ולא היו יכולין לקיים ממנו א"ו דלא חיישינן שחתם א"ע במתכוין דומה להחתימה שבשטר וכדפרכינן בש"ס מ"ש ביוצא מתח"י עצמו שטר כזה אין מקיימים ממנו משום דדילמא זייף ממנו אף ביוצא מתח"י אחר נמי נימא דילמא אזל וחזא ואתא וזייף ומשני כולי האי לא מצי מכוין ואם כן ה"נ אם איתא שהחתימה שבשטר אינה חתימתו אלא זיוף בעלמא א"כ לא היה יכול לחתום בב"ד חתימה כדומה לה ע"פ ראייה בעלמא אך אף שהדברים נכונים מ"מ אין ראיה לזה מההיא דליכתוב חת"י אחספא דהא המעיין בש"ס פ"ב דכתובות דף כ"א קאי התם אהיכא שיש עוד ע"א לקיים חתימתו שבשטר ולכך כשכותב ח"י אחספא נהי דלא הוי אלא כע"א שזהו חתימתו אחספא מ"מ כיון דממילא נתקיים חתימתו שבשטר מצטרף הוא לאותו עד שמקיים חתימתו שבשטר בלא זה משא"כ בגזלן ומומר שהן פסולין לעדות לגמרי י"ל דלא מהני מה שכותב ח"י אחספא:

יד אין קורעין אותו. ולא מגבינן ביה ואי תפיס לא מפקינן מיניה. וכתב הש"ך דה"ה בשטר ששנים אומרים פרוע הוא ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה וכן משמע להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בס"ס כ"ט ובס"ס זה עכ"ל ולפענ"ד צ"ע טובא בדין זה דהא התוס' בכתובות דף כ"ב ודף כ"ו והרא"ש והר"ן ורוב הפוסקים הסכימו דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ומדאורייתא אוקמינן אחזקה כמסקנת הש"ס ביבמות פד"א דף ל"א וילפינן לה התם מנכסי דבר שטיא דזבין נכסי דתרי אמרו כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרו כשהוא חלים זבין דמוקמינן ב' לגבי ב' ואוקי ארעא בחזקת מ"ק וא"כ נהי נמי דבתרי ותרי מהני תפיסה במטלטלין היינו משום כיון שנולד הספק לפנינו לא מפקינן מיד המוחזק בה עכשיו דחזקת ממון דהשתא מרע לה לחזקת מ"ק אבל הכא כיון דטעמא דשטרא דמהני בכל דוכתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ ה"נ בתרי ותרי יש ראיה וחזקה זו שלא פרע דאם איתא דפרע ה"ל ליטול השטר ממנו דליכא למימר דסמיך אעדים דדילמא ימותו או ילכו למד"ה כמ"ש התוס' בגיטין דף ס"ד גבי שליש דאף שמסר לו השלישות בעדים מ"מ הימניה לשליש דילמא ימותו או ילכו למד"ה וכן נ"ל ע"כ דאל"כ בכל שטר יהיה נאמן לומר פרעתי בפני עדים ומתו או הלכו למד"ה א"ו דמ"מ ה"ל ליטול שטרו מידו ובשלמא גבי שובר ועדים מעידים שעידי השובר פסולים היו כתבו התוס' שפיר דמוקמינן השובר בחזקתו ולא מפקינן בשטרא דאיכא למימר דפרע וסמיך אשובר שבידו אבל בשטר ושנים אומרים פרוע וב' מכחישים י"ל אוקי תרי להדי תרי והשטר בחזקתו דאם איתא דפרע שטרא בידיה מאי בעי וליכא למימר כיון דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ולא אזלינן בתר חזקה לגבי איסורא ה"נ גב' ממונא עדים מפקי מחזקה מדרבנן ואין מוציאין מיד המוחזק זה ליתא דא"כ למה הוצרכו התוס' והרא"ש לחלק בחלוקים שונים הא דאמרינן הכא גבי תרי ותרי דמהני תפיסה ובפ"ק דב"מ קי"ל תקפו כהן מוציאין מידו ומאי קושיא דילמא בשאר ספיקות הוא דלא מהני תפיסה משום דאוקי ממונא בחזקת מ"ק ולכך לא מהני תפיסה בכל טוען ברי משא"כ בתרי ותרי עדים מפקי מחזקה א"ו דהתוס' ס"ל דכיון דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא לא החמירו אלא באיסורא ולא לגבי ממונא וע"כ צ"ל כן מדחזינן בנכסי דבר שטיא דמוקמינן בחזקת מ"ק ולא אמרינן דעדים מפקי מחזקה מדרבנן ואין מוציאין מיד המוחזק בה עכשיו דל"ל דהתם הטעם דכיון דתפיסת קרקע לאו תפיסה היא הא דמוקמינן בחזקת מרא קמא דלאו מטעם חזקה אתינן עלה אלא משום דהבעלים הראשונים חשיבי כמוחזקים וא"מ מידם מספק דהממע"ה זה ליתא דאם כן מאי מוכיח הש"ס פד"א גבי ספק גירושין וספק קדושין לענין צרת ערוה דתרי

ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא מוקמינן לה אחזקה לקולא דמותרת לשוק או ליבם מההיא דנכסי דבר שמיא דמוקמינן לה בחזקת בר שטיא ומה ראיה הוא דהתם הטעם דבעלים הראשונים חשיבי מוחזקים ומספיקא לא מפקינן ממונ' דהממע"ה אבל לענין איסורא בתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה דעדי' מפקי מחזקה והוי כדבר דלא אתחזק לא איסור ולא היתר וספיקא דאוריית' מן התורה לחומרא כמו שהסכימו כל הפוסקים דלא כהרמב"ם דס"ל דספיקא דאורייתא מן התורה לקולא א"ו דנכסי דבר שטיא מטעם חזקה אתינן עלה דסלק עדותן כמאן דליתא ומוקמינן לה אחזקה קמייתא ולא החמירו חז"ל רק לענין איסור ולא לגבי ממון והא דכתב הרא"ש בפ"ב דכתובות היכא דשנים אומרים על אחד שהוא פסול וב' מכחישים הוא פסול לעדות ולא מוקמינן לי' בחזקת כשרות משום דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא י"ל דשא"ה כיון דלענין שבועה הוא פסול מדרבנן דחשוד אסור להשביעו כמבואר בר"ס צ"ב וכן לענין עדי גיטין וקדושין פסלינן ליה דמילתא דאיסורא הוא לא פלוג רבנן ופסלוהו לכל עדות שבעולם אבל בשאר דיני ממונות אף בתרי ותרי מוקמינן אחזקה ולא החמירו חז"ל גביה ולפ"ז הקשו התוס' והרא"ש שפיר כיון דחזינן דמהני תפיסה במטלטלין בתרי ותרי ולא מוקמינן אחזקה קמייתא אלמא כיון שנולד הספק לפנינו מהני תפיסה א"כ אף בתקפו כהן אמאי מוציאין מידו דהא התם נמי נולד ספק בפנינו לכך הוצרכו לחלק בחילוקים אחרי' וז"ב ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הש"ך מדברי התוס' בפ' מרובה ופחז"ה שהקשו בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז להימני לבתראי במיגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא ותי' לחד תירוצא דמיגו לא עדיף יותר מעדים ותרי כמאה ומאה כתרי וא"כ ה"נ בשנים אומרים השטר פרוע וב' אומרים אינו פרוע לא שייך לומר דיש ראיה שאינו פרוע משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דודאי חזקה זו לא עדיף יותר מעדים ומאה כתרי אך זה ליתא דא"כ תקשי היכא אמרינן פד"א דתרי ותרי ספיקא דרבנן הוא ומדאוריית' אוקמינן לה אחזקה קמייתא ומטעם חזקה אתינן עלה באיסורא נימא נמי דתרי כמאה ועוד תקשי מנכסי דבר שטיא דתרי אמרי דשוטה זבין ותרי אמרי חלים זבין דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא והוא מטעם חזקה כמו שהוכחתי לעיל ואמאי לא מהימני הני תרי דאמרי חלים זבין במיגו דאי בעי פסלי לקמאי בגזלנותא דליכא למימר כתי' התוס' דמיגו לא עדיף יותר מעדים דאכתי תיהני המיגו להחזיק הקרקע ביד הלוקח ולהוציא מחזקת מ"ק כמ"ש התוס' בפחז"ה גבי הלכתא כרבה בארעא דמהני מיגו להוציא מחזקת מ"ק ע"ש ועוד קשה מהא דמשני בפ"ב דכתובות ד' כ"ב גבי שנים אומרי' מת ושנים אומרים לא מת לא תצא בניסת לאחד מעידיה ושנים אומרים נתגרשה ושנים אומרי'

לא נתגרשה אם ניסת תצא ומוקי לה באומר עכשיו מת עכשיו גירשה דאמרינן לה אם איתא דהכי הוא אחוי לן גיטך הרי אף דהיכא דליכא הכחשה מהימני תרי סהדי אף כי אמרי עכשיו גירשה כמ"ש הרשב"א והר"ן שם ובאה"ע סי' קנ"ב מ"מ כי איכא תרי שמכחישים אותם דלא נתגרשה מהימנינן להו להני סהדי טפי מטעם סברא זו דאחוי לן גיטך ותצא והולד ממזר ולא אמרי' דלא עדיף ראייה זו יותר מעדים ותרי כמאה א"ו נראה דהתוס' ס"ל דדוקא העדי' עצמם לא שייך להאמינם במיגו שיש להם עצמם נגד העדים אחרים דתרי כמאה וסלק עדותן לגמרי משא"כ היכא דאיכא מיגו או חזקה לבע"ד עצמו מהני טפי משום דכיון דתרי ותרי נינהו סלק עדותן כמאן דליתא ומהימנינן להבע"ד עצמו משום מיגו שיש לו או חזקה וכ"כ הכנה"ג בדיני מיגו שלו אות ס"ה בשם הראנ"ח דתרי ותרי ואיכא להבע"ד עצמו מיגו מהימן רק העדים עצמם לא מהני מיגו לגבייהו ע"ש ועיינתי בראנ"ח עצמו בח"ב סמ"א וראיתי שהביא ראיה ברורה לזה מדברי המרדכי סוף קדושין שמבואר להדיא דמהני מיגו להבע"ד עצמו בתרי ותרי ע"ש וא"כ ה"נ בשנים אומרים בשטר שהוא פרוע ושנים מכחישים אותם נמי אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא ומוקמינן השטר בחזקתו כיון דמהני מיגו להבע"ד בתרי ותרי ה"נ מהני החזקה דשטרך בידי מאי בעי דאלימא טובא דאפי' המלוה והלוה שניהם א"י אם השטר פרוע גובה המלוה חובו בחזקה זו כמבואר בסי' פ"ב אמנם באמת בדעת הש"ך נראה דס"ל כיון דחזינן בתרי ותרי דמהני תפיסה להוציא מחזקת מ"ק אף דכל תופס בעדים לא מהימן לומר שלי הוא או שחבירו חייב לו והוי גזלן גמור דהיינו נסכא דר"א מ"מ בתרי ותרי כיון שנולד לב"ד ספק בפנינו מהני התפיסה אף להוציא מחזקת מ"ק א"כ ה"ה בשטר כיון דאיכא שני עדים האומרי' פרוע ונולד ספק לפנינו איתרע שטרא ולא מצינן להוציא ממנו בשטר אף דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי אך מ"מ אין זה נראה שאין לדמות החזקות זו לזו דחזקת מ"ק הוא חזקה בלא טעם אלא דמוקימנן מילתא בחזקה קמייתא לכך כיון דאיכא תרי ותרי ונולד הספק לפנינו וגם תפס שהוא לעת עתה קצת בחזק' התופס לא מפקינן מיניה ולכך בקרקעו' כיון דלא שייך בהם תפיסה כולי האי מוקמינן בחזקת מ"ק משא"כ בחזקת שטרך בידי מאי בעי שהיא חזקה אלימתא מחמת טעם וראיה ומהני אף להוציא ממון מחזקתו הראשונה מה"ת נאמר דמהני תפיסה להוציא מחזקה זו אדרבה נאמר אוקי תרי להדי תרי ואוקי השטר בחזקתו וכ"כ הכנה"ג בכללי הקים לי בשם מוהרי"ק שורש ע"ב לחלק בין חזקת מ"ק שהוא חזקה דממילא בזה אמרי' חזקה דממונא עדיף אבל חזקה דא"א פורע בת"ז שהיא חזקה הבאה מחמת טעם לא אמרי' אוקי ממונא בחזקת מרא וכ"כ בתשובת מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' כ"ז דחזקה

שאין לה טעם עדיף מרובא דהוי כאנן סהדי ע"ש וא"כ ה"נ מה"ת נאמר דמהני תפיסה נגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דלא מצינו גילוי לסברא זו בש"ס ואדרבה בפ"ב דכתובות גבי עכשיו גירשה מוכח דאף בתרי ותרי היכא דאיכא טעם וראיה להכחיש העדים שאומרי' נתגרשה אף שניסת לאחד מעידיה תצא ומפקינן אותה מבעלה והולד ממזר ודאי וכ"נ דעת הסמ"ע בסי' ע"א סק"ד וכ"מ מלשון הבעה"ת שהביא הש"ך שם בסק"ב ומה שהוכיח מל' הראב"ד שבבעה"ת שתיקן בשטרות לכתוב שיהא נאמן כשני עדים כשרים משום דאל"כ הוי כתרי ותרי אין זה ראיה כלל דלכך תיקן לכתוב כן הוא בכדי שלא יצטרך לישבע שבועת אשתבע לי משום דאם נאמר דתרי ותרי כמאן דליתנייהו דמי א"כ עכ"פ חייב לישבע שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך כשאר שטר גם מה שהוכיח הש"ך כאן מדברי תשובת הרשב"א שהביא הב"י אין ראיה כלל דהא התם מיירי בשני עדים שאומרים תנאי היה בשטר הלזה ועידי השטר מכחישים שלא היה תנאי ובזה אין שייך לומר דאוקי השטר בחזקתו דהא תנאי אינו טענה גרועה בעצמותו אלא משום דסתם שטר אין בו תנאי דאל"כ היו העדים כותבין התנאי מפורש בשטר וא"כ כששני עדים מכחישים שהיה בו תנאי אלא שעידי השטר עשו שלא כהוגן א"כ הוי תרי ותרי והממע"ה אבל בשני' אומרים שהשטר פרוע וב' מכחישי' אותם בזה אמרינן שפיר דתרי ותרי כמאן דליתנייהו דמי ומוקמינן השטר בחזקתו שודאי לא נפרע דאם איתא דפרע שטרא בידיה מאי בעי וכ"ש לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בעדי' בתרי ותרי אם לא שתפס בלא עדי' כמבואר בר"ן וכן לשיטת הרשב"א בתוס' דמוקי לה בעידי שובר אבל בשטר לא מהני תפיסה להוציא מחזקתו הראשונה א"כ ה"ה הכא אוקי תרי להדי תרי ומוקמינן השטר בחזקתו הראשונה וכן כלפענ"ד עיקר ועמ"ש בס"ק שאח"ז:

טו וכ"ז שכבר מתו העדים. וכתב הסמ"ע פירוש ואז לא באו לפסול העדי' וכן אם באו שנים ואמרו שקרובים בנשותיהם היו כשחתמו דעכשיו אין מעידין על פסול העדים אלא לפסול את השטר כ"כ הר"ן עכ"ל וז"ל הר"ן והאי פסולי עדות ליכא לפרושי גזלנין דאי הכי אפי' בשכת"י יוצא ממ"א מהימני דאגופייהו דסהדי מסהדי אלא כי אמרו פסולי עדות היו קרובים בנשותיהם עכ"ל וסיים ע"ז הב"י כלומר שאינם מעידים על גוף העדים שהם פסולי' והכנה"ג הקשה דהא אפי' נפרש קרובי' בנשותיהם ע"כ צ"ל שהיו קרובים ונתרחקו דאי לא סוף סוף על גופן של עדים הם מעידים וכה"ג מהימני למיפסל וכיון שכן אפי' נפרש גזלנים היו אפשר לומר דאמרי גזלנין היו ועכשיו חזרו בתשובה ובכה"ג לא על גופייהו דסהדי מסהדי אלא על גופו של עדות עכ"ד והנה מדבריו נראה דס"ל דעיקר טעמא של הר"ן הא דא"נ לומר שהם קרובים הוא משום דעכשיו

נתרחקו ובאמת מדברי הב"י והסמ"ע נראה דס"ל דעדים א"נ לומר על עדים אחרים שהם קרובים אף עכשיו דכיון שאין מעידין על גוף העדים שהם פסולי' אלא שהם קרובים זה לזה או למלוה ולוה א"כ לאו אגופייהו דסהדי מסהדי וא"נ והא דנקט הר"ן קרובים בנשותיהם היו כשחתמו ועכשיו נתרחקו היינו משום דלשון הברייתא הכי משמע דנקט פסולי עדות היו משמע דעכשיו אינן פסולי' וכ"כ הב"י לפרש דברי ר"ן שכתב במתני' על פסולי עדות היינו שהיו קרובי' ונתרחקו שהוא מה"ט ע"ש. אך לפ"ז קושית התוס' בכתובות דף כ' ד"ה אלא קושיא אלימתא היא שהקשו למאי דקי"ל בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז כ"א באה בפ"ע ומעידה א"כ אמאי מיחשב הכא תרי ותרי הרי אין מכחישים אותם לומר שלא לוה כלום אלא שאומרים אינכם נאמנים בדבר זה דפסולים הייתם וליתכשרו ואמאי לא מגבינן ביה בשטרא ובע"כ צ"ל כתירוצי התוס' שם דאיירי שאומרים שקרובים היו משונלדו דבכה"ג לא מוקמינן להו בחזקת כשרות או דהכא לא מוקמינן להו אחזקתן משום דדילמא אלו הוי קמן דילמא הוי מודי ולפ"ז היה יוצא לנו דין חדש דאם אלו העדי' אומרי' שמשגדלו נעשו קרובים בנשותיהם ועידי השטר הם לפנינו ומכחישים אותם מגבינן ביה בשטרא וזה סתירה גדולה לדברי הב"י בסי' מ"ה והביאו הסמ"ע שם בס"ק כ"ט גבי שטר שהיו עידיו מרובים ונמצא אחד מהן קא"פ ואין העדים קיימי' לשאול אותם דאם יש עדות ברורה שכולם ישבו לחתום ה"ז השטר בטל ואם לאו תתקיים העדות בשאר דתלינן דרווחא שביק ובא הפסול וחתם וכתבו הב"י והסמ"ע דאם עידי השטר קיימים צריך לשאול אותם והעדים עצמן נאמנים ואם הם אומרים שלא ישבו כולם לחתום ועדים אחרי' מעידין עליהם שישבו כולם לחתום אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה עכ"ד והרי התם לא נפסלו הכשירין אלא בשעה שנצטרפו להפסולים ועידי השטר לפנינו ומכחישים אותם שלא נצטרפו כלל א"כ הדרא קושית התוס' לדוכתה דלהוי כשתי כיתי עדים המכחשים זא"ז וליתכשר השטר לגמרי ובזה יש לדחות ג"כ הוכח' הב"י שהוכיח מלשון הרמב"ם שכתב והרי אין העדי' קיימים כדי לשאול אותם משמע דאם הם קיימים נאמנים לומר שישבו כולם לחתום ואין זה חוזר ומגיד ולפמ"ש אין כאן הוכחה די"ל דלכך כתב שאין העדים קיימים שאלו היו העדים קיימים אף שעדים אחרי' מעידין עליהם שישבו כולם לחתום מ"מ הן נאמנים בעצמם לומר שלא ישבו כולם לחתום ומגבינן בשטרא דהוי כזו באה בפ"ע ומעידה אך כ"ז לשיטת הב"י והסמ"ע דבפסול קורבא לא מהימני בתראי למיפסלינהו והוי כתרי ותרי אבל לפי שיטת הכנה"ג דאף בפסול קורבא מהימני בתראי דברי הב"י והסמ"ע בסי' מ"ה נכונים לדינא וכמו שאבאר. והנה באמת לי נראה עיקר כשיטת הכנה"ג דאף

לענין פסול קורבא נאמנים שני עדים להעיד שעידי השטר הם קרובים לקרוע השטר לגמרי ולא הוי כתרי ותרי והכי משמע לי מפשט'
דמתניתין דר"פ ז"ב זה פוסל עידיו של זה וזה פוסל עידיו של זה דברי ר"מ וחכמי' אומרי' אימתי בזמן שמביא עליהן ראיה שהן קא"פ אבל אם היו כשרים א"י לפוסלן ומדקתני זה פוסל עידיו של זה וזה פוסל עידיו של זה הרי דאף התובע יכול לפסול עידיו של הנתבע ועלה קתני אימתי בזמן שמביא עליהן ראיה שהן קרובין אלמא כשהתובע מביא ראיה שהעדים של הנתבע הן קרובין יכול לפוסלן וחייב הנתבע לשלם ולא הוי כתרי ותרי משום דאף בפסול קורבא אגופייהו דסהדי קמסהדי ונאמנים לפוסלן וכן מוכח להדיא מדברי התוס' דהא בפ' מרובה דף ע"ב כתבו וז"ל ובשנים החתומי' על השטר ובאו שני' מן השוק ואמרו פסולי עדות היו דאמר התם אי כת"י יוצא ממ"א א"נ אלא הוי תרי ותרי צ"ל דפסולי עדות דקאמר היינו קרובים דאי גזלנים הרי אלו נאמנים אפי' היו בפנינו עכ"ל ואפ"ה בכתובות כתבו התוס' דפסולי עדות דקתני לא שאומרי' שעדיין פסולים דא"כ אמאי א"נ אלא פסולי עדות היו אז ועכשיו הם כשרים הרי להדיא אף דהתוס' במרובה מוקי לה בפסול קירבא וכן התוס' בכתובות דף כ' ד"ה אלא מוקמי להברייתא בפסול קורבא אפ"ה כתבו דאי הוי אומרים שעדיין הם פסולים נאמנים ולא הוי כתרי ותרי ומ"ש הש"ך בזה בס"ק ק"ב הוא דוחק עצום ע"כ העיקר בזה דאף בפסול קורבא נאמנים עדים אחרים לומר שעידי השטר הם עכשיו קרובים ולא הוי כתרי ותרי אלא דהכא כיון שאומרים שעכשיו הם כשרים הוי תרי ותרי ומה שהקשה הכנה"ג דאמאי לא מוקי לה בפסול גזלנותא ועכשיו חזרו בתשובה נראה דיש לחלק בין פסול קורבא לפסול גזלנות דבגזלנות אף בכה"ג א"נ העדים שבשטר להכחישם ולא הוי כתרי ותרי והוא משום דאמרינן בפ' מרובה דף ע"ג דלרבא עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל משום דעד זומם חידוש הוא דמה חזית דסמכ' אהני סמוך אהני ואין לך בו אלא חידושו וקאמר התם דבפסול גזלנותא נפסל למפרע דלא הוי חידוש כלל ויש להבין דפסול גזלנותא נמי נאמר מאי חזית וצ"ל דפסול גזלנותא שאני דמה שהאמינה התורה לומר אף על שנים שהם גזלנים הוא משום דעל גופייהו דסהדי מסהדי שהם גזלנים א"כ לא שייך לומר מה חזית דסמכ' אהני סמוך אהני דהני לגבי עצמן נוגעים בעדותן נינהו וע"כ צריכין הם לומר שהן אינן גזלנים ולכך הימנינהו רחמנא לבתראי כיון שהם על גופייהו דסהדי מסהדי שהן גזלנים משא"כ בהזמה שהם מכחישים. את העדות בזה שייך שפיר לומר מאי חזית דמהימנית להו שהעדות שקר סמוך אהני שהעדות אמת כיון שאין הדבר נוגע לגוף העדים ולמה להו לשקר אלא דחידוש הוא וכ"כ הרמב"ן בחידושיו דברים אלו

בקצרה דכשהם חיים מצי למיפסלינהו שהרי הם אינם נאמנים לומר אין אנו גזלנים שהם נוגעי' בעדותן עכ"ל הרי להדיא דלכך מצי אחרים למיפסלינהו בגזלנותא כיון דאגופייהו דסהדי מסהדי שהן גזלנים לא שייך לומר מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני דלגבי עצמם לאו עדים הן דנוגעים בעדותן נינהו ולפ"ז ה"ה אם שנים מעידים על שני עדים שהן קרובים מהימני נמי למיפסלינהו אף דלאו אפסול הגוף קמסהדי ואין הדבר נוגע להעדי' דמה איכפת להו אם הם קרובים או לא מכל מקום כיון דשני עדים כשרים מעידי' עליהם שהן קרובים מהימני דחזקה דשני עדים כשרים ודאי קושטא קאמרי שהן קרובים דהלא הרבה קרובים זה לזה יש בעולם ומהימני שאלו העדים הם קרובים כיון דאגופייהו מסהדי מאי אמרת הלא העדים בעצמם אומרי' שאין קרובים ולמה להו לשקר זה ליתא כיון דהתורה פסלה הקרובים לעדות משום דקרובים משקרי טפי א"כ מהימנינן לעדי' אחרים לומר שעדים אלו הן קרובים ומה שהן אומרים שאינן קרובים הוא משום דקרובים נינהו ומעידים בשקר להפסיד ממון בעדותן ולכך משקרים נמי בזה לומר שאינן קרובים בכדי שיתקיים עדותן אך כ"ז שייך כשהעדים אחרים מעידין עליהם שעדיין הם קרובים אבל היכא שהם מודים שעכשיו הם כשרים אלא שבשעת חתימתם היו קרובים ונתרחקו א"כ כיון שעידי השטר חשובים כמעידים שמעולם לא היו קרובים כדפריך הש"ס תרי ותרי נינהו דעידי השטר הם כמעידים עכשיו לפנינו שמעולם לא היו קרובים א"כ עידי השטר יכולין להכחיש אותן העדים שמעידין עליהם שהיו קרובים ונתרחקו כיון דאף לפי עדותן הם כשרים עכשיו לכל עדות שבעולם להבא וכן לשעבר להעיד מה שראו קודם שנעשו קרובים אם כן ה"נ מהימני עכשיו לומר שמעולם לא היו קרובים כיון שהם אינם נוגעים בעדות כלל והאחרים לאו אפסול הגוף קמסהדי אלא הא דנאמנים לומר שהם עכשיו קרובים הוא משום דתרי כשרים מהימני לכל עדות שבעולם והם. בעצמם א"נ להכחישם מפני שהם קרובים וקרובים משקרי טפי מה שאין כן כשהן עכשיו כשרים אם כן אף הם נאמנים עכשיו לכל עדות שבעולם ונאמנים להעיד שמעולם לא היו קרובים דעדות חדש הוא ואינן נוגעים בעדותן כלל ומהימני והוי תרי ותרי אך כ"ז שייך בפסול קורבא אבל בפסול גזלנותא שאחרים מעידים עליהם שבשעה שחתמו על השטר היו גזלנים אף שאומרים שעכשיו חזרו בתשובה מכל מקום אין עידי השטר יכולים עכשיו להכחישם שמעולם לא היו גזלנים שנוגעים בעדותן נינהו שא"ר לעשות א"ע רשעים אף שעה אחת דהא מה"ט א"נ עידי השטר לומר פסולים היינו בגזלנותא ועכשיו חזרנו בתשובה אף באין כתב ידם יוצא ממ"א משום דאין אדם משים א"ע רשע אף שעה אחת ולכך נאמנים העדים האחרים לומר דגזלנים היו כשחתמו כיון דאפסיל

הגוף קמסהדי וליכא מאן דמכחיש להו ומעתה דברי התוס' דפ' מרובה ודפ"ב דכתובות עולין יפה ומדוקדקים היטב ודוק היטב כי הדברים נכונים למבין ועיקר לדינא. ומעתה מה שהקשו התוספות למאי דקי"ל בשני כיתי עדים המכחישים זה את זה כ"א באה בפ"ע ומעידה אמאי חשיבי כתרי ותרי הא בהלואה גופה לא אתכחשו ועדות אחרת היא אינה קושיא דהתוס' לטעמייהו אזלי דס"ל בפרק ב' דכתובות דף כ"ב דשנים שהעידו על אחד שהוא פסול ושנים מכחישים אותם הוא כשר לעדות דמוקמינן ליה בחזקת כשרות כמו בשתי כיתי עדים המכחישים זו את זו אבל לפי שיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והט"ו בסימן ל"ד סכ"ח דההוא גברא פסול מספק לק"מ קושית התוספות דה"נ כיון שעדים אחרים מעידים עליהם שעידי השטר פסולים היו בעת חתימתם ונאמנים הם בכך אף היכא דליכא פסול הגוף אלא שאתה אומר כיון שעידי השטר הם כשרים עכשיו הרי הם כעדים אחרים ויכולים להכחישם שמעולם לא היו קרובים אם כן הוי כמו שנים אומרים על אחד שהוא פסול ושנים אומרים שהוא כשר דההוא גברא פסול מספק והכי נמי השטר פסול מספק ולא מפקינן ממונא ול"ד לשתי כיתי עדים המכחישים זו את זו דכ"א באה בפני עדים ומעידה בעדות אחרת דהתם כיון שאחת מהן ודאי כשרה מוקמינן לכל כת בחזקת כשרות ואמרינן דזו היא הכשרה מה שאין כן באדם אחד דשנים אומרים עליו שהוא פסול ושנים מכחישים אותם ההוא גברא פסול מספק כמ"ש הרא"ש והר"ן גבי שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על אחד מהן וכמ"ש הח"צ בהגהות הט"ז בסי' ל"ד סכ"ח ע"ש וה"נ כיון שעדים אחרים אומרים שעידי השטר פסולים היו בעת החתימה אף שעידי השטר שהם עכשיו כשרים מכחישים אותם הוי כתרי ותרי באדם אחד והשטר פסול מספק והדרישה בסי' זה שהעתיק דברי התוס' לדידן לא. דק וזה נמי כוונת הרי"ף בסוגיא שם שהוכיח דב' אומרים על אחד שהוא פסול וב' מכחישים דההוא גברא פסול מספק מסוגיא דהכא דשנים אומרים פסולי עדות היו דלא מגבינן בשטרא דתרי ותרי נינהו ולא מוקמינן להו בחזקת כשרות ולכאורה הדברים תמוהים דמאי חזית לאוקמי עידי השטר בחזקת כשרות לוקמי עדים האחרים בחזקת כשרות וכן תמהו בזה הרמב"ן במלחמות והר"ן ומ"ש הרמב"ן דאפשר לומר דניקמי עידי השטר בחזקתייהו דמסתמא השטר נעשה בכשרים הוא תמוה דהא מה"ט גופיה הוא דחשבינן עידי השטר כשנים אף שהם אינם לפנינו כלל אלא דאמרינן כיון דמסתמא נעשה השטר כדין הוי כאלו עידי השטר לפנינו ומכחישים לעדים אחרים וכמ"ש הרא"ש בסוגיא זו וא"כ שוב היכי מהימנת להו מה"ט גופא ולפמ"ש ניחא דלהרי"ף הוי קשיא ליה קושית התוס' דליהוי כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז דכשרים לעדות אחרת וה"נ הרי אינן

מכחישין זא"ז בגוף הלואה לזה הוכיח דבאדם אחד הוא פסול לעדות אחרת וכמ"ש וז"ב ודברי רבינו זקיני מוהרש"א ז"ל בב"ב פחז"ה דף ל"א ע"ב ד"ה ור"נ כר"ה מטין לכל מ"ש בזה ע"ש. ומעתה גם דברי הב"י והסמ"ע בסי' מ"ה נכונים במה שפסקו בשטר שהיו עידיו מרובים וחתום ביניהם קרוב או פסול ועידי השטר אומרים שלא ישבו לחתום ביחד ועדים אחרים מכחישים אותם דהוי כתרי ותרי ולא מגבינן בשטרא ולא אמרינן דהוי כשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז משום דכיון שהעדים אחרים אומרים עליהם שפסולין היו בעת שחתמו כיון שנצטרפו לקרובים ומהימני בזה א"כ אף שעידי השטר שהם כשרים עכשיו מכחישים שמעולם לא נצטרפו ה"ל כתרי ותרי שמכחישים זא"ז באדם אחד אם הוא פסול או כשר דפסלינן להאי גברא מספק אך כ"ז לפי סברתינו דכששני עדים באים לפסול עדים אחרים אף לא בפסול הגוף מהימני בתראי ולא מיחשבי כתרי ותרי אבל אי אמרינן דכל שאינו פסול הגוף לא מהימני עלייהו כלל כמשמעות סתימת הראשונים א"כ כיון דהוי תרי ותרי הוי כהכחשה גרידא בדבר אחד ויש להאמין את עידי השטר בגוף ההלואה כיון דבזה לא אתכחשו ודוק ובאמת מזה יש להוכיח דשני עדים נאמנים לפסול עדים אחרים אף בלא פסול הגוף דא"א דפסול שאינו בגוף מיחשבי כתרי ותרי א"כ שני עדים שמעידים על עדים שהעידו בב"ד שהן נוגעים בעדותן שיש להם חלק באותה התביעה והעדים שהעידו בב"ד מכחישים אותם יש לנו להאמין להעדים שהעידו בב"ד כיון דהוי תרי ותרי ובגוף ההלואה לא אתכחשו כקושית התוס' ובתשו' הרא"ש כלל נ"ח ס"ה משמע להיפך שכתב שם בראובן שתבע משמעון וכפר שמעון והביא ראובן עדים לדבריו ואמר שמעון שהעדים פסולים שהם הודו בפני עדים שיש להם חלק באותה מנה שתבע ראובן לעצמו ופסק שם דאם קודם שהעידו העדים אמרו כבר לפני עדים שהמנה שתבע ראובן משמעון הם שותפים בו העדות שהעידו אח"כ אינו כלום ע"ש וכמבואר בש"ע סי' ל"ג ס"ג ומשמע אף שהעדים שהעידו מכחישי' אותם שאין להם חלק בו אפ"ה לא מהימני א"ו דאף בפסול שאינו בגוף מהימני בתראי אך מ"מ דברי הב"י והסמ"ע בסי' מ"ה צל"ע לדינא לפמ"ש בס"ק הקודם דב' אומרים בשטר שהוא פרוע וב' מכחישים דמוקמינן השטר בחזקתו וגבינן ביה א"כ אף דאמרינן בש"ס דהיכא דב' אומרים שעידי השטר פסולים לא מגבינן בשטרא דהוי תרי ותרי ולא אמרינן דמוקמינן השטר בחזקתו דמסתמא נעשה בכשרים היינו משום דהא דחשבינן לעידי השטר כשנים אף דליתנייהו קמן הוא משום חזקה זו גופה כהרא"ש משא"כ כשעידי השטר הם לפנינו ועכשיו הם כשרים ומכחישים אותם א"כ כיון דבלא"ה הוי ב' וב'

שפיר י"ל דאוקי תרי להדי תרי ואוקי השטר בחזקתו שודאי נעשה כדין בכשרים ודוק היטב בכ"ז ועיין מ"ש בסי' כ"ט ובס"ס ל"ח:

טז אלא דאי תפס לא מפקינן מיניה. וה"ה אם הוא שובר זכה הלוה במה שבידו והשובר כשר דאוקי ממונא בחזקת מריה כ"כ התוס' והג"א בשם הרשב"א בעל התוס' אך בחידושי הרשב"א בגיטין דף ע"ח הקשה שם בשם הרב רבינו אלחנן ומאי דמוקי רבה ור"י מתניתין דמחצה על מחצה בשני כיתי עדים א"כ היכי קתני התם בסיפא וכן לענין החוב זרק את החוב ואבד מחצה על מחצה יחלוקו אמאי יחלוקו הא ה"ל תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ותי' בתוספות דהכא לתרווייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתיה שהוא מחויב לו קודם שנולד הספק וללוה איכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מריה והלכך יחלוקו עכ"ל ואם כן לכאורה ה"נ בשובר הדין כן כיון דאיכא ב' וב' יחלוקו אך יש לחלק דהתם מיירי שהלוה והמלוה נמי מסופקים אם היה קרוב לו כע"ש הרשב"א שם להדיא לכך הדין דיחלוקו משא"כ הכא שהלוה טוען ברי שפרע וכיון דאיכא תרי ותרי לא מפקיעינן מידו אך במרדכי שם הקשה אפרש"י דה"ל למימר לענין החוב הממע"ה משמע דלא ס"ל כהתוס' שברשב"א שם יע"ש:

יז אנוסים היינו מחמת נפשות. ונראה שאם הוא בגוונא שיהרג ואל יעבור כגון שמכוין להעבירו על דת וכיוצא בזה א"נ אף דאית להו מיגו כמו באנוסים מחמת ממון ואף לשיטת הריב"ש שהובא בש"ע אה"ע ס"ס מ"ב דבכה"ג אם עברו אינם נפסלים לעדות כיון שמחמת אונס עברו מ"מ כיון שעשו שלא כדין א"נ למשוי נפשייהו רשיעי ואף במיגו לא מהימני ובתומים נסתפק בזה ומשמע דפשיטא ליה דכל היכא דאמרי' א"א משים א"ע רשע היינו דוקא היכא שפוסל א"ע לעדות ולשבועה וזה ליתא ואשתמיט ליה דברי הריב"ש בסי' שנ"ו שכתב לענין מכירת משכון שלא ברשות ב"ד וז"ל ואני אומר שאין להאמינו במיגו לשויה נפשיה רשע כדאמרינן בפ' האשה שנתארמלה וכו' ואע"ג דהא לא משמע להו לאינשי דליהוי רשע בשביל מכירת משכון או פקדון בלא רשות ב"ד בשביל חובו מ"מ כיון דלית ליה למיעבד הכי לא מהימנינן ליה במיגו דה"נ אמרינן גבי אמנה היו דברינו דאין נאמנים דעולה היא ופירשו ז"ל אף באין כת"י יוצא ממ"א ואע"ג דלא משמע להו לסהדי דליהוי רשיעי בהכי כיון שבעלי דבר נסמכים בה מ"מ כיון דעולה היא ולא מצי למיחתם עלה לא:

מהימני במיגו ובנידון זה נמי עכ"ל הרי להדיא אף דבמכר משכון שלא ברשות ב"ד פסק הריב"ש שם והובא בסמ"ע בסי' ע"ג ס"ק מ"א שהוא כשר לעדות ולשבועה משום דלא משמע לאינשי דליהוי גזלן בהכי מ"מ א"נ אף במיגו לומר שעשה שלא כדין ולשויה

נפשיה רשע וכ"מ להדיא בחי' הרשב"א בפ"ב דכתובות גבי הא דמשני ר"ח קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ואל יחתמו שקר ע"ש ועוד הארכתי בזה במ"א וז"ב ונלמד מדברי הריב"ש דעדים שחתמו על שטר אמנה אינן נפסלים לעדות ולשבועה כמו במכירת משכון שלא ברשות ב"ד בסי' ע"ג ויש להסתפק לפ"ז בעדים שאמרו אמנה היו דברינו באין כת"י יוצא ממ"א ויש עדים אחרים שמעידים עליהם שכבר חתמו עידי השטר פעם אחרת על שטר אמנה אי בכה"ג נאמנים עידי השטר לומר דשטר זה שמקיימים הוא אמנה דלא שייך לומר דלא מצי למשוי נפשייהו רשיעי כיון דבלא"ה יש עדים שכבר עברו עבירה זו א"ד דמ"מ א"נ לומר שעברו ב' פעמי' על עבירה זו וצ"ע:

יח או תנאי היה בדבר ולא ראינו שנתקיים התנאי. הרב הש"ך כתב דהיינו דוקא בתנאי שעל בעל השטר לקיים בקום ועשה אז צריך להביא ראיה שנתקיים התנאי אבל בתנאי שהוא בשוא"ת והלוה טוען שעבר על התנאי השטר בתקפו והוכיח כן מלשון הריטב"א ומדברי הש"ע בסי' רמ"א ס"י והנה באמת מדברי המחבר שם שהוא מל' הר"ן בפ' מי שאחזו שכתבו האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אם א"ל ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו מסתימת לשונם משמע דבשוא"ת המקבל מתנה מוציא מיד הנותן אף שהנותן מכחישו עד שיביא ראיה והטעם דמוקמינן הדבר בחזקתו שלא נשתנה ממה שהיה קודם לכן וכמ"ש הסמ"ע שם אך הרב רמ"א באה"ע ס"ס ל"ח לענין קדושין על תנאי פסק דכל תנאי שהוא בשוא"ת נאמן אם אין שכנגדו מכחישו משמע להדיא דבמכחישו שעבר בפועל יכולה להכחישו והב"ש שם השיג עליו דבר"ן משמע דבשוא"ת א"י להכחישו וכן הקשה מדברי המחבר בסי' רמ"א דמשמע שם דהמקבל מוציא מיד הנותן אף שהנותן מכחישו עד שיביא הנותן ראיה לדבריו ולפעד"נ עיקר כהרב רמ"א דהמעיין בהר"ן פ' מי שאחזו שהאריך שם לענין גט על תנאי אם רשאי שתנשא קודם קיום התנאי סיים שם וז"ל והמחוור שבדברים אלו דבתנאי שבידה והוא בשוא"ת ל"ח שמא תעבור עליו אבל אם הוא בקום ועשה חוששין שמא לא תקיימנו וכל תנאי שהוא תלוי באחרים בין שהוא קום ועשה בין שהוא שוא"ת חוששין שמא לא יתקיים ולפ"ז משמע דהאומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו אבל אמר ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו עכ"ל והנה אי אמרינן דהר"ן מיירי שהנותן מכחישו בברי שהמקבל ביטל תנאו בידים ואפ"ה המקבל מוציא ממנו עד שיביא הנותן ראיה לדבריו קשה טובא דמאי מדמה הר"ן דיני ממונות לאיסורין

דהא בכל האיסורין אזלינן בתר חזקה לכך לענין גיטין מותרת להנשא דמוקמינן הדבר בחזקתו ואמרינן שבודאי לא יתבטל התנאי אבל לענין דין ממון דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון וכ"ש בתר חזקה מנ"ל להר"ן דמוציאין ממון מן הנותן בחזקה זו וכן משמע ברפ"ב דכתובות גבי האשה שנתארמלה או נתגרשה והיא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאת בהינומא כתובתה מאתים ופריך הש"ס טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים הבעל מהימן נימא מתני' דלא כר"ג דס"ל גבי משארסתני נאנסתי דמוקי לה אחזקה קמייתא דבתולה נולדה ומשני ע"כ לא אמר ר"ג אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא אמר הרי חזינן אף שיש לה חזקה דגופה דבתולה נולדה והביאה הוא דבר דתלוי במעשה אפ"ה לא מהימנא להוציא ממון כשהבעל מכחישה בברי ועוד ראיה דהא חילוק זה בין קום ועשה לשוא"ת הוא סברת הרמב"ן ג"כ כמ"ש הר"ן בשמו ברפ"ק המגרש ובפ' האומר והנה בפ"ק דכתובות גבי הא דאמרינן האומר פ"פ מצאתי נאמן חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה וכתובה דרבנן והקשה הר"ן בשם הרמב"ן שם כיון דאוקמינן להא בברי וברי פשיטא דהבעל נאמן אף אי כתובה דאורייתא שהרי לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וימצאנה בתולה וכיון שכן עליה להביא ראיה שנתקיים התנאי אטו מאן דמפיק שטרא דתנאי לא אמרינן ליה קיים שטרך וחות לדינא והאריך הר"ן ז"ל בזה בתי' דחוק ומאי קושיא הא התם התנאי הוא בשוא"ת ועל הבעל להביא ראיה שזנתה ועברה על התנאי וליכא למימר דשאני התם שהתנאי אין בידה דדילמא בא עליה א' באונס ובכה"ג חיישינן אף בשוא"ת כמבואר באה"ע סי' קמ"ג סי"ט דחיישינן שתבעל באונס זה ליתא דהא הר"מ בשם הרמב"ן לא ס"ל דחיישינן להכי וכמ"ש הב"ש שם בס"ק כ"ג ועוד דאין שום סברא לחלק בתנאי שהוא בשוא"ת בין אם התנאי בידו או לא כיון דהא דל"ח לביטול התנאי הוא משום דאמרינן שלא נשתנה הדבר מקדמותו וא"כ אף שהתנאי אין בידו נמי וכמו שאכתוב לקמן ע"כ נ"ל דהר"ן בפ' מי שאחזו מיירי בתנאי שאין ידוע להנותן אם קיימו המקבל לכך בתנאי קום ועשה צריך המקבל להביא ראיה שקיים תנאו דאי לית ליה ראיה ה"ל כאיני יודע אם נתחייבתי לך דפטור מלשלם אבל בתנאי דשב וא"ת והמקבל אומר שלא ביטלו מהימנינן ליה להוציא ממון מיד הנותן כיון שהוא טוען ברי והנותן שמא מוקמינן הדבר בחזקתו שודאי לא נשתנה הדבר מקדמותו ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף ודמיא ממש לההיא דפ"ק דכתובות דקי"ל כר"ג בהיא אומרת משארסתני נאנסתי דנאמנת להוציא ממון משום כיון דאית לה חזקה דגופה ברי ושמא ברי עדיף אבל כשהנותן טוען ברי שהמקבל עבר על התנאי בפועל אין מוציאין מידו דבברי וברי לא אמר ר"ג כדאמרינן ברפ"ב דכתובות ולהכי פסק

הרב רמ"א באה"ע ס"ס ל"ח לענין קדושין כשקידשה על תנאי שלא ישתה יין שהוא שוא"ת והיא אומרת שעבר התנאי שיכולה להכחישו ובאמת כן הוא מפורש בספרי הר"ן שבידינו שהוגהו ע"פ ספר תומת ישרים בפ' האומר שבקדושין יכולה להכחישו אף בשוא"ת ובגירושין א"י הבעל לאוסרה כשאומר שעברה על התנאי בשוא"ת וכ"מ להדיא בחידושי הרשב"א בשם הרמב"ן דבקדושין אף בשוא"ת יכולה להכחישו ובגירושין א"י הבעל לאוסרה ובאמת לכאורה הדברים תמוהים דמה חילוק בין קדושין לגרושין דאם היא נאמנת בקדושין להכחישו אף בשוא"ת כיון דאית לה חזקת פנויה א"כ אמאי א"י הבעל להכחישה בגירושין הלא היא בחזקת א"א וברשות הבעל היא לכל מילי והא כללא כייל הרמב"ן דבמכחישין זא"ז בין בקדושין ובין בגירושין הממע"ה ולפמ"ש י"ל בטוב טעם דבשלמא בקדושין אף שהתנאי הוא שוא"ת יכולה להכחישו משום כיון דאית ליה חזקת פנויה וגם היא טוענת ברי אין אנו יכולין להוציאה מחזקתה ודמיא לדין ממון דבברי וברי אין מוציאין ממון אף דאית ליה להתובע חזקת הגוף וכדאמרינן ברפ"ב דכתובות משא"כ לענין גירושין בתנאי שהוא שוא"ת והבעל אומר שעברה על התנאי לא אסרינן לה כיון דאיכא חזקה שודאי לא נשתנה הדבר מקדמתו כי לא ראינו שעשתה שום דבר לבטל התנאי לא אמרינן כיון שהוא טוען ברי והיא בחזקת א"א עומדת אין אנו יכולין להוציאה מחזקתה דזה ליתא דכיון שהדין הוא דבגירושין בתנאי דשוא"ת יכולה להנשא מיד אף קודם קיום התנאי דל"ח לביטול התנאי בשוא"ת היכא דליכא מערער א"כ אף שהבעל טוען ברי אח"כ שביטלה התנאי לא מהימן דליכא כאן חזקת א"א כלל שהרי כבר יצאה בחזקת היתר לשוק כיון שרשאי היא להנשא קודם קיום התנאי ובחזקת היתר היא ושוב א"י הבעל לאוסרה ודמיא ממש להא דמבואר בי"ד סי' י"ח סי"ג דהיכא דשחט בסכין בדוק ונאבד קודם שיבדקנו אחר השחיטה ואח"כ נמצא הוא פגום שחיטתו כשירה דכיון שיצא הדבר בהיתר אמרינן אימר שיבר בה עצמות ולאו אדעתיה אלמא אע"ג דמספיקא לא תלינן ששיבר בה עצמות מ"מ הכא עדיף כיון שהסכין נאבד ויצא הדבר בהיתר מוקמינן ליה בחזקת כשרות כמ"ש הט"ז והש"ך בסט"ו שם וע"ש וא"כ ה"נ כיון שקודם שערער הבעל היתה מותרת לשוק יצאה מחזקת הבעל ולכך א"י הבעל לאוסרה דמה"ת נאמר שעברה על התנאי אבל בקדושין מעולם לא יצאה מחזקת פנויה דאף שאסורה להנשא הוא משום ספק שמא יקיים הבעל התנאי ולכך היכא שהיא טוענת ברי שהבעל ביטל התנאי בידים אין אנו יכולים להוציאה מחזקת היתר שהיה לה קודם לכן ומותרת היא לשוק כנלפענ"ד נכון. אך אמנם אכתי לא ירדתי לסוף דעתו של הר"ן בענינים אלו דלפי סברתו דס"ל דאף לענין ממון בתנאי דשוא"ת על

הנותן להביא ראיה שהמקבל ביטל התנאי א"כ ע"כ הטעם הוא דמוקמינן הדבר בחזקתו שלא ישתנה מקדמותו וכמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"א א"כ אף בדבר שתלוי ביד אחרים והוא שוא"ת נמי נאמר מסתמא לא ישתנה הדבר מקדמותו ומאי גריעותא איכא במה שתלוי ביד אחרים כיון דעיקר הטעם הוא דמוקמינן הדבר בחזקתו ואמאי כתב הר"ן לענין גיטין דאף שהתנאי הוא בשוא"ת ותלוי ביד אחרים לא תנשא עד שיתקיים התנאי וכ"פ המחבר באה"ע סי' קמ"ג סי"ט באומר לה ה"ז גיטך ע"מ שלא תבעלי לפ' ה"ז לא תנשא עד שימות אותו פ' דחיישינן שתבעל לו באונס אף דהמחבר מחלק ג"כ בין קום ועשה לשוא"ת כמבואר שם בס"ב והנה באמת הרשב"א בחי' פרק המגרש כתב ג"כ לחלק בין קו"ע לשוא"ת וכתב הטעם דבקום ועשה חיישינן שמא תאנס ולא יתקיים התנאי אבל בשוא"ת אינה חשודה לקלקל את עצמה ולכך כשתלוי ביד אחרים חיישינן אף בשוא"ת וכן הה"מ רפ"ח מה"ג כתב טעם זה וכן משמע להדיא מלשון הר"ן בכתובות בפ' המדיר דף ק' שכתב גבי פלוגתא דהירושלמי בקידשה ונמצאו עליה נדרים דאינה מקודשת אית תנאי תני דמותרת לאחר בלא גט ואית דס"ל דאסורה לאחר בלא גט שמא תלך אצל חכם ויתיר לה ונמצא הקדושין חלים למפרע והולד ממזר וכתב ע"ז הר"ן ואע"ג דמשמע דקי"ל כמ"ד דמותרת לאחר בלא גט דל"ח שתקלקל את עצמה כדמוכח בפ' המגרש דאמרינן א"ה כל תנאי דעלמא לא תינשא דילמא לא מקיימת תנאה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים וכו' הרי דהר"ן גופיה כתב הטעם דל"ח שתקלקל א"ע וכן מוכח מהא דקי"ל בי"ד סי' ר"כ סכ"ב דאם אמר לאשתו קונם שאת נהנית לי מהיום עד פסח אם תלכי לבית אביך אחר החג אסורה ליהנות ממנו תיכף עד הפסח דדילמא תלך אח"כ ותעבור למפרע ולא אמרינן דכיון שהוא שוא"ת ודאי לא תעבור והרשב"א בפ' המגרש שם הרגיש בזה ומחלק דאיסור אשת איש חמיר לה טפי וכך כתב הט"ז שם בשם מוהרש"ל ואי אמרת כטעם הסמ"ע דמוקמינן הדבר בחזקתו שלא ישתנה הדבר מקדמותו א"כ לאו בחומרא וקולא תליא מילתא דהא אף בממון אמרינן כן ואמאי נחמיר בנדרים א"ו דעיקר הטעם הוא דמשום חומר א"א ודאי לא תקלקל א"ע וא"כ תימה גדולה האיך הביא הר"ן ראיה מגירושין לממון דמאי קלקול שייך בזה שלא תתקיים המתנה ואי משום דמוקמינן הדבר בחזקתה הראשונה היכי מוכח זה מגירושין דהא שם טעמא אחרינא איכא ועוד דהא מנדרים מוכח איפכא דחיישינן שתעבור על התנאי אף בשוא"ת ולא מוקמינן אחזקה שלא ישתנה הדבר כמבואר בי"ד סי' ר"כ. והנה בחידושי הרשב"א לקדושין בפ' האומר ראיתי שכתב בשם הרמב"ן וז"ל ולענין קיום התנאין במכחישין זא"ז בקדושין היא נאמנת ובגירושין הוא נאמן שהממע"ה אלא שבגירושין כל תנאי שהוא בביטול מעשה כגון

ע"מ שלא תשתי יין עד יום פ' נראין הדברים שלא כל הימנו לאוסרה שאין חוששין שמא בטלתו פי' לפירושו דאינה עשויה לקלקל את עצמה ואמרינן בעלמא אשה דייקא ומנסבא וכ"ש לפי מה שהסכימו הגאונים שכל תנאי שהוא בביטול מעשה מתירין אותה מיד ואין חוששין שמא תבטלנו ואם היה הבעל נאמן לומר עברת על תנאך האיך מתירין אותה להנשא והיא צריכה עדים כל ימיה שלא תזוז ידם מתוך ידה כדי שלא יטעון עליה הבעל עברת על תנאך ביום פלוני ויקלקלנה בב"ד א"ו היא נאמנת ועוד יש בזה טעם אחר נכון שהרי אנו רואים אותה מתחילה ועד סוף שיושבת ואינה עושה שום מעשה שיבטל התנאי ובעל שאומר שעמדה ובטלה עליו הראיה אבל בקום ועשה כל שטוען שקיימו עליו הראיה כל שיש שמכחישו וכדאמרינן וכו' עכ"ל הרי שהרשב"א גופיה כתב שני הטעמים ודבריו סותרים למה שכתב בפ' המגרש שהוכיח מההיא דנדרים דעיקר הטעם הוא דל"ח שתקלקל א"ע דאי מטעם השני של הרשב"א אף לגבי נדרים נמי לא ניחוש שתעבור על התנאי כיון שאינה עושה שום מעשה לפנינו ומוקימנן הדבר בחזקתו שלא ישתנה הדבר מקדמותו אך לאחר העיון דברי הרשב"א נכונים דהא בגיטין דף כ"ח איתא השולח גט לאשתו והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים ופריך הש"ס מההיא דתנן ה"ז גיטך שעה אחת ק"מ אסורה לאכול בתרומה מיד ומשני הש"ס במסקנא דשמא מת לא חיישינן ושמא ימות חיישינן ומדמי לה התם להלוקח יין מבין הכותים ואמר שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי זו תרומה דרבנן דפליגי אדר"מ אסרי משום שמא יבקע הנוד אלמא דלשמא ימות חיישינן הרי דלא שייך לאוקמא אחזקה קמייתא אלא בדבר שהוא ספק אם כבר נעשה הדבר אז מוקמינן אחזקה שלא נשתנה הדבר מקדמתו אבל בדבר שניחוש שיבא הדבר ויהיה איסור למפרע לא שייך לומר דנוקמיה אחזקה דמ"מ חיישינן שיהיה הדבר ויתגלה לעיני כל ויהיה איסור למפרע ולפ"ז ניחא דהרשב"א בפ' המגרש דמיירי לענין תנאי שהוא בשוא"ת אם מותרת להנשא קודם קיום התנאי שם לא שייך לאוקמא אחזקה דחיישינן שתעבור אח"כ על התנאי לעיני כל ותהיה א"א למפרע לכך הוצרך לתת טעם שלא תקלקל א"ע ולכך בנדרים דלא חמיר לה האיסור כ"כ חיישינן שתלך אחר הפסח ותעבור למפרע במה שנהנית קודם פסח ולכך בתנאי שהוא תלוי ביד אחרים אסורה להנשא קודם קיום התנאי דחיישינן שהאחר יעבור על התנאי ותעבור למפרע דלשמא ימות חיישינן והטעם דלא תקלקל א"ע לא שייך בזה כיון שאין בידה משא"כ בקידושין שם מיירי הרמב"ן במכחישין זא"ז אם כבר עברה על התנאי בזה כתב הרשב"א שפיר דיש טעם נכון בזה דל"ח שעברה כיון שיושבת ואינה עושה שום מעשה מוקמינן הדבר בחזקתו וא"כ בכה"ג י"ל אף בתנאי

שהוא תלוי ביד אחרים ל"ח שנשתנה הדבר מקדמותו ובזה ניחא דהמחבר באה"ע סי' קמ"ג ס"ב דקדק וכתב כיון שהתנאי בידה והוא שב וא"ת ל"ח שתעבור עליו ומותרת להנשא קודם קיום התנאי ובח"מ סי' רמ"א לענין ממון אינו מחלק דאם התנאי תלוי ביד אחרים אף בתנאי שוא"ת חיישינן שמא נתבטל וכן הרב רמ"א באה"ע ס"ס ל"ח לענין קדושין לא חילק בין אם התנאי אינו בידו ולפמ"ש ניחא כיון דלענין קדושין וכן לענין מתנה מיירי שכבר עבר זמן התנאי תו ל"ח שמא לא נתקיים ובטלו המתנה והקדושין דאף שתלוי ביד אחרים מ"מ ל"ח שנשתנה הדבר מקדמותו דלשמא מת ל"ח וזה נכון מאוד ליישב דברי הרשב"א. אך מ"מ אכתי דברי הר"ן אינם עולים יפה בזה כיון דע"כ מוכח הא דמותרת להנשא קודם קיום התנאי לאו מטעם חזקה אתינן עלה דהא לשמא ימות חיישינן וא"כ ע"כ צ"ל שהטעם הוא שבודאי לא תעבור על התנאי שלא תקלקל א"ע שתצא מזה ומזה א"כ היכי מוכיח הר"ן מזה לענין דין ממון דליכא שם שום קלקול אם לא תתקיים המתנה אך מ"מ נראה לתרץ בזה גם דברי הר"ן דבאמת הר"ן ג"כ ס"ל הטעם הא דבשב וא"ת מותרת להנשא קודם קיום התנאי לאו מטעם חזקה אתינן עלה שלא ישתנה הדבר מקדמתו דלשמא ימות חיישינן אלא הטעם הוא דמסתמא לא תעבור על התנאי שלא תקלקל א"ע כמ"ש הרשב"א אך שהיה קשה לו להר"ן דלטעם זה אף בתנאי קום ועשה נמי נאמר שבודאי תקיים התנאי שהוא בידה כדי שלא תקלקל א"ע ומ"ש הרשב"א שמא תאנס ולא תקיימנו הוא דוחק דמה"ת ניחוש לאונס ובאמת מה"ט ס"ל להרמב"ם דאף בקום ועשה ל"ח שתעבור על התנאי ולכך נ"ל להר"ן דבאמת כי ליכא מערער ל"ח שתעבור על התנאי דאשה דייקא ומנסבא ולא תקלקל א"ע אלא דחיישינן שמא יבא הבעל ויערער שעברה על התנאי ובמקום ערעור הבעל חיישינן טפי כמו המביא גט בא"י דא"נ לומר בפ"נ ובפ"נ משום דאשה דייקא ומנסבא כמ"ש הר"ן בפ"ק דגיטין בשם הרמב"ן ואפ"ה כשהבעל מערער צריך להתקיים בחותמיו וכן בכמה דוכתי לענין גיטין חיישינן טפי לערעור הבעל כיון שמערער וטוען ברי ולכך כשהתנאי בקום ועשה אסורה להנשא עד שיתקיים התנאי דחיישינן לערעור הבעל שיאמר שלא קיימה התנאי וכמ"ש הר"ן בפ' האומר וכשיערער יהיה נאמן מה שאין כן בתנאי שהוא שוא"ת אנן מסתמא ל"ח שתעבור על התנאי כ"ז דליתא למערער קמן דנהי דליכא חזקה שלא ישתנה הדבר דהא לשמא ימות חיישינן מ"מ מסתמא לא תעבור כדי שלא תקלקל א"ע ואי משום שהבעל יבוא אח"כ ויערער שכבר בטלה התנאי בידים זה ליתא דהא בדבר שכבר עבר לא יהיה נאמן בערעורו דנוקי הדבר בחזקתו שלא נשתנה דהא לשמא מת ל"ח ולכך בתנאי שהוא ביד אחרים אף בשב וא"ת אסורה להנשא עד שיתקיים

התנאי דהא לשמא ימות חיישינן ולא שייך לומר שודאי לא תקלקל א"ע כיון שהתנאי אין בידה ולפ"ז יפה הוכיח הר"ן דינו מזה כיון דחזינן לענין גיטין דהוי חזקה אלימתא בשב וא"ת ואמרינן דמסתמא לא נשתנה הדבר מקדמותו וא"כ ה"ה לענין דין ממון נמי אמרינן הכי ודוק כי נכון הוא. העולה מכלל דברינו אלה דבין בשטר שנעשה על תנאי שהוא בשוא"ת והמלוה אומר שנתקיים התנאי וכן לענין קדושין שקידשה הבעל ע"ת א"נ לומר שקיימו התנאי אלא כשאין שכנגדם מכחישם ואף בתנאי שהוא תלוי ביד אחרים נמי אמרינן שלא נשתנה הדבר מקדמותו אבל כשכנגדם מכחישם אינם נאמנים אך לענין גיטין כשנתגרשה ע"ת בשוא"ת אף שהבעל מכחישה בברי א"י לאוסרה אך מ"מ בתנאי שהוא תלוי ביד אחרים יכול הבעל לאוסרה דהא הטעם דלא מהני הכחשת הבעל בגירושין דכיון שמותרת להנשא קודם קיום התנאי יצאה מחזקת א"א א"כ בתנאי שתלוי ביד אחרים כיון שאסורה להנשא קודם קיום התנאי אף שעברה ונשאת וטועלת שנתקיים התנאי יכול הבעל לאוסרה עד שתביא ראיה לדבריה. אך מ"מ בתנאי שהוא תלוי ביד אחרים יש לדון קצת בד"מ לפי מה שהעליתי דהוי כמו חזקה דגופה שבודאי לא נשתנה הדבר מקדמתו א"כ לפי שיטת רש"י ותוס' בס"פ המדיר גבי היו בה מומין בבית אביה האב צריך להביא ראיה דמשני רב אשי דהטע' הוא משום דהוי מנה לאבא בידך ופירשו רש"י ותוס' שם דאף לר"ג דמוקמינן לה אחזקת הגוף וגם האב טוען ברי מ"מ לא מהני דחזקת הבת אינו מועיל להאב כיון שהממון שייך להאב א"כ ה"נ י"ל דאין חזקת האחר מועיל להמקבל אף שטוען ברי אך הרמב"ן והר"ן וסייעתו חלקו ע"ז ופירשו דמיירי שאין האב טוען ברי לכך טענת הברי של הבת לא מהני להאב וכמ"ש הה"מ בפכ"ה מה"א והביאם הרב רמ"א באה"ע סי' קי"ז ס"ח וא"כ ה"נ מהני טענת ברי של המקבל אבל טענת ברי של האחר לא מהני להמקבל להוציא ממון וצ"ע לדינא. אך כ"ז לפי שיטתינו דבקדושין ובד"מ אף בתנאי דשוא"ת יכול שכנגדו להכחיש שעברה התנאי בפועל ולא מהני שוא"ת אלא היכא שאין שכנגדו מכחישו דהוי ברי ושמא אך מלשון הריטב"א שהביא הש"ך משמע להדיא דבין בקדושין ובין לענין דין ממון אין שכנגדו יכול להכחישו בתנאי דשוא"ת והאחר מוציא ממנו בטענתו שלא ביטל התנאי וכן הוא הסכמת הש"ך וצ"ל לדבריהם דאף דחזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף בברי וברי כדמוכח ברפ"ב דכתובות שא"ה דאיתרע החזקה קצת שהרי בעולה לפניך כדאמרינן בריש נדה ולכך בכה"ג חזקת ממון עדיף בטוען ברי משא"כ הכא דליכא שום ריעותא כמ"ש הרשב"א שהיא יושבת מתחילה ועד סוף ואינה עושה שום מעשה חזקה זו עדיפא מחזקת ממון אך קשה לשיטה זו דא"כ אף בתנאי שעל הלוה לקיים בקום ועשה והמלוה

אומר שעדיין לא קיימו הלוה יהא המלוה נאמן ולקמן בסי' פ"ב סי"ב מוכח איפכא דכתב שם ואם המלוה הודה שהיה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה ואם אין לו ראיה נשבע הלוה היסת ונפטר משמע דאף שהוא תנאי קום ועשה נמי נאמן הלוה לומר שקיים תנאו וכן משמע בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ז מחודש נ' ואולי בתנאי שעל הלוה לקיים עדיף טפי שהדבר עומד לכך בכדי ליפטר מחובו וה"ל כפרעון דקי"ל המלוה את חבירו בעדים א"כ לפורעו בעדים וצריך ישוב. שוב מצאתי בתשובת מוהרי"ט ח"א ס"ס קנ"ב שנסתפק שם בטעם הדבר דמה חילוק יש בין שוא"ת לקום ועשה וכתב שם טעם חדש דבשוא"ת מסתמא דעת הנותן שהוא יביא ראיה שביטל תנאו דאיך יהיה להמקבל עדים שלא ביטל תנאו בשום פעם אבל בקום ועשה מסתמא דעת הנותן היה שהמקבל יביא ראיה שקיים תנאו ולפי דבריו אין שום טעם לחלק בתנאי דשוא"ת בין שהוא תלוי ביד אחרים או לא וגם אין חילוק בין מכחישו או לא וגם לפי דבריו יש לתמוה האיך מתירין אותה להנשא בגט בתנאי דשוא"ת קודם קיום התנאי ניחוש דילמא תעבור על התנאי ויהיה עדים בדבר וע"כ צ"ל שהטעם הוא שודאי לא תקלקל א"ע וא"כ הוכחת הר"ן לד"מ לאו כלום הוא וצ"ל ג"כ באופן שכתבתי דעיקר החשש הוא משום ערעור דבעל ובשוא"ת לא יהיה הבעל נאמן ולכך בשוא"ת והתנאי תלוי ביד אחרים אסורה להנשא עד שיתקיים התנאי דחיישי' שהאחר יעבור על התנאי ויהיו עדים בדבר אבל כשעבר זמן התנאי וליכא עדים ל"ח שנתבטל התנאי אף בגיטין אך מ"מ אשתמיט ליה למוהרי"ט דברי הרשב"א בפ' האומר ודברי הריטב"א שהביא הש"ך כאן דעיקר הטעם משום חזקה וכמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"א וכן הוא דעת הרב רמ"א באה"ע ס"ס ל"ח שמחלק בין מכחישו או לא ולדברי מוהרי"ט אין לחלק בכך אך מלשון הנ"י שהובא בתשובת מוהר"ל ב"ח סי' קל"ד משמע כמוהרי"ט ע"ש וע' בתשובת מבי"ט ח"א סי' מ"ב:

יט וחייבים לשלם ללוה ההפסד. זה קאי אהיכא שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אבל אם אמרו פסולי עדות היינו וההלואה אמת פשיטא דא"צ לשלם דהא לא הפסידו לו כלום וכן. אם אמרו אמנה היו דברינו ג"כ א"צ לשלם דהא היה מרצון הלוה וכ"כ הכנה"ג ופשוט אך באנוסי' מחמת ממון גופה נראה דתליא בפלוגתא דלפמ"ש הרב רמ"א בסימן שפ"ח ס"ב בהגה במוסר שהראה על ממון חבירו באונס דפטור הוא דוקא באונס נפשות אבל באונס ממון חייב א"כ ה"נ העדים חייבים לשלם באונס ממון ובאמת מקור הדין דשם הוא מתשו' מיימוני לס' נזיקין סימן כ' ולמד שם כן מדחזינן הכא דעדים שחתמו שקר מחמת עדות ממון חשיבי רשעים ופסולים לעדות ומחמת נפשות כשרים א"כ ה"ה

נמי לענין תשלומין הדין כן אבל לפמ"ש הש"ך שם בס"ק כ"ב בשם הרשב"א דאף היכא שהראה מחמת אונס ממון נמי פטור א"כ ה"ה העדים שחתמו שקר מחמת אונס ממון נמי פטורים לשלם דעדים שחתמו שקר ומראה ממון חבירו אידי ואידי אינם חייבים אלא מדיני דגרמי ובד"ג באונס אף מחמת ממון פטורים ומה שהקשה בתשובת מיימוני דאמאי חשיבי רשעים ופסולים מחמת אונס ממון לפענ"ד לק"מ דדוקא לענין תשלומין כיון שאין כאן אלא גרמי ולא מעשה ממש פטורים כיון שלא עשו הדבר רק מחמת אונס ממון וכ"ש למ"ד דכל ד"ג אינו אלא מדרבנן אבל מ"מ היכא שחתמו שקר מחמת אונס ממון הוי רשעים גמורים ופסולים לעדות דהא עברו על לאו דלא תענה מחמת אונס ממון וחייב אדם לבזבז כל ממונו בכדי שלא יעבור על ל"ת שבתורה כמבואר בא"ח סי' תרנ"ו בהג"ה וע"ש וז"ב:

כ אין נאמנים. ועדים אחרים נאמנים וכ"כ הגאונים עכ"ל רי"ו והביאו הב"י כ"כ הש"ך ומבואר בב"י בשם רי"ו דמיירי כשעדים אחרים אומרים תנאי נאמנים וכ"כ בסי' כ"ט ליישב דברי תשו' הרשב"א בא' שמשכן כרם ועדים אחרים אומרים שהיה על תנאי ופסק הרשב"א דנאמנים אפי' כתב עדי השטר יוצא ממ"א דאין כאן הכחשה רק בירור בגופן של עדות וכתב הב"י אף דס"ל להרשב"א דבכת"י יוצא ממ"א א"נ לומר תנאי היו דברינו שאני הכא דעדים אחרים מעידין כן אך באמת הדבר תמוה דמאי אולמא דעדים אחרים מעידי השטר גופייהו דא"נ לומר תנאי היו דברינו משום דסתם שטר אין בו תנאי וחשיבי חוזרים ומגידים א"כ אף כשעדים אחרים אומרים כן חשיבי כמכחישים עידי השטר וליהוי כתרי ותרי וביותר תימה דהב"י גופיה באה"ע ס"ס קמ"ה הביא בשם תשובת הרשב"א להיפך בשכ"מ שנתן גט ואח"כ נתרפא ועדים אחרים אומרים שהגט ניתן על תנאי אם ימות דוקא וכתב שם הרשב"א דהוי תרי ותרי דעדים אחרים מכחישים הם לעידי הגט שלא הזכירו תנאי ואסורה לכהן ואם נתקדשה לאחר אסורה לשתיהם ע"ש הרי להדיא דאף כשעדים אחרים אומרים תנאי מיחשבי כתרי ותרי אך מבואר שם בתשו' הרשב"א דאם העדים האחרים אומרים שקודם נתינת הגט היה התנאי לא הוי כמכחישים עידי השטר די"ל דבשעת כתיבה היה בלא תנאי וקודם הנתינה היה התנאי והב"י תמה שם דבכה"ג אף עידי הגט עצמם נאמנים לומר שקודם הנתינה היה התנאי ע"ש וא"כ לפ"ז י"ל דתשו' הרשב"א דמשכן כרם מיירי נמי בכה"ג שהתנאי היה שלא בפני עידי השטר ולכך נאמנים וכן יש לפרש דברי רי"ו שהביא הב"י שכתב וז"ל אם עדים אחרים אומרים שהעיד המלוה ע"ע שהיה בו תנאי נאמנים עכ"ל י"ל דמיירי שהעדים אומרים שהמלוה העיד כן ע"ע לפניהם ולא ידעו בו עידי השטר ולכך נאמנים

אבל כשהעדים אחרים אומרים שהתנאי היה לפני עידי השטר הוי תרי ותרי וכן הסכים התומים אלא שלא ראה דברי הב"י באה"ע וע' בתשובת לחם רב סי' פ"א ואף שדבריו שם אינן נראין מ"מ לדינא ס"ל ג"כ כמ"ש וכן עיקר:

כא חוץ מלומר בפנינו מסר מודעא. לכאורה נראה דה"ה אם ע"א מעידי השטר אומר שבפניו לבד מסר מודעא נמי מהני כיון דעקר לסהדותיה ואין כאן אלא ע"א על המכירה ואוקי חד לגבי חד והמכירה בטילה ואע"ג דאמרינן בפחז"ה דף מ' מודעא בפני שנים היינו משום דבע"א יכול להכחישו ואע"ג דהרמב"ן בחידושיו שם כתב דאיכא למימר דאם מסר מודעא לפני ע"א אף שהלוקח מודה בדבר לא מהני כיון דסבר האי מוכר דלמחר לא מצי למיתבעיה בדינא גמר ומקני ומבטל למודעא ע"ש היינו דוקא בע"א דעלמא דמצי הלוקח לכפור בו אבל הכא שמסר מודעא לפני הע"א שחתום בשטר כיון שהע"א נאמן דעקר לסהדותיה ולא נשאר כאן אלא ע"א על המכירה א"כ אוקי עד המודעא נגד עד המכירה ואוקי ארעא בחזקת מ"ק והמכירה בטילה וא"כ כיון שעד הלזה נאמן לבטל המכירה הוי מודעא מעלייתא וכן הוכיח הריב"ש בסי' רל"ב מדברי רמב"ן אלו דמהני מודעא בפני שנים זה שלא בפני זה כיון שאין הקונה יכול לכפור בהן והובא בש"ע אה"ע סי' קל"ד ס"א בהגה וא"כ ה"נ כיון שא"י לכפור בעד המודעא שחתום על השטר הוי מודעא מעליא אך מ"מ י"ל דדוקא בתנאי מהימן ע"א שבשטר שאינו עוקר דבריו הראשונים ומוסיף על דבריו הוי ומהימנינן ליה דהוי כמפרש עדותו משא"כ במודעא דהוי דבר אחר לגמרי י"ל דדוקא שנים נאמנים אבל ע"א א"נ שאין דבריו של אחד במקום שנים והוי כמו שאומר פרוע שא"נ ע"א לבדו וכן משמע לכאורה מלשון הרשב"ם בפחז"ה דף מ"ח ע"ב גבי חתם רבב"ח אמודעא ואאשקלתא ופירשב"ם חתם רבה בב"ח אמודעא ועד אחר עמו עכ"ל משמע דרבב"ח עצמו לא היה נאמן לבדו אמודעא אף שהיה הוא עצמו עד האשקלתא אך מ"מ מדברי הרשב"ם בדף מ"ט משמע איפכא שכתב שם מודעא היו דברינו נאמנים שהרי ניתן לכתוב ואפי' כת"י יוצא ממ"א נאמנים דאין זה חוזר ומגיד אלא מילתא אחרית' הוא כדאמרי' נמי התם חתמנו אבל תנאי היה דברינו ולא נתקיים התנאי דמילתא אחריתא הוא ונאמנים שעל השטר הן מעידין שכשר וגם מעידין שאינו חייב לו כלום וכו' הרי דמשוה מודעא לתנאי וכי היכא דבתנאי מהימן ע"א ה"ה במודעא וכ"ש בעובדא דרבב"ח שחתם א"ע על המודעא ואאשקלתא דבזה מסתבר יותר ששטר המכירה בטל' דכיון שהוא עצמו עוקר עדותו ע"פ חתימתו שבשטר המודעא דהא מה"ט לכ"ע אף בנת"י יוצא ממ"א נאמנים דאתי שטרא ומבטל שטרא כדמוכח בפחז"ה שם ולקמן סי' ר"ה ס"ט וכמ"ש הסמ"ע שם א"כ כיון דנעקר

עדותו אין כאן אלא ע"א על המכירה ואוקי חד להדי חד והמכירה בטלה ומ"ש הרשב"ם חתם רבב"ח אמודעא וע"א עמו י"ל דלרווחא דמילתא כ"כ או י"ל דכ"כ להך פירוש' שפי' הרשב"ם הא דאמרינן דתלא ליה אכינרא היינו שימכור לו הכינרא אם כן במטלטלין ודאי דחד סהדא לא מהימן שמסר מודעא לפניו להוציא המטלטלין מיד הלוקח שמוחזק בהן עכשיו דהא מטלטלין אף בלא עדים נאמן המוחזק בהן לומר לקוחין הן בידי מפני שהן בחזקת המוחזק בהן עתה וא"כ כיון שהלוקח מוחזק בהן הרי הן בחזקתו כיון דתלוהו וזבין זביניה זבינא ואין נאמן ע"א להוציא ממון מיד הלוקח ולבטל המכירה דאין ע"א קם לממון אבל בקרקע דצריך עדים על הקנין ובכל ספיקא אוקי ארעא בחזקת מרא קמא א"כ כיון שעד השטר אומר שמסר מודעא לפניו עקר לסהדותיה לגמרי ולא נשאר כאן אלא ע"א על המכירה ואוקי עד המודעא נגד עד המכירה והמכירה בטילה דאוקי ארעא בחזקת מרא קמא וזה נכון ועדיין צ"ע לדינא:

מז

א על שטר שבידו שהוא אמנה וכו'. והיכא שיש בידו כת"י בנאמנות והמלוה אומר שהוא פרוע נראה דתליא בפלוגתא שכתבתי בסי' ס"ט סק"ה דמוהר"מ בתשו' מיימוני ס"ל דהא דמהני כת"י בנאמנות דא"נ לומר פרעתי אין הטעם משום שטרך בידי מאי בעי דהא כת"י לית ליה קלא ואינו חושש להניחו בידו אלא הטעם הוא משום דכיון דהימניה על עצמו מהימן וא"כ בכה"ג שהמלוה מודה בעצמו שנפרע לא שייך הא הימניה דהא הוא מודה שנפרע ואיתרע נאמנותו אבל לשיטת שאר פוס' שהבאתי שם דטעמא הוא דכיון דכתב בו נאמנות אין עשוי להניחו ביד המלוה אחר שנפרע א"כ הוי כשאר שטר דשייך ביה שטרך בידי מאי בעי וא"נ לומר פרוע לחוב לאחרים וכן בשטרי ממרמות שלנו ויש ע"א על הקיום דכתב השו"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ב דאף למאי דקי"ל דע"א בשטר נאמן לומר פרעתי דלא שייך ביה שטרך בידי מאי בעי מ"מ בנאמנות ה"ל משוי"מ וכמ"ש בסי' נ"א סק"ד א"כ היכא דהמלוה מודה שהוא פרוע אף שמכירין ח"י הלוה נאמן המלוה לשיטת מהר"מ הנ"ל דהא אינו מחויב שבועה כלל להכחיש את העד דהא אף לדברי העד איתרע נאמנותו כיון שמודה בעצמו שהוא פרוע ולא הוי משוי"מ וע' מ"ש בסי' נ"א סק"ד ודוק ולפ"ז נראה דבכה"ג אף אמנה נמי נאמן המלוה לומר במיגו דאי בעי היה אומר פרוע דהוי מהימן וכדלקמן בסי' ס"ט ס"ב בכת"י בלי נאמנות דנאמן הלוה לומר אמנה במיגו דפרוע וה"ה הכא אף בנאמנות נאמן המלוה מה"ט:

ב או פרוע. ויראה לי דהיכא שיש ביד הלוה שובר הודאה בעדים שנפרע או כת"י המלוה בעצמו שנפרע דהלוה פטור בכה"ג אף שבשעה שנתן המלוה לו השובר היה חייב לאחרים ולא תימא מה לי שמודה לו בע"פ שנפרע או שהודה לו בכתב סוף סוף ניחוש לקנוניא דזה ליתא דודאי משום שחייב לאחרים ואיכא חשש קנוניא לא מחייבינן ללוה לשלם דמ"מ דילמא האמת הוא שנפרע אלא דלכך לא מהימנינן ליה למלוה משום דמוקמינן השטר בחזקתו דחזקה דלא נפרע דא"כ שטרא בידיה מאי בעי ואף שהמלוה מודה בזה א"נ לחוב לאחרים דחיישינן לקנוניא וא"כ היכא שיש שובר ביד הלוה א"כ אין כאן ראיה ממה שהניח השטר בידו דדילמא אמר לו המלוה דאירכס לו שטרא וסמך נפשו אלקיחת השובר וא"כ כיון דליכא ראיה שלא נפרע ודאי משום חשש קנוניא לא מחייבינן ליה ללוה דמ"מ דילמא האמת כן הוא שנפרע וכן בשובר בכת"י המלוה נמי י"ל דסמך נפשו אשובר שבידו ול"ד למ"ש הרשב"א בתשובה והביאו הב"י בס"ס זה דחיישינן לקנוניא אף שנתן כת"י שחייב לאחרים שא"ה דחזקה דכל מה שת"י הוא שלו ואמרי' שהקדים הזמן משום קנוניא משא"כ הכא כיון דכל מעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי והכא כיון דאיכא שובר ביד הלוה איבטלא החזקה ואיבטל שטרא וזה ברור בעיני אלא שמדברי הש"ך בסי' נ' סק"ז לא משמע כן וכן הרב מוהר"מ אלשיך בתשובתו סי' נ"ד לא ירד לזה וכבר השגתי עליו בזה בסי' צ"ג סק"י והעיקר כמ"ש וכן דברי הש"ך בסי' נ' יש לישב שם וע"ש. אך יש להקשות לפ"ז מאי פריך הש"ס בספ"ק דב"מ אהא דתניא מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל וניחוש שמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזל' וזבינתה לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי וטריף לקוחות ומשני ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ונאמנת במיגו דאי בעי מחלה ומאי קושיא הא אף שלא נחזיר לבעל מציא למעבד האי קנוניא שתתן לו אח"כ שובר בכת"י ותקדים או שתתן לו שובר בעדים בלי זמן דשובר כשר אף בלא זמן כדאיתא בסי' נ"ד וא"כ לא יגבו הלקוחות מהבעל כלום דאיבטל שטרא דכתובה משום דדילמא פרע מקודם שלקחו הכתובה וסמך נפשו על השובר ולפי דברי הש"ך בסי' נ' סק"ז דס"ל דשובר בכת"י המלוה אינו טורף מהלקוחות שלקחו השטר משום פסידא דלקוחות דלית ליה קלא יש לישב קושיא זו די"ל דשובר בעדים בלא זמן לא שכיחא ול"ח לזה ולשובר בכתב ידה ותקדים הזמן ליכא למיחש דהא לא תועיל לטרוף מהלקוחות ובזה מתורץ מה שהקשו מוהרש"ל והש"ך בסי' פ"ו דאמאי לא חיישינן לענין שובר שמא חייבת לאחרים וכתבה ליתן בניסן וכו' ובכה"ג לא מציא למחול לשיטת רוב הפוס' ולפמ"ש ניחא דלקנוניא זו לא חיישינן דהא אכתי

מציא למיעבד קנוניא זו שתתן לו שובר בכת"י דזה מהני אף במקום שחב לאחרים אך באמת דברי הש"ך דסי' נ' אינם מסתברים כלל דכיון שנודע דהשטר פרוע מקודם שלקחו הלקוחות א"כ האי שטרא חספא בעלמא הוא ומשום פסידא דלקוחות יגזלו ממון אחרים ול"ד למלוה ע"פ שאינו טורף מלקוחות דהקרקעות שלהם הם אלא דשיעבודא בעלמא אית עלייהו ואפקוהו רבנן לשיעבודא ומה שהקשיתי יש לתרץ בדרך אחר דשאני כתובה שלא ניתנה לגבות מחיים וחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו ואם כן כיון דהא דפריך ואזלא וזבינתה לכתובתה בטובת הנאה היינו בעודה תחת בעלה כמ"ש התוס' שם א"כ בכה"ג אף שתכתוב לו שובר בכת"י ותקדים הזמן או שתתן לו שובר בעדי' בלי זמן לא מצי הבעל למיטרף מהלקוחות שלקחו בעודה תחתיו דחיישינן לקנוניא בכה"ג שהקדימה הזמן דהא איכא חזקה דא"א פורע בת"ז ואף לאביי ורבא דס"ל בפ"ק דב"ב אדם פורע בת"ז מ"מ בכה"ג דאפשר שלא תבוא לידי גוביינא לעולם שהיא תמות קודם הבעל כ"ע מודי דא"א פורע בת"ז כמ"ש התוס' שם ומה"ט פסק בתשובת הרשב"א בשם הרי"ף והבעה"ת דאם הבעל טוען עמה בעת הגירושין שפרע כתובתה גובה בלא שבועה דחזקה א"א פורע בת"ז והביא הב"ש באה"ע סי' צ"ו סק"ח ואף לשיטת התוס' שם י"ל דהיינו דוקא לענין שבועה החמירו כיון דתנאי ב"ד הוא מתפיס לה צררי אבל מ"מ הוי חזקה מעלייתא לענין ממון כמ"ש הריטב"א והנ"י בפ"ק דמציעא והביאם הש"ך בס"ס מ"א ע"ש ואין להקשות דא"כ מאי משני דאיתא לדשמואל ומהימנה במיגו דאי בעי מחלה הא הוי מיגו במקום חזקה ובפ"ק דב"ב היא אבעיא דלא איפשטא גבי חזקה זו י"ל דלא מצי למיפשט משום דאיכא לשנויי כששטר כתובה יוצא מת"י או דשובר בזמנו טריף כדמשני אביי או דהש"ס משני דאיתא לדשמואל וזה גופה מחילה היא מה שהוא מודה כשיטת רוב הפוס' שהביא הש"ך בסי' ס"ו ע"ש וא"ש ולפ"ז ה"נ כשהשטר בת"ז והוא חייב לאחרים אף שיש ללוה שובר הודאה בעדים או שובר בכת"י המלוה שנפרע לה מהימנין ליה וחייב לשלם דחיישינן לקנוניא דנהי דאיבטל שטרא מ"מ איכא חזקה דאין אדם פורע בת"ז ולא מהימן המלוה לחוב לאחרים כנלפענ"ד ברור. שוב מצאתי בדרישה בסי' ס"ה סכ"ג גבי מצא שובר בזמן שהמלוה מודה יחזיר ללוה והקשה דניחוש שמא חייב לאחרים וכתב ליתן בניסן וכו' והאריך שם בתירוצו וסיים שם אבל אין לתרץ דמש"ה ל"ח להברחת מלוה שלו משום דאי בעי יכתוב לו מהשתא שובר אחר ולא יכתוב בו זמן דהא אין כותבין זמן בשובר דא"כ תמה על עצמך אמאי לא קמשני התם תלמודא הכי דמש"ה מחזירין לבעל וכו' ומנ"ל לרבא למידק מההיא ברייתא דאיתא לדשמואל אלא לאו ש"מ כל כה"ג שנודע הדבר לב"ד תו לא שייך לומר שיכתוב שובר אחר דב"ד

יוציאו הקול שהיה השטר או הכתובה עד השתא בתקפו וא"כ אף שתכתוב לו השובר לא מפיק מלקוחות שידעו הלקוחות שנכתב השובר אחר שלקחו הילכך שפיר קאמר רבא ש"מ איתא לדשמואל עכ"ל הרי להדיא דפשיטא ליה להדרישה דבשובר שאין בו זמן טורף מלקוחות וכן כשחב לאחרי' נמי מועיל ומה"ט דכתיבנא מ"מ לענין קושיתו מ"ש יותר נכון:

ג וכתוב בו נאמנות. הב"ח כתב דקאי דוקא על הא שטוען המלוה פרוע אבל אם טוען אמנה אף שאין בשטר נאמנות לא מהימן משום דבטענת אמנה א"צ המלוה לישבע וליטול כמ"ש בסי' פ"ב ס"י ול"נ דאף כשטוען המלוה אמנה נמי נאמן באין בשטר נאמנות דהא איתא ליה מיגו דאי בעי היה אומר פרוע כמו בכת"י בסי' ס"ט דנאמן הלוה לומר אמנה במיגו דפרוע ול"ד להיא דסי' פ"ב דלא מהימנינן להלוה בטענת אמנה בכדי להשביע למלוה במיגו דפרוע היינו משום דמיגו להשביע לא אמרינן והטעם כמ"ש בסי' פ"ד ס"ב דכיון דלא מהימנינן ליה להלוה לכולה טענתיה שיהא פטור לגמרי דלית ליה מיגו לא שייך להאמינו לחצאין שישבע המלוה ע"ש שהבאתי ראיה נכונה לזה משא"כ הכא כיון דאם יטעון המלוה שהוא פרוע יהא בטל השטר לגמרי באין בו נאמנות א"כ ה"נ בטוען אמנה מהימן לגמרי במיגו דפרוע דהוי מיגו מעלייתא ודמי ללא הוחזק השטר בב"ד דנאמן המלוה במיגו דקלתיה וכן משמע מסתימת הט"ו בזה דאין חילוק:

ד והוחזק השטר בב"ד. משום דאל"ה איכא מיגו דאי בעי היה מצנע ליה והרמב"ן וההי"מ בפ"ב מה"מ חולקין ע"ז וס"ל דאף שלא הוחזק בב"ד א"נ בשום מיגו דחזקה כל מה שתח"י האדם הוא שלו ואין אומרי' מיגו במקום חזקה והביא הרב רמ"א דעתם בסי' צ"ט ס"א בהגה והש"ך העלה בדעת המחבר והרב לחלק דדוקא בממון או מטלטלין אמרינן חזקה זו דכל מה שתח"י האדם הוא שלו משא"כ הכא אף דהשטר הוא תח"י מ"מ אין הממון תח"י ובזה מיושב ג"כ קושית הלח"מ בפ"א מה"מ על הטור דכאן כתב דבעינן הוחזק בב"ד דוקא ובסי' צ"ט משמע מדבריו דבע"ח שנמצא ממון תח"י ואומר של אחרים הוא א"נ בשום מיגו ולפי דברי הש"ך ניחא דהטור מחלק ג"כ בין ממון לשטר ואחי החכם המופלג החריף מוהר"ר אריה ליב נר"ו ישב קושית הלח"מ על הטור בדרך נכון והוא דבאמת הטור ס"ל דבע"ח שנמצא מעות תח"י א"נ לומר של אחרים הוא במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה אך לכאורה קשה דהא מיגו במקום חזקה הוא אבעיא דלא איפשטא בפ"ק דב"ב וקי"ל בקולא לנתבע דהממע"ה ומהני מיגו אף במקום חזקה כמבואר בסי' ע"ח וא"כ האיך יכול המלוה ליטול ממון זה לבדו ובאמת הה"מ שם הרגיש בזה וכתב דמיגו במקום חזקה כזו לכ"ע ל"א אך להטור י"ל דלא ס"ל לחלק בין החזקות

אך שם ניחא בלא"ה דהא קי"ל בסי' קל"ט ס"ד דשנים שחלוקים על השדה וכ"א אומר שבא לירש את קרובו והביא האחד עדים שהוא קרובו של בעל השדה ולהאחר אין לו עדות אם הוא קרוב או לא מוציאין השדה מהאחר ונותנין לזה שהביא עדי' משום שזה ודאי קרוב והשני ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי והוא מהש"ס דפחז"ה גבי קריביה דר"א בר אבין לפי פי' התוס' שם ע"ש וא"כ שם בסי' צ"ט דמי ממש להתם כיון שהממון הוא ביד אחר ולזה המלוה שתובע אותו מגיע ודאי ממון זה מכח השטר שבידו ואלו האחרים שאומר הלוה שהממון שלהם אין אנו יודעים אם האמת כדבריו דאף שיש לו להלוה מיגו מ"מ כיון דמיגו במקום חזקה הוא אבעיא דלא איפשטא והוי ספיקא דדינא אין ספק מוציא מידי ודאי ונותנין לבעל השטר שודאי מגיע לו ממון זה מה שא"כ הכא כיון דאיכא מיגו מעליא להלוה שהשטר שבידו פרוע הוא אף שהוא מיגו במקום חזקה וספיקא דדינא מ"מ אין המלוה הראשון יכול להוציא ממון מיד הלוה השני שהוא מוחזק בממונו מספק דאף שהלוה נתחייב למלוה הראשון בודאי מ"מ כיון דמספקא לן אם הלוה שני חייב למלוה הראשון כלל והוא מוחזק בממונו אין אנו יכולין להוציא ממנו מספק דהממע"ה וא"ש ונכון ועיין מ"ש בסי' נ' סק"א:

מח

א שנמחל שעבודו. נשאלתי באחד שהוציא שני שטרי הלואות על מנה והודה שהם הלואה אחת רק שנכתב מחדש בשביל שכבר נשלם זמן הפרעון והשטרות היו בהיתר עסקא ולכך נכתב מחדש בשביל ההיתר עסקא אם בכה"ג ביטל שני את הראשון והוי הנמחל שעבודו של הראשון ואינו יכול לגבות מזמן הראשון והשבתי דבכה"ג לא ביטל שני את הראשון כדאמרינן בכתובו' דף ל"ד ע"א גבי שני שטרות של מכר היוצאין על שדה אחת ביטל שני את הראשון ואי אוסיף ביה דיקלא אמרינן דלתוס' כתביה וכמבואר לקמן בסי' ר"מ ובסמ"ע שם סק"ז דגובה העיקר מזמן ראשון והתוס' מזמן שני ואף שהסמ"ע כתב דיש חולקין בזה והיא שיטת רש"י והרי"ף כמבואר באריכות בהרא"ש בכתובות שם מ"מ מבואר שם דהברירה ביד הלוקח אם ירצה לגבו' העיקר בלבד גובה מזמן ראשון ואם ירצה לגבות התוס' גובה מזמן שני וא"כ בנידון זה שנכתב השטר שני בכדי שיוכל לגבות הרבית מז"פ ואילך א"כ הרי לתוס' כתביה ולא נמחל שעבודו מזמן הראשון ואע"ג דהט"ז בי"ד סי' קע"ז הוכיח דהעסקא נמשך אף לאחר ז"פ ואילך וא"כ למה חזר וכתבו מ"מ י"ל דלאו כ"ע דיני גמירי ונאמן לומר שלא ידע הדין במיגו דאי בעי היה תובע שני השטרות יחד דהוי מהימן כמבואר בסי' ק"ד סי"ב דמי

שהוציא שני שטרי הלואה על אחד שנעשו ביום אחד מסכום אחד דגובה שניהם ולא אמרינן דשניהם על הלואה אחת נעשו וא"כ יש לו מיגו מעליא ואף לשיטת הפוס' בסי' פ"א סכ"ג דא"נ לומר טעיתי במיגו דפרעתי או להד"ם מ"מ בטעו' בדין כ"ע מודי דלאו כ"ע דיני גמירי וכמ"ש הכנה"ג בסי' ע"ט בהגהות ב"י בשם כמה פוסקים ועוד דהכא רגלים לדבר שטעה שאין אדם עשוי למחול שעבודו בחנם כדמוכח בפ"ק דע"ז גבי ההוא שטרא דהוי כתיב ביה שית שני יתירתא דסברי רבנן קמיה דר"א למימר דהאי שטר מאוחר הוא ועד דמטי זימניה לא טריף וא"ל ר"א האי ספרא דוקנא כתביה ושית שנין דמלכו בעילם דאנן לא חשבינן להו איהו חשיב להו הרי דכדי שלא נגרע כח השטר לומר שהוא מאוחר ונמחל שעבודו אמרינן דשינה הסופר ומנה שלא כדרך הסופרים וראיה זו הביא הריב"ש בסי' ת"פ וא"כ כיון שרגלים לדבר שטעה פשיטא דמהימנינן ליה במיגו על טענה זו ואפשר דאף בלא מיגו נאמן לומר שטעה בכה"ג כיון דאיכא חזקה שאין אדם עשוי למחול שעבודו בחנם וכמ"ש הב"ש באה"ע סי' צ"ה ס"ק כ"ה וכ"ש הכא דאיכא מיגו דמהימנינן ליה לומר שום טעם למה כתב השטר השני אמנם היכא דליכא שום תוספת בשטר האחרון ולא אמר טעם למה כתב שטר השני א"נ לומר שלא מחל השיעבוד הראשון במיגו דאי בעי היה תובע שני השטרו' דהוי כמיגו במקום עדים וכ"כ רש"י והר"ן בס"פ הכותב להדיא גבי שני שטרות היוצאין בזא"ז ביטל שני את הראשון ושניהם על הלואה אחת או מכר אחד הרי דאף בשני שטרי הלואות הדין כן ותדע דאל"כ אף בשני שטרי מכר נמי להימניה במיגו דאי בעי היה כובש שטר שני ולא הראה לב"ד רק שטר הראשון ודוחק גדול לומר דרש"י מיירי בגוונא דליכא מיגו שהעדים כאן ויודעים שלא היה רק הלואה אחת וראו בידו שני השטרו' קודם שבאו לב"ד דמסתימת הפוס' לא משמע כן ועוד ראיה ברורה דהא בש"ס שם פליגי דמ"ט ביטל שני את הראשון רפרם אמר אודויי אודי ליה ר"א אמר אחוליה אחליה לשעבודא ונ"מ לאורועי סהדי ולטסקא ולפירי והרמב"ם פסק כרפרם ואף הרא"ש שם דפסק כרב אחא הא כתב שם הטעם משום דיותר י"ל דאחליה לשעבודיה משנאמר דאודויי אודי ליה לאורועי סהדי אבל היכא דלא שייך מחילה פשיטא דאמרי' אודויי אודי ליה וכ"כ הריב"ש בסי' תע"ח בשם הרמב"ן להדיא וא"כ כיון דאמרינן אודויי אודי ומרעינן סהדי היכא דלא שייך מחילה א"כ כ"ש שאין אנו יכולין להאמינו שלא מחל השיעבו' במיגו כיון דראיה זו הא דכתב שטר שני אלים טובא להכחיש העדים ולפוסלם כ"ש דמבטלינן למיגו מהאי טעמא דהוי כמיגו במקום עדים ממש וז"ב אחר זמן רב מצאתי בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קכ"ד שכתב בפשיטות דבשני שטרי הלואו' על חוב אחד לא אמרינן

ביטל שני את הראשון דנאמן במיגו שהיה תובע שניהם ועוד דמסתמא לא מחל שעבודו ע"ש ולא הרגיש בכל מ"ש ומ"ש נ"ל עיקר וברור ומ"ש בט"ז בס"ס זה בדין ממרני שכתוב בו ולי"ב הניח עליו חפץ פ' עמ"ש בזה בסי' ע"ב סל"ד ע"ש:

מט

א ובשטר המכר שם המוכר. הטעם כתב הסמ"ע דלא חיישי' שמא יש אחר ששמו כשמו ומחייב בזה לאיש אחר דא"כ גם כשיכיר שם המלוה והלוקח ניחוש לזה דמחייב איש אחר לזה המלוה והלוקח א"ו דל"ח זה דשני יב"ש הדרים בעיר אחת אין אחר יכול להוציא שט"ח עליהם משא"כ בשובר צריך להכיר שם שניהם משום דבשובר המלוה נותנו ליד הלוה שם חששו דאף שמכירין שם המלוה שמא יערים ויתן שובר זה ליד לוה דאיש אחר ששמו כשם מלוה זה לכך צריכין להכיר גם שם הלוה שלו וכולי האי לא חשו שמא יש מלוה ולוה אחר דשמם כשם מלוה ולוה זה שבאו לפניהם וכ"ז הם דברי הה"מ בר"פ כ"ד מה"מ והשיג על הרמב"ם בזה והנה לפ"ז נראה דאף שמכיר שם המוכר והלוקח אין כותבין השטר אלא כשיודעין שיש להמוכר זה הקרקע שכותב בהשטר דאל"כ אכתי ניחוש שמא קרקע זה יש לו לאיש אחר ששמו כשמו וזה כותב השטר לחייב לאיש האחר דתו ליכא למימר דכשיוציא שטר המכר לא יהיה יכול לגבות בו דשני יב"ש אין מוציאין שטר עליהם דהא הקרקע ליהוי סי' דזה יש לו קרקע וזה אין לו קרקע והוי כמו כותב כהן או שלי"ט דהוי סי' כמבואר בס"ז וא"כ תימה על מ"ש הרב רמ"א בסי' רל"ח ס"א בהגה דמי שבא ואמר בית שיש לי במקום פ' אני נותנו לפ' כותבין אף שא"י אם יש לו במקום פ' דאם אין לו ממילא המתנה בטילה ואמאי הא אכתי יש לחוש שמחייב בזה לאיש אחר ששמו כשמו והנה הרב שם העתיק זה מדברי המרדכי בפ' המוכר פירות והנה שם אירי באב שכתב לבנו וא"כ ליכא למיחש שהאב מחייב לאיש אחר ששמו כשמו דל"ח דילמא מתרמי אב ובנו ששמם כשמם כמו דל"ח בשובר אם מכירין שם הלוה והמלוה אבל באנשי' אחרים אמאי לא ניחוש כן דמחייב לאיש אחר ששמו כשמו ולכאורה נראה לומר דדוקא בסימן כהן וכה"ג כיון שאינו נצרך להשטר מסתמא אין כותבין מילתא יתירתא אא"כ מכירין ולכך הוי סימן משא"כ במכירת קרקע כיון דזה הדבר הוא עיקר השטר כותבין לפי דבריו של המוכר אף שאין יודעין אם יש לו קרקע וכיון שהוצרכו לכתוב השטר לא הוי סי' כלל וכשיהי' יב"ש אחר א"י להוציא שטר זה על אחד מהן אך באמת מדברי התוס' בשמעתין דג"פ מוכח להיפך דאמרי' התם אמתני' דכותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ובלבד שיהי' מכירן אמר ר"י אמר

רב ובלבד שיהי' מכיר שם האיש בגט ופריך הש"ס שם האיש בגט אין שם האשה לא וליחוש דילמא כתב גיטא ואזיל וממטי ליה לאיתתא דהאיך ופי' התוס' דקושית הש"ס הוא דכיון שאין מכירין האשה ניחוש דילמא יכתוב הגט לאיש אחר ששמו כשמו ויתן הגט לאשת האיש ההיא להוציא מבעלה כתובת' ואי אמרת דהיכא שהוא דבר הנצרך להשטר כותבין ע"פ דבריו של מוכר ולא הוי סימן א"כ לפי הס"ד דש"ס דכותבין גט לאיש אע"פ שאין מכירין שם האשה א"כ אף אם יתן לאשה אחרת ששם בעלה כשמו לא תהא יכולה לגבות כתובתה ע"פ גט זה דהא שני יב"ש אין מוציאין שט"ח עליהם ושם האשה לא ליהוי סי' כיון שכותבין אע"פ שאין מכירן א"ו דכה"ג דשני יב"ש הדרים בעיר אחת שם האשה הוי סי' לגבות הכתובה וא"כ ה"ה בשטר קנין הוי הקרקע סי' לגבות ממי שהקרקע שלו וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דאמאי כותבין כשאין יודעין אם הקרקע שלו ניחוש דילמא מחייב לאיש אחר דשמו כשמו ואפשר לומר דהתוס' לטעמייהו אזלי דס"ל בכתובות פרק האשה שנתארמלה דהיכא דהוחזקו שני יב"ש בעיר אחת הוי כהן סימן אף שכתוב בשטר אני יב"ש כהן אמרינן דמסתמא עדים אכולי מילתא חתמו כמו שהאריך הש"ך בזה בס"ק ט"ו ולכך אף דהגט הוא לשון הבעל אנת אנתתי מ"מ כשיהיה עוד יב"ש אחר תגבה כתובתה ע"פ שם האשה דהוי סימן משא"כ להרב רמ"א דאזיל בס"ז בשיטת הרשב"א דאם כתב אני יב"ש שלי"ט לא הוי סי' כיון שאינו לשון העדים א"כ ה"נ לענין קניית קרקע כיון שכתוב בשטר שהמוכר אמר שמקנה הקרקע שלו שיש לו במקום פ' א"כ לאו לשון העדים הוא ולאו אכולי מילתא קמסהדי ולא הוי סימן והא דפריך הש"ס לענין גט ודילמא כתב גיטא וממטי ליה לאיתתא דלאו דיליה לאו לענין כתובה פריך אלא משום איסורא דאשת איש פרכינן דמגרש לה שלא כדין כמ"ש הרשב"ם שם ע"ש וא"כ לפ"ז לשיטת התוס' אין לעדים לכתוב שטר קנין אא"כ יודעי' שהקרקע שלו שוב ראיתי להרב המובהק בעל מ"ל בר"פ כ"ד מה"מ שרמז על האי דינא דהמרדכי שהעתיק הרב בסי' רל"ח מ"ש הב"י בסי' שע"ו בשם ר"י בן הרא"ש ובאמת שם מבואר להדיא שמדין התלמוד אין העדים רשאים לכתוב שטר מכר עד שידעו שהקרקע של המוכר הוא ע"ש ואפשר שהוא מטעמא דכתיבנא וצ"ע לדינא. ודע דלפי שיטת הה"מ והמחבר יצא לנו דין חדש דאף שמכירין שם הלוה והמלוה אין להם לעדים לכתוב כהן או שלי"ט אם לא שיודעים שהאמת כן הוא דהא לפי דבריהם הטעם הוא דבשובר חוששין לשני יב"ש ולכך צריך להכיר שם הלוה ג"כ ובשטרות א"צ להכיר משום דשני יב"ש אין מוציאין שטר עליהם וא"כ אין להם לכתוב כהן או שאר סימן עד שמכירין שהוא כן דאל"כ אכתי יש לחוש ליב"ש אחר אף כשמכירין את המלוה דהא בכה"ג מוציאין עליהם שט"ח

אלא דיש להקשות ע"ז מדברי התוס' דפ"ב דכתובות שהקשו על הא דבעי הש"ס התם אי מעלין משטרות ליוחסין היכא שכתב אני פ' כהן לויתי מנה מפ' אי אכולה מילתא קמסהדי או לא והקשו דאי לאו אכולה מילתא מסהדי א"כ עדים חתמו אף דלא ידעו אי כהן הוא א"כ היכי קתני בפג"פ דשני יב"ש הדרין בעיר אחת יכתבו כהן מה מועיל כיון שהעדים כותבין אע"פ שאין מכירין ותי' דהיכא דהוחזקו שני יב"ש ודאי אכולה מילתא קמסהדי דאז צריכין לידע אם הוא כהן והתם ודאי מעלין משטרות ליוחסין והכא מבעיא לן היכא דלא הוחזקו עכ"ל הרי להדיא דבלא הוחזקו רשאין העדים לכתוב כהן אף שא"י אם האמת כן דאל"כ אמאי אין מעלין משטרות ליוחסין אך אי משום הא לא איריא דהתוס' לטעמייהו אזלי דמפרשי בפ' ג"פ דף קס"ז ובגיטין דף כ"ד דהא דמצריכינן בגיטין להכיר שם האשה ובשובר להכיר שם הלוה היינו דוקא בהוחזקו שני יב"ש אבל בלא הוחזקו ל"ח לשני יב"ש יע"ש א"כ בלא הוחזקו א"ל העדים להכיר אם הוא כהן או לא דהא ל"ח לשני יב"ש ולכך אין מעלין ליוחסין בכה"ג אבל לפי משמעות כל הפוס' דלא כהתוס' דאף בלא הוחזקו חיישינן לשני יב"ש כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק"כ סק"ד א"כ אף בלא הוחזקו צריכין העדים להכיר ג"כ אם הוא כהן ומזה סתירה לדברי הח"מ באה"ע סי' ג' סק"ה שרצה להסכים דברי התוס' לדברי הט"ו ואף הם ס"ל דבהוחזקו מעלין אף ליוחסין וזה ליתא דהתוס' לטעמייהו אזלי אבל לדידן אין חילוק בין הוחזקו ללא הוחזקו דהא אף בלא הוחזקו אין העדים חותמין עד שידעו שהוא כהן ואפ"ה אין מעלין ליוחסין א"ו דהטעם הוא דדילמא כתבו כן מפני שהוא היה מוחזק לכהן וליוחסין אין מעלין ע"פ חזקה לבדה כמ"ש הב"ש שם והש"ך כאן וא"כ אין חילוק בין הוחזקו ללא הוחזקו דבכל גווני אין מעלין ליוחסין ומשום הכי השמיט הטור שם דעת התוס' דהתוס' לטעמייהו אבל לדידן אף בהוחזקו אין מעלין שטרות ליוחסין וכן נכון ועיקר:

ב שכ"א יכול לומר לא עלי נכתב שטר זה אלא על חברי. ונראה דבכה"ג אם תפס בעל השטר מא' מהן מהני תפיסה וראיה מסי' מ"ב ס"ח דאיתא התם דבכל הני דיד בעהש"ט על התחתונה אי תפס מטלטלי לא מפקינן מיניה אלמא אע"ג דבכל דוכתי לא מהני תפיסת התובע לפני עדים היכא שהנתבע כופר מ"מ היכא שנולד ספק בשטר כיון שהספק לפנינו מהני תפיסה וא"כ ה"נ כיון שיש ביד המלוה שטר שיב"ש חייב לו ואין אנו יודעים איזה הוא מהני תפיסה מחד מנייהו:

ג י"א דאם הם מב' עיירות. ע' בטור בשם רבינו ישעיה דס"ל כשלא נכתב שם העיר בשטר יכול הלוה לומר לא עלי נכתב שטר זה אלא על יב"ש שבעיר אחרת וכתב הב"י דמ"מ כשלא טען כן השטר כשר אף שלא נכתב בו שם המקום והוכיח כן מהא דמבואר

בסי' מ"ב סי"ב דאם לא נכתב שם המקום בשטר דגובה ממעות המקום שיצא השטר בו אלמא דהשטר כשר ובתשו' רמ"א סי' צ"ה ביאר דבריו דע"כ מיירי התם שלא נכתב בו ג"כ מקום דירת הלוה דאל"כ היה גובה ממעות אותו מקום שדר בו כמ"ש הר"ן בכתובות ודבריו נכונים ונראה דהיכא דלא נכתב שם המקום בשטר אף דיכול לטעון לא עלי נכתב שטר זה מכל מקום א"נ לומר פרעתי במיגו דאי בעי היה טוען כן דטענה גרועה היא דמסתמא על מי שדר בעיר עליו נכתב שטר זה שיצא בעיר זו וראיה לזה מהא דמבואר בסי' מ"ב שם דאם לא נכתב שם המקום בשטר דגובה ממעות מקום שמוציא בו השטר ואם בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר וטען הלוה שהמעות שאני חייב לו מכסף שהוא פחות מזה המטבע ישבע המלוה ויטול ואמאי לא יהיה הלוה נאמן במיגו דלא עלי נכתב שטר זה אלא על איש אחר דיב"ש טובא איכא בעלמא א"ו דמיגו גרוע הוא ובאמת יש לדון אף בשני יב"ש הדרים בעיר אחת ואחד מודה שלוה ממנו אלא שטוען פרעתי אי נאמן במיגו דלא לויתי לפמ"ש בס"ק שלפ"ז דבכה"ג מהני תפיסת בעהש"ט אפי' בעדים מכל אחד מהן א"כ י"ל דליכא מיגו דירא שמא יתפוס התובע ממנו ולכך טוען פרעתי וכעין זה כתב השיטה מקובצת בפ' השואל בסוגיא דשאולה מתה בשם הרא"ש ליישב קושית התוס' לרב דס"ל בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא לא אמרינן משוי"מ א"כ מודה במקצת למה חייב שבועה להימין במיגו דאי בעי היה טוען אנ' שכופר איני יודע ותי' הרא"ש דליכא מיגו דסובר אם היה טוען איני יודע אם יתפוס התובע משלו לא יהא יכול להוציא ממנו בטענת ספק ואף התוס' י"ל דס"ל כן והא דלא תי' כן הוא משום דס"ל דבא"י אם נתחייבתי לך לא מהני תפיסה כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ו וא"כ הכא דלכ"ע מהני תפיס' י"ל דכ"ע מודי דלא הוי מיגו אך מ"מ אכתי י"ל כיון דמעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ בכה"ג כיון דיכול לדחותו ליב"ש אחר י"ל דפרע והניח השטר בידו דסמך ע"ז דיכול לדחותו וכמ"ש הרשב"ם בב"ב דף ע' גבי שטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ולא שייך שטרך בידי מאי בעי די"ל דסמך על הא דיכול לטעון נאנסו ע"ש אך לפ"ז אף בשטר שאין כתוב בו שם מקום כיון דיכול לטעון לא עלי נכתב שטר זה י"ל דנאמן לומר פרעתי מצד עצמו דלא חשש להניח שטרו בידו כיון דיכול לדחותו ומדברי הט"ו בסי' מ"ב סי"ב לא משמע כן דא"כ יהיה נאמן לומר אני חייב לו מכסף שהוא פחות במיגו דפרעתי אך מ"מ יש לחלק דדוקא בשטר שאין בו שם המקום כיון דמה שיכול לדחותו ליב"ש דעלמא הוא טענה גרועה לא אמרינן דסמך א"ע אטענה זו משא"כ בשני יב"ש הדרים בעיר אחת כיון דהא דיכול לדחותו הוא טענה טובה י"ל דסמך א"ע אטענה זו והניח השטר בידו ועוד נראה דבלא זה

יש להאמינו היכא ששני יב"ש דרים בעיר אחת לומר פרעתי במיגו שהיה יכול לדחותו ולומר לא עלי נכתב שטר זה ואף אם יטעון כן תהני תפיסת המלוה מ"מ הוי מיגו מעליא ול"ד למ"ש הש"מ בשם הרא"ש דשא"ה דמה שטוען ברי שלא לוה החמשים הוא טענה טובה בעצמה לפטור מממון אלא שחייב שבועה עליה לכך לא מצינן לפוטרו משבועה במיגו שהיה טוען איני יודע די"ל שירא לטעון כן כיון שיועיל בה תפיסה לכך טוב לו לטעון טענת ברי שום טור לגמרי ולא יועיל בה תפיסה ולישבע משא"כ הכא כשטוען פרעתי הוי מיגו מעליא דהיה יכול לדחותו ולא שייך לומר דירא לטעון כן שיועיל בה תפיסה דהא עכשיו טוען טענה גרועה מזה דהא בטענת פרעתי היכא דיש שטר ביד המלוה לא מהימן עלה בשום מקום וחייב לשלם לגמרי וא"כ הוי מיגו מעליא שהיה טוען טענה טובה מזה אך לפ"ז אף בטוען פרעתי מהני תפיסת המלוה כמו בטענת המיגו דאל"כ אתי לאיערומי שיטעון פרעתי כדי שלא תהני תפיסה וכדאמרינן בפ"ק דמציעא דף ח' גבי חציה שלי דלא הוי משיב אבידה דאל"כ אתי לאיערומי ע"ש משא"כ לפי טעם הראשון דאיכא למימר שפרע והניח השטר בידו משום דיכול לדחותו א"כ טענת פרעתי בעצמה טענה מעלייתא היא ומהימן עלה תו לא מהני בה תפיסת המלוה והדברים נכונים ודוק:

ד נאבל אם אין השטר יוצא מתח"י אע"פ שמודה שחייב לאחד מהם וכו'. הרב סתם בזה דלכאורה משמע דמיירי שהוא אינו זוכר למי חייב ובאמת בכה"ג הדין נותן דצריך לשלם לכ"א ואחד וכדלקמן סי' ע"ו ס"ב אם לא בדלא תבעי ליה והמעיין בנ"י שממנו מקור הדין יראה דמיירי שם באחד שצוה לפני מותו שהוא חייב ליב"ש דהיורשים יכולים לדחות לכ"א דבכה"ג לא הוי להו למידק ופטורים ומפני שיש לי מקום עיון בענין זה ע"כ צריך אני להאריך וז"ל הנ"י בפ' גט פשוט גרסינן בתוספתא האומר עשו טבי עבדי ב"ח אם היו שני טבי וכו' האומר ר' דינרין ליב"ש אין דורשין לשון הדיוט לזה היה אוהב אלא שניהם חולקין יצא עליו כתובת אשה ובעל חוב שניהן נותנין בשוה ע"כ ונ"ל דסיפא כעין רישא בנותן מתנה והיינו דשייך לומר ביה לזה היה אוהב אבל במודה שהוא חייב אין לאחד מהן כלום עד שיביא ראיה ויכולין היורשים לדחות לכל אחד אבל בנותן מתנה אמרו מפני שהמקבל כעין שותף בנכסים כנ"ל הריטב"א ז"ל עכ"ל הנ"י אמנם הר"ן בפ' הכותב והה"מ בפי"א מה' זכייה כתבו דהתוספתא מיירי דווקא בחוב או פקדון אבל במתנה אזלינן בתר אומדנא למי היה אוהב וכדבריהם פסק הרב לקמן סי' רנ"ג סכ"ט בהגה והנה הש"ך והלח"מ שם הקשו מהא דאמרי' גבי שני יב"ש שהלוו לאחד דהממע"ה ויכול הלוה כשיש שובר לדחות לכאו"א וא"כ ה"נ ידחו היורשים לכ"א ולא יתנו כלום ותי'

הש"ך דמיירי בבא בהרשאה או שאין כאן יורשים אך הלח"מ מחלק דשאני התם דכיון שיש ללוה שובר מאחד מהן ואחד מהן ודאי רמאי לכך לא שייך לומר יחלוקו משא"כ הכא דליכא רמאי דא"א להתברר על מי אמר אמרינן שודא או חולקין והש"ך שם השיג עליו דלא שייך לחלק בזה אלא לענין הבע"ד בין יחלוקו או שודא משא"כ לענין היורשים גופייהו מה בכך הא מ"מ יכולים לדחותו והבי' ראיה מדברי הנ"י בשם הריטב"א אלו ובאמת דברי הלח"מ נראין נכונים בטעמן דבשלמא היכא דאיכא רמאי דאז הדין נותן שיהא מונח עד שיבוא אליהו ואין דנין בו דין חלוקה לכך המחזיק בו הוי כזוכה מן ההפקר כיון שאין התובעים יכולים ליטלו ולענין התביעה שתובע אותו כ"א בברי יכול לדחות לכ"א ולפטור עצמו ממנו בשובר שבידו משא"כ היכא דליכא רמאי שהדין הוא שחולקין ביניהם א"כ היכי מצי לדחות לכ"א להחזיק בממון שאינו שלו דהא ודאי ממון זה של א' מהן הוא ולו אין לו שום טענה על ממון זה ודמיא לדינא דאלים גבר בסי' קל"ט והוא ש"ס ערוכה בפחז"ה דף ל"ה ז"א של אבותי וז"א של אבותי ובא אחר והחזיק בהן שלא בטענה דגזלן דרבים שמיה גזלן ומוציאין מידו ואף דאין משם ראיה מוכרחת דלא מבעיא לשיטת הפוס' שם דצריך לשלם לכאו"א פשיטא דאין משם ראיה דהתם שאני כיון שהדין הוא דצריך לשלם לכ"א משום דגזל ועביד איסורא קנסוהו חז"ל לכך לא מצי נמי לדחות לשום אחד מהן מה"ט אלא אפי' לשיטת ש"פ שם דא"צ לשלם לכ"א אלא מניח גזילה ביניהם ומסתלק מ"מ יש לחלק דשא"ה בגזל כיון שאם גזל לאחד מהן וא"י מאיזה מהן גזל הדין הוא דצריך לשלם לכ"א דכיון דעביד איסורא קנסוהו חז"ל אלא דהתם ס"ל דכיון דלא נטל מרשות א' מהן די בהנחת הגזילה ביניהם כמו שהיתה מקודם וא"כ לכך א"י לדחות לכ"א ואחד דעכ"פ כיון דעביד איסורא קנסוהו להוציא הגזילה מתח"י להניח ביניהם כמו שהיתה מקודם משא"כ הכא בהלואה כיון דלא עביד איסורא מצי לדחות לכ"א דהממע"ה אך מ"מ מה"ת לומר לחלק בזה דטעמא דמסתבר הוא דכיון דליכא רמאי ודנין בה דין חלוקה היכי מצי אחר להחזיק בממון שהוא אינו שלו בודאי ואין לו שום טענה עליהן מן האחרים שדנין על ממון זה והוא ודאי של אחד מהן עכ"פ ראוי להוציא ממנו מה שאינו שלו ויחלוקו ביניהם ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הלח"מ מהא דפרכינן בפ"ק דמציעא לרבנן דסברי גבי שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים דמנה הג' יהא מונח עד שיבוא אליהו ממתני' דב' אוחזין דיחלוקו ומשני התם איכא רמאי הכא ליכא רמאי ולמה לו לשנויי דטעמא דרבנן הוא משום דאיכא רמאי שאינו אלא קנסא בעלמא ותיפוק ליה דמעיקר הדין כך הוא כיון שהנפקד מוחזק בו יכול לדחות לכ"א במנה הג' דהממע"ה א"ו דאי הדין היה שיחלוקו היו הב"ד

מוציאין ממנו מדינא כיון שהממון הוא של אחד מהן בודאי הוי גזלן דרבים דשמיה גזלן ובאמת לפי שיטת הנ"י והריטב"א דס"ל דבנותן מתנה דהוי כמו שותף בנכסים לא מצי למידחי לכ"א ניחא די"ל דה"ה בגזלן ופקדון כיון דברשותא דמרא קמא קאי לא מצי למידחי לכ"א אך לפמ"ש הש"ך בסי' רנ"ג דאין חילוק ואף במתנה יכול לדחות לכ"א קשה אך מ"מ אי משום הא לא איריא דהא התוס' בפ' המפקיד בסוגיא דאמר לשנים גזלתי הוכיחו דמתניתין מיירי בבא לציי"ש א"כ י"ל דלכך לא מצי הש"ס לשנויי דמשום הכי פטור ממנה הג' משום דיכול לדחות לכ"א משום דא"כ אכתי היה מחויב להחזיר לציי"ש כדי שיחלוקו ביניהם לכך משני הש"ס דכיון דאיכא רמאי פטור אף לציי"ש אך מ"מ יש להוכיח כדברי הלח"מ מההיא דלקמן בסי' ש' ס"א בהגה דכתב הרב בשם י"א דמנה הג' יהא מונח בב"ד כדי שלא יערים ואי אמרת דדינא הכי הוא דמצי לדחות לכ"א משום דהממע"ה א"כ האיך מוציאין ממנו להניחו בב"ד כיון שהוא פטור מדינא מלשלם משום הממע"ה וכי משום שלא יערים מוציאין ממנו וכי גרע ממנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור מלשלם משום הממע"ה א"ו כיון שודאי ממון שאינו שלו הוא לא שייך הממע"ה ומשום שלא יערים מפקינן ממנו אך מ"מ יש לדחות דס"ל כשיטת הנ"י דבנותן מתנה לא מצי לדחות לכ"א וה"ה בפקדון כיון דברשותיה דמ"ק קאי אך מ"מ מצאתי ראיה מפורשת בחידושי הריטב"א לב"מ בסוגיא דאמר לשנים גזלתי ד"ה אמר רב ספרא ויניח דמחלק התם דלגבי מקח שלקח משנים וא"י ממי לקח דצריך להניח דמי המקח בב"ד משום דדמי המקח הלואה הוא גביה שישתמש בהן עד שיבוא אליהו לפיכך צריך להניח דמי המקח בב"ד משא"כ במתניתין גבי פקדון כיון שהוא פקדון ואינו יכול להשתמש בו יהא מונח ביד הנפקד עצמו ע"ש הרי להדיא דאף בהלואה צריך להוציא המעות מידו מדינא ולא מצי לדחות לכ"א וזהו דעת הה"מ והמחבר בסי' רכ"ב ס"ב גבי מקח שכתב הה"מ שם בשיטת הרמב"ם וכן המחבר בש"ע שיהיו הדמי' מונחים בב"ד ותמה הש"ך שם דהא הרמב"ם בפ"ה מה"ש והמחבר בסי' ש' כתבו ומנה הג' יהיה מונח אצלו ואשתמיט ליה דברי חידושי הריטב"א דמחלק בין מקח לפקדון וזהו שיטת הה"מ והמחבר הרי להדיא דאסור להשתמש במעות של אחרים אף דמצי לדחות לכ"א ואחד מ"מ כיון שהממון הוא ודאי של א' מהן הוי גזלן של רבים ושמיה גזלן א"כ ה"נ באומר שחייב ליב"ש ואינו יודע למי א"י לדחות לשום אחד מהן ומזה מוכח דאף היכא דאיכא רמאי א"י הנתבע לדחות לשום אחד כיון שהוא ודאי חייב לאחד מהן אלא דלפ"ז קושית הלח"מ והש"ך במ"ע דאמאי בשני יב"ש ויש שובר מאחד מהן יכול הלוה לדחות לכ"א ואחד אמנם לפענ"ד מעיקרא לק"מ דשא"ה בשובר שהנתבע טוען

ברי לכ"א שפרעו לכך יכול לדחות לכ"א בברי שפרע לו משא"כ היכא שהנתבע יודע שחייב לאחד מהן ואינו יודע למי צריך להוציא הגזילה מתחת ידו כיון שעכ"פ הוא ודאי שחייב לאחד מהן ותדע שהטעם בשובר הוא כיון שהוא טוען ברי דאל"כ תקשה אמאי בשובר יכול לדחות לכל א' ולמה יגרע מהיכא דלוה משנים ואינו יודע ממי לוה ותבעי ליה דצריך לשלם לכ"א משום דפשע דה"ל למידק כ"ש הכא שודאי לוה משניהם ולא פרע אלא לאחד מהן האיך יכול לדחות לכ"א ואמאי לא יתחייב לשלם לשניהם הא אין לך פשיעה גדולה מזו שמשקר במתכוין א"ו דשא"ה כיון שטוען לכ"א בברי לך פרעתי אין הב"ד יכולין להוציא מידו משא"כ היכא שהוא טוען שמא ואידך ברי מחויב להוציא הגזילה מתח"י וז"ב אך מ"מ עדיין יש לתמוה שדברי הריטב"א סותרי' זא"ז דהנ"י בפג"פ הביא בשם הריטב"א דהיורשים פטורים מלשלם דמצי לדחות לכאו"א ומדברי הריטב"א בפ' המפקיד מוכח להיפך גם הרב רמ"א סתם פה כדברי הנ"י דפג"פ ומדברי המחבר בסי' רכ"ב והרב סתם כוותיה מוכח להיפך והנראה בזה הוא משום דלכאורה יש ראיה ברורה לדברי הנ"י דפ' ג"פ בשם הריטב"א והרב כאן מש"ס ערוכה בבכורות דף מ"ח ע"ב דפריך התם אמתניתין דנתערבו שני בכורים ונתנו עשרה סלעים לכהן ומת אחד מהן בתוך שלושים יום דהכהן מחזיר להם חמשה סלעים דאמאי לא מצי לדחות את כל אחד ואחד לומר לאו שלך מת ומשני דמיירי בבא בהרשאה והרי התם ודאי ליכא רמאי דהא נתערבו וא"כ הדין נותן דחולקים ביניהם ואפ"ה פריך דלידחו לכ"א לומר לאו שלך מת והלח"מ ודאי אשתמיט ליה ש"ס זה אך לכאורה תימה גדולה מזה לדברי הריטב"א דפ' המפקיד ולכאורה י"ל ע"פ מ"ש התוס' שם דהא דמשני הש"ס בבא אף שרצה אחד מהם להוציא ממנו בפ"ע סגי בהרשאה אבל כששניהם באים לפנינו ומצווים לתת לאחד סגי אף הרשאה וכ"פ הש"ך בי"ד ס"ס ש"ה וא"כ י"ל דבאמת כששניהם באים כא' לפני הב"ד בזה מוציאין מידו אף בלי הרשאה וחולקים אלא הא דמשני בבא בהרשאה היינו אף כשאחד לבד בא לתבוע סגי בהרשאה אך זה ליתא דא"כ מנ"ל להש"ס להקשות ולאוקמא בשנויא דחיקא הא פשטא דמתניתין משמע שבאים שניהם לב"ד לתבוע ביחד וגם התוס' לא כ' אלא כשבאים שניהם לב"ד ומצווים לתת לאחד מהני דזה הוי כבא בהרשאה ועדיף מיניה אבל ודאי דאף כשבאים שניהם לב"ד לתבוע ביחד מצי הכהן לדחות לכאו"א כמשמעות הש"ס ופוס' שם על כן מה שנראה לי עיקר בזה הוא דיש לחלק דהיכא שהתובעים תובעים שניהם בברי והוא יודע בודאי שחייב לאחד מהן בזה הדין נותן דמוציאין מידו ולא מצי לדחות לכ"א כיון שהוא מחזיק בו בלא טענה כלל והם טוענים ברי והוא ודאי של אחד מהן גזלן דרבים שמיה גזלן וחייב לשלם אבל אם

הם טוענים כ"א בספק בכה"ג מצי הנתבע לדחות לכ"א לומר דילמא אינו שלך והאיך מצי האחר להחזיק במעות מספק להוציאם מיד זה דנהי שאין לו טענה מ"מ לא מצי האחר להוציא ממנו בספק וראיה מלקמן סי' קמ"ו ס"ט דאם אחד מחזיק בשדה בלא טענה אין אחר יכול להוציאה מידו בטענה שהוא שלו אם לא שיביא ראיה לדבריו וכ"ש הכא שתובע בספק שא"י להוציא ממנו בטענת ספק ולפ"ז פריך הש"ס בבכורות שפיר דכיון שאביהם של הבנים תובעים בספק ודאי דמצי הכהן לדחות לכ"א דהאיך יכול כ"א להוציא ממנו בטענת ספק ובאמת אם שניהם מתרצים בחלוקה צריך הכהן להחזיר להם וזה נכלל בתי' הש"ס דמוקי בבא בהרשאה וכמ"ש התו' שם דה"ה אם ב' מצווים לתת לאחד סגי אף בלא הרשאה וה"ה אם מתרצים בחלוקה הוי כמצוה ליתן לו החצי דמהני בבא בהרשאה אבל כשכל אחד תובע מעותיו כולו לבדו מצי הכהן לדחות לכ"א דהאיך מצי כ"א להוציא ממנו מספק ובזה מיושבים דברי הריטב"א דפ' המפקיד דלא תקשה מסוגיא דבכורות ולא ליסתרו דבריו אהדדי למ"ש הנ"י בשמו בפ' ג"פ דבפ' המפקיד כתב שפיר דבמקח צריך להוציא המעות מידו דכיון דהתם מיירי שכ"א טוען ברי שלי הוא א"כ היכי מצי הלוקח להחזיק בידו דמי המקח מספק נגד כל אחד ואחד ולכך צריך להניחם בב"ד והא דכתבו הריטב"א והנ"י בג"פ דהתוספתא מיירי במתנה משום דאי מיירי בהלואה יכולים היורשים לדחות לכאו"א היינו משום דהתם מיירי דהשני יב"ש לא תבעי כלל שאינם זוכרים ההלואה רק ע"פ הודאתו ולכך מצי לדחות את כל אחד דלא מצי להוציא ממנו ממון בטענת ספק והא דלא מוקי התוספתא בהלואה ומיירי שכ"א תובע בברי שממנו לוה נ"ל דע"כ אי התוספתא מיירי בהלואה או פקדון ע"כ צ"ל דמיירי בלא תבעי ליה דאל"כ תקשה אמאי קתני נותן מאתים וחולקים ביניהם הא הדין נותן דהיורשים צריכים לשלם לכל אחד ואחד כמו בלוה מאחד מנה ואינו יודע ממי דצריך לשלם לכ"א ואחד כמבואר בסי' ע"ו ס"ב וליכא למימר דהא לא ה"ל להיורשי' למידק ולא פשעו כלום זה ליתא מידי דהוי אהניח להם אביהם פרה שאולה ומתה דפטורים מלשלם ובאם טבחוה ואכלוה והניח להם אביהם אחריות נכסים אמרינן בפרק אלו נערות דף ל"ד ע"ב דהיורשים חייבים לשלם הכל ואף דהשיעבוד לא חל על נכסיו עד שעת מיתה מכל מקום כיון דפשע אביהם שהיה לו להודיע לבניו שאינו שלו ומתוך כך אכלוה משעת פשיעה אשתעבד נכסיה כמו שכתבו התוס' שם והרא"ש בפרק הגוזל בתרא וכמבואר לקמן בסי' שמ"א ואם כן הכי נמי כיון שאביהן צוה לפני מותו שחייב ליב"ש ולא פירש למי משניהם הרי פשע דה"ל למידק ולצוות כדי שידעו למי יפרעו וחל השיעבוד על נכסיו וחייבים היורשים לפרוע לכ"א וכן יש להוכיח מדברי חי'

הרשב"א בפ"ק דגיטין דף מ"ג שכתב שם אהא דאמר רב התם שכ"מ שאמר תנו מנה לפ' מנה זה נותנין מנה סתם אין נותנין דפירש ר"י הזקן דמיירי במנה פקדון ולכך מנה סתם אין נותנין דדילמא מנה קבור יש לו בידו והם אינם מחויבים ליתן לזה אלא מנה שלו אבל מתנה אף מנה סתם נותנין וכתב עליו הרשב"א שאין דינו מתחוור דאפילו במודה בפקדון כי לא אמר היכא אותביה פושע הוא ויורשיו חייבים לשלם ע"ש הרי להדיא דפשיטא ליה דשכ"מ שלא פקיד היכא הניח הפקדון חשיב כפושע וא"כ ה"נ כיון דלא פקיד לאיזה יב"ש חשיב כפושע וחייבים היורשים לפרוע לכ"א א"ו דאי מיירי התוספתא בהלואה ע"כ צ"ל דמיירי בלא תבעי ליה וא"כ כתב הנ"י שפיר דבכה"ג מצי היורשים לדחות לכ"א ואחד וכסוגיא דבכורות וזה גם כן דלא כהלח"מ בפי"א מהל' זכיה שהבין דהנ"י והה"מ מיירי בתבעי ליה ולפעד"נ נכון ומסתבר דבכה"ג צריכים היורשים לשלם לכ"א ואחד אלא דהם מיירי בלא תבעי ליה זהו מה שנ"ל בענין הזה והדברים נכונים מאוד לדינא בס"ד דוק ותשכח:

ה ואם יש בידו שובר מאחד מהן אין שום אחד מהן יכול לתובעו. כבר כתבתי בס"ק שלפ"ז דלפי שיטת הנ"י בשם הריטב"א דוקא בהלואה הדין כן אבל בשטר פקדון לא מצי למידחי דהוי כמו שותף בנכסים ועדיף ממתנה לפי סברתם אך הש"ך בסי' רנ"ג כתב שאינו נראה דבכל דוכתי אמרינן גם לגבי מקבל מתנה דכל היכא דאיכא ספיקא אין מוציאין מהיורשים אלא בראיה ודבריו נכונים וראיה לדבריו מדברי חי' הרשב"א לשבועות פ' שבועת העדות דף ל"ג שהקשה שם לשיטתו דאין כותבין הרשאה על מלוה ע"פ מסוגיא דבכורות דמקשינן אמאי אם מת א' מהן תוך שלשים יום צריך הכהן להחזיר ה' סלעים דלידחי לכ"א ואחד ומוקי לה שמואל בבא בהרשאה והא התם מלוה הוא דלהוצאה ניתנה ביד כהן ואפ"ה מהני הרשאה ותי' דמידי הוא טעמא אלא לשמואל ושמואל סבר דהפודה את בנו בתוך ל' יום ונתעכלו המעות שאין בנו פדוי וא"כ הני ה' סלעים פקדון נינהו גבי כהן עד דמטי ל' יום והילכך כותבין עליהן הרשאה דבפקדון מהני הקנאה אע"פ שאינו ברשותו עכ"ד ואי אמרת דבפקדון לא מצי מדחי לכ"א א"כ תקשה כיון דהני ה' סלעים פקדון נינהו ביד כהן א"כ למה ליה לאוקמא בבא בהרשאה הא אף בלא הרשאה לא מצי מדחי ליה בפקדון א"ו דאין חילוק ואף בפקדון מצי מדחי לכ"א ואחד:

ו נמצא שהערב לשני יב"ש. ע' בש"ך שכתב דה"ה ביב"ש שערב בעד יב"ש כשם שא"י לתבוע את הלוה כך א"י לתבוע את הערב וכן ביב"ש שירש שדה מיב"ש דודו א"י להוציא ממנו השדה מה"ט ודבריו צ"ע כמ"ש בסי' כ' סק"ב ע"ש ונראה דכל הני דינים הם דוקא

בערב אבל בקבלן מוציאין ממנו דהא בש"ס דבכורות אמרינן דלכך א"י להוציא ממנו משום דאין נפרעין מן הערב תחילה וכיון שא"י ליפרע מן הלוה אין נפרעין ג"כ מן הערב וא"כ בקבלן דקי"ל בסי' קכ"ט סט"ו דנפרעין מן הקבלן תחילה מוציאין ממנו ממנו ואף לשיטת הש"ך שם בס"ק ל"ב דאין נפרעין מן הקבלן אם הלוה טוען פרעתי אם לא בראיה מ"מ הכא כיון דחייב ממ"נ כ"ע מודים דנפרעין מן הקבלן דאין לך ראיה גדולה מזו וכן מצאתי בתשו' ראש יוסף למוהר"י אישקפה ז"ל סי' א':

נ

א מתוך שנאמן לומר פרעתי וכו'. הכנה"ג ומוהרש"ק בהגהות הט"ז כתבו דבדברי רשב"א בפי' דהסוגיא איירי בכת"י מוכח דס"ל דכיון דל"ח לנפילה אף דאית ליה מיגו דפרעתי הוי מיגו במקום עדים ואשתמיט להו דברי רשב"ם בפחז"ה דף מ' גבי הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו דכתב להדיא דבכת"י א"נ לומר פרעתי וא"כ ליכא מיגו כלל אבל לדידן דקי"ל דנאמן לומר פרעתי הוי מיגו מעליא. אך מ"מ נראה דדין זה במחלוקת שנויה דהא הה"מ בפ"ב מה' מלוה כתב בשם הרמב"ן גבי מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה או פרוע דא"נ אם הוא חייב לאחרים אף שהשטר תח"י ואית ליה מיגו דאי בעי קלתיה אפ"ה א"נ משום דחזקה כל מה שתח"י האדם הוא שלו ואין אומרים מיגו במקום חזקה והביא הש"ך סברא זו בסי' מ"ז סק"ו והוכיח שכן הוא שיטת הרמב"ם והרשב"א ומש"ה פסק ג"כ הרב בסי' צ"ט ס"א בהגה דמי שחייב לאחרים א"נ לומר על מטלטלין שבידו שהם פקדון מאחר אף שיש לו מיגו משום דחזקה דכל מה שיש תח"י האדם הוא שלו וא"א מיגו במקום חזקה וא"כ ה"נ כיון שהכת"י שכתוב בו אני פ' לויתי ממך מנה הוא תח"י המוציאו א"כ הלוה לומר מפ' לויתי ונפל ממנו ואתה מצאתו דחזקה כל מה שביד האדם הוא שלו ואף דאית לי' מיגו דפרעתי הוי מיגו במקום חזקה ובאמת קשה לפי שיטה זו לפי מאי דמשמע מדבריהם שהוכיחו כן מהא דמוקי אביי דברי רב שאמר האומר שטר אמנה הוא זה א"נ דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים ולא מהימן במיגו דקלתיה או מחיל ליה כמ"ש הש"ך בסי' מ"ז בשם הרשב"א א"כ אמאי סבר אביי גופיה בפ' ג"פ גבי האי דינא דשטר שכתוב בו אני פ' לויתי ממך מנה דחיישינן לנפילה דרבים וגם קשה הא מקור דין זה דבכת"י נאמן במיגו הוא מדברי בעה"ת שער י"ג בשם הרמב"ן א"כ דברי הרמב"ן סתרי אהדדי בשלמא המחבר והרב לטעמייהו אזלי דס"ל דבשטר כיון שאין גופו ממון לא אמרינן חזקה זו כמ"ש הש"ך בסי' מ"ז וסי' צ"ט משא"כ להרמב"ן דס"ל דאף בשטר אמרינן כן קשה אך בזה י"ל דהרמב"ן בתשובתו

להבעה"ת לא הוי ס"ל כסברא זו שהביא הה"מ בשמו כמ"ש הה"מ שם שהרמב"ן כתב סברא זו כמסתפק אבל באמת לפי שיטת הסוברים דאמרינן כן אף בשטר ה"ה הכא לא מהני מיגו וגם אביי דס"ל דחיישינן לנפילה דרבים לדחויי לרבה אמר כן ובאמת לא ס"ל כן משום חזקה דכל מה שתח"י האדם הוא שלו אך מכל מקום אכתי קשה מסוגיא דיבמות פ' האשה שלום גבי יצחק ר"ג דאזיל מקורטבא לאספמיא ושכיב דאמר רבא דל"ח לתרי יצחק ואמר רבא מנא אמינא לה דהנהו שטרי דנפקי בנהרדעא והוי כתיב בהו חבי בר נאני ונאני בר חבי ומגבי בהו רבה בר אבוה זוזי והא חבי בר נאני ונאני בר חבי בנהרדעא שכיחי טובא אלמא לא חיישינן ואביי התם למאי ניחוש אי לנפילה מיזהר זהיר ביה אי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה מאי אמרת דילמא מסר ליה אותיות נקנות במסירה ומ"ק דילמא שאני גבי שטרות דאיכא חזקה דכל שתח"י האדם הוא שלו משא"כ גבי יצחק ר"ג אמאי לא ניחוש ליצחק אחר ובאמת לכאורה י"ל דההיא חזקה דכל מה שתח"י האדם הוא שלו הוא מטעמא דכ"נ כ"ה וא"כ יפה הוכיח הש"ס דאף ביצחק ר"ג ל"ח לאחר מה"ט כמ"ש הרמב"ן במלחמות ס"פ ג"פ אך מדסברי הפוס' דבשטר א"נ לומר פרוע כשחב לאחרים מה"ט דחזקה כל מה שנמצא תח"י הוא שלו והתם לא שייך כאן נמצא כ"ה דהא האמת השטר שלו הוא אלא שנפרע וא"כ ע"כ צ"ל דזה הוא חזקה אחרת וא"כ הקושיא במ"ע ואפשר לומר דמכח ההיא חזקה לחודא דכל מה שתח"י הוא שלו אין מוציאין ממון רק היכא שחב לאחרים הוא א"נ משום שחב לאחרים אלא שבאת להאמינו מכח מיגו מהני החזקה לבטל המיגו וא"כ הוכחת הש"ס א"ש ודוחק ובאמת יותר נראה דטעם החזקה דכל מה שתח"י האדם הוא שלו הוא מטעמא דכ"נ כ"ה וא"כ הוכיח הש"ס שפיר וכמ"ש ובזה י"ל דזה הוא סברת התוס' בפ"ב דכתובות והמחבר בסי' מ"ז דס"ל התם דצריך השטר להיות מוחזק בב"ד הוא משום דהתם ל"ש כ"נ כ"ה דהא השטר הוא באמת שלו אלא שנפרע ולפ"ז אין צורך לסברת הש"ך שם ובסי' צ"ט דבשטר שאין גופו ממון ל"ש סברא זו ע"ש ונ"מ לדינא בחייב לאחרים ונמצא אצלו ממרמות על אחרים וטוען שהן פקדון אצלו ושל אחרים הוא דלדברי הש"ך מהימן במיגו דקלתיה דכיון שאין גופן ממון ל"א בהו חזקה דכל שתח"י הוא שלו ולדידן אף בכה"ג לא מהני מיגו אך מדברי בעה"ת והטור כאן מוכח דס"ל דאמרינן מיגו במקום חזקה דכ"נ כ"ה לענין שטר ולפענ"ד צ"ע לדינא ודוק:

ב ואם נכתב. עש"ך מ"ש בסימן מ"ז סק"ב ועיין בתשובת צ"ל ס"י

נא

א שניהם מצטרפין לעשות המלוה בשטר וא"י לומר פרעתי, המחבר אזיל לטעמיה דפי' בכ"מ ובב"י דס"ל להרמב"ם דאין מצטרפין רק לענין דא"י לומר פרעתי אבל לא לענין לגבות ממשעבדי וכן העלה הש"ך וכתבו הטעם משום דאף דסתם קנין לכתיבה עומד היינו דוקא קנין בפני שנים אבל לא בפני אחד ובאמת קשה ע"ז ממ"נ אי אמרינן דבפני אחד לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד א"כ אף לענין פרעתי נמי יהיה כעד ע"פ ואי אמרינן דעומד לכתיבה אמאי אין מצטרפין אותו אף לענין משעבדי אך ל"ב טעם נכון לזה לפי מאי דקי"ל דשני עדים בשני שטרות אין מצטרפים לגבות ממשועבדים משום דכיון שאין על כל שטר רק ע"א לית ליה קלא כמ"ש הרא"ש א"כ י"ל אף דכל קנין לכתיבה עומד והוי כמו שצוה לעדים לכתוב היינו דוקא קנין בפני שנים אבל בפני ע"א נהי דהוי כצוה לו לכתוב מ"מ י"ל דלא צוה רק לכתוב שטר בעצמו לבד כי היכי דלא ליהוי ליה קלא ולא יטרוף ממשעבדי אבל מ"מ לענין פרעתי מ"מ א"נ דהא הרמב"ם ס"ל דכל ע"א בשטר אין הלוה נאמן לומר פרעתי דה"ל משויל"מ אלא דכאן הצריך להעד שאמר קניתי מידו משום דמיירי הכא שהעד אומר שעדיין לא פרע כמ"ש הש"ך והיינו כמ"ש הריב"ש בסי' שצ"ב דלפי מ"ש התוס' בנסכא דר"א אמרינן משויל"מ וא"נ בשבועה דשלו חטף במיגו דאי בעי אמר לא חטפתי שהיה נשבע להכחיש העד משום דלא חציף אינש לאכחושי סהדא בשבועה א"כ כשהעד מעיד שהחפץ אינו שלו נאמן בשבועה במיגו דלא חטפתי דהא השתא נמי מכחיש העד בשבועה אבל לפי תי' השני דע"א נאמן כשנים כ"ז שלא נשבע נגדו א"כ אף אם העד מעיד שהחפץ אינו של החוטף מ"מ כ"ז שלא נשבע להכחיש את העד שלא חטף הוי כשנים וא"נ לומר שלי חטפתי ע"ש וא"כ הרמב"ם סובר כתי' הא' של התוס' ולכך אם העד מעיד שלא נפרע א"כ השתא נמי מכחיש את העד ונאמן לומר שהשטר פרוע בשבועה במיגו דלהד"ם ולכך כשהעד השני אומר אני קניתי מידו כיון דסתם קנין לכתיבה עומד א"כ הוי הוא נמי כע"א בשטר ולשיטת הרמב"ם אף בע"א בשטר שייך שטרך בידי מאי בעי א"כ אף שעד השטר אומר שעדיין לא נפרע מ"מ ליכא מיגו דהיה נשבע להכחיש את העד דהא יש שני עדים בשני שטרות דהא סתם קנין לכתיבה עומד והוי כנכתב ולכך מצטרפין לענין דא"י לומר פרעתי משא"כ ברישא בע"א בכתב וע"א בע"פ בלא קנין והעד אומר שלא נפרע יכול לומר פרעתי במיגו דהיה מכחיש את העד שבשטר לומר לא צוויתי לכתוב שטר כלל ופרעתי דהיה נאמן כיון דהשתא נמי מכחיש את העד לענין פרעון הוי מיגו מעליא ובהיות כן ק"ל על הש"ך דס"ל בע"א אומר אני קניתי מידו אף להחולקים על הרמב"ם

בע"א בשטר מודים דא"י לומר פרעתי ובאמת י"ל דהרמב"ם לטעמיה אזיל אבל לדידן דקי"ל דבע"א בשטר נאמן לומר פרעתי משום כיון דלא טריף ביה ממשעבדי אינו חושש להניחו בידו א"כ ה"נ היכא שע"א אומר אני קניתי מידו נמי נאמן לומר פרעתי דהוי כשני עדים בשני שטרות דמשמע מסתימת כל הפוס' דנאמן נמי לומר פרעתי ובאמת להש"ך ע"כ צ"ל דס"ל דאף דאינו טורף ממשעבדי מ"מ כיון דסתם קנין לכתיבה עומד שם שטר עליו ואינו מניחו בידו כמ"ש הש"ך בסי' ס"ט סק"ח לענין שטר פקדון ע"ש אך באמת אין לזה שום הכרח די"ל הרמב"ם לטעמיה אזיל וגם המחבר שהעתיקו ס"ל עיקר כשיטת הרמב"ם וסמך א"ע בזה אס"ב שכתב שם דיעה החולקת עליו אבל לדידן בכל ענין נחמן לומר פרעתי אך לאחר העיון נראה דהש"ך הוכרח לזה למאי דמתרץ הא דהצריך הרמב"ן לעידי צירוף אף דס"ל בע"א בשטר א"נ לומר פרעתי משום דמיירי שהעד שבכתב מעיד ג"כ שהוא יודע שלא נפרע ונאמן במיגו דלהד"ם כמ"ש הריב"ש וא"כ לפי תי' זה אם נאמר דאף בקנין לפני ע"א הוי כמו ע"א בשטר דסתם קנין לכתיבה עומד א"כ אכתי קשה למה ליה להרמב"ם לומר דמצטרף עד הקנין לעד השטר שיהיה כמלוה בשטר לענין שא"נ לומר פרעתי כיון דהרמב"ם ס"ל דבע"א בשטר א"נ לומר פרעתי דהוי משויל"מ א"כ ממ"נ אי מיירי ששני העדים מעידים שלא נפרע א"כ פשיטא דאף שני עדים מעידים ע"פ כה"ג חייב לשלם ואי דרק עד שבכתב מעיד שלא נפרע ועד הקנין א"י מזה א"כ ל"ל לצרף עד הקנין לעד שבשטר ת"ל דאף אם עד הקנין מעיד לבדו אין הלוה נאמן לומר פרעתי כיון דכל קנין לכתיבה עומד הוי ליה כע"א בשטר דא"י לומר פרעתי א"ו מוכח דהרמב"ם ס"ל דע"א בקנין לבדו לא הוי כע"א בשטר דקנין לפני ע"א אינו עומד לכתיבה ונאמן לומר פרעתי רק כשמצטרף עד הקנין לע"א שבכתב מיחשב כשטר לענין פרעון דא"נ לומר פרעתי אף כשהעד שבכתב מעיד שלא נפרע וא"כ ממילא מוכח דה"ה להחולקים על הרמב"ם בע"א בשטר מ"מ מצטרף עמו עד הקנין לענין שא"י לומר פרעתי וזה נכון בכוונת הש"ך אך מ"מ אי משום הא לא איריא דמה שהקשה הסמ"ע דלמה ליה להרמב"ם לעד הקנין הא אף בע"א בשטר לבד אינו נאמן לומר פרעתי משום דהוי משויל"מ יש לתרץ בפשיטות דנ"מ דברישא גבי ע"א בכתב וע"א בע"פ נאמן בשבועה לומר לא צויתי לכתוב השטר ופרעתי דבכה"ג לא שייך משויל"מ דהא מכחיש לגמרי העד שבשטר משא"כ בע"א בכתב ועד הקנין הוי כשני שטרות בע"א דמצטרפין וא"נ לומר פרעתי וכן נ"מ לענין לגבות מהיורשים דבע"א בכתב וע"א בע"פ טענינן ליורשים שהעד שבכתב משקר ומעולם לא צוה לכותבו ופרע דביורשים לא שייך משויל"מ משא"נ בע"א בכתב וע"א בקנין דהוי כשני שטרות בע"א ואינו יכול לכפור

בהם גובה אף מהיורשים וכן משמע בב"י וע"ש וא"כ לפ"ז לדידן דס"ל בע"א בשטר נאמן לומר פרעתי ה"ה בע"א בכתב וע"א בקנין הוי כשני שטרות בע"א דלא מצרפינן להו לגבות ממשעבדי וה"ה דנאמן לומר פרעתי דכיון דאינו גובה ממשעבדי אינו חושש להניחו בידו ומינשי ליה כמו כת"י דנאמן לומר פרעתי מה"ט ולקמן אכתוב עוד טעם נכון לדברי הרמב"ם בזה דס"ל דלא מצרפינן להו לגבות ממשעבדי וע"ש ומעתה לשיטת הרמב"ם אף ע"א בקנין לבד הוי כע"א בשטר דא"נ לומר פרעתי ולדידן אף בע"א בכתב וע"א בקנין נמי נאמן לומר פרעתי וכן עיקר לפענ"ד:

ב ואם אותו שמעיד ע"פ אומר בפני נמסר השטר הוי כשטר גמור לגבות בו ממשעבדי. הנה אף שהרא"ש והטור כ"כ מ"מ לא זכיתי להבין דבריהם בזה דהנה לפעד"נ דאין מצטרפין בזה דהא כיון דע"א בשטר לא טריף ממשעבדי משום דלית ליה קלא וכן מלוה בע"פ בעדים וא"כ נהי נמי שהעד השני אומר שבפניו, נמסר השטר וע"מ כרתי מ"מ האיך יכולין אנו לסמוך עליו לבד דדילמא משקר הוא והע"א שבכתב אומר אמת ולא טריף ממשעבדי כיון דלית ליה קלא בשלמא בהודאה אחר הודאה או הלואה אחר הלואה מצטרפין משום דכיון דלדברי כ"א מהם חייב לו מנה לא חיישינן דשניהם משקרים יחד וכיון דגוף המעשה אמת עכ"פ חייב הנתבע לשלם אבל הכא לענין טריפת משעבדי אף שגוף ההלואה אמת מ"מ אינו טורף ממשעבדי אלא בשטר בשני עדים דאית ליה קלא וא"כ כיון דע"א בשטר לא מהני לענין משעבדי כיון דליכא קלא א"כ ניחוש דילמא עד המסירה משקר והעד שבשטר אומר אמת ולא טריף ממשעבדי והאיך נסמוך אעד המסירה דנפיק כולא ממונא אפומא דחד סהדא בשלמא בשטר הבא לפנינו חתום בשני עדים וכתוב בו שהמלוה צוה להם לחתום מוקמינן השטר בחזקת כשרות דהאמת כן הוא שאמר לשניהם יחד לכתוב ולחתום משא"כ הכא כיון שהעד השני אינו מעיד רק על המסירה האיך נסמוך עליו לבדו לענין משועבדים וזה דמי לע"א אומר א' בגבה וע"א אומר א' בכריסה דאמרינן בפחז"ה ולעיל בס"ס ל' דחצי דבר וחצי עדות הוא דלא הוי אלא כע"א על הסימנין וכן בקיום שטרות צריך שני עדים על כל חתימה וחתימה בסי' מ"ו ולא אמרינן דהא לדברי שני עדים יש לה שני שערות וכן לדברי שני עדים השטר מקוים אלא דאמרינן דדילמא אחד מהן משקר וליכא אלא שערה אחת וע"א בשטר וא"כ ה"נ כיון שאין הענין נגמר לענין טריפה מלקוחות אלא ע"פ שני עדים דוקא א"כ ניחוש דילמא הע"מ משקר וליכא אלא ע"א בשטר וכעין זה הקשו התוס' בגיטין דף י' ע"ב הרשב"א והר"ן שם אהא דאמרינן התם וכגון דחתם ישראל לבסוף דאי לאו דכותי חבר הוא לא הוי מחתים ליה מקמיה והקשו דא"כ כולא שטרא נתקיים אפומא דחד

ישראל החתום לבסוף ותי' דאין לחוש כיון דכותי כשר מדאוריי' הוא ע"ש וא"כ ה"נ כיון דע"א בשטר לא מהני לענין טריפה אף שהאמת כן הוא כיון דל"ל קלא א"כ השטר נתקיים לטרוף ממשעבדי אפומ' דשני בלחוד ועוד ראיה ברורה לזה מדברי הראב"ד שהביא הרא"ש בפחז"ה דס"ל דהודאה לפני ע"א לאו הודאה היא כלל לענין שבועה דכיון דמצי לכפור בו ה"ל מילי דכדי ויכול לומר משטה אני בך והא דאמרינן בפז"ב דהודאה אחר הודאה מצטרפין מיירי שכ"א אומר בפני הודה ובפני אחר והשני הלך לו וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות פז"ב דבעלי סברא זו צריכין להעמידה בשאמר כל אחד אחר היה עמי בשעת הודאה וכ"כ הריב"ש בסי' שצ"ב ומאי קושיא הא הטעם דיכול לומר משטה כיון שיכול לכפור בו והרי כאן הודה בפני שני עדים זא"ז ועדות מעליא היא שא"י לכפור בו ודאי דלא השטה בו ובאמת כן תי' הש"ך בסי' פ"א ס"ק כ"ב דברי בעה"מ וכתב שלא ירד לסוף דעת הרמב"ן בזה ובאמת שבודאי לא נעלם מכל הני רבוותא דבר פשוט כזה א"ו כיון דלפי שיטתם אף שהאמת הוא שהודה לפני ע"א ה"ל מילי דכדי א"כ אף שיש שני עדים בזא"ז מ"מ לא מצטרפין דאמרינן דילמא אחד מהן משקר והשני אף שאומר אמת מ"מ מילי דכדי הן וז"ב וכבר השגתי בסי' פ"א על הש"ך בזה וע"ש וא"כ ה"נ ובאמת נ"ל ברור דזה ג"כ טעם הרמב"ם דס"ל דע"א בכתב וע"א אומר אני קניתי מידו דאין מצטרפין רק לענין דא"י לומר פרעתי ולא לגבות ממשעבדי דלכל הטעמים שכתבתי בס"ק שלפ"ז קשה מנ"ל להרמב"ם כן כיון שהוא מפרש הא דאמרינן בס"פ ג"פ ע"א בכתב וע"א בע"פ מצטרפין היינו שהעד ע"פ אמר אני קניתי מידו כמ"ש הכ"מ מנ"ל דמצטרפין לענין פרעתי ולא לענין משעבדי וגם למה לא כתב דין זה בפירוש ומכללא איתמר דאין מצטרפין לענין משעבדי ולפמ"ש ניחא דזה היה פשוט להרמב"ם דלא טריף ממשעבדי דדילמא א' מהן משקר ואף שא' מהן אומר אמת לא מהני לענין משעבדי כיון דלית ליה קלא אבל לענין פרעתי מצטרפין שפיר דהא הרמב"ם ס"ל דאף בע"א בשטר א"י לומר פרעתי דה"ל משויל"מ אלא דהא דהצריך הצירוף הוא משום דאל"כ יכול להכחיש העד ולומר לא צוויתי לכתוב השטר כלל ופרעתי ולכך בכה"ג כיון שהעד שבע"פ אומר אני קניתי מידו מצרפינן להו דהא לדברי שניהם עכ"פ הוי ע"א בשטר דא"נ לומר פרעתי וכמ"ש בסק"א וא"כ לפ"ז לדידן דקי"ל בע"א בשטר נאמן לומר פרעתי א"כ נראה דבכה"ג שהעד ע"פ אומר אני קניתי מידו או בפני נמסר השטר נאמן לומר פרעתי במיגו דאי בעי היה אומר שהעד שבע"פ משקר ופרעתיך וכמ"ש בר"ס מ"ו ע"ש והנה ראיתי בתוס' בפ' ג"פ שכתבו לפרש הא דאמימר מכשיר ע"א בכתב וע"א בע"פ היינו שהעד ע"פ אומר שבפניו נמסר השטר דהוי כב' עידי מסירה וזה הוא כדברי

הרא"ש לכאורה אך מ"מ י"ל דהתוס' לטעמייהו אזלי שהביאו שם הירושלמי דפריך וע"א בכתב מילתא הוא ומשני כשהיו שנים ומצאו לקיים כת"י של ראשון ולא של שני וא"כ כיון דהתוס' ס"ל כהירושלמי דע"א בכתב לאו כלום הוא אם לא ששנים חתומים ולא מצאו לקיים אלא חת"י אחד מהן ול"ח שחתימת עד השני מזויף הוא וממילא גם חתימת העד שנתקיים אינו מועיל כלל וצ"ל כמ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות גבי עד ודיין מצטרפין שהטעם הוא כיון דקיום שטרות דרבנן ל"ח שח"י עד השני מזויף הוא בכדי שגם ח"י העד שנתקיים יבטל ע"ש וא"כ הוי כאלו העיד הא' שגם ח"י עד השני אמת הוא ולכך כשיש ע"א בע"פ שבפניו נמסר השטר הוי שני עדים לענין טריפת משעבדי דהא העד שבכתב הוא כמעיד שהשטר הוא שטר גמור לטרוף בו ממשעבדי כיון שחתום עם עד השני יחד וגם העד שבע"פ מעיד שבפניו נמסר שטר עם חתימת שני עדים דמועיל לענין משועבדים ולכך מצטרפין אך מ"מ לענין דינא צל"ע אף בכה"ג די"ל דע"כ לא אמרינן דל"ח שהעד השני מזויף בכדי לפסול אף העד שנתקיי' אלא לסברת הירושלמי דע"א בכתב לאו מילתא הוא דהוי מפ"נ ולכך אמרינן דמסתמא כדין עשה וחתם א"ע עם עד השני וכן בדייני קיום שכתב הר"ן שם נמי אמרינן כיון דקיום שטרות בשלשה מסתמא כדין עשו ואע"ג דאינן חתומים אלא ב' דיינים חיישינן דילמא טעו בדשמואל שנים שדנו דיניהם דין היינו משום דאיכא ריעותא אבל היכא דליכא ריעותא ל"ח כמ"ש הפוס' שם אבל לדידן דקי"ל דע"א בשטר מהני מה"ת נאמר דהוי כמעיד על ח"י השני שחתום עמו ותדע דאי אמרת דחשיב כאלו מעיד ג"כ על השני א"כ כשחת"י ע"א שבשטר ניכר ע"פ שני עדים לא יצטרך על קיום עד השני שבשטר רק ע"א ונאמר שהעד הקיום חשיב כמעיד ג"כ על חת"י עד השני ובש"ס בפ"ב דכתובות ולעיל בסי' מ"ו סי"ג משמע דבעינן דוקא שהעד שבשטר שמקום חתימתו צריך להעיד בע"פ עם א' מן השוק על חתימת השני וע"ש אך מ"מ נראה דבכה"ג מצטרף עד המסירה לעד המקום שבשטר לענין טריפת משעבדי משום כיון דקי"ל כרבנן דז"א זה כת"י וז"א זה כת"י א"צ לצרף עמהם אחד מהשוק משום דעל מנה שבשטר הן מעידין כמבואר בפ"ב דכתובות וכתבו התוס' והרא"ש והמרדכי שם דבעינן דוקא שיהיו זוכרין את ההלואה ע"פ ראיית השטר דאל"כ הוי כמעידין על כת"י ובעינן שני עדים על כל חתימה אבל כשזוכרין ההלואה הוי כמעידין על מנה שבשטר ומהני הקיום ואע"ג דבשטר זה טרפינן ממשעבדי ולענין משעבדי בעינן דוקא שטר בשני עדים ואין כאן אלא ע"א על כל חתימה מ"מ כיון דמצרפינן להו לענין ההלואה מהני נמי עדותן לענין השטר והיינו כמ"ש בהגהות מרדכי דכיון דקיום שטרות מדרבנן בסברא מועטת מקילינן בה וכמ"ש בסי' מ"ו סק"ו וע"ש

וא"כ ה"נ כשיש ע"א בע"פ שמעיד שנמסר לפניו מצרפינן ליה להע"א שבשטר שנתקיים חתימתו דמיחשב ג"כ כעד המסירה וכיון דמצרפינן ליה לגוף ההלואה מצרפינן להו נמי למיחשב שטרא מעליא לטרוף ממשעבדי אף דהוי חצי עדות מ"מ כיון דבלא"ה יש עוד ע"א חתום עמו וקיום שטרו' מדרבנן שני עידי מסירה חשיבי כשני עידי חתימה דמצרפינן להו בקיום שטרות לטרוף ממשעבדי בכה"ג ובזה יש לתרץ דברי הירושלמי שהביאו התוס' והרמב"ן בס"פ גט פשוט דבעי התם ע"א בכתב וע"א בע"פ אי מצטרפין ופריך וע"א בכתב מילתא הוא ומשני בשמצאו לקיים חת"י האחד ולא של השני ונדחק הרמב"ן והביאו הריב"ש בסי' קצ"ג לישב דהא בש"ס דילן משמע דע"א בכתב מועיל לענין שבועה מדלא פריך בש"ס דילן הכי וגם מאי משני שלא מצאו לקיים אלא חתימתו של אחד אכתי ניחוש דילמא חתימת עד השני מזויף וממילא גם חתימתו של זה אינו כלום ולפמ"ש ניחא דהא דלא פריך הש"ס דילן הכי משום דהש"ס דילן מיירי לענין גביית בני חורין כמ"ש הרא"ש בשם הרמב"ן ור"י אבל הירושלמי מיירי שהעד הע"פ אומר שנמסר לפניו ובעי לענין טריפת משעבדי כמ"ש הרא"ש וכן משמע בירושלמי שם דקאי אמתניתין דז"א זה כתב ידי דמיירי אף לענין טריפת משעבדי ולכך פריך שפיר וע"א בכתב מילתא הוא לענין משועבדים וא"כ היכי מצי מצטרף העד מסירה להעד שבכתב דילמא הע"מ משקר והע"א שבשטר אומר אמת וא"כ נפיק כולה ממונא אפומא דע"מ לכך משני בשהיו שנים ולא מצאו לקיים חתימת השני ולכך כיון דקיום שטרות מדרבנן כיון דמצרפינן להו לגוף הממון שבשטר מהני נמי לענין טריפת לקוחות כמו דמהני הקיום דשני עדי חתימה אף לענין משועבדים וא"ש וזה נכון מאוד לפענ"ד אמנם דברי התוס' בפ"ב דכתובות דף כ' ע"ב קשה להולמם שכתבו שם דע"א בשטר לא חשיב שטר אלא אותו שיש בו שני עדים דומיא דספר מקנה והא דאמר בג"פ ע"א בכתב וע"א בע"פ אין מצטרפין דמשמע הא שנים בשטר אפילו בשני אגרות מצטרפין התם מיירי שהאחד ע"פ לא שאומר שראה הוא המלוה אלא שראה מסירת השטר מלוה למלוה דהוי כשנים החתומים בשטר לר"א דאמר ע"מ כרתי ועוד דבירושלמי מפרש ע"א בשטר כגון וכו' עכ"ל הרי להדיא דבתי' קמא ס"ל כפשטא דמילתא שאין בשטר חתום אלא ע"א והדבר תמוה כיון שעד אחד בשטר לא מהני מידי ואפילו שהשטר יומסר ליד המלוה דהא השתא ס"ל להתוס' דאף שני עדים בשני שטרות לא מהני דהא התוס' כתבו לבסוף א"נ אומר ר"י דע"א בשתי שטרות מצטרפין וכו' משמע דלשנויא קמא אין מצטרפין וא"כ איך יוכשר כל השטר ע"פ עד המסירה לבדו וזה דומה ממש לקושית התוס' בגיטין גבי עד כותי שהבאתי לעיל וכן מדברי התוס' בפ' ג"פ שהבאתי נראה ג"כ

דס"ל דשני שטרו' בכ"א ע"א פסול דשטר בע"א לא הוי שטר כלל ואפ"ה כתבו דהיכא שע"א אומר שהשטר שבע"א נמסר לפניו מהני ואמאי הא נפיק כולה ממונא אפומא דחד ובע"כ צ"ל דהתוס' ס"ל דכיון דע"א בשטר אינו פסול אלא מגזה"כ דהוי מפ"כ כיון דלא הוי כספר המקנה א"כ כשע"א אומר שנמסר לפניו הוי כמו שני עדי' שחתומי' על השטר ולא מיפסל מגזה"כ כיון שנראה כשני עדים ומיירי לענין גביית בני חורין אבל לענין משעבדי מודי התוס' דאין מצטרפין דהא התוס' בב"ב ובכתובות לא הזכירו מגביית משעבדי בענין זה אך עיקר פילפולם אי עדות בשטר חשיב עדות רק הרא"ש חידש זאת דמצטרפין לענין משעבדי וכ"כ הבעה"ת בשער ט' ח"ב בפשיטו' דאם יש ע"א בשטר וע"א מעיד שקנו בקנין לפניו אף בזמן אחר דטורף ממשעבדי מזמן המאוחר מפני שמאותו הזמן ואילך היה ידוע לשניהם והוציאו קול בדבר ובאמת דבריהם תמוהים מאוד דהא נפיק כולא ממונא אפומא דחד סהדא וחצי עדות הוא אך מדברי בעה"ת אין ראיה כ"כ לדברי הרא"ש דמשמע מדברי הבעה"ת דס"ל עיקר כהירושלמי דמיירי בחתומי' שנים ולא מצאו לקיים אלא ח"י ע"א ולכך בכה"ג עדיף טפי כמ"ש לעיל גם י"ל דהרשב"ם נמי ס"ל כן ובלא"ה י"ל דהרשב"ם מיירי שהעד שבשטר מעיד נמי בע"פ שאותו העד שבע"פ היה עמו בשעת הלואה או שנכתב בשטר כן וכמ"ש התוס' שם אך דברי הרא"ש והטור והמחבר המה תמוהים מאוד ע"כ נראה יותר דטעמא דהבעה"ת והרא"ש הוא מפני שהם מכת הסוברים דשיעבודא דאורייתא כמ"ש הש"ך בר"ס ל"ט וא"כ מן התורה אף מלוה ע"פ טורף ממשעבדי אלא דרבנן תקנו דלא טריף כיון דלית ליה קלא ולכך היכא שמצטרף עוד ע"א להעד שבשטר ומעיד שנמסר לפניו או שקנו מידו מועיל כיון דמצטרפין לענין מלוה ע"פ מצטרפין נמי לענין שטר וכמו דמהני בשני ע"ח שיעיד כ"א על ח"י לבד אף לענין משעבדי וכמש"ל ולפ"ז ניחא גם טעמא דאביי דס"ל דע"א בשטר וע"א על פה אין מצטרפין דאזיל לטעמיה שכתבו התוס' בר"פ הניזקין דאביי ס"ל שעבודא לאו דאורייי' ולפ"ז לפי מה שהכריע הש"ך בר"ס ל"ט כהפוסקים דשעבודא לאו דאורייתא א"כ ה"נ אין מצטרפין לענין משעבדי וגם אף אי שעבוד"א מ"מ לדידן דקי"ל דע"א בשטר נאמן לומר פרעתי א"כ היכא שאין העדים יודעים אי נפרע או לא והוא אחר זמנו א"כ בכה"ג לא טריף ממשעבדי אלא בשטר דחיישינן לפרעון א"כ בכה"ג אינו מצטרף עד מסירה לע"א שבשטר הן לענין פרעון והן לענין משעבדי. עוד ראיתי להנ"י בס"פ ג' שכתב דאם יש ע"א בע"פ היודע שחייב מנה כמו שמעיד השטר אבל אינו מעיד על אותו מנה עצמו אפ"ה מצטרפי ומשלם בע"כ ול"א דאמנה דמסהיד האי לא קא מסהיד האי ולהאי מנה ליכא אלא ע"א וישבע ויפטור אלא משלם וטריף

ממשעבדי דקלא איתּ ליה למילתא כיון שיש עד אחד בכתב וע"א בע"פ עכ"ל וכן מדברי בעה"ת שהבאתי משמע דבהלואה אחר הלואה וכ"א מהן מעיד שקנו מידו מצטרפין ג"כ לטרוף לקוחות מזמן המאוחר ובאמת דברים אלו מרפסין אגרי כיון דבהלואה אחר הלואה לא גבי אלא חד מנה משום דאמרינן דילמא חד מנייהו משקר אלא שגובה מ"מ מנה אחת כיון שלפי דברי שניהם מגיע לו עכ"פ מנה אחת וא"כ כיון שעל כרחך אתה אומר שא' מהן משקר א"כ אין כאן אלא ע"א וליכא קלא ואפשר דמ"ש הנ"י אבל אינו מעיד על מנה עצמו כוונתו שאינו אומר בפירוש שהוא מנה שבשטר ולכך מצטרפין כיון דמ"מ איכא למימר דאחד מנה מסהדי ודוחק ועוד י"ל דהנ"י לא קאמר שיגבה ממשעבדי אלא מן הלקוחות שלקחו אחר שנצטרף העד שבע"פ להעד שבשטר בב"ד וכיון דע"י צירוף איכא שני עדים ומילי דב"ד קלא איתּ ליה לא ה"ל ללקוחות לקנות וגם דברי הרא"ש והטור יש לפרש כן דכוונתם לטרוף מלקוחות שקנו אחר שנצטרפו בב"ד אך גם בזה עדיין צ"ע אם מועיל והעיקר לדינא לפענ"ד בזה בהלואה אחר הלואה וקנו מידו בזא"ז אינו מועיל לענין טריפה ממשעבדי דכיון שאין אנו מאמינים אלא לאחד מהן א"כ לית ליה קלא וכ"ש למאי דקי"ל דשני שטרות בכ"א ע"א אין מצטרפין אף שזמנם בב"א א"כ כ"ש דשני עדי קנין בזא"ז לא עדיף משני שטרו' וע"א בשטר וע"א מעיד שנמסר לפניו לא טריף ממשעבדי והא דאיתא בש"ס דאמימר אכשיר ע"א בע"פ וע"א בשטר היינו לענין גביית בני חורין וכפי' הרמב"ן ור"י שהביא הרא"ש אך היכא שחתומים שני עדי' בשטר ולא מצאו לקיים רק חתימת ע"א בכה"ג מצטרפין אף לענין משעבדי ודוק היטב בכ"ז ועמ"ש בסי' ל"ט סק"ד:

ג שנמסר ג"כ לפני עד החתום. באמת כן נראה מלשון הרא"ש שכתב דלכך גבי ממשעבדי דחשיב כאלו יש שני עידי מסירה שהעד שהוא חתום על השטר אמרינן שגם בפניו נמסר תדע דלר"א שטר הבא לפנינו ועדים חתומים בו גובין בו אף שאין אנו יודעים שנמסר בפניהם אלא שאנו תולין כיון ששניהם חתומין עליו גם בפניהם נמסר עכ"ל וכתב הב"י דמדבריו נראה שאם עד החתום הוא בפנינו ואומר לא נמסר בפני דלא טריף ממשעבדי דהא ודאי נאמן הוא לומר שלא נמסר בפניו שאינו מכחיש עדותו בכך עכ"ל ובאמת הדברים תמוהים מאוד דאמאי נאמר שגם בפניו נמסר דהא הרא"ש גופיה פסק בפ"ק דמציעא כאביי דעבחז"ל וכותבין שטר ללוה אף שאין מלוה עמו ולא נמסר בפניו כלל ואף לשיטת המחבר בסי' ל"ט סי"ג דאין כותבין שטר ללוה עד שיהיה מלוה עמו למסור לפניו אם לא בשטרי אקנייתא היינו דוקא בשטר בשני עדים משום דחיישינן שמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין משא"כ שטר בע"א

דלא שייך טריפת לקוחו' א"ל שיהיה מלוה עמו וא"כ מה"ת נאמר שהשטר נמסר לפניו ומה שכתב הרא"ש תדע דלר"א שטר הבא לפנינו ועדים חתומים עליו אנו תולין שגם בפניהם נמסר לאו ראיה הוא כלל דהיינו דוקא היכא שהוא צריך עידי מסירה אז אנו תולין דמסתמא נעשה השטר בהכשר וכ"כ הרא"ש בפ' המגרש להדיא לדחות ראיית הרי"ף שהוכיח דלר"א דאמר ע"מ כרתי מ"מ מהני ע"ח לבד מדאמרינן אין העדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם וא"א דבעי ע"מ דוקא מאי תיקון העולם איכא דאכתי ניחוש דלא אתייהב בע"מ ודחה הרא"ש דאמרי' כיון שהגט בידה ועדים חתומים עליו תלינן דמסתמא בהכשר נעשה בע"מ וע"ש וזה שייך בגיטין דוקא דבעינן ע"מ משא"כ בשאר שטרות דלא בעינן בהו ע"מ כלל אם לא בשטרי קנין כמ"ש הרא"ש בפ"ק דגיטין והביאו הב"י בס"ס זה מה"ת נאמר שנמסר לפני עד הסתימה וכ"כ התוס' בגיטין דף י"ז ע"ב והרא"ש שם דדרך שאר שטרות שנמסרין בינו לבין עצמו ע"ש והכי אמרי' בס"פ ג"פ דלכך שני יב"ש הדרים בעיר אחת אין אחד מהן יכול להוציא שט"ח על חבירו משום דחיישינן דדילמא כתב השטר ללוה בלא מלוה עמו וכמבואר לעיל בסי' מ"ט ס"י וא"כ ה"נ ליחוש להכי ולא מצאתי שום מקום ליישב זה אם לא שנאמר דהרא"ש והמחבר ס"ל דשעבודא דאורייי' וא"כ כיון דלענין גוף ההלואה הוי צירוף מעליא אף לענין טריפה ממשעבדי תלינן דמסתמא נמסר השטר בפני עד החתימה ולא פסלינן השטר מספק לענין טריפה ממשעבדי לחוד וכמ"ש בס"ק שלפני זה ולפ"ז לשיטת הפוס' דשעבודא לאו דאוריית' ליתא לדין זה אך דעת התוס' בס"פ ג"פ דמצרפינן הכא ע"מ לעד שבשטר משום דע"ה הוי כע"מ דמוכיח שמסרו לו הלוה שהוא לא היה חותם אלא בצווי הלוה ועל ידו ידוע לנו שמסרו לוה למלוה ע"ש ולפי דבריהם א"ל כלל שעד החתימה יהיה בשעת המסירה אך הרא"ש לא סבר סברא זו ולכך ס"ל דבשטרי קנין צריך ע"מ דוקא אחר כמה שנים שכתבתי זה ראיתי בתומים שהרגיש בזה ונדחק מאוד בישובו ע"ש ועדיין צע"ג:

ד ישבע לי שלא פרעתי ה"ז נשבע. כתב הסמ"ע אייר' אפי' יש נאמנות בשטר דאל"כ פשיטא דצריך לישבע אפי' היו חתומים עליו שני עדים כמ"ש בסי' פ"ב עכ"ל ובאמת המעיין ברמב"ם גופיה יראה דלא מיירי בנאמנות דהא כתב וז"ל טען ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה"ז נשבע שאפי' היה בשטר שני עדי' ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה"ז נשבע כמו שבארנו עכ"ל והה"מ כתב עליו שזה פשוט דלא עדיף ממלוה בשטר גמור עכ"ל הרי להדיא דמיירי בלא נאמנות דהא מייתי ראיה ממלוה בשטר גמור והתם בלא נאמנות אייר' דהא בנאמרו' א"צ לישבע כלל וברור בעיני שהסמ"ע לא ראה דברי הרמב"ם עצמם

רק מה שהעתיקו הט"ו דבריו ולכן פירש כן וליתא וכן משמע בתשו' הרשב"א סי' אלף צ' שכ' ואם טען ואמר אשתבע לי דלא פרעתיך שומעין לו דאף בשטר שיש בו עדים שומעין לו כל שאין בו נאמנות עכ"ל משמע דביש בו נאמנות א"ל לישבע ומה שהקשה הסמ"ע דמאי קמ"ל י"ל דקמ"ל דל"ד לשאר משוי"מ דהתובע נוטל בל"ש קמ"ל דכאן צריך שבועה וז"פ וברור שוב ראיתי שגם הב"ח השיג עליו בזה ועוד קשה לפי דברי הסמ"ע דמוקי כאן ביש בו נאמנו' משמע דלהחולקים על הרמב"ם אף שטר בע"א ויש בו נאמנות נשבע הלוה היסת ונפטר וקשה דאמאי לא אמרי' בזה דה"ל משוי"מ דהא אם היו כאן שני עדים על הנאמנות פשיטא דהיה צריך לשלם וא"כ הכא בע"א כיון שאינו מכחיש דברי העד אלא שטוען פרעתי ה"ל משוי"מ וכ"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ב להדיא ע"ש והנה ראיתי בתשו' עבודת הגרשוני סי' ע"ח שכ' להיפך דבשלמא דבכת"י שיש בו נאמנו' א"נ לומר פרעתי שאלו פרעו לא היה מניחו בידו כי א"י לפטור א"ע בשום ענין בעולם אבל בשטר בע"א אפילו שיש בו נאמנות נאמן לומר פרעתי כי אפשר לומר שפרעו ולא חש להניח השטר בידו כיון דיכול לפטור א"ע בטענת להד"ם והעד שקר ענה באחיו ומכח זה השיא דברי הרמב"ם לדיעה אחרת דאף הרמב"ם לא קאמר אלא בנאמנות והניח ראשו ורובו על דברי הסמ"ע ובאמת כבר הוכחתי דהרמב"ם מיירי בלא נאמנו' אבל כל היכא דאיכא נאמנות נראה עיקר דאף החולקי' מודים דא"נ לומר פרעתי דה"ל משוי"מ דלא כסברת עה"ג ולכאורה ראיה גדולה מהא דאיתא בפ' המוכר את הבית דף ע' המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ופריך התם וכי אמר נאנסו לאו שבועה בעי ומשני מאי נאמן נאמן בשבועה וכ"פ בסי' רצ"ו ס"ב ולפי סברת העה"ג למה לן לטעמא דמיגו כלל ות"ל הא כל עיקר מעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ בשטר פקדון כיון דיכול לפטור א"ע בטענת נאנסו ליכא חזקה כלל דאיכא למימר דלכך לא נטל השטר דסמיך א"ע שיכול לטעון נאנסו וכ"כ הרשב"ם והנ"י שם דלכך מהימן במיגו דנאנסו ולא הוי כמיגו במקום עדים דשטרך בידי מאי בעי דסמיך א"ע שיכול לטעון נאנסו וא"כ לפי סברת עה"ג דכל היכא שיכול לפטור א"ע בטענה אחרת ליכא חזקה כלל א"כ בשטר פקדון טענת החזרתי בעצמה טענה מעלייתא היא אף בלא מיגו כיון דיכול לפטור א"ע בטענת נאנסו וא"כ אמאי צריך ש"ד כלל כיון דהטענה מעליא היא מצד עצמה אף בלא מיגו כלל ואף אם נדחוק ונאמר כיון דכל עיקר סמיכתו אטענת נאנסו לא מייפינן כחו בטענת החזרתי יותר מטענת נאנסו שהיה חייב ש"ד ולכך גם עכשיו חייב ש"ד דאכתי תקשה ממ"ש הט"ו בסי' ק"ח ס"ד בשטר עיסקא היוצא על היתומים דאינו גובה אלא מחצה מלוה דעל

מחצה פקדון טענינן להו החזרתי במיגו דנאנסו ואם האמין לבעל העיסקא גובה כולו אף מיתמי ולפי דברי עה"ג קשה דנהי נמי שיש בו נאמנו' מ"מ י"ל דפרע וסמך א"ע על מה שיכול לטעון נאנסו כמו בשטר בע"א שיש בו נאמנות דאמרינן דסמך א"ע שיכחיש את העד לגמרי א"ו דלא אמרינן שיסמוך א"ע שיטעון טענה אחרת בשקר וישבע עליה בשקר ש"ד שנאנסו וא"כ ה"נ בשטר בע"א בנאמנות לא אמרינן דסמך א"ע שיכחיש את העד על עיקר ההלואה וישבע ש"ד להכחישו אך מ"מ יש ליישב דברי העה"ג ע"פ מ"ש הש"ך בסי' ס"ט סק"ח ליישב קושית הרשב"א לפי שיטת הסוברים דבכת"י נאמן לומר פרעתי משום כיון דאינו גובה ממשעבדי לא זילי נכסי ואינו חש להניחו בידו א"כ ל"ל בשטר פקדון טעמא דמיגו ת"ל דבשטר פקדון אינו גובה ממשעבדי ואינו חש להניחו בידו ותי' הש"ך דהתם כיון דשם שטר עליו אין מניחים אותו ביד המלוה דלאו כ"ע דיני גמירי לפלוגי בין שטר וגם אין הכל יודעים שהוא שטר פקדון וזילי ניכסי וחושש להניחו בידו וא"כ י"ל דדוקא בשטר פקדון שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי דאף שיכול לטעון נאנסו אינו מניח השטר בידו דאין הכל יודעים שהוא שטר פקדון וזילי ניכסי משא"כ שטר בע"א ויש בו נאמנות דאין שם שטר עליו כלל ולא זילי ניכסי כלל אלא דכיון דיש בו נאמנו' להמלוה אמרינן שאינו מניחו בידו ולכך כל היכא שיש לו לפטור בטענה אחרת ולהכחיש את העד אינו מקפיד להניחו בידו אך מ"מ אין זה נוח לי דא"כ בשטר שהאמין המלוה ללוה לומר פרעתי דמבואר בסי' ע"א סכ"א דאף יורשי המלוה א"י לגבות בשטר זה אף דלא מהני הנאמנות נגדם מ"מ לא שייך בזה שטרך בידי מאי בעי די"ל אהימנותא דכתב ליה סמיך כמבואר ברי"ף ורא"ש פ' הכותב וא"כ התם נמי נאמר שירא להניחו בידו שאין הכל יודעי' שכתוב בו ללוה נאמנות וזילי נכסי א"ו דכל היכא שיש ללוה טענ' לפטור א"ע ולבטל את השטר אינו חושש להניחו בידו וא"כ א"א דכל היכא שיכול לפטור א"ע אף בטענת שקר אינו חושש להניחו בידו ואיבטל החזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ אף בשטר פקדון נאמר כן כמו בשטר שהאמין ללוה ועוד ראיה ברורה דלא כהעה"ג מתשו' הרשב"א סי' אלף צ' שחולק על הרמב"ם בשטר בע"א דלא גרע מכת"י דנאמן לומר פרעתי כיון דלא טריף ממשעבדי וה"ה בשטר בע"א אלא דלפי שיטתו דאף בכת"י א"נ לומר פרעתי ה"ה בשטר בע"א וכן הוא בתשו' להרמב"ן סי' צ' אלמא דס"ל דלא אמרינן דסמך א"ע אהכחשת העד וא"כ ה"ה לדידן בשטר בע"א בנאמנות דל"א כן ואין להביא ראיה מדברי הרשב"ם שכתב בדף קס"ה גבי ע"א בכתב וע"א בע"פ דבע"א בשטר לבד נאמן הלוה לומר פרעתי והרי הרשב"ם בפחז"ה דף מ' כתב להדיא דבכת"י א"נ לומר פרעתי הרי דס"ל דע"א בשטר גרע טפי מכת"י וע"כ משום

דסמך א"ע אהכחשת העד זה ליתא דמשמעות דברי הרשב"ם הוא דהטעם הוא דשטר בע"א כיון שלא נעשה כתיקון חז"ל לא חשבו הלוה ולא נזהר בו משא"כ בכת"י כיון שחתם א"ע בח"י ממש אינו מניחו בידו וא"נ לומר פרעתי אך מדברי הרב רמ"א בסי' ע"א ס"א בהג"ה שכתב ודוקא דאיכא עדים שהאמינו עליו וכו' משמע דבעינן שני עדים דוקא וכמ"ש הסמ"ע שם בסק"ג אך בטור שם ליתא לשון זה וע"ש ודע דכל הפלפול הזה ליתא אלא לפי מה דמשמע בטור בסי' ס"ט דהא דבכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי הוא מטעם דכיון שכתב בו נאמנות אינו מניחו בידו וא"כ בשטר בע"א בנאמנות י"ל דסמך א"ע אהכחשת העד אבל לפי מה שהוכחתי בסי' ס"ט סק"ה מדברי מוהר"ם שבמרדכי ותשו' מיימוני דהא דבכת"י בנאמנות א"נ לומר פרעתי הוא משום דאיהו אפסיד אנפשיה דהא הימניה א"כ פשיטא דבשטר בע"א בנאמנות ה"ל משוי"מ וכשיטת הש"ך וכן עיקר ועמ"ש בר"ס מ"ו:

ה ונתבטל השטר לדבר א'. פי' מכח גוף הענין ולא מכח פסול העדים מש"ה מתקיים עדותן לשאר ענינים שבשטר כ"כ הסמ"ע וכן מבואר בתשו' מוהר"ם פדווא"ה בסי' מ"ד שממנו מקור דין זה דלא מבעיא אם הדברים נכתבים פרטים פרטים דלא נתבטל כל השטר כמו בפסול העדים בכותב לשני ב"א והם קרובים לא' מהן אם לא נכתב השטר בכולל לזה שהם רחוקים מתנתו קיימת כמ"ש הרמב"ם והמחבר אלא אפילו היו התנאים נכתבים דרך כלל אינו דומה לעדות הפסול מחמת קורבא דהתם החסרון הוא בעדים ושייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ כשדבר אחד נתבטל מכח גוף הענין ולא מכח פסול העדים ויש לתמוה טובא בזה מהירושלמי בכתובות בפ' אלמנה ניזונית אמתניתין דהיתה כתובתה ד' מאות זוז ומכרה לזה במנה ולזה במנה ולאחרון שוה מנה ודינר במנה של אחרון בטל ושל כולן מכרה קיים ואמרינן עלה בירושלמי עד כדון כשהיו בארבעה שטרות אבל בשטר אחד בפלוגתא דר"י ור"ל דאתפלגון בכותב כל נכסיו לשני ב"א והיו העדים קרובים לזה וכשרים לזה וכו' ע"ש הרי להדיא דלר"י דס"ל בכותב נכסיו לשני ב"א מאחר שפסולים לזה פסולים לזה אף התם של כולן מכרה בטל מאחר דבשל האחרון המכירה בטילה אלמא אף דהתם אין כאן פסול בעדים רק שהמכירה בטלה משום שמכרה יותר ממה שמגיע לה אפ"ה כל השטר בטל אם הוא בשטר אחד ובאמת מהירושלמי הזה קשה אף להרמב"ם דס"ל בכותב נכסיו לשני ב"א שלא בכולל והם קרובים לאחד דהעדות כשר להרחוק והרי מהירושלמי מוכח דאף שלא נכתב בכולל כל השטר בטל אם הוא בשטר א' דאל"כ ל"ל לאוקמא מתניתין בד' שטרות לוקמא בשטר א' ולא נכתב דרך כלל ועוד דהתם לא משכחת לה דרך כלל כיון דלאחרון מכרה שוה

מנה ודינר במנה בודאי כתבה לו חלקו לבדו בכדי לייחד לו את חלקו שהוא גדול משאר החלקים אך להרמב"ם י"ל דהרמב"ם הוכיח את דינו מהש"ס דילן כמ"ש הכ"מ באריכות ופליג על הירושלמי דלא מפליג בין כתב דרך כלל או לא או י"ל דמה שאמר בירושלמי עד כדון בשהיו בד' שטרות כוונתו שנכתב דרך פרט דהוי כארבעה שטרות אבל בשטר אחד דרך כלל אלא שבע"פ פרט לכ"א חלקו אזי כל המכירה בטילה אך מ"מ מוכח מהירושלמי דאין חילוק בין פסול העדים לפסול גוף הענין דלא כמהר"ם פדווא"ה ומה שהוכיח בתשו' מוהר"מ שם כן מההיא דשטר שיש בו רבית דקי"ל דגובה את הקרן ולא את הרבית וכן בשטרי חוב המוקדמין דאמרינן בש"ס לר"י דפסולי' משום גזיר' שמא יגבה בו מזמן א' ולא מבטלינן לכל השטר משום שנתבטל לדבר אחד אין ראיה משם לפמ"ש המחבר בסי' נ"ב והוא שיט' רוב הפוסקים דמיירי שפי' הרבית בשטר א"כ לא נכתב דרך כלל וכן בשט"ח המוקדמין הוי הזמן כמו פרט דהא לענין לגבות בו מהלוה עצמו א"ל להזמן כלל אלא שהזמן נצרך לענין טריפה וא"כ הזמן הוי כדבר פרטי שאין צורך בו לגבי הלוה עצמו אלא לגבי לקוחות ולכך לא מבטלינן כל השטר עבור זה ולכך הוצרך הש"ס לטעמא דשמא יגבה בו מזמן א' בכדי שיפסול השטר אף לגבות בו מבני חורין אך תי' זה לא יתכן לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' מ"ג ס"ו דשט"ח המוקדמין אינן פסולין אלא לגבות בהן ממשעבדי אף מזמן שני אבל מב"ח גבי וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דל"ל לטעמא משום גזירה שמא יגבה בו מזמן א' ות"ל דלענין משעבדי הוי הזמן כולל זמן א' ושני ונתבטל הכל והוי כשטר שאין בו זמן א"ו דלא כהירושלמי דיש חילוק בין פסול עדים לדבר שבטל מכח גוף הענין ולכך הצריך ר"י גופיה בפ' א"נ לטעמא דגזירה שמא יגבה בו מזמן ראשון אך מ"מ לפמ"ש הרא"ש בספ"ק דמכות דהא דשטר שכתב נכסיו לשני ב"א לר"י כל השטר בטל הוא משום גזירה שלא יאמרו קרוב כשר לעדות אפשר דאף אם השטר נתבטל לד"א מכח גוף הענין שייך בו גזרה זו דאם יקיימו השט' לדבר א' יקיימו נמי השטר לדבר שהוא בטל בו וזה הוא באמת שנויא דר"י בפ' א"נ גזירה שמא יגבה מזמן א' ואזיל לטעמי' דס"ל בכותב נכסיו לשני ב"א דפסול מה"ט וגם יש לתרץ דשטר מוקדם הוי הזמן כמו פרט אף להסוברים דשטר מוקדם אינו פסול אלא למשעבדי לפי מה שמבואר בר"ס מ"ג די"א דאף בשטר שאין כתוב בו זמן משעה שראו העדים השטר בידו טורף מלקוחות שלקחו אח"כ וא"כ כיון דשטר מוקדם מיירי בגוונא שהעדים אינם נפסלים כמ"ש הפוסקים א"כ הם נאמנים בע"פ מתי נכתב שטר זה וא"כ נהי דזמן השטר נתבטל משום דהוי כולל מ"מ אי לאו טעמא דגזרה שמא יגבה מזמן ראשון הוי נאמנים העדים להעיד בע"פ מתי נכתב גוף

השטר לטרוף בו מאותו זמן דגוף השטר הוא דבר פרטי גם יש מקום לומר דהא דס"ל להירושל' דאף שנתבטל השטר בד"א מכח גוף הענין נתבטל הכל היינו דוקא בשטר מכירת שדה דעיקר הענין נגמר בשטר דשטר קונה את השדה ולכך היכא שהשטר אינו מועיל לגבי אדם אחד אינו מועיל ג"כ להשני משא"כ בשטר שאינו עומד אלא לראיה כגון רבית ומוקדם לא אמרינן כן ודוק. סוף דבר קשה בעיני מאוד לדחות דברי הירושלמי מהלכה ומהתימה שלא ראיתי בדברי ראשונים ואחרונים שהביאו ירושלמי זה ואחר החיפוש מצאתי במרדכי בפ' אלמנה ניזונת שהביא ירושלמי זה ולא כתב עליו דבר וכן הבעל העיטור בדיני כתובה דמירכסא הביא ירושלמי זה בפשיטות גם מדברי הרא"ש בפ' אלמנה שם משמע כהירושלמי דאיתא התם פשיטא אמר לאחד ולא לשנים קפידא אמר לאחד בסתם ולא א"ל ולא לשנים מאי רבה בר ר"ה ור"ח דאמרי תרוייהו לאחד ואפי' לשנים וכתב הרא"ש ותימה דאפילו א"ל סתמא לא איפשטא אי חייש לאפושי שטרא והיכי פשיט' להו דאפילו אמר בפירוש לאחד דאפי' למאה ומפרש ר"ת וכו' א"ב איכא לאוקמא כשמכר בשטר אחד דליכא אפושי שטרא אלא קפידת בע"ד והאי דפשיט לקמן מאלמנה שמכר לזה במנה ולזה במנה מכל שכן קפשיט דאפילו בשני שטרות קנו עכ"ל והוא תמוה דמהיכא פסיקא ליה דמתניתין מיירי בשני שטרות דילמא מיירי בשטר אחד כמו דמוקי האי דא"ל לאחד דמיירי בשטר אחד א"ו דהרא"ש ס"ל דע"כ מיירי מתניתין בשני שטרות דאי בשטר אחד של כולן מכרן בטל כהירושלמי אך מ"מ תימה מסתימת הרא"ש בזה שלא הביא דברי הירושלמי גם מדברי הט"ו באה"ע ס"ס ק"ג לא משמע כן ע"ש וצ"ע לדינא:

נב

א גובה בו את הקרן. זהו שיטת התוס' והרא"ש דאף דמפורש בו רבית דאורייתא אין העדים נפסלים דלא תשימון לאינשי במלוה ולוה משמע להו אף בכולל קרן ורבית אינו גובה אף הקרן דחיישינן שמא יגבה את הרבית אבל דעת הרמב"ן דהיכא דהרבית מפורש בשטר העדים הם פסולים ואינו גובה אף הקרן אלא הסוגיא איירי בכולל הקרן והרבית והעדים לא ידעו בו והה"מ בפ"ד מה"מ הביא דברי הרמב"ן דפירש הברייתא שאין הרבית מפורש בו ולא ידעו העדים באותו הרבית אלא שבאו שנים ואמרו כ"י הוא זה אבל רבית היתה שם או שידעו והיו אנוסים מחמת נפשות וכיוצא בזה גובה הקרן אף ממשעבדי אבל ברבית מפורשת ולא נאנסו העדים הרי הן נפסלים בכך עכ"ל וכתב ע"ז הלח"מ מ"ש הרמב"ן שבאו ב' ואמרו כת"י הוא זה אבל רבית היה שם ולא אמר

שבאו עדים החתומים על השטר ואמרו כת"י הוא זה אבל לא ידענו אם היה רבית ובאו ב' ואמרו אנחנו יודעים שיש בו רבית הוא לפי שאין כח בזה לעדים השנים שאנו לא נאמינם לומר שיש בשטר ההוא רבית אבל כשהם קיימו את השטר והם אמרו שהיה בו רבית נאמנים משום הפה שאסר וכו' וברור הוא עכ"ל ודבריו נפלאו ממני דאמאי אין נאמנים עדים אחרים לומר שיש בשטר ההוא רבית הלא אפי' בשטר שכת"י העדי' יוצא ממ"א ובאו שנים אחרים ואומרים קטנים היו או פסולי עדות היו מבואר בש"ס בפ"ב דכתובות להדיא ובסי' מ"ו סל"ז דהוי תרי ותרי ולא מגבינן בשטרא כלל וכ"ש הכא שהעדים האחרים אומרים שהשטר יש בו רבית ועידי השטר לא ידעו בו אמאי לא נאמינם לפסול את השטר ואולי דכוונת הלח"מ דלכך לא מוקי הרמב"ן הברייתא בכה"ג משום דבברייתא סובר ר"מ דאינו גובה אף הקרן משום קנסא וא"כ בכה"ג שכת"י העדים יוצא ממ"א כיון דהוי תרי ותרי לא מסתבר למיקנס הקרן משום רבית כיון דבתרי ותרי אי תפס לא מפקינן מיניה אך גם זה לא נהירא לי דבכה"ג שהעדים האחרים אומרים שעידי השטר לא ידעו שיש בו רבית לא הוי כתרי ותרי כלל לפי מה שהעלה הש"ך בסי' מ"ו ס"ק קי"ד בשם הריטב"א דעידי השטר נאמנים לומר שהיה שטר אמנה והם לא ידעו בו בשעת החתימה אף בכת"י יוצא ממ"א ע"ש א"כ ה"ה אם עדים אחרים אומרים בדבר שלא ידעו עידי השטר דנאמנים ולא הוי כתרי ותרי דהוי כמעידים שהשטר הוא פרוע או מחול דמילתא אחרית' הוא וכן העליתי שם בס"ק כ' לענין תנאי ע"ש ומ"ש הרמב"ן שעדים אחרים אומרים כת"י הוא זה ולא ידעו שיש בו רבית הוא לאו דוקא ושיטפא דלישנא הוא וכן נראה מדברי הנ"י בהעתיקו דברי הרמב"ן ע"ש וכן באס"ז הביא דברי הריטב"א בפשיטות דמיירי שעדים אחרים אומרים שלא ידעו עידי השטר שיש בו רבית וכן עידי השטר עצמם נאמנים שלא ידעו שיש בו רבית ע"ש ולא הוזכר כלל שהעדי' אחרים מקיימים השטר וז"ב אך מ"מ לענין דינא יש להסתפק לשיטת המחבר דאם כלל קרן ורבית אינו גובה אף הקרן משום גזירה שמא יגבה את הרבית היכא שעדים אחרים מעידים שנכלל הקרן והרבית בפני עידי השטר דלשיטת המחבר אינן נפסלים בכה"ג וא"כ הוי תרי ותרי דהא עידי השטר הם כמעידים שאין בו רבית אם בכה"ג ג"כ אינו גובה אף הקרן או י"ל כיון דבתרי ותרי אי תפס לא מפקינן מיניה לא גזרינן ביה שמא יגבה בו ג"כ הרבית כיון דמהני תפיסה לגביה אף אם יגבה הכל ליכא גרייעותא כולי האי ומסתימת הפוס' משמע דאין חילוק וצ"ע:

ב פסול. משום גזירה דשמא יבא לגבות בו גם הרבית הש"ך הביא דברי גיד"ת שכתב יראה לי דבנכלל רבית דרבנן עם הקרן בזה כ"ע מודי דגבי ביה ממשעבדי דעד כאן לא

גזרינן קרן אטו רבית אלא בדאורייתא וגם להרמב"ן לא יפסלו העדים כיון דלא עברו אדאורייתא ונראה מדברי הש"ך שהסכים עמו בזה ולפענ"ד אף דמילי דסברא נינהו מ"מ מדברי התוס' מוכח להיפך דהתוס' פ' איזהו נשך הקשו דאמאי שטר שכתוב בו רבית גובה את הקרן ואמאי אין נפסלים העדים דהא עברו אלאו דלא תשימון ואי מיירי בנכלל הקרן עם הרבית בשטר והעדים לא ידעו בזה א"כ אמאי גובה את הקרן נגזור שמא יבא לגבות בו את הרבית כמו בשט"ח המוקדמין דגזרינן בו שמא יגבה מזמן ראשון ותי' לחד שנויא דמיירי ברבית דרבנן ואין העדים נפסלים דבעינן רשע דחמס אע"ג דבאיסור דאורייתא לא בעינן רשע דחמס מ"מ בעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון ואי אמרת דברבית דרבנן לא גזרינן קרן אטו רבית למה להו להתוס' לחדושי מילתא חדתא דבעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון הא כיון דמיירי הכא ברבית דרבנן א"כ בפשיטות איכא לאוקמא דמיירי שנכלל קרן ורבית והעדים לא ידעו בו ולכך אין העדים נפסלים וברבית דרבנן לא גזרינן קרן אטו רבית א"ו דאין חילוק וכן מוכח להדיא במרדכי פרק המניח ובתשובת מיימוני לספר משפטים סי' נ"ט שכתבו וז"ל שטר שיש בו רבית גובה את הקרן וכו' וכגון שהרבית מפורש בו דליכא למיגזר שמא יגבה גם את הרבית אבל אם זקפו קרן עם הרבית וכתוב בו סתם פלוני נתחייב לפלוני כך וכך אינו גובה אפי' את הקרן כמו שט"ח המוקדמין דפסולין לגמרי לר"י בפ' א"נ ואע"ג דהרבית לא אתי לידי גבייה מ"מ העדים עוברין על לאו דלא תשימון ומה שאין נפסלין דמיירי ברבית דרבנן וכיון דלא מטי להו הנאה לא פסלי' להו אע"ג דלא בעי רשע דחמס ה"מ באיסורא דאורייתא אבל באיסור דרבנן לא פסלינן להו אא"כ עוברין משום חימוד ממון עכ"ל הרי להדיא אף דמוקי לה ברבית דרבנן דוקא דאל"כ נפסלים העדים אפ"ה בעינן דוקא רבית מפורש בו אבל בנכלל קרן ורבית יחד גזרינן קרן אטו רבית אף ברבית דרבנן וכן יש להוכיח מהא דקי"ל בסי' ס"ז סל"ב דפרוזבול המאוחר פסול ומשמע התם דפסול לגמרי אף לגבות מזמן הא' שנכתב משום דגזרינן שמא יבא לגבות מזמן שני שבפרוזבול וכ"כ בתשובת הר"ן סי' ע"ז והתוי"ט פ"י דשביעי' והרי שמטה בזה"ז אינו אלא מדרבנן ואפ"ה גזרינן וא"כ ה"ה הכא דהא האי דינא נלמד משט"ח המוקדמין וכי היכי דהתם גזרינן אף בדרבנן ה"ה הכא לענין רבית נמי וכ"נ מדברי תשובת הר"ן סי' ע"ב לפי מה שפי' בתשובת מהרלב"ח סי' ק"ג דף ק"ל ע"ב דהר"ן שם מיירי ברבית דרבנן ע"ש וכ"כ מדברי המחבר ביו"ד סי' קכ"א סי"א דאף ברבית דרבנן כשנכלל קרן ורבית אינו גובה אף הקרן וז"ב ועמ"ש בסי' מ"ג סט"ז וסי' מ"ה סט"ו:

ג מפני שיבא לגבות בו את הרבית. זהו שיטת התו' והרא"ש דאף שלא ידעו העדים שנכלל בו קרן ורבית א"ג בו את הקרן דגזרינן שיבא לגבות בו את הרבית כמו בשט"ח המוקדמין דפסולין משום שמא יבא לגבות בו מזמן ראשון ויש להקשות מהא דאמרינן בפ' הכותב דף פ"ז פוחתת תפרע שלא בשבועה כיצד היתה כתובתה אלף זוז ואמר לה התקבלת כתובתך והיא אומרת לא התקבלתי ואינה אלא מנה נפרעת שלא בשבועה ופריך עלה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ופירשו התוס' והרא"ש דלא מהימנה במיגו דכיון שהשטר פסול הוא הוי מיגו להוציא ולא אמרינן ומשני הש"ס באומרת אמנה היתה ביני לבינו וכן הוא לקמן בסי' פ"ד ס"ד ולשיטתם דס"ל בשטר שיש בו רבית גזרינן קרן אטו רבית דהוי כשטר מוקדם א"כ שטר שנכתב מתחילה על אלף והיתה אמנה ביניהם ואין החוב אלא ת"ק כל השטר פסול דיש לגזור שמא יגבה כל השטר כמו בשטר שיש בו רבית ומתחילה נכתב שלא כדין ובאיסור דאמנה עולה הוא ומשים עצמו רשע כמבואר בסי' מ"ו סל"ז א"כ כשהמלוה מודה שהשטר אינו אלא ת"ק ואמנה היתה ביני לבינו א"כ מודה הוא שהשטר פסול וא"כ כשטוען הלוה שפרע הכל להימן דהא השטר חספא בעלמא הוא כמו שט"ח מוקדם ורבית ואף במיגו לא מהימנינן ליה למלוה דהוי מיגו להוציא כמ"ש הרמב"ם בפירוש המשנה סוף שבועות והביאו הב"י והש"ך ס"ס פ"ג דאם טען הלוה שהשטר הוא אמנה והמלוה אומר אינו אמנה אלא מוקדם נשבע הלוה היסת ונפטר ואין המלוה נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא יע"ש ובע"כ צריכין אנו לתרץ ע"פ מ"ש הש"ך בס' נ"ה סק"ה לתרץ לחד תירוצא דברי הרא"ש בנדרי' דס"ל בשטר שנפרע מקצתו דאינו גובה השאר ממשועבדים משום גזירה דשמא יגבה בו חצי האחר הא דמשמע בכל דוכתא דשטר שנפרע מקצתו גובה המותר אף ממשעבדי הוא משום דלא גזרינן שמא יגבה כולו אם לא במוקדם שאין הדבר נוגע אלא ללקוחות או ברבית שהלוה יתן לו מעצמו משא"כ היכא דגם מהלוה לא מצי גבי מסתמא יתברר הדבר ע"י הלוה ע"ש באריכות וא"כ ה"נ כיון שהלוה יכחישו מסתמא יתברר הדבר וגם מסתמא המלוה לא יעיז בפני הלוה לתובעו כולו בדבר שיודע בשקרו ויצא לנו מזה דעדים שאמרו שמחצית השטר היה אמנה ואח"כ נודע לנו דבכה"ג מהימני כמבואר בסי' מ"ו סל"ז השטר כשר על המותר לגבות בו אף ממשעבדי לכ"ע אף דמתחילה נכתב השטר שלא כדין מה"ט דכתיבנא כנ"ל:

ד שקרוע שתי וערב פסול. הש"ך כתב דהיינו דוקא שקרוע ש"ו על כל הכתב שבשטר דאל"כ נתת דבריך לשיעורין ולא מסתבר דבקריעת ש"ו בכל דהו מיפסל אך הפר"ח בהל' גיטין סי' קכ"ה ס"ק מ' השיג עליו והוכיח מדברי הריב"ש להיפך ע"ש והנכון אתו:

נג

א ואמר עשו לי ב' כו'. בתשו' רדב"ז ח"א סי' קט"ו הביא בשם הרמב"ם בתשובה שפסק במי שיש לו שט"ח על חבירו ורוצה שיכתוב לו שטר בערכאו' בכדי שיהיה בטוח יותר לפרוע לו לזמן שקבע לו דצריך הלוה שיחזק חיובו בד"א ויפקידו השטר ביד איש נאמן כ"ז שיעבור הנתבע ולא ירצה לפרוע לו בד"י יתבע אותו בד"א והרדב"ז נתקשה בזה דלא מבעיא לפי מנהג שלהם שכותבין כל דבר בפנקסיהם והוא עומד לימים רבים וכ"ז שרוצה לתבוע את הלוה יכול לתבוע אף בלא שטר א"כ פשיטא דאינו מועיל מה שיפקידו השטר ביד נאמן דהא יכול לתבוע אף בלא שטר אך אף היכא שלא יוכל לתבעו שני פעמים כגון שיכתבו שזה החוב הוא החוב שיש לו שטר עליו בעדי ישראל מ"מ יש תקלה גדולה שאם ידונו ישראל שמסדרין לבע"ח לא ירצה לקבל ויתבע אותו בד"א וחובשים אותו בבית הסוהר כפי דיניהם ולפעמים ימות לכך העלה הרדב"ז שאם הבעל השטר הוא הולך בדרך טובים ושכנגדו אלם ויש לחוש שמא לא יציית דינא בכה"ג צריך לכתוב לו שט"ח אחר בדיניהם ויבררו בו שזהו החוב בעצמו שנכתב עליו בד"י ואם בעהש"ט הוא אלם אין שומעין לו כלל עכ"ד ולכאורה קשה מהא דאמרינן בש"ס דאם יש לו שני שטרות של חמשים שאין עושין לו אחד של מאה בכדי שלא יכוף לפורעו אלמא דאין הלוה מחויב לעשות לו שטר חדש כדי שיכוף לפורעו אך זה ליתא דשא"ה דחיישינן דילמא בעבור שיהיה לו שטר אחד יכוף אותו בד"י לפרוע לו הכל בפעם אחת שלא כדין כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"א מה' מלוה והיינו שיכוף אותו אף קודם הזמן פרעון לפרוע לו הכל בב"א כמ"ש הש"ך בסי' ע"ד ס"ק י"ז וזה הוא שלא כדין כיון שבאמת יש לו שני שטרות ואף לדברי בעה"ת שהביא הש"ך שם הוא שתבוא כפייתו מאלי' במה שאינו צריך אבל הכא שתובע לעשות לו שטר בערכאות בכדי שיציית ד"י לפרוע לו בזמנו יכול לכופו שיחזק חיובו ואף לשיטת הרא"ש שהביא הט"ו בסי' ל"ט ס"ד דאף היכא שקנו מידו אם הלוה מוחה בעדים שלא יכתבו את השטר אין כותבין משום דלא ניחא ליה דליפשי שטר' עליו מ"מ י"ל דבכה"ג שכותבין בשטר הערכאות שהוא מהחוב שנכתב בעידי ישראל לא שייך אפושי שטרות וכ"ש אם רוצה להחליף את השטר לגמרי שהדין עמו אך היכא דאיכא חששא שידחוק לפרוע לו בלי סידור יפה כתב הרדב"ז דאין שומעין לו וכן עיקר:

נד

א יכתוב שובר. בפ' ג"פ דף קס"ז איתא במשנה כותבין שובר לאשה אע"פ שאין בעלה עמה וכתבו התוס' שם הא דל"ח שמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ומזבנא לכתובתה בטובת הנאה ואזיל הבעל וטריף לקוחות שלא כדין הא פריך הכי בפ"ק דמציעא גבי מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל ומשני ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וא"כ לא שייך קנוניא דהא יכולה למחול והנה האי דינא דמתניתין כתבוהו הפוסקים באה"ע סי' ק"י לענין כתוב' ולא כתבוהו כאן לענין שובר הלואה ולכאורה י"ל ע"פ מ"ש התו' בספ"ק דמציעא לחד תירוצא והרא"ש שם שהקשו גבי מצא שובר כתובה דניחוש שמא מכרה כתובתה במעמד שלשתן דא"י למחול ותי' דבכתובה לא מהני מע"ש ואם כן בשובר הלואה חיישינן שמא מכר השט"ח במע"ש דלא מהני מחילה ולכך אין כותבין שובר להמלוה כשאין הלוה עמו אך זה ליתא דהא אף במצא שובר הלואה פסק הרמב"ם והט"ו לקמן בסי' ס"ה סי"ח דאם המלוה מודה יתננו ללוה כמו במצא שובר כתובה אלמא דל"ח שמכר במע"ש וצ"ל כמ"ש התוס' והרא"ש בפ' הכותב דל"ח להכי דאם אין עדים שמכר במע"ש הרי יכול לכפור המכירה ואם יהיו עדים במכירה הרי הודה שהשובר פסול ע"ש וא"כ מה"ט נמי כותבין שובר להמלוה אף שאין הלוה עמו דאין כאן חשש קנוניא כלל ומה"ט כתב הש"ך בסק"ח בשם תשובת מוהר"א בן ששון סימן קמ"ה דשובר מוקדם כשר ואף שהקדימוהו לכתחילה שלא בעצת הנמחל נמי כשר והש"ך רמז שם לסי' ס"ה סי"ח וכוונתו דמשם ראיה לדברי מוהר"א בן ששון דכיון דחזינן דמחזירין במצא שובר כשהמלוה מודה ול"ח לקנוניא מה"ט נמי אף בהקדימו זמנו בכונה נמי יש להכשיר והתומים תמה על הש"ך בזה בחנם ולא דק ע"ש אך מ"מ בשובר שהקדימו זמנו בכונה יש לדון בו טובא דנהי דלא שייך בו קנוניא משום דמצי המלוה למחול ואף במע"ש יכול הלוה לכפור המכירה מ"מ י"ל כיון שהשובר נכתב שלא כדין וע"פ הקדמת הזמן איכא פסידא להלוקח השובר פסול ויש להביא ראיה לזה ממתניתין פ"י דשביעית והט"ו בסי' ס"ז סל"ב דאיתא התם דפרוזבול המוקדם כשר והמאוחר פסול משום דמפסיד את הלוה במלוה שהלוה לו אחר כתיבת הפרוזבול ומשמע התם דפסלינן הפרוזבול לגמרי ואף ההלואה שקודם כתיבת הפרוזבול אינו גובה בו וכ"כ הר"ן בתשובה סימן ע"ז והתוי"ט שם שכן משמעות כל הפוס' והרי התם ליכא חשש קנוניא שהרי המלוה יכול לכתוב פרוזבול גם על הלואות המאוחרים שלא מדעת הלוה ואפי' בדיבור בעלמא מהימן לומר פרוזבול היה לי ואבד או תנאי היה לי עמו שלא תשמטנו שביעית כמבואר בסי' ס"ז סל"ג ול"ד ואפ"ה פרוזבול המאוחר

פסול כיון שנכתב שלא כדין ובאיסור כיון דעל פי הפרוזבול יש פסידא ללוה בהלואות המאוחרים ואף שבלא"ה יש ביד המלוה לכתוב עוד פרוזבול וגם בדבורא בעלמא מהימן לומר פרוזבול היה לי ואבד או תנאי היה לי עמו אפ"ה פסול כיון שנכתב בשקר א"כ ה"ה לענין שובר הלואה שהקדימוהו בכונה נמי נהי דל"ש קנוניא כיון שיש ביד המלוה למחלו ולכפור המע"ש מ"מ כיון שגוף הכתיבה במה שמקדים זמנו מפסיד להלוקח שקנה מקודם במע"ש דלא מהני המחילה השובר פסול ואולי דמשום הכי פרוזבול המאוחר פסול דכיון דנכתב בו זמן המאוחר חיישינן דהמלוה יהיה טועה בדין ויסבור כיון דנכתב בו זמן המאוחר מועיל אף להלואות מאוחרות מעת הכתיבה וכשיודע לו הדין אח"כ ישקר לומר פרוזבול היה לי ואבד או תנאי היה לי עמו ויוציא מן הלוה ממון שלא כדין ודוחק גדול וצ"ע לדינא

ב ויפרע לו כל חובו. והיכא שנכתב בשטר שנשתעבד לכל המוציאו אף בלא הרשאה וכן בממרמות שלנו כתב בתשובת צ"צ ס"י דאין הלוה צריך לשלם לו אא"כ קיבל המלוה עליו אחריות שבאם ימצאנו איש אחר ויתבע אותו שהוא מתחייב לפצותו דאף דאמרינן בש"ס בטעמא דכותבין שובר דעבד לוה לאיש מלוה היינו דוקא בחששא רחוקה שיאבד השובר אבל בחששא קרובה כזו שמא ימצאנו איש אחר ויתבע אותו בחנם והשובר לא יהיה מועיל כלל בכה"ג אין הלוה מחויב לשלם להמלוה אא"כ כשמקבל אחריות עליו לפצותו שלא יהיה לו שום היזק מאבידת השטר ע"ש וכן מצאתי בתשובת הרדב"ז ס"א סי' קצ"ג והוסיף דאם אין המלוה אמוד מחויב להעמיד ערב או ליתן משכון על זה ע"ש ואף שאין דבריהם מוכרחים כ"כ מ"מ כבר הורו זקנים ולהם שומעין ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ח ע"ש:

ג ולא יכתבו זמן בשובר שמא איחרו העדים וכו'. הכי איתא בפ' ג"פ דאמר להו רב ספרא לספרי כי כתביתו תברא אי ידעיתו זמנא דשטרא כתובו ואי לא כתובו סתמא דכל אימת דנפק לירעיה ובתשו' הר"ן סי' כ"ג האריך להוכיח מכאן מדאמרינן האי תקנתא ואית ליה למלוה לאזהורי דלא לוזיף ליה בתר הכי כההוא סכום אלא ליטפי או ליבצר וא"כ למה ליה להש"ס האי תקנתא דאי מלוה אייתי ראיה אימת עבדיה לתברא גבי האי שטרא דמאוחרא דהא מסתמא לא חיישינן למאוחר ה"ל לחז"ל לתקוני דליכתוב ליה תברא שהוא מוחל לו שטר של סך פ' שהוא חייב לו וכל שיעבוד של שטר שיתחייב לו מזה הסך ואי הדר מוזיף ליה ליזדהר שלא ילונו אותו סך דהא לפום תקנתא דש"ס נמי אית ליה לאזדהורי בהכי א"ו דלא מהני מחילה על החוב שיתחייב לו אח"כ דכשם שאין אדם מקנה דשלב"ל ה"נ א"א מוחל דשלב"ל זהו תורף דבריו וכ"פ הרב רמ"א בסי'

ר"ט ס"ד בהגה ע"ש אך נ"ל דדין זה לא שייך אלא בשטר הלואה אבל בשטר שמתחייב א"ע בדבר שאינו חייב כגון אב שנתן שט"ח על נדוניא של בנו ובנו נתן לו מקודם שובר מחילה על מה שיתחייב לו אח"כ דמהני השובר בכה"ג דנהי שאין אדם מוחל דשלב"ל מכל מקום זה השובר מורה שלא נתן לו השט"ח אח"כ ברצונו הטוב והוי השובר כמו מודעא להמתנה שאח"כ וכמבואר בסי' רמ"ב ס"ט וי' דמי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו אפילו שנתנה מתנה גלויה ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת הרי שתי המתנות בטלו הראשונה מפני שהיא מסותרת והשניה מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעא לה ומעשה באחד שרצה לישא אשה ואמרה לו איני נשאת לך עד שתכתוב לי נכסיך ושמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן ואמר לעדים לכו והחביאו וכתבו לו כל נכסי במתנה ואח"כ כתב לה נכסיו ונשאת ובא מעשה לפני חכמים ואמרי הבן לא קנה והאשה לא קנתה שהרי לא ברצונו כתב לה ונאנוס בדבר הוא שהרי גילה דעתו במתנה ראשונה אע"פ שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת ע"ש הרי אף דמתנה טמירתא אינה מתנה מ"מ הוי כמו מודעא למתנה שאחריה וה"נ אף דלא מהני מחילה בדשלב"ל מ"מ השובר הוי כמו מודעא להשט"ח שאח"כ כיון שבע"כ היה צריך ליתן השט"ח כדי להשיא את בנו ואע"ג דבתשו' הר"ן מבואר בשאלה דעובדא דידיה הוה ג"כ בשטר מתנה ואפ"ה פסק דלא מהני השובר שמקודם מטעם דשלב"ל שאני התם שהמעשה היה להיפך שהבן נתן שט"ח לאביו מנדונית חמיו והאב נתן לו שובר מקודם על כל מה שיתחייב לו בנו מפני בקשת כלתו אשת בנו כמבואר בשאלה שם א"כ מה שנתן לו הבן השט"ח אח"כ ברצונו הטוב וגם נשבע לקיים כמבואר שם מור' שלא נתן לו באונס ולכך לא מהני השובר שמקודם מטעם דשלב"ל כיון שאין הדבר מוכיח שהשט"ח שנתן לו הבן היה באונס אבל היכא שנותן האב שט"ח להשיא את בנו ומקבל שובר מבנו מקודם הוי כמו אנוס כמו שכותב לאשתו כל נכסיו מפני שרוצה לישא אותה ובאמת י"ל דגם באחר שמתחייב א"ע נגד חבירו ומקודם נתן לו שטר מחילה נמי מה שמקבל הנותן השטר מחילה הוי כמו דברים מוכיחים שאינו נותן המתנה ברצון טוב ועובדא דהר"ן שאני שראובן נתן שובר המחילה ע"פ בקשת כלתו אשת בנו ולכך היה צריך בנו לקבל השטר מחילה משא"כ באדם אחר מה שקיבל השובר לידו הדברים מוכיחים שאינו נותן השטר ברצון טוב אלא לאיזה טעם הידוע לו אך מדברי הסמ"ע בסי' ר"ט ס"ק כ"א שהביא דברי הר"ן בסתם לענין מתנה משמע דאין חילוק וס"ל דכיון שנתן לו השטר אח"כ מרצונו הטוב בלי שום הכרח אין הדברים מוכיחים שלא נתנו מרצונו הטוב אך באב הנותן שט"ח לנדונית בנו ומקבל ממנו שובר

מקודם נראה דהוי כאנוס כמו באחד שרצה לישא אשה דסי' רמ"ב דמיחשב כאנוס והשובר שמקודם הוי כמודעא להשטר שאח"כ ומעשה כזה באה לפני ודנתי כן הלכה למעשה שאין להוציא ממון מהאב מטעם זה וכן עיקר. ודע דמדברי הר"ן בתשו' הלזו נראה שתופס עיקר דשובר שנכתב בסתם והמלוה מביא עדים שהשובר נכתב קודם לזמן השטר שבידו שהמלוה גובה את שטרו ולא תלינן שהשטר מאוחר דמסתמא לא תלינן השטר במאוחר אך המשנה למלך בפכ"ג מה"מ הביא הביא בשם תשו' הרשב"א דס"ל דלא גבי בשטר הלזה דחיישינן שמא מאוחר הוא כיון שהשובר נכתב בסתם ע"ש גם בחי' הרמב"ן בפ' ג"פ גבי א"ל ר"ס לספרי ראיתי שכתב שתי סברות אלו ולא הכריע ע"ש:

ד מבטל כל שטר שיש לו עליו. הטעם איתא ברמב"ן דיד בעהש"ט על התחתונה ואמרינן דילמא לא ידעו העדים סכום השטר וכתבו סתם דכל מה דנפיק לירעיה ומשמע דבשום ספיקא לא מפקינן ממונא ואם תפס המלוה יותר משני דינרין לא מפקינן מיניה וכ"כ ב"י בשם תשובת הרשב"א וכן העלה הש"ך ולפ"ז נראה פשוט דהיכא דלא תפס המלוה מ"מ חייב הלוה לישבע היסת שפרע כל השטר וכ"ש הוא מהא דאיתא בסי' מ"ב סי"ב בשטר שכתוב בו סלעים מלוה אומר ה' ולוה אומר ב' דמשלם לו שתים ונשבע היסת על המותר אף דהתם לא מהני תפיסת המלוה כמבואר שם כ"ש הכא דמהני תפיסת המלוה דחייב הלוה היסת:

נה

א ואם קנו מידו עליה בבד"ח ה"ז קנה. ואם מקצת החוב הוא מנה וכשהגיע הזמן לא נתן לו רק חמשים או שלשים נראה דבקנו מידו מחויב לשלם לו לפי ערך מה שעבר לו הזמן וראיה לזה מהא דאמרינן בב"מ דף ק"ד ע"א ההוא גברא דקביל ארעא מחבריה ואמר אי מובירנא יהיבנא לך אלפא זוזי אוביר תילתא אמרי נהרדעא דינא הוא דיהיב ליה תלת מאה ותלתין ותילתא זוזי ואף רבא לא פליג עלייהו התם אלא משום דהוי אסמכתא אבל היכא דליכא אסמכתא כ"ע מודי דמשלם הקנס לפ"ע וה"נ שוב מצאתי שכ"פ הט"ז בסי' ע"ג ס"ח בהג"ה והביא ראיה זו אך יש להקשות ע"ז מהא דאמרינן בשילהי שבועת הדיינים האי מאן דאוזפא אלפא זוזי לחבריה ואנח לי' קתא דמגלא עלויה אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי אבל תרתי קתתי לא ור"נ אמר אפי' תרתי קתתי אבל קתא ונסכא לא נהרדעי אמרי אפי' קתא ונסכא אבד נסכא אבד פלגא אבד קתא אבד כולא ופי' התוס' והרא"ש שם דהא דאמר ר"נ אבל קתא ונסכא לא היינו דאבד כל חד לפי מאי דשוי דאם הנסכא שוה עשר קתא אבד נסכא אבד עשר חלקים אבד קתא אבד חלק אחד עשר

וממילא דנהרדעי דפליגי עליו סברי דאפי' אבד קתא ברישא אבד פלגא וכן פסק הטור בסי' ע"ב דאם הלוהו על קתא ומשכון אחר אלף זוז ואבד הקתא או המשכון אחר הפסיד חצי החוב אבד השני הפסיד חצי האחר והרי התם מיירי שהמלוה אמר אע"פ שאינו שוה כדי כל החוב קבלתיו ולכך אמרינן דמסתמא קבל עליו שאם יפסיד המשכון יפסיד כל החוב כמ"ש התוס' והרא"ש והטור שם ואפ"ה לא אמרינן בקתא ונסכא דמסתמא קיבל עליו שיפסיד לפ"ע שווי המשכון אלא אמרינן אבד קתא אבד פלגא ואמאי הכא לענין קנס אמרינן דלא קיבל קנס על עצמו אלא לפ"ע כדאמרי נהרדעי לענין מי שקיבל קנס על עצמו אי מוביר ארעא והרי נהרדעי גופייהו סברי בפ' שבועת הדיינים איפכא ודוחק לומר דהני נהרדעי אחריני נינהו ועוד דבספ"ק דסנהדרין אמרינן דסתם אמוראי דנהרדעי הוא רב חמא וע"ש ואפשר לחלק דהיכא שקבל קנס על עצמו עבור שמירת שני חפצים אע"פ שאינן שוים בדמיהן אמרינן דמסתמא קבל הקנס על עצמו על כל אחד המחצה אבל היכא שקבל קנס עבור דבר א' כגון קרקע אי מוביר לה או באם שלא ישלם לו החוב שחייב לו בזה אמרינן דמסתמא קיבל עליו הקנס לפ"ע ולפ"ז מי שמכר לחבירו שני חפצים וקבל קנס על עצמו אם לא יעמידם לזמן פלוני יתן כך וכך והעמיד לו רק חפץ א' אף שהחפץ שלא העמיד לו הוא שוה פחות הרבה מהחפץ שהעמיד לו מכל מקום חייב לשלם לו חצי הקנס ולא לפ"ע שווי דמי החפצים כנ"ל:

ב והוא שלא יהיה אנוס וכו' ואם עכבו נהר וכו'. עש"ך שהעלה דדוקא אונס דשכיח ולא שכיח וכ"ש לא שכיח כלל הוי אונס לענין נדרים וממון אבל אי שכיח לא הוי אונס דה"ל לאתנויי והביא בשם הרא"ש ורי"ו דעכבו נהר היינו שגדל הנהר ממי גשמים או הפשרת שלגים אבל אי פסקיה מברא וכה"ג אונסא דשכיח וה"ל לאסוקי אדעתיה ולאתנויי עכ"ל ודברים אלו הן מסוגיא דש"ס רפ"ק דכתובות והתוס' והרא"ש שם ויש לי מקום עיון דהיכא דשכיח האונס דפסקיה מברא והתנה אם לא באתי ינתן זה לבע"ד ואח"כ אירע לו אונס שגדל הנהר ממי גשמים אי חשיב אונס או לא אי נימא אע"ג דשכיח האונס דפסיקת המברא וה"ל לאתנויי ובודאי סבר וקבל אף שלא יבוא מחמת זה מ"מ ינתן זה לבע"ד מ"מ כשאירע לו האונס שגדל הנהר ממי גשמים כיון דאונס זה לא שכיח ולא אסיק ליה אדעתיה לא קיבל עליו ודמי להא דאמרינן בפ' מי שאחזו ומבואר לקמן בסי' רכ"ה ס"ג דהאי מאן דזבין ארעא לחבריה וקיבל עליו כל אונסא דמתייליד ביה ולבסוף אפיקו ביה נהרא דאמרינן דאונסא דלא שכיח כלל לא קיבל עליו והכי נמי אמרינן דאונסא דשכיח קיבל עליו ולא אונסא דשכיח ולא שכיח או דילמא דשאני התם דהוי אונסא דלא שכיח כלל וכלל שלא עלה על לב המוכר כלל זה הפלא הוא דאמרינן דלא קיבל עליו

דאונס דלא שכיח כלל אף לענין גיטין הוי אונס כמ"ש התוס' והרא"ש ברפ"ק דכתובות דאף צנועות לא חיישי לאונס כזה אבל אונס כי האי שגדלו מי הנהר כיון דשכיח ולא שכיח איכא למימר כיון דאונס דפסיקת מברא שכיח וכשאמר אם לא באתי אסיק ליה אדעתיה ומ"מ קיבל עליו שאם לא יבוא יהא חייב ה"נ רמיא עליו גם אונס שגדל הנהר כיון דשכיח קצת וקיבל עליו אונס זה ג"כ ויש להביא ראיה לסברא זו מהא דאמרינן בכתובות דף פ"ז גבי נדר ושבועה אין לי עליך א"י להשביעה שבועה מאי עבידתה דר"י אמר על אפוטרופסות שנעשית בחיי בעלה ור"נ אמר על הפוגמת כתובתה ופרש"י דכ"ש משבועת אפוטרופסות דמכל שבועה פטרה ופרכינן עלה בשלמא למ"ד משבועת פוגמת דמסקא אדעתא דילמא מיצרכי לה זוזי וא"ל כתוב לי דלא משבעת לי ופרש"י ומיגו דרמיא אנפשה תבעה ליה פטור כל שבועות אלא למ"ד על שבועת אפוטרופא איהי מי הות ידעה דמותיב לה אפוטרופא דא"ל כתוב לי דלא משבעת לי ומסקינן דמכל שבועות פטרה דכיון דמסקא אדעתא לתבוע פטור שבועת פוגמת מסקא אדעתא נמי לתבוע פטור כל שבועות וכ"כ הרא"ש בסי' כ"ז שם וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ח סק"ג ע"ש אלמא אף דאפוטרופא לא שכיח מ"מ כיון דרמיא עלה לתבוע פטור פוגמת ה"נ תובעת אף פטור אפוטרופסות וא"כ ה"נ י"ל כיון דאונס פסיקת מברא שכיח ואסיק ליה אדעתיה ה"נ אסיק ליה אדעתיה נמי אונס גידול הנהר כיון דשכיח קצת וקבליה עליו ולא דמי להההיא דגיטין דאפוקי ביה נהרא לא שכיח כלל ובודאי לא אסיק ליה אדעתיה כלל וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב שם סי' כ"ח דלכך בכותב לה נדר ושבועה אין לי עליך לא אמרינן דפטרה אף מואפוטרופסות שנעשית אחר מיתת בעלה משום דדבר זה ודאי לא אסקא אדעתא כלל ע"ש אך באמת מדברי הרא"ש בחולין פא"ט מוכח להיפך דכתב שם בשם רבינו אפרים ובעל העיטור גבי הא דאיתא התם גבי מחט שנמצא בעובי בית הכוסות דבהוגלד פי המכה הוי מקח טעות היינו דוקא בטריפות דמחמת מכה וכיוצא בה דאינו מצוי ולא סליק אדעתיה דאינש לאתנויי אבל טריפות דמחמת סירכא דמשכח שכיחי ורמי אינש אדעתיה כיון דלא אתני ודאי אחולי אחיל ולא הוי מקח טעות וכן הסכים הרא"ש שם והביאו הט"ו בסי' רל"ב והרי התם בבהמה איכא שני מיני טריפות דסירכא דשכיחי ושאר טריפות דלא שכיחי כולי האי ואפ"ה לא אמרינן כיון דודאי רמי עליה טריפות דסירכא וסבר וקבל עליה הכי נמי רמי עליה שאר טריפות וג"כ סבר וקבל עליה ואמאי הוי מ"ט ושאר טריפות פשיטא דהוי אונס דשכיח ולא שכיח ותדע מדפריך בפרק קמא דחולין דף י"א לר"מ דחייש למיעוטא היכי אכלינן בשרא ליחוש דילמא במקום נקב קשחיט וא"א דשאר טריפות הוא לא שכיח כלל א"כ מאי קושיא דהא במילתא

דל"ש כלל אף ר"מ מודה דל"ח למיעוטא כמ"ש הרא"ש שם מסוגיא דרפ"ק דגיטין סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי ע"ש אך מ"מ אפשר לחלק דשאני התם כיון שלא התנה בפי' על טריפות אלא דאמרינן מדלא התנה סבר וקבל אמרינן דדבר דלא שכיח לא אסיק אדעתיה אבל היכא דהתנה בפי' עדיף טפי ואמרינן כיון דאסיק אדעתיה דבר השכיח רמיא ג"כ עליו דבר דלא שכיח כמו דאמרינן לענין פטור שבועה אך מ"מ יש להוכיח דאף בתנאי מפורש לא אמרינן כן מהא דכתב הרב רמ"א לקמן בסי' קע"ו סמ"ח בהגה בשם האגודה דמי ששלח אחר חבירו וקבל עליו לפדותו מכל הפסד ונתפס בדרך אפ"ה פטור לפדותו דאונסא דלא שכיח הוא והרי הרב רמ"א באה"ע סי' קמ"ד ס"א כתב לענין גיטין באומר ה"ז גיטך אם לא באתי מכאן ועד ל' יום דשביה הוי אונס דשכיח ואינו מבטל הגט ופירשו הח"מ והב"ש שם דהיינו דהוי שכיח ולא שכיח ולכך לענין גיטין אינו אונס ולענין ד"מ בסי' קע"ו הוי אונס אלמא אף דהתנה בפי' לפדותו מכל הפסד אמרינן דלא קיבל עליו אלא אונסא דשכיח ולא אונס דשכיח ולא שכיח והדבר צ"ע לחלק בין האי דינא להההיא דאמר נדר ושבועה אין לי עליך דאמרינן דמיגו דרמי עלה פטור פוגמת אסקא אדעתא נמי פטור אפוטרופסות שוב ראיתי בתשו' מהר"ם אלשיך סי' ס' שכתב באחד שקבל אחריות לחבירו על ספינה הן משבירה הן משוללים ואח"כ אירע שקמו אנשי הספינה והרגו את כל היהודים והעלה אף דשוללים מהספינה עצמה הוי כאונסא דשכיח ולא שכיח ל"א דלא קיבל עליו אלא אונס דשוללים מהחוץ דשכיח טובא דכיון דכתב בסתם שוללים הוי כאלו פי' כל מיני שוללים ונדחק ליישב דברי תשו' מהרי"ק סי' ז' בראובן שנתפשר עם הקהל לפרוע בהוצאת צדקה כך וכך ואח"כ אירע פדיון שבויים דאף את"ל דפ"ש הוא בכלל צדקה מ"מ כיון דצדקה שכיח ופ"ש לא שכיח אמרי' אדעתא דצדקה ולא אפ"ש שא"ה דפ"ש אף שהיא בכלל צדקה מ"מ יש לו שם לווי צדקה של פ"ש ולא צדקה סתם משא"כ בלשון שוללים סתם שנכלל כל מיני שוללים ה"ל כמפורש כל מיני שוללים וגם כתב דדברי מוהרי"ק לא מכרעין כלל דמה שהביא מההיא ארעא דאפיקו ביה נהרא ומעובדא דאיסתכר נהר מלכא שא"ה דהוי אונסים זרים ורחוקים מאוד מפ"ש ומשוללים ע"ש ולכאורה ה"ז עולה כדברינו דיש חילוק בין אונס דשכיח ולא שכיח לאונס דל"ש כלל דהא בקיבל עליו כל אונסא דאתייליד הרי פי' כל מיני אונסים ואפ"ה אמרינן דאונס דל"ש כלל לא אסיק אדעתיה אך מ"מ י"ל דטעמא דמהר"מ אלשיך הוא כיון דלשון שוללים הוא אונס פרטי והכל בכלל חשוב כאלו פי' כל מיני שוללים אבל באומר אם לא באתי כיון שלא פרט שום אונס לא קיבל עליו אלא אונסא דשכיח טובא ולא אונסא דשכיח ולא שכיח אך מ"מ בתשו' מהרי"ק שהביא ראיה

מדברי רבינו יעקב בערב שהוסיף רבית לנכרי הרבה יותר מנהוג דאמרינן דאף שכתב לו שיתן לו הרבית אדעתא דשומא זוטא אתני ולא אדעתא דשומא רבא אלמא אף בדבר פרטי אמרינן אמילתא דלא שכיח לא אתני אם לא שנאמר דהתם מיירי ברבית דלא שכיח כלל וכלל ומ"ש האלשיך לדחות ראיית מהרי"ק דבריו הם סתומים ואינם מובנים כלל גם דברי תשו' ר' בצלאל אשכנזי סי' ל' הם סתומים מאוד בזה ובאמת לדינא היה נראה כוותייהו מטעמא דכתיבנא דדמי להההיא דנדר ושבועה אין לי עליך אלא דמדברי מהרי"ק והרב רמ"א לקמן סי' קע"ו בשם האגודה לא משמע כן וע' בסי' קל"א סעיף ז' בהגה והדברים צריכים תלמוד:

ג או חולי מלבוא. וכתב הכ"מ פי"א מהל' מכירה והב"י בסי' ר"ז דה"ה אם חלה בנו מיחשב אונס וכ"כ הר"ן בנדרים להדיא ע"ש ול"ד למ"ש הב"י באה"ע סי' קל"ד בשם התשב"ץ דאם האב גירש את אשתו בשביל אונס בנו שהיו רוצים להורגו דלא מיחשב אונס דשא"ה שגירש מרצונו עבור אונס הבן וכיון דלא נאנס הוא בעצמו לא מיחשב אונס גמור וגמר ומקני משא"כ הכא כיון דבשעה שקיבל על עצמו אם לא באתי לא אסיק אדעתיה שיחלה בנו אמרינן אדעתא דהכי לא התחייב א"ע אף דלא הוי אונס גמור וכמ"ש הר"ן להדיא ובלא"ה הב"י חולק שם על התשב"ץ והביא הרב רמ"א דעתם באה"ע סי' קל"ד ס"ד בהגה ולפ"ז נראה נמי דה"ה אם לא שילם בזמנו מפני שהיה ירא מאונס ממון מיחשב ג"כ אונס כמ"ש הש"ך בסי' ע"ג סק"כ לענין שבועה ע"ש שוב ראיתי לזקיני הגאון בבית הלל בי"ד סי' רל"ב סק"ג שכתב ג"כ דבדין זה חלה בנו הוי אונס והוסיף דה"ה ג"כ אם חלתה אשתו והביא ראיה מדברי תה"ד סי' שכ"ט והביאו הרב רמ"א בסי' של"ג ס"ה בהגה ע"ש ודבריו נכונים שכן מבואר בתה"ד להדיא אלא דראיית התה"ד הוא תמוה לי טובא במה שהוכיח כן לענין חזרת הפועל בחצי היום שהדין הוא דבדבר האבד שוכר עליהן או מטען אם לא שנאנס הפועל שמת לו מת או חלצתו חמה והוכיח התה"ד דה"ה חלה בנו הוי אונס כדמוכח בפרק ד' נדרים דתנן בנדרי אונסין הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו וכו' הא קמן דחלה בנו חשיב אונס שצריך להיות עמו ואשתו רמיא עליה טפי דכגופו דמי עכ"ל ומאי ראיה היא זו דבשלמא לענין נדרים אף דחלה בנו לא הוי אונס גמור מ"מ כיון דלא אסיק אדעתיה אונס זה אמרינן אדעתא דהכי לא נדר כמ"ש הר"ן משא"כ התם כיון דהא דפועל אינו חוזר בחצי היום בדבר האבד הוא משום שלא יגרום פסידא להבעה"ב ומש"ה צריך הפועל לשלם להבעה"ב הפסידו כמ"ש התה"ד שם א"כ י"ל דחלה בנו ואשתו כיון דלא הוי אונס גמור אינו יכול לגרום היזק לבעה"ב עבור זה וכשחזר בו חייב מד"ג כיון דהוא עשה דבר זה

מרצונו הטוב וכמ"ש התשב"ץ לענין גיטין וליכא למימר כיון דטעמא דבדבר האבד אינו חוזר הוא משום שלא יגרום הפסד להבעה"ב ולכך כשחלה בנו ואשתו כיון שיכול לבוא לידי ספק נפשות לכך יכול לחזור בו זה ליתא דא"כ אף כשחלה קרובו ושאר אוהביו נמי נימא הכי דפשיטא דגרם היזק נפשות עדיף טפי מגרם היזק דממון א"ו דליכא הכא גרם חשש סכנת נפשות שהיא חששא רחוקה טובא וא"כ ראיית התה"ד מנדרים אינה מוכרחת כלל אך מ"מ לענין דינא י"ל כיון שאינו אלא גרמא בעלמא מקילינן ביה טפי וצ"ע וע' בריב"ש סימן שפ"ז:

ד אלא מב"ח. זה הוא מדברי הרא"ש פ"ד דנדרים שכתב דאף חצי החוב שלא פרע אינו גובה בשטר זה ממשעבדי דחיישינן שמא יגבה בו חצי האחר שנפרע כדאמרינן בשטר מוקדם והש"ך האריך להשיג ע"ז דע"כ לא כתב הרא"ש כן אלא לפי' קמא דהוי ס"ל דחצי החוב שנפרע גובה מב"ח לכך שייך למיגזר אבל למסקנת הרא"ש דהחצי שנפרע אף מב"ח אינו גובה וכמ"ש הסמ"ע בפי' דברי הרב לא שייך למיגזר שמא יגבה החצי שנפרע שיתברר הדבר ע"י הלוה דלא מסתבר לומר דשטר שנפרע קצתו לא יגבה בו ממשעבדי ע' בדבריו באריכות בזה ואני אוסיף דע"כ הרא"ש לא כ"כ אלא לפי מה דמשמע מדבריו שם דס"ל דשטר מוקדם אינו פסול אלא לענין לגבות ממשעבדי אבל לפי שיטת התוס' והרא"ש פא"נ דס"ל דשטר מוקדם פסול לגמרי כמ"ש הרב בסי' מ"ג ס"ז בהגה א"כ ע"כ בשטר שנפרע מקצתו לא גזרינן החצי שלא נפרע אטו החצי שנפרע דא"כ אף מב"ח לא יגבה כמו בשטר מוקדם ושטר שיש בו רבית בסי' נ"ב והוא היפך משנה ערוכה דהפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה אלמא בשבועה מיהא גביא א"ו דהיכא דלא גביא אלא מב"ח לא גזרינן כלל ובאמת שתימה על הרב דכתב הכא דגובה מב"ח ובסי' מ"ג ס"ז פסק דשטר מוקדם פסול לגמרי ודוחק גדול לומר דלא כתב דגובה מב"ח אלא לענין דא"י לומר להד"ם אבל יכול לומר פרעתי וכשיטת הסמ"ע בסי' מ"ג שם וגם אכתי לא מתיישב מתניתין דפוגמת כתובתה ואולי דהרב רמ"א כיון שלא הכריע בין הדיעות לכך בסי' מ"ג העתיק שיטת התוס' דמוקדם פסול לגמרי שלא להוציא מיד המוחזק והכא העתיק שיטת הרא"ש דנדרים שאינו גובה אלא מב"ח דדמי לשטר מוקדם וכיון דשיטת הרא"ש דנדרים לא אתיא אלא אי אמרינן דשטר מוקדם אינו פסול אלא למשעבדי דאי אמרינן דמוקדם פסול לגמרי א"כ מוכח דלא כהרא"ש דתקשה ממתניתין דהפוגמת לכך כתב הרב דגובה מב"ח מיהא ממ"נ ונכון ועמ"ש בסי' נ"ב סק"ג ועסמ"ע וט"ז ובב"י סי' ר"ז ובש"ך שם ס"ק ט"ז ודוק:

נו

א ואפי' הכחישו אחד מהן ואמר שלא עשאו שליש וכו'. הש"ך האריך לחלוק אדין זה ועיקר ראייתו מדברי תשו' הרא"ש כלל ס"ח בראובן התובע לשמעון פרע לי שטרי ואף שהוא בידך קרוע מ"מ ממני נפל ושמעון השיב לוי בא בשליחות ראובן ומסר לי השטר קרוע ואמר כי ראובן מחל החוב וצוהו להחזיר לי השטר ופסק הרא"ש כיון דשמעון מודה שלא פרע לראובן וא"י מהמחילה רק ע"פ לוי חייב שמעון לפרוע לראובן ול"ד להה"א דפז"ב בההיא איתתא דאפקידו שטרא בידה והימנה ר"נ דהתם הושלש השטר בידה לדברי שניהם והשליש נאמן אבל הכא אין ראובן מודה שהשליש ביד לוי כלום ולכך אין לוי נאמן דלא הוי שליש כלל אלמא מוכח דהיכא דהוא מכחיש את השליש אין השליש נאמן וליכא למימר דשא"ה שאין הלוה טוען ברי אם לא ע"פ השליש זה ליתא דהיכא דהשליש נאמן אף היכא דאין הלוה יודע מהימן השליש כדמוכח בפ' התקבל גבי שליש אומר לגירושין דפלוגתייהו דר"ה ור"ח בשהיא אינה יודעת ואפ"ה לא פליג ר"ה אלא בגיטין אבל בממון דאתייהב למחילה לכ"ע השליש נאמן וכן מדברי התוס' פ' התקבל והאגודה שכתבו דמהימנינן לשליש אף היכא דלית ליה מיגו ולפיכך אף בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מהימנינן לשליש היכא דלא אמר בתורת שאלה אתי לידיה אלא בתורת פקדון עכ"ל הרי מוכח להדיא דהיכא דהוא מכחיש ואומר דבתורת שאלה אתי לידיה ולא עשאו שליש אין השליש נאמן ולמדנו מתשובת הרא"ש דמי שאומר אתה נתת לי כלי זה ליתנו לפ' והמקבל אינו יודע והנותן מכחישו ואומר שלא נתנו בידו מעולם צריך השליש להחזירו להנותן אפי' יש לו מיגו שהיה יכול ליתנו בינו לבינו להמקבל ואפילו נתנו כבר להמקבל צריך המקבל להחזירו לו כיון שא"י אם לא ע"פ השליש אלו הן תורף דברי הש"ך וכ"פ בס"ס בסימני הדינים שלו ס"ז ולפענ"ד יש לתמוה טובא בהא דפסק דהיכא דא' אומר נתת לי כלי זה ליתנו לפ' והנותן מכחישו דצריך להחזירו להנותן ואף שמסרו להמקבל חייב המקבל להחזירו להנותן כיון שאין המקבל יודע ואמאי לא להימן השליש במיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי או נתתו לי עצמי ואח"כ היה נותנו ליד האח' ול"ד לשטר דאירי ביה הרא"ש דהתם לא שייך מיגו זה דהא אין אותיות נקנין אלא בכתיבה ומסירה משא"כ במטלטלין וכן מוכח להדיא בספז"ב גבי ההיא איתתא דנפק שטרי מתותי ידה ואמר' ידענא ביה דפרוע הוא והימנה ר"נ דא"ל רבא כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה והיינו משום דהאיתתא נאמנת במיגו דאי בעי אמרה לקוח הוא השטר בידי ומחלתו להלוה וכמ"ש הרי"ף והרא"ש שם וכל הראשונים וכמ"ש בסי' ס"ו ס"ק א' ע"ש וא"כ ממילא במטלטלין הוי מיגו מעליא

לכ"ע ואפי' היכא שהמטלטלין יוצאין מיד המקבל ואמר שהשליש אמר לו כן מ"מ כיון שהוא טוען ברי שכך אמר ליה השליש בשעה שמסר לו המטלטלין מהימן כמ"ש הט"ו בס"ו גבי שליש הנעשה ע"י שליח דמהימנינן לשליש שכך אמר ליה השליח והשליח היה נאמן בשעה שיצא השטר מתח"י אך לשיטת הרא"ש דהיכא דהוא מכחיש השליש א"נ מ"מ נאמן אם היה לו מיגו בשעה שהוציא השטר מתחת ידו כמ"ש הש"ך שם ואולי הש"ך מיירי דיש להנותן עידי פקדון וראו אותו עתה בידו או ביד המקבל דבכה"ג ליכא מיגו וקמ"ל דלא מהימנינן ליה מתורת שליש דהוי כמו דברים העשוים להשאיל שהביא הש"ך מדברי התוס' דלא מהימן השליש אם הנותן אומר דבתורת שאלה אתי לידיה וה"נ כיון שהנותן מכחישו לא הוי שליש ומיגו ליכא כיון דאיכא עדי פקדון וראה אך באמת לכאורה אין לנו צורך ללמוד דין זה מתשו' הרא"ש שכן מוכח להדיא מש"ס ערוכה בב"ב דף מ"ה ע"ב שהביא הש"ס ברייתא ראה בגדו ביד אומן וטליתו ביד כובס ואמר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום בפני אמרת למוכרו וליתנו לו במתנה דבריו קיימין ופריך מאי שנא רישא ומ"ש סיפא ומשני רבה סיפא ביוצא מתחת יד אחר וקאמר ליה אחר בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה מיגו דאי בעי א"ל מינך זבינתיה כי א"ל נמי בפני אמרת לו למוכרו דבריו קיימין הרי להדיא דדוקא כשהאחר טוען ברי בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה מהימנינן ליה במיגו דמינך זבינתיה אבל כשהאחר אינו טוען ברי בפני אמרת לו כן אלא שאומר שהאומן אמר לו כן אין דבריו קיימין ואמאי כיון שהוא טוען ברי שהאומן א"ל כן שצוהו למוכרו וליתנו לו במתנה להימן שכך אמר ליה האומן במיגו דמינך זבינתיה והאומן גופיה מהימן מדין שליש ובכה"ג הוי ליה כשלישות יוצא מתח"י דהוי כשליש הנעשה ע"י שליח בס"ו דמהימנינן ליה שכך אמר ליה השליח כמ"ש בסק"ג א"ו כיון שהבעה"ב מכחיש להאומן א"נ מתורת שליש ובאמת מזה ראיה גדולה לשיטת הש"ך דבמכחיש להשליש אין השליש נאמן אף לפי מה שדחה התומים ראיית הש"ך מהתוס' דשאני דברים העשוים להשאיל דלא שייך התם לומר דהימניה שאין דרך להשאיל בעדים שלא יהיה לו שם רע בשכניו ואדרבא מדכתבו התוס' דאם אומר לפקדון השליש נאמן אף דליכא להשליש מיגו כיון שהם דברים העשוים להשאיל מ"מ נאמן כיון דהימניה דהא יכול לומר החזרתי א"כ מוכח דס"ל להתוס' דאף במכחיש השליש נאמן וע"ש ודברים נכונים הם מ"מ לסוגיא זו מוכח כשיטת הש"ך דנהי דאומן אין לו חזקה מ"מ שייך לומר גביה הימניה מדלא נתן לו בעדים כמ"ש התוס' בסוגיא שם ואף אם נאמר דלמ"ד אומן אין לו חזקה ה"ל נמי כדברים העשוים להשאיל דאין דרך ליתן לאומן בעדים מ"מ אכתי

תקשה לרבה התם דמשני לאביי דאומן יש לו חזקה והברייתא מיירי שיש עידי פקדון וראה דאל"כ נאמן לומר החזרתי וא"כ לדידיה הוי האומן כשליש דשייך לומר אף בעידי פקדון הימניה כיון דיכול לומר החזרתי כדמוכח בתוס' דפ' התקבל וכמבואר במרדכי להדיא וא"כ למה לו להאחר לומר בפני אמרת לו אף שאמר שכן אמר לו האומן להימן דהא הוי כשליש א"ו היכא שמכחיש את השליש אין השליש נאמן אך מ"מ יש לדחות ראיה זו די"ל דבמכירה אין להאומן תורת שליש עליו דכיון שהבע"ה מכחיש ואומר שלא צוהו למכרו ולא נטל ממנו שום ממון אין להאומן דין שליש דבכל מקום אין השליש נאמן אלא היכא שאין הדבר נוגע לו אז מהימן משום חזקה דא"א חוטא ולא לו מה שאין כן כשהוא נוגע בדבר א"כ הכא שהאחר אומר שהאומן מכרו לו לא חשיב כשליש די"ל דמכרו כדי שיטול המעות לעצמו ואין תורת שליש עליו ולכך הבעה"ב יכול להוציא מהאחר ואע"ג דבברייתא קתני נמי דהאחר טוען שהאומן נתנו לו במתנה ובכה"ג הוי האומן כשליש גמור דהא אין לו הנאה מזה מ"מ י"ל דהא דנקט בברייתא בפני אמרת לו משום מכירה נקטה ובאמת לענין מתנה מהני נמי כשאומר שכך א"ל השליש שהוא האומן וע' סי' קל"ד ס"ד ובש"ך שם ובש"ך סימן ע"ב ס"ק צ"ז ומ"ש בסק"ג ועדיין צריך ישוב ודוק:

ב והוציא מתחת ידו בב"ד וכו'. ואפי' הוחזק השטר כבר בב"ד דלית ליה מיגו דאי בעי קלתיה מ"מ כיון שהוא שליש מהימן כיון דהימניה הכי הוא מסקנא דש"ס בס"פ ז"ב ללישנא בתרא דאיתותב דאע"ג דאתחזק שטרא בב"ד דליכא מיגו דאי בעי קלתיה מ"מ מהימן מתורת שליש ולכך כתב הב"י בשם רי"ו דאם נטלו אחר מרשות השליש לא מהימן אי אתחזק שטרא בב"ד ואי לא אתחזק בב"ד אפי' האחר מהימן במיגו דאי בעי קלתיה ע"ש והיינו אף אם השליש הפקידו ביד אחר לא מהני מה שהאמינו השליש אח"כ שיש מיגו להאחר ונראה דלשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' ס"ו סי"א דאדם נאמן לומר שטר קנין היה לי ואבד לענין קנין שטרות א"כ אף שהשטר הוא ביד אחר ואתחזק בב"ד אכתי אית ליה מיגו דאי בעי אמר לקוח הוא בידי והשטר קנין נאבד ממני והא דאמרינן בש"ס כיון דאתחזק שטרא בב"ד דאי בעי קלתיה לא אמרינן ולא מהימן במיגו דלקוח י"ל דהא דאמר כיון דאתחזק שטרא בב"ד היינו שהמעשה היה שהיו עידי פקדון וגם ראו בידו מקודם שטען פרוע דתו לית ליה מיגו דלקוח וכצ"ל ע"כ בהא דפריך הש"ס התם מברייתא דאין עליו עדים ויוצא מתח"י שליש או שיצא אחר חיתום שטרו' כשר אלמ' דשליש מהימן ופי' התוס' דהיינו שיוצא השטר והסמפונות מתח"י שליש כשר ומשמע ליה אפי' אתחזק דומיא דיוצא אחר חיתום שטרות ומאי קושיא דילמא

הברייתא אתיא כרבי דס"ל אותיות נקנות במסירה וא"כ אפי' אתחזק שראו הב"ד השטר בידו מקודם דליכא מיגו דקלתיה מ"מ איכא מיגו דלקוח הוא בידי א"ו דהברייתא מיירי דאתחזק אפי' בגוונא דליכא מיגו כלל כגון שהיו עידי פקדון וראה וא"כ י"ל דגם עובדא דר"נ היה בכה"ג דאתחזק שטרא בב"ד וגם היה עידי פקדון דליכא מיגו דלקוח ומה שהקשה הרא"ש בס"פ ג"פ בשם הרמב"ן לשיטת הרמב"ם מלישנא קמא דא"ל רבא לר"נ כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה וא"ל ר"נ משום דאי בעי קלתיה אלמא דלרבנן כיון דבעי כתיבה לא מהימנא לומר שלי הוא והשטר קנין אבד יש לתרץ דהא בלישנא קמא דהימונה ר"נ משמע אף בלא שבועת היסת כלל וכ"כ הבעה"ת שער נ"ב בשם רב האי ויש להבין דלמאי דהוי ס"ד דרבא דטעמא משום דאותיות נקנות במסירה הא אף אי היתה טוענת לקוח היתה צריכה היסת ואמאי הימנה בל"ש כלל ומ"ש בהג"א ספז"ב דנאמן לומר לקוח בלא היסת הוא תמוה ואין בו טעם אך י"ל דל"ק דבס"פ ז"ב ס"ל כלישנא בתרא דפ' שבועת הדיינים דלא חייב ר"נ היסת אלא היכא דאיכא דרא דממונא כגון שאומר לויתי ופרעתי אבל בטוען להד"ם כיון דליכא דרד"מ פטור מהיסת ולפ"ז ניחא דלמ"ד אותיות נקנות במסירה אי אמר לקוח פטור מהיסת דטענת לקוח מיחשב כליכא דרד"מ כמ"ש התו' להדיא בפחז"ה דף מ"ה ע"ב ד"ה המפקיד ע"ש אבל למ"ד אין אותיות נקנות במסירה אף דנאמן לומר שטר קנין היה לי ואבד מ"מ צריך היסת כיון דבעי כתיבה והוא טוען שהשטר קנין אבד איכא ריעותא ומיחשב כדרד"מ כמ"ש התוס' בפ' ש"ה והרא"ש בפ"ק דמציעא דהיכא דאיכא סהדי דאכל תרי מינייהו כיון דאיכא ריעותא מיחשב כדרד"מ ע"ש ולכך הוצרך ר"נ לומר מיגו דאי בעי קלתיה דאז לא היה צריך שבועה שהיה טוען להד"ם וליכא דרד"מ או שהיה טוען שאבד השטר וכיון שאין בו דין שומרים פטור אף מהיסת דאין נשבעין על טענת ספק כמבואר בס"ס ס"ו וסי' צ"ה ע"ש גם י"ל דהא דאמר ר"נ דאי בעי קלתיה לאו מטעם מיגו הוא אלא משום כיון דהיה יכול לקרעו מיחשב שליש וא"צ שבועה אף היכא דאתחזק שטרא וליכא שום מיגו מ"מ כיון דהימניה בשום פעם נאמן בל"ש וכן מוכח מדברי בעה"ת בשם רב האי שהוכיח מכאן דשליש נאמן בל"ש אלמא דטעמא לאו משום מיגו הוא אך בס"ד דרבא עכצ"ל דטעמא משום מיגו הוא וכמ"ש וס"ד דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה כמו דס"ד דרבא בסוגיא דקציצה דרב ושמואל ס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה כמ"ש הר"ן שם ע"ש או י"ל דהכא בשליש כיון שאינו נוגע בדבר לכ"ע אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וא"ש ודוק אך כ"ז לפי שיטת הרמב"ם והמחבר דנאמן לומר שטר קנין היה לי ואבד אך הרב רמ"א בסי' ס"ו סי"א בהגה הכריע דא"נ לומר שטר קנין היה לי ואבד ע"ש

ג אבל אם יש להם תערומת. הש"ך פי' בכוונת הבעה"ת והטור דמשם הוא מקור דין זה דכוונתם אם יש להם תערומת עליו שהוציא השלישות מתח"י שלא כדין אף שהשליש מעיד לטובת מי שניתן אליו השלישות מ"מ א"נ אף כע"א דמיחשב נוגע בעדות ואף דבתשו' מהר"ם ומרדכי והאגודה מוכח להדיא דס"ל דשליש נאמן כע"א אף שתובעים אותו שהוציא השלישות מתח"י שלא כדין משום דשליש נאמן אף שאין שלישותו בידו שכדין עביד למפרע בעוד שהיה בידו בלא שבועה מ"מ דברי בעה"ת והטור נכונים יותר ע"ש שהאריך בזה ונראה דאף הש"ך לא קאמר אלא לענין שבועה דהיכא דיש תערומת עליו א"כ השליש כע"א לפוטרו משבועה משום דשליש מיחשב כנוגע כיון דצריך שבועה ועד שצריך שבועה אינו עד אבל מ"מ זה שמוחזק בדבר השלישות לא מפקינן מיניה אף שא"י בזכותו אלא ע"פ השליש מ"מ מסתמא השליש כדין עביד וראיה ממ"ש הט"ו בס"ו בשליש שנמסר לידו ע"י שליח אף שאין השליש יודע אלא ע"פ השליח מ"מ השליש נאמן שכך א"ל השליח והשליח היה נאמן בשעה שהוציא השלישות מתח"י והבעה"ת הביא ראי' לזה בשם הרמב"ן מסוגיא דגיטין דאמרינן ומודה ר"ה דאי אמרה לדידי אמר לי לגירושין יהביה ניהליה דמהימנא ופריך הש"ך מי איכא מידי דשליש גופא לא מהימן ואיהי מהימנא אלמא דלר"ח דס"ל שליש נאמן איהי נמי מהימנא שכך אמר לה השליש ואף שעכשיו אין השלישות יוצא מתח"י ואיהי א"י וה"נ בשליש הנמסר לו ע"י שליח ע"ש הרי להדיא דאף שעכשיו אין הדבר ביד שליח ולית ליה מיגו מ"מ מחזיקינן שכדין עבד בשעה שמסר הדבר ליד השליש וכן מחזיקינן לשליש שכדין עבד במה שמסרו להבע"ד אך מ"מ דברי הש"ך הן מרפסין איגרי דאמאי כשהשליש מוציא השלישות מתח"י לפנינו מהימנינן ליה בלא שבועה וכשהוציאו שלא בפנינו יהא צריך שבועה אח"כ וכבר האריכו בתשו' בית יעקב בחח"מ סי' ה' והרב בתומים להשיג עליו בזה והעיקר כדבריהם בזה דנאמן אף בלא שבועה ומ"ש הבעה"ת והטור דכשיש להם תערומת עליו א"נ כע"א היינו שמחולקים בסך הממון וכמ"ש הסמ"ע אלא דיש להקשות מהא דפסק הרמב"ם והמחבר בסי' קפ"ה ס"ה לענין סרסור דאם ראובן אומר במאה אמרתי לך למוכרו והסרסור אומר בנ' נשבע הסרסור ש"ד ואם ידע הלוקח שהחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים ויחרים על מי שנתן לו רשות למוכרו בנ' וע"ש ואמאי לא מיחשב הסרסור כשליש דהא הבעה"ב נתן לו למוכרו ואין הדבר נוגע להסרסור כלל וא"כ יהיה הסרסור נאמן כשליש ואף שאין הלוקח יודע מ"מ השליש נאמן כדמוכח כולה סוגיא דגיטין ובאמת הש"ך רמז לסי' קפ"ה ס"ה וכוונתו לזה ולא ידעתי למה שתקו בזה השב יעקב והתומים ולמה שרים עצרו במילין ואפשר

דמיירי התם בסרסור שנוטל שכר סרסרותו ולכך לא מיחשב כשליש דשליש א"נ אלא היכא שאינו נוגע בדבר דחזקה א"א חוטא ולא לו משא"כ התם י"ל דהוצרך למוכרו בנ' כדי שיטול שכר סרסרות כי לא מצא מי שיתן לו יותר ולכך לא מיחשב כשליש ולפ"ז היכא שאינו נוטל שכר סרסרות והמשלח מכחישו פטור משבועה דהוי כשליש ושליש נאמן בל"ש כמבואר בס"א וצריך ישוב:

ד כגון שבא הלוה עם אחר. הש"ך הסכים להסמ"ע דדוקא כשהלוה טוען ברי אבל אם אינו טוען ברי א"נ ע"ש והיינו משום דאזיל לטעמיה דהיכא שהוא מכחיש השליש אין השליש נאמן אלא היכא דאיכא מיגו להשליש ולכך כשאין הלוה יודע ליכא מיגו להשליש משא"כ להט"ו בס"א דאף שמכחיש להשליש השליש נאמן אם כן אף שאין הבע"ד יודע השליש נאמן כדמוכח כולה סוגיא דגיטין וכמ"ש הש"ך בסק"ה ועמ"ש בסק"א:

נז

א ואם א"ר להחזיר שטר פרוע. ע' בש"ך סי' ס"א ס"ק י"ז דפי' דאף אם המלוה נותן שובר להלוה אם השטר בידו עובר על לאו דדברי קבלה אל תשכן באהלך עולה אך מדבריו שם נראה שהוא מסתפק בדין זה ואשתמיטתיה דברי רש"י בשבת דף ע"ט ע"א ד"ה והכא בכותבין שובר קמפלגי שמבואר שם להדיא כן דאף דנותן לו שובר אסור להשהות שטר פרוע לכ"ע וכ"מ בתוס' שם וע"ש:

ב אלא ע"י הדחק. במ"מ כתב הטעם בשם ר"י דכיון דאלו הוי ידע לא היה מקבל אותן לא מיחשב פרעון ונראה דאף אם לא היה בהן רק מקצת מעות שאין יוצאים אלא ע"י הדחק והחזיר כולן השטר כולו קיים אף נגד המעות הטובי' דהא מבואר בסי' ע"ד ס"ד בהגה דהיכא דהגיע הז"פ אין המלוה צריך לקבל הפרעון בפרוטרוט א"כ הכא כיון שנמצא בהן מטבעות גרועי'. שלא היה מכיר בהן יכול להחזיר כל המעות דא"צ לקבל המעות לאחדים ולא הוי פרעון כלל והשטר כולו קיים כנ"ל ועמ"ש בסי' ע"ד שם:

נח

א אם לא נתנם לו בפני עדים. מעשה בא לידינו ביורשי' שהוציאו שט"ח שירשו מאביהם על אחד והלה טען פרעתי לאביכם בפניכם והיורשי' השיבו אמת שראינו שקיבל ממך מעות בתורת פרעון אך שמא הוא מהלואה אחרת ופסקנו שאין היורשים יכולים לגבות בשטר זה כלל אף דבשאר שטר גובים בשבועת היורשים שלא פקדנו אבא מ"מ שטר זה

איתרע כיון דמבואר בש"ס דאין המלוה נאמן לומר סטראי אלא במיגו דלהד"ם והיינו משום דסטראי טענה גרועה הוא כמ"ש הטור בסי' פ"ג בשם בעה"ת דלכך ביש עדים דליכא מיגו לא מהימן דטענה גרועה הוא שהפרעון ודאי והחוב האחר ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ הכא כיון שהיורשים מודים שראו שפרע לאביהם אלא שא"י אם על חוב זה או על חוב אחר הרי הם בעצמם עדים שנפרע אביהם ואיתרע שטרא דהא מיגו לא שייך הכא דהא הם טוענים ספק וא"ר לשקר כלל ולפי דבריהם בעצמם איתרע שטרא ולא מצי לגבות ממון בספק וליכא למימר כיון דב"ד טוענים עבור יתומים הוי כטענת ברי כמ"ש הרא"ש רפ"ב דכתובות זה ליתא דלא מצינו דהב"ד טוענים בשביל יתומים אלא להחזיק ולא להוציא כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב והכא כיון דלפי דבריהם איתרע שטרא היכי מצי להוציא ממון מספק וכעין זה מצינו בסי' ע"ב סל"ד דיורשים אינם גובים בשטר שמודים שהלוה הניח עליו משכון וטוענים שאפשר שנאנס המשכון ע"ש אך מ"מ יש לדון בזה טובא דהנה הרא"ש הקשה דל"ל להש"ס למימר דנאמן לומר סטראי במיגו דלהד"ם מה לי סטראי מה לי להד"ם הא איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי ותי' דסטראי טענה גרועה הוא דחזקה לא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ והנה לכאורה קשה לפ"ז דא"כ אף כשפרעו בסתם לפני עדים להימן המלוה לומר סטראי נינהו ממלוה בשטר אחר שהיה לי עליך והחזרתי לך את השטר משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"ל דאה"נ זה ליתא דא"כ אף אם אומר סטראי נינהו ממלוה ע"פ להימן במיגו דאי בעי אמר סטראי ממלוה בשטר אחר ועוד דהא הטור בסי' ל' והבעה"ת כ' להדיא דאף כשטוען סטראי ממלוה בשטר אחר לא מהימן כשפרע בפני עדים וצ"ל דס"ל להרא"ש דכשפרע בפני עדים ודאי סטראי טענה גרועה הוא דאיתרע שטרא כיון שעדי' ראו הפרעון ויכול לומר דלכך לא נטל שטרו דסמיך א"ע על העדים משא"כ בלא עדים קשה שפיר דלמה ליה להש"ס לטעם מיגו ואמאי לא מהימן לומר סטראי כמו להד"ם כיון דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי לכך הוצרך הרא"ש לתרץ דהש"ס מיירי בטוען סטראי ממלוה ע"פ וטענה גרועה הוא דחזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ ולכך א"נ אלא מטעם מיגו וכ"כ הכנה"ג בביאור דברי הרא"ש אלו וא"כ לפ"ז בנ"ד ביורשים שראו הפרעון שפרע אביהם שלא בפני עדים לא איתרע שטרא כלל דמוקמינן השטר על חזקתו משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ותלינן דהפרעון היה מחוב אחר שבשטר והחזיר לו השטר ונשבעין היורשים שלא פקדנו אבא כמו בשאר שטר דגובין בשבועה משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אף בספק משום דמוקמינן השטר על חזקתו וה"נ גם יש להוכיח מדברי הרמב"ן דס"ל דטענת סטראי

בעצמה טענה מעלייתא היא דהא הבעה"ת הביא בשם הרמב"ן שפסק דבישׁ ע"א על הפרעון והוא אומר סטראי א"צ לישבע כדי ליטול דכי תקינו רבנן שבועה בע"א מעיד שהשטר פרוע היינו היכא שמעיד שפרע שטר זה וכדי להפיס דעתו של בעה"ב אבל היכא שאין העד מעיד בפי' שהשטר הוא פרוע מפויס ועומד הוא ולכאורה תימה כיון דסטראי הוא טענה גרועה וא"נ אלא במיגו דלהד"ם א"כ כי היכא דאי טעין להד"ם היה צריך שבועה נגד העד ה"נ בטענת סטראי נמי חייב שבועה דאל"כ איערומי קמערים וכן הדין בשטר פקדון בסי' רצ"ז דחייב ש"ד על טענת החזרתי כיון דא"נ אלא במיגו דנאנסו וכדאמרינן להדיא בב"ב דף ע' וכ"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק נ"ו ע"ש וכן בחדושי הרשב"א בפ' שבועת הדיינים הביא בשם הרמב"ן שהקשה על שיטת ר"י הלוי שסובר דבנתנה לו בסתם ולא ידעו העדים אם בתורת פרעון או בתורת מתנה דנאמן לומר סטראי במיגו דמתנה נתנם לי והשיג עליו הרמב"ן דמיגו להוציא לא אמרינן והרשב"א הסכים עמו בקושיא זו אלא שכתב דנ"ל דאמרינן מיגו להוציא אלא דלשיטת ר"י הלוי דל"א מיגו להוציא יש להקשות כן ולכאורה תימה דא"כ אף בלא עדים היכי אמרינן בש"ס דנאמן במיגו דלהד"ם הא הוי מיגו להוציא ובאמת שכן הקשו התוס' וש"פ ותי' דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא וא"כ גם על הר"י הלוי לק"מ מכ"ז נראה דהרמב"ן והרשב"א סברי דהא דאמרי' בש"ס דנאמן לומר סטראי במיגו דלהד"ם לאו מתורת מיגו אתינן עלה אלא הוא לשון מושאל למיגו וה"פ מיגו דיכול לומר להד"ם ר"ל כיון דיכול לומר להד"ם ומהימן משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי יכול נמי לומר סטראי נינהו משום חזקה זו גופה דמסתמא על חוב אחר נטל המעו' כיון שלא החזיר לו שטרו אבל היכא דנתנם לו בפני עדים איתרע שטרא כיון דיש ריעותא לפנינו יכול לומר דסמיך א"ע אעדים דלא אסיק אדעתיה שיטעון סטראי ולכך בנתנם לו בפני עדים בסתם דס"ל להר"י הלוי דנאמן במיגו דמתנה הקשה הרמב"ן שפיר דהוי מיגו להוציא וכן היכא דליכא אלא ע"א שפרע בפניו בסתם פסק הרמב"ן שפיר דא"צ המלוה לישבע כלל דכיון שלא פרע אלא בפני ע"א לא איתרע החזקה דשטרך בידי מאי בעי כלל וטענת סטראי בעצמה טענה מעלייתא היא וא"צ למיגו כלל ולכך א"צ לישבע נגד העד דמפויס ועומד הוא דכיון דלא מכחיש את העד כלל לא תקנו רבנן שבועה בזה וז"ב ומוכרח בדברי הרמב"ן והרשב"א ולפ"ז ה"ה יורשין שראו הפרעון לאביהם בינו לבינו לא איתרע שטרא כלל ונשבעין שלא פקדנו וגובין כמו בשאר שטר אמנם מדברי התוס' פחז"ה והרמב"ן בחי' שם והבעה"ת והרא"ש שכולם הקשו אסטראי דהוי מיגו להוציא מוכח דס"ל דסטראי א"נ אלא מטעם מיגו משום דטענה גרועה היא בעצמה וכן מוכח מדברי התוס' בפ' הכותב ובפ' חז"ה דף ל"ד

שהקשו גבי עובדא דאבימי דליהוי משויל"מ והביאם הש"ך בס"ק כ"ג מוכח דס"ל דאף בלא עדים טענת סטראי טענה גרועה היא בעצמותה וא"נ אלא במיגו דאי אמרת דהא דא"נ ביש עדים הוא משום דאיתרע החזקה דשטרך בידי מאי בעי די"ל דסמיך עצמו אעדים א"כ בע"א דלא שייך לומר דסמיך עצמו אע"א א"כ טענת סטראי בעצמה טענה מעלייתא היא ולא שייך הכא נסכא דר"א כלל כיון דבע"א נאמן בעצמו מצד טענתו בלא מיגו כלל וכמו שהקשה הה"מ והרשב"א על הרמב"ם בע"א בשטר דל"ש גביה משויל"מ דכיון דבע"א בשטר לא שייך שטרך בידי מאי בעי א"כ טענת פרעתי טענה מעלייתא היא מצד עצמה ואף הרמב"ם לא פליג אלא משום דס"ל דאף בע"א בשטר שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי כמ"ש הב"י בסי' נ"א ע"ש ובאמת מזה יש להוכיח גם כן דהתוס' לא ס"ל כסברת הרא"ש דלכך סטראי בעצמה טענה גרועה היא משום חזקה דלא שביק אינש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ דהא התוס' בפ' הכותב נקטו בקושייתם אהא דאבימי דהוי השליח העד והוי משויל"מ כנסכא דר"א דלא הוי מיגו לא חציף לאכחושי העד בשבועה וכן הרמב"ן בחי' בפחז"ה ד' ל"ד הקשה ג"כ קושית התו' דליהוי משויל"מ לטעמ' דלא הוי מיגו בנסכא דר"א משום דלא חציף לאכחושי סהדא ולשיטת הרא"ש לק"מ דהא אי הוה טעין סטראי ממלוה בשטר אחר הוי מהימן דהא הטענה מעליא מצד עצמה ולא הוי משויל"מ כלל וא"כ אף אי טעין סטראי ממלוה ע"פ מהימן במיגו דאי בעי היה טוען סטראי ממלוה בשטר אחר א"ו דהתוס' בכתובות והרמב"ן דפחז"ה לא ס"ל כשיטת הרא"ש אלא דסטראי טענה גרועה הוא משום דהפרעון ודאי והחוב האחר ספק כמ"ש הבעה"ת ולכך אף בטוען סטראי ממלוה בשטר אחר גריעא טענתו ובעינן מיגו וכשיש ע"א שפרע הוי משויל"מ אך מ"מ אי משום הא לא איריא די"ל בכוונת דברי הרא"ש בדרך אחר דס"ל דלכך ביש עדים איתרע שטרא משום כיון דפרעו בפני עדים היה לו להמלוה לפרש שנוטל הממון בשביל חוב אחר שהחזיר לו השטר כבר בכדי שלא יתרע השטר שנשאר אצלו וכ"כ הב"ח בסי' ל' להדיא ע"ש וא"כ י"ל דאף כשפרעו בפני ע"א איתרע השטר דמ"מ ה"ל להמלוה לפרש כיון שפרעו בפני ע"א אבל כשפרעו בינו לבינו לא איתרע השטר כלל וטענינן ליתמי שהיה לו שטר אחר והחזירו אך מ"מ לפי מה שנראה מהבעה"ת דלכך איתרע שטרא בפרעו בעדים כיון שהפרעון ודאי והחוב האחר ספק אין ספק מוציא מידי ודאי נראה דה"ה ביורשים שראו פרעון לאביהם ואינם יודעים אם משטר שירשו מאביהם או מהלואה אחרת אינם גובי' בשטר זה ואפשר דאף הרא"ש מודה דיורשים אינם גובים בשטר זה כיון שהם עצמם ראו ריעותא לפניהם והלוה טוען ברי בכה"ג לא אמרינן שישבעו שלא פקדנו ויטלו וכן פסקתי למעשה שלא להוציא ממון

בשטר זה דמספיקא לא מפקינן ממונא והממע"ה ודוק היטב בכ"ז כי נ"מ טובא לדינא ועמ"ש בסק"ז:

ב אלא שלחם לו ע"י שליח. בחי' הרשב"א לקדושין בדף מ"ג כתב בפשיטות דבכה"ג דשלחם ע"י שליח דצריך המלוה לישבע שבועת המשנה ויטול דשליח נעשה עד והוי כע"א מעיד שהוא פרוע ע"ש והנה לכאורה נראה דהרשב"א אזיל לשיטתיה שם דס"ל התם דאף דהאידנא דתקנו רבנן שבועת היסת לא הוי שליח עד כמו דאיתא בש"ס שם מ"מ השתא שהודה המלוה שקיבל המעות אין השליח נוגע בעדותו כלל ונעשה עד לחייב שבועה אבל לפמ"ש התוס' בכתובות דף פ"ה וב"ב דף ל"ד והרמב"ן בחי' והר"ן שם דהשתא דתקנו רבנן היסת לא הוי השליח עד כלל ואינו מחייב שבועה ולכך לא הוי משויל"מ א"כ ליתא לדינו של הרשב"א ואין המלוה צריך שבועה כלל אך מ"מ דברי הרשב"א נכונים לפמ"ש לעיל דאף היכא שפרעו בלא עדים סטראי בעצמה טענה גרועה היא וא"נ עליה אלא במיגו דלהד"ם כדמשמע פשטא דתלמודא וא"כ הכא דשלחם ע"י שליח כיון דאם יטעון המלוה להד"ם שלא קיבל מן השליח כלום יצטרך לישבע בנק"ח וליטול כמבואר בסי' קכ"א ס"ט ומסתימת הפוס' שם משמע דאף במלוה בשטר דינא הכי וכן הש"ך שם בס"ק נ"ה מוקי לה בשטר ומוכח התם דאף בשטר צריך המלוה לישבע וליטול כשאומר שלא קיבל וא"כ השתא נמי שאומר המלוה סטראי חייב שבועה בנק"ח כיון שאינו נאמן אלא במיגו דלהד"ם כמו בשטר פקדון דצריך ש"ד בטענת החזרתי כיון שאינו נאמן אלא במיגו דנאנסו וליכא לאקשויי דא"כ מאי תי' התוס' במעשה דאבימי דלכך לא הוי משויל"מ משום דאין שליח נעשה עד לדידן דתקנו היסת דהא אכתי אי יטעון להד"ם צריך שבועה וא"כ השתא נמי צריך שבועה ומשויל"מ זה ליתא חדא דהא התוס' כתבו דלכך הוי משויל"מ ולא מהימן במיגו דהוה מכחיש העד משום דלא חציף להכחיש העד בשבועה וא"כ י"ל דוקא עד כשר אינו חציף להכחיש אבל עד פסול חציף להכחיש ועוד דבלא"ה לא שייך בזה משויל"מ דעד כאן לא אמרי' משויל"מ אלא היכא דתיקנו רבנן שבועה להכחיש את העד וא"י לישבע שהוא מודה לדבריו לכך חייב לשלם משא"כ הכא כיון דלדידן אין שליח נעשה עד והוא פסול לעדות אלא דמ"מ צריך המלוה לישבע כיון שא"נ אלא מחמת מיגו דלהד"ם וא"כ שבועה זו שהוא חייב לישבע מחמת המיגו יכול לישבע ונשבע ונוטל וז"ב אלא דקשה לי אמאי צריך המלוה לישבע שלא קיבל מן השליח במלוה בשטר דמי גרע מע"א מעיד שהוא פרוע והוא קרוב או פסול אף שאינו נוגע כלל פשיטא דאין בעל השטר צריך שבועה ליטול כמ"ש התוס' והרא"ש בפ' הכותב גבי מרענא שטרא אפומא דר"פ קרוב היה ע"ש

וא"כ אמאי צריך המלוה שבועה להכחיש את השליח וכי עדיף השליח מעד קרוב או פסול הא השליח צריך שבועה ג"כ ועד שצריך שבועה אינו עד וצ"ל כיון דחזינן דבמלוה ע"פ והלוה טוען א"י אם פרעתיך נוטל המלוה בלא שבועה ולא מצינו בשום מקום דעד פסול וזקוק להמלוה לשבועת המשנה ואפילו להיסת יש מחלוקת אי קרוב מזקיק להיסת בטענת ספק כמבואר בס"ס ע"ה בש"ך ואפ"ה כשהמלוה כופר ואומר שלא קיבל מן השליח מזקיקו השליח לשבועה בנק"ח אף דהוי כא"י אם פרעתיך א"ו צ"ל כיון שבודאי שלח לו להמלוה מעות וחזקה שליח עושה שליחותו וגם השליח טוען ברי שנתן לו מחייבינן להמלוה שבועה להכחישו כמ"ש הרשב"א בקדושין שם ולכך אף בשטר היכא שהשליח טוען שנתן לו מחייבינן להמלוה שבועה משום חזקה דשליח עושה שליחותו וא"כ ממילא אף כשהמלוה טוען סטראי חייב לישבע כיון שא"נ אלא במיגו דלהד"ם אך כ"ז לשיטת הבעה"ת אבל לפמ"ש לעיל בשיטת הרא"ש ורמב"ן שבבעה"ת והרשב"א בחי' לשבועות בשם הרמב"ן דכשפרעו בינו לבינו טענת סטראי בעצמה טענה מעלייתא היא אף בלא מיגו א"כ א"ל שבועה אף בשליח דעד שצריך שבועה אינו עד לפי שיטת התוס' וש"פ שהבאתי וגם י"ל דבכה"ג לא תקנו חז"ל שבועת ע"א מעיד שהוא פרוע דמפויס ועומד הוא וכמ"ש הרמב"ן בבעה"ת ומ"מ כיון דספיקא דדינא הוא אין המלוה נוטל אלא בשבועה וכמ"ש הרשב"א בקדושין להדיא ומסתבר טעמיה:

ג חייב השליח לפרוע למשלח. הכי איתא בפ' הכותב ואיכא למידק הא אם אמת היה שחייב לו חוב אחר בע"פ היה השליח פטור דהא אף בהפקיד אצל חבירו והלך הנפקד ונתנו למי שחייב לו המפקיד פטור כיון דמשתעבד ליה מדר"נ כמבואר בס"ס ק"ה וא"כ הכא כיון שיש לבעל השטר מיגו דלהד"ם שהוא טענה מעולה וטוען סטראי שהוא טענה גרועה הרי יש ראיה שאומר אמת שחייב לו חוב אחר וא"כ אף השליח יפטר דהוי כיש עדים שחייב לו חוב אחר בע"פ וליכא למימר דלא מהני מיגו אלא בבעל דבר עצמו אבל מיגו של אחר לא מהני לפטור את זה זה לית' דהא הרשב"א בתשו' הובא בב"י סי' ע"ב והביאו הרב שם בסי"ח בהגה פסק דאם ראובן השכין משכון ביד שמעון ולוי הביא עדים שהפקידו ביד ראובן ויש עידי ראה ביד שמעון דחייב שמעון להחזירו ללוי דהוי עדים וראה ואם שמעון אומר שיודע שראובן לקחו מלוי חייב להחזירו לראובן דנאמן במיגו דאי בעי אמר שהוא לקחו מלוי הרי להדיא דאף דאיכא עדים שהוא של לוי וראה ג"כ וברשות לוי עומד מ"מ מהני מיגו של שמעון ליתן החפץ לראובן וכן בסי' ס"ו ס' י"א איתא דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר המוכר והודה שהוא פרוע דנאמן במיגו דאי בעי מחיל והוא ש"ס ערוכה בספ"ק דמציעא הרי דמהני מיגו של המוכר לפטור את הלוה

אף שכבר מכר את השטר ויצא מרשותו וכן בסי' מ"ז ס"א במי שחייב לאחרים ואומר על שטר שבידו שהוא אמנה אף שא"נ לחוב לאחרי' מ"מ היכא שהשטר לא הוחזק בב"ד נאמן במיגו דאי בעי קלתי' הרי. אף שחייב לאחרים ולאו בע"ד דלוה הוא כלל דהא משתעבד מדר"נ מ"מ מהני מיגו דידיה לפטור את הלוה וא"כ ה"נ תהני מיגו של בעל השטר לפטור את השליח ואפשר לומר דכיון דאי טעין בעל השטר להד"ם לא הי' מיפטר השליח לכך אף שטען שחייב לו מצד אחר לא מהימן לפטור השליח ואף דמ"מ יש ראיה שאומר אמת דאי בעי לשקר היה טוען טפי טענת להד"ם שהיא טענה טובה ולמה לו לטעון סטראי שהיא טענה גרועה מ"מ לא עדיף טפי מע"א שאינו קם לממון אף שאין לו שום תועלת בעדותן לא מהימן משום דאמרי' דמשקר לאיזה טעם הידוע לו א"כ ה"נ כיון דבטענת להד"ם לא יפטור את השליח א"כ אף שטוען סטראי א"נ לענין פטור השליח דאמרי' שטוען כן בכדי לפטור את השליח ועוד י"ל דעד כאן לא מהני מיגו של אחר אלא כשהבע"ד טוען ברי אלא שא"נ בטענתו לזה מהני מיגו של אחר לפוטרו דמ"ל דיש להבע"ד עצמו מיגו או שיש מיגו לאדם אחר ס"ס יש ראיי' מהמיגו דטענתו של זה אמת משא"כ בדבר שהבע"ד א"י ומחויב לשלם מצד הדין כמו הכא שהשליח פשע במה שלא נטל את השטר כמו שצוה לו והמשלח טוען ברי שהזיקו שאינו חייב חוב אחר כלל והיזקו נראה לעיני' והשליח א"י אם האמת כן או לא לא אלים מיגו של אחר כעדים לפוטרו מממון בטענת ספק וכ"מ מדברי הש"ך בס"ס ע"ה שכתב בשם מוהרש"ל באבי החתן שמוחזק בממון של אבי הכלה וטוען שכך וכך התנית ליתן לבני והלה טוען להד"ם אז יכתוב החתן הרשאה לאביו ואביו נאמן במיגו דלהד"ם אף שהחתן אינו יודע מהחיוב אלמא דוקא כשנותן הרשאה לאביו דהוי כבעל דבר דידיה הוא דמהני אבל בלא הרשאה לא מהני מיגו של האב לזכות בנו להוציא ממון בספק וכמ"ש הש"ך שם להדיא וא"כ ה"ה לפטור נמי י"ל הכי דלא מהני מיגו של אחר להחזיק בממון מספק ובזה נתיישב לי דברי הש"ך בסי' נ"ו סק"ה שפסק דמי שאומר אתה נתת לי כלי זה ליתנו לפלוני והמקבל א"י והנותן מכחיש השליש שלא נתנו לו מעולם צריך השליש להחזירו לנותן ואפ' נתנו כבר להמקבל צריך המקבל להחזירו לו כיון שא"י אלא ע"פ השליש ותמהתי עליו בר"ס נ"ו סק"א דאמאי לא מהימן השליש במיגו דאי בעי אמר אתה נתתו לי וחזר ונתנו לפ' במתנה ולפמ"ש ניחא דכיון שאין המקבל יודע אין לו רשות להחזיק בממון של נותן ע"פ מיגו של הנותן אך מ"מ אין זה מוכרח די"ל דע"כ לא כ' מהרש"ל דבעינן הרשאה לאביו היינו משום שהבן בא להוציא ממון מחותנו והוי כמיגו להוציא דלא אמרינן משא"כ היכא שהנתבע מוחזק בממון מהני מיגו של האחר

לפוטרו אף שהנתבע מסופק ואף גם בדינא של מוהרש"ל משמע בתשובת מבי"ט ח"א סי' קנ"ו דלא כוותיה דאף בלא הרשאה מהני מיגו של המוחזק לזכות לאחר דפסק שם במי שלוה מלוה ע"פ מבן אחיו ותופס המעות באומרו שאביו היה חייב לו ולשאר אחיו חוב אחד ושאר אחיו מתו ותופס המעות בשביל חובו ושאר בני אחיו דמהני תפיסתו אף בשביל חלק שאר בני אחיו להתפרע ממנו בשביל חלק אביהם ונאמן במיגו דלהד"ם אך אפשר לומר דבנידון המבי"ט אף מהרש"ל מודה דהא כיון דטעמא דבעי הרשאה משום דהוי מיגו להוציא ולא מהני תפיסת המוחזק בזה בשביל האחר משום דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני וה"נ חב בתפיסתו את אבי הכלה וא"כ הכא בנידון המבי"ט כיון שזה תופס גם בשביל חוב עצמו ומהני תפיסתו מהני תפיסתו גם לגבי שאר בני אחיו דזכין לאדם שלא בפניו ומיגו דזכי לנפשיה זכי גם לחבריה כמבואר בסי' ק"ה ס"ב ובש"ך שם וזה נכון ודוק ועדיין צ"ע לדינא בענין זה ודע דהיכא דהשליח משלם להמשלח נראה דא"צ המשלח לישבע שאינו חייב לבעל השטר חוב אחר בע"פ משום דאין נשבעין על טענת ספק דל"ד לשבועת הפועלים בסי' נ"א ושבועת המלוה בסי' קכ"א דצריכים לישבע וליטול ע"פ הכחשת החנוני והשליח כיון שבאים ליטול דשא"ה שיש חזקה שליח עושה שליחותו כמ"ש הרשב"א בחידושיו לקדושין דף מ"ג וע' בש"ך סי' קכ"א ס"ק מ"ב או משום דמשלם שני תשלומין ואחד מהם ודאי בחנם משא"כ הכא דהשליח פשע וחייב לשלם מדינא א"י להשביע את המשלח בספק ע"י טענת בעהש"ט שהוא נוגע בדבר והוי כא"י אם פרעתיך דנוטל המלוה בלא שבועה וכ"מ מסתימת הפוס':

ד ובאו אלו והעידו. והיכא דאית למלוה נאמנות כבי תרי העלה הסמ"ע והש"ך דנאמן לומר סטראי נינהו והיכא שיש ביד הלוה כת"י המלוה שקבל כך וכך דעת הסמ"ע דמ"מ המלוה נאמן כיון שיש לו נאמנות כבי תרי אך הב"ח והש"ך והגיד"ת חולקים עליו ובסי' ע"א ס"ט הבאתי דבתשו' הרי"ף מבואר להדיא כהסמ"ע והוא באחד ומי ישיבנו:

ה הרי בטל השטר. הב"י וד"מ והסמ"ע והש"ך כתבו בשם תשובת הרא"ש דהיינו דוקא ששתי התביעות היו שלו אבל אם על חוב שבשטר הוא בא בהרשאה ועל הממון שהודה שקיבל הוא בא מכח עצמו לא משום דאי בעי מהדר ההרשאה למריה ולא נשאר אצלו אלא תביעת ממון שקיבל וע"ז נאמן בשבועה והביא הש"ך בשם הרא"ש ראיות לזה מהך דינא דלקמן סי' קי"ט וקמ"ח משמע דלשיטת הרמב"ם והרשב"א בסי' קי"ט דס"ל דלא אמרי' אי שתקת מהדרנא שטרא למריה ליתא להאי דינא וכ"כ הכנה"ג להדיא ויש להקשות מהא דאיתא בתשו' מיימוני לספר קנין סי"ד ובמרדכי סוף כתובות בשם תשו'

מוהר"ם וכ"פ הרב רמ"א בסי' קע"א ס"ג בהגה בג' שהיו שותפין בבית ולשנים היה בהן דין חלוקה ולא' אין בו כדי חלוקה וקנה א' מהן חלקו של הא' שאין בו כדי חלוקה א"י לבטל החלוקה אע"פ שהמוכר יכול לבטלה ולא אמרי' אי בעי מהדר שטרא למריה דל"א כן אלא להחזיק מה שבידו ולא אמרינן כן להוציא ע"ש ולהרב בעל צ"ל בתשובותיו סי' ט"ו אשתמיטו ליה דברים אלו ע"ש וא"כ ה"נ אמאי אמרינן אי בעי מהדר שטרא למריה בכדי להוציא מן הלוה ואפשר דהכא עדיף טפי כיון דבא בהרשאה אינו אלא שליח בעלמא דקי"ל שליח שויה וסוף שיבוא המעות ליד בעל השטר המשלח בכה"ג אמרינן אי בעי מהדר הרשאה למריה אף להוציא וא"כ לפ"ז י"ל דאף הרמב"ם והרא"ש מודי' דהכא אמרי' אי בעי מהדר הרשאה למריה ודלא ככנה"ג אמנם לא זכיתי להבין בזה דברי קדשו של הרא"ש ז"ל דמאי מדמי האי דינא להאי דסי' קי"ט וקמ"ח דבשלמא התם שייך שפיר לומר אי בעי מהדר הרשאה למריה משום דאם יחזיר שטרו לא יהא יכול לגבות מהאידך מדינא אבל הכא מה יועיל מה שיחזיר ההרשאה אכתי כיון שהבעל השטר כבר נתן לו ההרשאה בכדי לגבות בו הרי יש רשות ביד הלוה לשלם המעות להשליח ואלו הוה ידעינן שפרע להשליח המעות ונאבדו ממנו היה פטור הלוה כיון שפרע לו ע"פ הרשאת המלוה וא"כ כיון דהכא מיירי שיש עדים שנתן מעות להשליח בתורת פרעון אלא שאינם יודעים אם הוא בעבור חוב זה או חוב אחר א"כ כיון דקי"ל דאתרע שטרא א"כ אף שיחזור ויתבע אותו בעל השטר עצמו בשטרו לא יהא יכול לגבות בו דהא הלוה יברר בעדי' שפרע להשליח שבא בהרשאתו ואף שהשליח טוען סטראי מ"מ איתרע שטרא והלוה נאמן לומר שהפרעון היה על חוב שבשטר וליכא למימר דמיירי שעידי הפרעון אינם יודעים כלל מן ההרשאה ולכך אית ליה מיגו דאי בעי מהדר ההרשאה למריה ובעל השטר יכפור שלא נתן ההרשאה כלל לשליח ויגבה בשטרו ויהא המלוה רשאי לעשו' כן כיון דהרא"ש ס"ל בסטראי אי תפיס לא מפקינן מיניה רשאי לכפור בכדי לתפוס את חובו מהלוה זה ליתא דמאי מיגו הוא זה דדילמא המלוה אינו רוצה לשקר דהא הלוה יכול להשביעו ע"ז שראה הרשאה ביד השליח ופרע לו בפני עדי' ועוד דלא מהני תפיסה בסטראי אלא היכא שטוען ברי אבל הכא שהמלוה בעצמו א"י האמת אם מגיע להשליח חוב אחר א"י לתפוס מן הלוה בטענת ספק דבטענת ספק לא מהני תפיסה כמ"ש הרא"ש ספ"ק דמציעא ופ"ב דכתובו' וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ב ס"ק ט"ו וא"כ אין המלוה רשאי לכפור ולתפוס מן הלוה בספק וא"כ לא שייך כלל לומר אי בעי מהדר הרשאה למריה כיון שלא יועיל כלל דהא המלוה לא יהא יכול לגבות בו אך באמת המעיין בתשו' הרא"ש כלל פ"ו סי' ט"ו יראה דהמעשה היה שהבעל בא בהרשאת אשתו

לגבו' מעזבון אביה חוב שנתחייב לה אביה והיורש הוציא כתב הודאה שבעלה קיבל מהעזבון כך וכך ממון ולא נתבאר בהכתב על מה קיבל והבעל טען שהיה מגיע לו ממון אחר וא"כ י"ל דהכתב קבלה שביד היורש היה נכתב קודם שהיה לו ההרשאה מאשתו וכן משמע שם קצת מלשון השאלה אלא שהיורש טען שמ"מ קיבל הממון בעבור חוב אשתו שהאמינו כיון שהוא בעל אחותו וא"כ בכה"ג י"ל שפיר דאי בעי מהדר ההרשאה ואשתו תהא יכולה לגבות בדין מאחיה שלא היה לו לפרוע לבעלה בלתי ראיית הרשאה מאתה וא"כ אף עכשיו שבעלה יש לו הרשאה מאשתו ובע"ד של היורש הוא מ"מ מהימן הבעל לומר סטראי נינהו כיון דאי בעי מהדר הרשאה לאשתו ותוכל לגבו' בשטר שבידה לכך אף הוא יש לו זכות זה אך לפי מה שהעתיקו האחרונים דברי תשו' הרא"ש אלו בסתם הדברי' תמוהים מאוד וצע"ג לפענ"ד:

ו שהרי לא פרעו בעדים מתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי. וע' בש"ך סי' פ"ב ס"ק כ"ט שכתב דהיינו דוקא בשטר דבשטרא מעליא אמרי' מיגו להוציא אבל מי שחייב בע"פ ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים אינו יכול לטעון סטראי אף שנתן לו בסתם והיה יכול לומר מתנה נתן לי לסברת המחבר משום דהוי מיגו להוציא עכ"ל משמע מדבריו דדוקא בכה"ג שפרע לו בפני עדים בסתם אבל במלוה ע"פ שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים ופרע לו בינו לבינו נאמן לומר סטראי אף דהוי מיגו להוציא מ"מ בכה"ג שפרעו בינו לבינו טענת סטראי בעצמה טענה מעלייתא היא מדלא פרעו בפני עדים וכמ"ש הש"ך בס"ק י"א לענין נאמנות וכ"ש לפי מ"ש הרא"ש דלכך סטראי טענה גרועה היא שאין אדם עשוי להניח מלוה בשטר ולפרוע מלוה ע"פ והיינו משום דמלוה בשטר זילי ניכסי וא"כ הכא דאידי ואידי מלוה ע"פ הוא סטראי גופה טענה מעלייתא היא אבל בנתן לו מעות בפני עדים והוא אומר דלשם פרעון נתן לו וקיים תנאו שפרעו בפני עדים א"נ לומר סטראי נינהו להוציא מיד המוחזק אף דאית ליה מיגו דמתנה דמיגו להוציא לא אמרינן וז"ב בכוונתו דלא כיש שמשתבשים בזה בחנם

ז אבל בפני ע"א, הטעם דשבועת ע"א מעיד שהשטר פרוע אינו אלא מדרבנן ול"א ביה משוי"מ כן מבואר ברמב"ן שבבעה"ת וכתב הש"ך דאי פקח הוא פרע ליה באפי תרי סהדי והדר תובעו לאחר הפרעון בעד זה והוי משוי"מ כדאמרינן בפ' הכותב וכ"כ הרשב"א בחי' לקדושין דף מ"ג ע"ש ונראה פשוט דזה אינו אלא לשיטת הפוסקים דבנתכו לפני עדים והמלוה טוען סטראי השטר בטל לגמרי אבל לשיטת הרא"ש והרב בהגה דלא איבטל לגמרי ואי תפס לא מפקינן מיניה א"כ פשיטא דבתר הכי לא שייך

משויל"מ כיון דתפס דהא אפי' בפרעו בפני שני עדים לא מפקינן מיניה כשתפס כ"ש בע"א דודאי לא גרע משני עדים וכן מוכח מדברי רש"י
בפ' הכותב דף פ"ח שכתב שם אהא דאמר התם אי פקח הוא יהיב לה כתובתה וכו' ופריך הא יכולה למימר שתי כתובות הואי ומשני דמודע להו ופרש"י כיון דמודע להו ולא מסייע לה עד קמא אינה יכולה לומר שתי כתובות הואי דמילתא דלא שכיחא הוא וכ"כ הטור באה"ע סי' צ"ו לשון זה משמע דאי הוי שכיחי שתי כתובות הוי יכולה לטעון אף בתר הפרעון דשתי כתובות הואי ולא הוי משויל"מ והוא מה"ט דפרישית והב"ש שם בס"ק ז"ך לא ירד לזה ע"ש גם לפמ"ש בסק"א בשיטת הרא"ש דטענת סטראי מחוב אחר בשטר והחזרתיו לך הוי טענה מעלייתא מצד עצמה כשלא פרעו בפני שני עדים ולא איתרע שטרא אלא כשפרעו בפני שני עדים דוקא די"ל דסמיך א"ע על העדים כמ"ש הכנה"ג א"כ בכה"ג שפרע בפני ע"א פשיטא דלא הוי משויל"מ דהא ליכא ריעותא בשטרא כלל ולא צרכינן למיגו כלל ואף כשטוען סטראי ממלוה ע"פ אחר תליא בשני תי' התוס' בפחז"ה דף ל"ד דלפי תירוץ התוס' שם דלכך בנסכא דר"א אינו נאמן לומר דידי חטפתי במיגו דלא חטפתי דלא חציף לאכחושי סהדא בשבועה א"כ הכא יש לו מיגו מעליא דאי בעי היה טוען סטראי ממלוה בשטר אחר שהיה לי ולפי תי' השני של התוס' דע"א כ"ז שלא נשבע נגדו הוי כשנים ולא מהני מיגו נגדו וא"כ ה"נ כיון דאינו מכחיש העד אלא טוען סטראי ממלוה ע"פ שהוא טענה גרועה הוי משוי"למ ולא מהני מיגו גביה ועש"ך סי' ע"ה ס"ק ל"ח ובזה ניחא גם דברי הרמב"ן בבעה"ת שהביא הש"ך שכתב דבע"א מסתברא דליכא עלי' ריעותא דשטרא וא"צ לישבע נגד העד וליטול כיון שאין העד מכחישו ומפויס ועומד הוא והוא ג"כ מה"ט כיון דהפרעון לא היה אלא בפני ע"א ליכא ריעותא בשטרא כלל ואף שטוען סטראי ממלוה ע"פ אחר מ"מ אית ליה מיגו דאי בעי היה טוען סטראי ממלוה בשטר אחר דליכא ריעותא כלל והיה פטור משבועה ואין אנו צריכין למיגו שהיה מכחיש את העד וא"כ כיון דליכא הכא ש"ד להכחיש את העד אלא שבועת ע"א שהוא פרוע והכא שהוא מפויס ועומד כיון שאין מכחישו לא תקנו שבועה כלל וזה ניחא לכל התי' שבתוס' דפחז"ה שהבאתי אך לפמ"ש בסק"א פי' אחר בשיטת הרא"ש דלכך בעדים אתרע שטרא דכיון שפרע בפניהם בסתם ולא פירש שמקבלו על חוב אחר אתרע כמ"ש הב"ח א"כ י"ל דאף בע"א אתרע שטרא דכיון שפרעו בע"א היה לי' להמלוה לפרש דבריו וא"נ אלא במיגו דלהד"מ וא"כ אף קודם הפרעון אינו גובה בשטרו אלא בשבועה כיון דא"נ אלא במיגו דלהד"מ צריך שבועה כמו אם

היה טוען להד"מ ולאחר הפרעון בפני ב' עדים יכול לתבעו ע"פ הע"א והוי משוי"מ כמו שכתב הש"ך והרשב"א בקדושין זהו מה שעולה בדינים אלו לפמ"ש בסק"א ודוק:

נט

א אינו גובה בו. לשון הטור וצריך להחזיר לו שטרו ואין לו עליו אלא חרם סתם והוא מבעה"ת ולפענ"ד דין זה צל"ע טובא לפי שיטת הרב רמ"א בסי' ע"ה סכ"ג בהגה דנשבעין היסת בטוענו בספק ע"פ קרוב והיינו משום כיון דקרוב מעיד כן רגלים לדבר הוא שהאמת כן הוא וחייב היסת דליכא למימר דכיון דקרוב מעיד כן הוי כטענת ברי ע"פ אחר דא"כ אף שהאחר נוגע בעדות ליחייב היסת מה"ט וכן מבואר במרדכי ובתה"ד סי' ש"ח דמטעם נאמנות הקרוב אתינן עלה דלענין חיוב היסת מהימן דרגלים לדבר כמו בתיבה פרוצה דמשביעינן היסת בטענת ספק כמ"ש הרב בהגה שם בסי"ז וא"כ ק"ו דיתחייב הלוה היסת ע"פ השטר שביד המלוה אף שטוען שמא דהא רגלים לדבר שלא נפרע כיון דשטרא בידיה והא אי טען ברי שלא נפרע היה מוציא ממון ע"פ שטר משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכן אף שטוענים שניהם ספק אם נפרע גובה המלוה בשטרו משום חזק' זו כמ"ש הש"ך וע"פ עד קרוב כשהתובע ונתבע טוענים ברי או שמא פשיטא דאין מוציאין ממון על ידו ואפ"ה מזקיקו הקרוב להיסת בטענת ספק כ"ש דבטוען ספק בשטר דיתחייב הנתבע היסת וא"ל דא"כ יהא נמי חייב ש"ד ע"פ שטר כמו בטוענו בספק ע"פ עד כשר דהא שטר ודאי עדיף מעד אח' זה ליתא דע"א לענין שבועה כשנים לממון כ"ז שלא נשבע נגדו ומשום הכי ל"א מיגו לאפטורי משבועה נגד ע"א כמ"ש הר"ן בפ' כל הנשבעין אף דנגד שטר מהני מיגו בכל דוכתי אבל הכא לענין היסת דלאו משום עדות אתינן עלה אלא משום דרגלים לדבר א"כ כ"ש בשטר דהוי רגלים לדבר טפי שלא נפרע כיון דשטרא בידיה וביותר קשה ממ"ש הט"ו בסי' פ"ו ס"ז בשמעון שחייב לראובן ומת ויש תח"י יורשי שמעון שטר על לוי וטוען פרוע ויורשי שמעון אינם רוצים לישבע שאומרים שיודעים שהוא פרוע הרי אלו נשבעין היסת שאין בידם במה לפרוע חוב מורישו' וכתב הטור ה"ז משביעים היסת שהרי הוא טוען טענת ברי שירשו שטר זה מאביהם ויש לו זכות בו וכתב הסמ"ע שם דר"ל אע"פ שאין נשבעין היסת על טענת ספק וכאן טוען עליהם ספק מ"מ כיון שהשטר בעין בידם ריע טענתו דאלו פרע שטרא דלוי ביד שמעון מאי בעי ע"ש הרי להדיא אף שבעהש"ט מודה להלוה שהשטר פרוע מכל מקום ראובן יכול להשביעו היסת שלא פרע משום דיש ראיה לדבר שלא נפרע כיון שהשטר בידו וא"כ ה"נ אמאי א"י המלוה להשביע ללוה בספק הא כיון דהשטר בידו

יש ראיה שלא נפרע ואולי י"ל דהכא גרע טפי שהברי של הלוה טוב והשמא של המלוה גריע דלמה לא יזכור וכיון דאיתרע כ"כ אינו יכול להשביע בספק משא"כ התם כיון דאין לו לראובן לידע אם השטר נפרע מש"ה יכול להשביעו בספק ודוחק אך מ"מ מהניא דסימן ע"ה קשה טובא דמשמע התם דאף בדבר דה"ל למידע משביעו היסת ע"פ קרוב וא"כ כ"ש הכא ואפשר דהטור ובעה"ת לא ס"ל האי דינא דס"ס ע"ה אבל לפי שיטת הרב רמ"א שם ה"נ חייב הנתבע לישבע היסת אף שטענו בספק וצ"ע לדינא:

ס

א הרי זה טורף מקרקעות. בתשו' צ"צ סי' ד' האריך בראובן ושמעון שהחליפו בתיהם זה עם זה ולא כתבו שטרות ביניהם רק שהחזיקו כ"א בשל חבירו ואח"כ יצא שט"ח על ראובן בכפליים מה ששוים שני הבתים ופסק שם שהבע"ח גובה שני הבתים דהבית שהוא עכשיו ביד ראובן הוא בני חורין שלו והבית שהוא עכשיו ביד שמעון כבר היה משועבד להבע"ח של ראובן וטורף מלקוחות של ראובן ומה שטוען שמעון שאחריותו על אותו בית שהוא עכשיו ביד ראובן ליתא כיון שלא כתב לו אחריות ואע"ג דקי"ל אחריות ט"ס הוא היינו דוקא באחד שלקח מחבירו דלא שדי אינש זוז בכדי אבל בכה"ג שהחליפו בתיהם אמרי' דכ"א כוונתו היה שלא באחריות ובההיא הנאה שאינו מקבל אחריות על של חבירו ה"נ גמיר ומקני ומקבל בית של חבירו ג"כ שלא באחריות וכ"כ הרשב"ם בפ' בית כור להדיא גבי יורשים שחלקו ובא בע"ח של אחיהם וטרף חלקו של אחד מהן דאי אמרינן דכלקוחות הן ה"ל כלקוחות שלא באחריות ולא אמרינן אחריות ט"ס מה"ט הוא ע"ש שהאריך בראיות מדברי הרא"ש שם ומפ"ק דב"ק ואני אומר כי דבר זה שגגה ביד הרב ז"ל דל"ד כי אוכלא לדנא דבשלמא גבי יורשים דמיירי שהבע"ח הוא על נכסי אביהן אמרינן שפיר כשחלקו ולא פרשו האחריות ואח"כ בא בע"ח וגבה חלקו של אחד מהן דויתר משום די"ל כיון שהן אינן יודעין בחובות אביהן וגם א"י ממי יגבה הבע"ח מתחילה כשחלקו חלקו אדעתא דהכי דממי שיגבה הבע"ח ממנו יפסיד דמזלו גרם ולא אמרינן אחריות ט"ס הוא בכה"ג דאמרינן דסבר וקבל כן משום דאם יגבה הבע"ח מאחיו לבד יפסיד הוא ג"כ לבדו אבל בשנים שהחליפו בתיהם ואח"כ בא בע"ח של אחד מהן וטרף את הבית מחבירו האיך יעלה על הדעת דסבר וקבל בכדי שלא יהיה אחריותו עליו ג"כ מהבית שנתן לחבירו הרי הוא יודע בעצמו שאינו חייב לשום אדם ובית שלו הוא בשופי בלי שום ערעור ולמה יקח מחבירו בית שהוא משועבד לבע"ח שלו ויבא ויטרפנו ממנו בחובו אין לך לא שדי אינש זוזי בכדי גדול מזה וז"ב

ובזה נסתרים כל ראיותיו שהביא שם ויותר תמוה מה שהביא ראיה מפ"ק דב"ק מאחד נטל קרקע ואחד נטל כספים ור"ל דגם שם שייך סברא זו דסבר וקבל בשביל שלא קבל אחריות על הכספים מה קבלת אחריות שייך בכספים הא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח כמ"ש התוס' שם בד"ה פשיטא ע"ש ומה שהקשה דה"ל למיפרך בשביל קבלת אחריות לק"מ דזה נכלל בקושית הש"ס דאי לאו דהבן אחר היה חייב לשלם חוב אביו לא שייך קבלת אחריות וכ"מ בתוס' שם ואדרבה יש להביא ראיה דלא כהצ"צ דהא הרא"ש בפ"ק דב"ק ובפ' בית כור כ' דאף דפסקינן בשני אחים שחלקו ובא בע"ח וגבה חלקו של אחד מהן דבטלה החלוקה לאו משום דקי"ל דיש ברירה דאדרבה בכל דוכתי קי"ל דאין ברירה ואחין כלקוחות הן אלא הטעם דיתמי כרעא דאבוהון הן לפרוע חובות אביהן בין קרקע בין מטלטלין וא"כ לפ"ד הצ"צ באחין שחלקו ואח"כ בא בע"ח של אחד מהן וחובו נגד שני החלקים והא יכול לגבות אף מחלק אחיו דהא לקוחות הן וטורף ממשעבדי וכן בשותפין שחלקו יהיה הדין כן ודבר זה לא שמענו מעולם ולא אשתמיט בשום דוכתי בש"ס ופוסקים להשמיענו דבר חידוש כזה א"ו כמ"ש. אמנם ראיתי לבנו הגדול בהגה שכתב דאפי' החליפו באחריות מפורש גבי הבע"ח משניהם דמה איכפת ליה להבע"ח באחריות שלהם דהא הוי הקרקע שביד ראובן לגבי הבע"ח ושמעון המחליף באחריות כלוה ולוה ואח"כ קנה דקי"ל חולקים וה"נ קרקע זו שביד ראובן נשתעבד לבע"ח ולשמעון מחמת אחריות ביתו של ראובן והנה לכאורה דבריו נכונים בטעמן אך לפ"ז הדרא קושין לדוכתה דא"כ בשני אחין ושותפין שחלקו יהא יכול הבע"ח של אחד מהן לגבות ג"כ מחלק חבירו ע"כ נ"ל דדבר זה תליא בפלוגתא דרבוותא הסמ"ע והש"ך בסי' ק"ד דדעת הסמ"ע שם בס"ק י"ט דאם לוה מאחד ולא כתב לו דאקני ואח"כ קנה ולוה מאחר דלא משתעבד להראשון אלא להשני ודעת הש"ך שם בס"ק ל"ג דחולקים וא"כ לדעת הסמ"ע פשיטא דבנידון זה היכא דלא כתב ראובן לבע"ח שלו דאקני ואח"כ החליף ביתו באחריות דמשתעבד לשמעון מחמת אחריות אך אף לדעת הש"ך שם דחולקים מ"מ הכא י"ל דמודה דהא טעמו התם כיון דבשעת קנין יש להראשון זכות בו דהא מן הלוה גופיה גבי אף בלא כתב לו דאקני דמיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה לכך אף שלוה משני משתעבד לשניהם בשוה וזה מבואר בדבריו באריכות בס"ק ט"ו שם ע"ש וא"כ הכא שהחליף ראובן בית שלו בשל חבירו באחריות א"כ בית של שמעון שביד ראובן מעולם לא היה שום זכות לבע"ח שלו לבדו דהא תיכף בעת שבא לידו בשעת החליפין נשתעבד לשמעון המחליף מחמת אחריות שלו ולכך משתעבד לשמעון. וגדולה מזו נ"ל דאף אם בשט"ח שיוצא על ראובן כתוב בו דאקני

לא מהני דהא מבואר בש"ס דהאי דאקני משתעבד אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ משתעבד בדשלב"ל ומה"ט יש פוסקים דאף שכתב לו דאקני יכול לחזור בו קודם שבא לעולם דלא עדיף שעבוד דשלב"ל לרבנן מקנין לר"מ כמ"ש הסמ"ע בסק"ב והנה בפ' יש נוחלין פרכינן לר"מ דסבר אדם מקנה דשלב"ל יכיר למה לי הא אי בעי מצי יהיב ליה במתנה אף נכסים שנפלו לו אח"ה ומשני בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ופירשב"ם דאף דלר"מ אדם מקנה דשלב"ל דוקא בנכסים שנופלים לו בשעה שיש בידו להקנות לאחרים אבל גוסס אינו יכול לדבר לכך לא מצי לאקנינהו מקמי דאתי לידיה דהא אפילו בשעה שבאו לידו אינו יכול להקנותו וכ"ש מקודם לכן ע"ש וא"כ ה"נ אף שכתב ראובן לבע"ח שלו דאקני לא מהני דהא דשלב"ל הוא ובשעה שבא לידו ביתו של שמעון לא מצי להקנותו ולשעבדו לשום אדם דהא תיכף בשעת החליפין נשתעבד לשמעון מחמת אחריותו ולכך לא מצי לשעבדו אף קודם לכן ובזה אפשר לומר דכ"ע מודים דבכה"ג לא נשתעבד מחמת דאקני כיון דתיכף בעת שבא לעולם נשתעבד לשמעון מחמת אחריותו כן נ"ל ודוק. ועוד נלפענ"ד דאפילו החליפו בפי' שלא באחריות אינו גובה מבית שביד שמעון והוא משום דקי"ל אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח ואפי' הן זיבורית מפני תיקון העולם כדאיתא ר"פ הניזקין אם לא היכא דאשתדוף ב"ח גובה ממשעבדי כדאיתא בס"פ מי שהיה נשוי אלמא אף דעיקר שעבודו וסמיכתו של המלוה היה על הבינונית מ"מ אינו יכול לטרוף ממשעבדי היכא דאיתנייהו בני חורין משום דיכול לומר מה אפסדתיך הרי הנחתי לך מקום לגבות ממנו וחז"ל תקנו כן מפני תיקון העולם וא"כ ה"נ בהחליף ביתו בבית חבירו וכן שותפין ויורשין שחלקו בקרקעות לא מצי לגבות כלל ממה שביד חבירו דהא לא אפסיד לבע"ח של חבירו כלל דהא נתן לו קרקע אחרת בעד קרקעו והניח לו מקום לגבות ואין לך תיקון העולם גדול מזה דבשלמא בכל טריפה מלקוחות אף שהלוקח נתן מעות להלוה המוכר לו א"י לומר להמלוה מה אפסדתיך הרי נתתי לו מעות כנגדו דלא מבעיא בקרקע דאפסיד להמלוה שקנה שעבודו דמעות יכול להפסיד ולהבריח אלא אף היכא שקנה מטלטלין מן הלוה ששעבד להמלוה מטלטלין אג"ק מ"מ יכול המלוה לטרוף המטלטלין מן הלוקח כיון שעכשיו אין המעות ביד הלוה ה"ל כאשתדוף ב"ח דטריף ממשעבדי אבל היכא דהחליף קרקע בקרקע ותרוייהו איתנייהו בעינייהו פשיטא דה"ל כב"ח ואין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח וזה נכון מאוד בסברא ודלא כהצ"צ ובנו הרב ז"ל. ובאמת לפ"ז נראה במלוה שהלוה ללוה מנה והלוה מכר שדה בנ' ואח"כ בא המלוה לגבות מן הלוה ומצא בידו מעות נ' שוב אין המלוה יכול לטרוף השדה מן הלוקח בעד מותר חובו דהלוקח

יכול לומר שמא אלו המעות מדמי המכר הן והנחתי לך מקום לגבות ולא אפסדתיך מידי ואף מספק יכול לומר כן כדמוכח בסי' מ"ג סכ"ג ובסי' קי"ט ס"ג ע"ש וע' בר"ן ס"פ מי שהיה נשוי בעובדא דהני תרי שטרי דאתו לקמיה דר"י ע"ש ועדיין יש להתיישב בזה. אך כ"ז לשיטת הש"ך בסי' קט"ו ס"ק י"א אבל לשיטת הב"ח שם בשם התוס' דס"ל דאף דאקני משתעבד מ"מ כשבא בע"ח לטרוף מן הלוקח שקנה מן הלוה קרקע שהיה לו בשעת הלואה לא מצי הלוקח לדחותו למשעבדי המאוחרים של דאקני כיון דבשעת הלואה סמך אשדה זו שהיה לו אז וחל שעבודו עליה לא מצי לדחותו לשאר נכסים שלא היו לו בעת ההלואה ולא מצי א"ל הנחתי לך מקום לגבות ממנו א"כ לפ"ז יפה פסק הצ"צ דבכה"ג שהחליפו בתיהם לא מצי לדחותו לבית זה שלא היה לו בעת הלואה ולא מצי א"ל הנחתי לך מקום לגבות ממנו ובזה יש לתרץ סוגית הש"ס דב"ב דף מ"ד גבי מכר לו בית מכר לו שדה אין מעיד לו עליה מפני שאחריותו עליו מכר לו פרה מכר לו טלית מעיד לו עליה שאין אחריותו עליה ופריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני כדשמואל דאמר המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח ודוקא בית ושדה אבל פרה וטלית אין הבע"ח יכול לטרוף ופריך וליחוש דילמא אקני ליה מטלטלי אג"ק דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אג"ק קני מקרקעי וקני מטלטלי ומשני הב"ע כגון שלקח ומכר לאלתר ופריך וליחוש דילמא דאקני א"ל שמעת מניה דאקני לא משתעבד וכתבו התוס' ד"ה כגון שלקח ומכר לאלתר הוי מצי למיפרך א"ה אפי' בית ושדה נמי אלא מגופה פריך עכ"ל והדבר תמוה מאוד דנהי דהמקשן מגופה פריך מ"מ התרצן דקארי ליה מאי קארי ליה הא עיקר סוגית הש"ס סובבת על קושיא דמ"ש רישא ומ"ש סיפא והיכי מתרץ שלקח ומכר לאלתר דאכתי תיקשי א"ה בית ושדה נמי ולפמש"ל א"ש דהנה בכל טריפת קרקעות ניחא דלא מצי הלוקח לומר הרי נתתי מעות בעבור הקרקע והנחתי מקום לגבות דמ"מ פשע דמעות יכול להבריח וקרקע א"י להבריח ובכה"ג פשיטא דאמרינן אשתדוף ב"ח טריף ממשעבדי וכדאיתא בס"פ מי שהיה נשוי וכדשני ר"ח לר' יימר שם אך במטלטלין ואקני להו אג"ק קשה כיון דאף מטלטלין יכול להבריח א"כ כיון דנתן לו מעות יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו אך לפי מאי דפסיק התם הלכתא דאשתדוף ב"ח טריף ממשעבדי לק"מ דהא השתא אין המעות לפנינו אך לפי אבעיית הש"ס התם דלא איפשטא ממתניתין ובריייתא והוי ס"ל דאשתדוף לא טריף ממשעבדי הקושיא במ"ע אך לפי שיטת הב"ח ניחא כיון דהמטלטלין נשתעבדו בשעת הלואה כי אקני להו אג"ק בכה"ג לא מצי למימר הנחתי לך מקום לגבות המאוחר ולפ"ז א"ש די"ל דהתרצן שתירץ שלקח ומכר לאלתר הוי ס"ל

דאשתדוף לא טריף ממשעבדי וס"ל דאקני משתעבד כקושית הש"ס לכך יש חילוק גדול בין בית ושדה לפרה וטלית דבבית ושדה אף שלקח ומכר לאלתר חיישינן לדאקני ולא מצי למימר הרי נתתי לו מעות לגבות ממנו דמ"מ פשע דמעות יכול להבריח משא"כ בפרה וטלית כיון דמטלטלין נינהו ויכול להבריחם א"כ כשקנה ומכר לאלתר דלית לן למיחש אלא לדאקני ולא שייך סברת הב"ח שסמך בשעת הלואה עליהם אם כן אינו יכול לטרוף מהמטלטלין דהא לא פשע מידי ונתן לו מעות שיכול לגבות מהם ואף דאשתדוף לא טריף ממשעבדי אך הש"ס דפריך וליחוש דילמא דאקני א"ל הקושיא הוא לפי מאי דפסק הלכתא בפרק מי שהיה נשוי דאשתדוף טריף ממשעבדי וא"כ אף בדאקני יכול לטרוף מטלטלין אג"ק כיון שאין המעות לפנינו ובאמת דה"ה דה"מ למיפרך א"ה בית ושדה נמי אלא דמגופה פריך כמ"ש התוס' וא"ש ונכון:

ב דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח. מדברי הש"ך בסי' נ' סק"ז מבואר דהיינו דוקא בסתם שטרות דעלמא אבל בממרמות שלנו דשכיחי טובי שקונין זה מזה יותר מהמטלטלין פשיטא דשייך לגבייהו תקנת השוק וכן לטעם השני שכתב הטור בשם הרא"ש דכיון שלא יצא השטר לגמרי מרשותו שעדיין יש בידו כח למחול השטר לכך חשיב שפיר ממונו לגבות הבע"ח ממנו א"כ בממרם שא"י למחול כשמכרו אינו גובה הבע"ח ממנו ע"ש:

ג אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד. הרמב"ן והר"ן בפ' עשרה יוחסין הקשו על הרמב"ם מהא דאמרינן התם ובפ' י"כ יכיר למה לי הא אי בעי הוי יהיב ליה במתנה ומשני בנכסי' שנפלו לו אח"כ ופריך הניחא לרבנן אבל לר"מ דסבר אדם מקנה דשלב"ל מאי איכא למימר ומאי קושיא הא אף לר"מ לא מצי יהיב נכסי' שיפלו לו לאחר מכאן דהא הוי דבר שאין לו קצבה ולפענ"ד יש לתרץ דהא טעמו של הרמב"ם דס"ל דדבר שאין לו קצבה לא משתעבד הוא משום כיון שאין לו קצבה לא גמיר ומקני ודמי לאסמכתא וכ"כ הלח"מ בפכ"ה מה' מלוה בשם מהר"י בן לב והנה הש"ך בסי' ר"ז ס"ק י"ח הביא בשם הב"ח הא דאסמכתא לא קניא אינו אלא מדרבנן ושיטה זו מבוארת להדיא במרדכי בפ' שור שנגח ובהגמ"ר דפ' ז"ב ע"ש וא"כ ה"ה דבר שאינו קצוב קני מדאורייתא דלא גרע מאסמכתא וא"כ פריך הש"ס שפיר לר"מ קרא דיכיר למה לי דהא מדאורייתא קני אף דבר שאינו קצוב:

ד לזון את חבירו. באה"ע ר"ס קי"ד מבואר דחייב לזון בין אם המזונות ביוקר או בזול וכתב הט"ז שם דהיינו דוקא ביוקר דשכיח אבל אם היוקר לא שכיח לא קיבל עליו דזה הוי כמו באונס דלא שכיח דאיתא בח"מ סי' רכ"ה דלא מהני אפילו אם קיבל עליו

אחריות בפי' עכ"ל והביאו הב"ש שם בסק"ג בפשיטות. ולפענ"ד יש לדון בזה טובא דנראה דל"ד להוא דסי' רכ"ה דהתם מיירי במכר שדה לחבירו וקיבל עליו כל אונסין שיולד בשדה זו ואח"כ אירע אונס דלא שכיח כלל שחזר כהר לעבור בתוכה לכך אמרי' שפיר דאונס דל"ש כלל לא אסיק אדעתיה ולא נתחייב כלל באונס כזה שלא היה כוונתו לאונס כזה כלל משא"כ הכא בקיבל על עצמו לזון את חבירו הרי נתחייב במזונות מיד עד זמן ידוע ואף שנתייקרו אח"כ ולא אסיק אדעתיה יוקר כזה מ"מ מה בכך כי נתייקר ברשות המקבל מתנה נתייקרו ומזלו של הנותן גרם שהרי נתחייב בו מקודם ושעבודא על נכסיה רמיא ויש להביא ראיה לזה מהא דמבואר בי"ד סי' רל"ב סי"ו דמי ששידך בתו ונדר לתת לה סך מעות ונשבע ואח"כ נתקלקלו החובות שהיו חייבים לו ואין לו ממה לפרוע לא חובות וקרקעות וחפצים חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו פטור דאין לך אונס גדול מזה והוא מתשו' הרא"ש כמ"ש הש"ך שם ומדנקט המחבר דין זה לענין שבועה משמע דהיכא דנתחייב לבתו בשטר ובקנין באופן המועיל או נתחייב לאיש אחר בדבר שאינו חייב לירד מנכסיו חייב למכור אף בית דירתו וכלי תשמישו וכן משמע ממתניתין דפ' שום היתומים והרמב"ם בפ"ג מהל' ערכין דין י"ד דאיתא התם דחייבי ערכין ממשכנין אותן בע"כ ומוכרין כל הנמצא להם מן הקרקע ומן המטלטלין מכסות וכלי תשמיש הבית ואין משיירין להן אלא כדין הסידור דבע"ח דסידור דבע"ח ילפינן מיכה מיכה מערכין ומשמע התם דאף עשיר שהעריך והעני מכל מקום מוכרין כלי תשמישו ולא אמרינן דאדעתא דהכי לא חייב א"ע וכ"כ זקיני הגאון בבית הלל באה"ע סי' נ' ס"ו בפשיטות דהאי דינא די"ד סי' רל"ב אינו אלא לענין שבועה אבל היכא שנתחייב בקנין ובאופן המועיל מוכרין אף ביתו וכלי תשמישו ע"ש והעיד שכן נוהגים בכל ב"ד שבישראל ובאמת כן משמע מסתימת כל הפוס' בסי' צ"ז דאין חילוק בין מחייב א"ע למי שלוה מעות דבכל ענין אין משיירין לו אלא כפי דין הסידור וא"כ לפי סברת הט"ז והב"ש דהיכא שנתחייב לזון אינו חייב ביוקר דל"ש דאדעתא דהכי לא נתחייב והוי כאונס דל"ש א"כ ה"ה בירד מנכסיו נמי לא יתחייב למכור ביתו וכלי תשמישו דהא הוי נמי כמו אונס כמו דאמרינן לענין שבועה ולענין אונס נדרים וממון שוים כמ"ש הש"ך בי"ד סי' רנ"ב סק"כ ולעיל ר"ס נ"ה וא"כ נאמר דאדעתא דהכי לא נתחייב א"ו דדוקא לענין שבועה אמרינן הכי דהחיוב אינו מוטל על נכסיו דהא אין ב"ד יורדין לנכסיו כמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ז ס"ק נ"ג בשם הריב"ש לכך אם נולד דבר חדש אח"כ פטרינן ליה משום דאדעתא דהכי לא נשבע וקרינן ביה האדם בשבועה פרט לאנוס אבל לענין חיוב ממון היכא שחייב א"ע בדבר מה כיון שנתחייבו כל נכסיו לזה ושעבודא על ניכסיה רמיא אף

שירד מנכסיו אח"כ לא אמרינן אדעתא דהכי לא נתחייב דשעבודא ממילא חייל ומזלו גרם וע' בתוס' דב"ק דף ק"ב ע"ב בד"ה אין דעתו ע"ש וש"ך י"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ג וריב"ש סי' שפ"ז ובתשובת מוהר"ם אלשיך סי' פ"ו ע"ש ודוק ועוד יש להביא ראיה מדברי הרמב"ן שבבעה"ת שער ס"ד והרשב"א בחידושיו בפ' הניזקין שהשיגו על פרש"י שם דס"ל דהמחייב לזון את בתו חמש שנים הוי דבר שיש לו קצבה מהא דאמרי' בכתובות ר"פ אע"פ דמזונות אשתו הוי דבר שאל"ק משום דחיישינן שמא יתייקרו ומאי קושיא דילמא שאני מזונות אשתו שהוא מתנאי ב"ד וחייב אף ביוקר דל"ש ולכך חשיב דבר שאל"ק משא"כ במחייב לזון את בת אשתו דפטו' ביוקר דל"ש הוי דבר קצוב כיון שאינו מחויב אלא במזונו' כפי היוקר דשכיח א"ו דאין חילוק דאף במחייב לזון חבירו חייב אף ביוקר דל"ש:

ה כדין שנים שלוו מאחד. עמ"ש בסי' ע"ז סק"א בזה ע"ש:

ו במיגו דאי בעי אמר שלא היו ברשותו. משמע דאם יש עדים שהיו בידו באותו שעה א"י לומר נתתי וכן מבואר להדיא בתשו' הרי"ף שהביא הב"י וז"ל ואם טען ראובן כבר כחתים לו ושמעון אומר א"כ שטרך בידי מאי בעי אם ראובן יכול לומר שלא היו ברשותו באותו שעה כי אמר נתתי לך מהימן ואם יש עדים שהיו בידו באותו שעה א"י לומר נתתי לך דא"ל שטרך בידי מאי בעי וגמרינן הכי מהמפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי' לך אלא דההיא ש"ד ושבועת המתנה דרבנן בהיסת עכ"ל והא דלא מהימן הנותן לומר נתתי אף ביש עדי' שהיו בידו במיגו דנאנסו כמו בשטר פקדון צ"ל דהרי"ף ס"ל דכיון שנשאר המעות ביד הנותן ברשות המקבל חשיב כמלוה דחייב באונסין וכ"נ מדברי הראב"ד שבבעה"ת שהביא הב"י ע"ש אך בתשו' הריב"ש סי' שמ"ה כתב דאף אם נשאר ביד הנותן ברשות המקבל הוי כשטר שנמחל שעבודו ואינו אלא מע"פ ויכול לומר פרעתי וגם כתב דיש לדמותו לשטר שכירות דיכול לומר פרעתי כיון דעיקרו לא לכך נכתב כדאיתא בר"ס שי"ז ה"נ עיקרו נכתב בשביל להקנות גוף המעות ע"ש והרב בעל ח"מ באה"ע סי' נ"א סק"ה הביא דברי הריב"ש בפשיטות ואישתמיטו לי' דברי הרי"ף והרב אלו:

ז שטר בקנין. דין זה נובע מדברי בעה"ת בשער ס"ד שנסתפק בכתב לו שטר משכונא אחר ההלואה על שדה או חפץ אי נכנס תחת שעבודו כיון דמלוה להוצאה נתנה ואין קרקע נקנה במלוה לענין מכר ה"ה דאין שעבוד חל בעבור הלואה שמקודם דמנה אין כאן משכון אין כאן או דילמא דל זוזי מהכא וקני בקנין ובשטר ותו דלא בעי הכא אקנויי מידי אלא שרוצה להחזיק בה לאכילת פירותיה עד שיפרע מחובו ובחובו נשתעבד לו

במה שמודה שכבר הלוהו מנה זה וכתב ע"ז הבעה"ת ומסתברא שאלו לא היה כאן לא שטר ולא קנין באמת היה דינו שכשם שאין הקרקע נקנה במלוה כך אין המשכונא נקנה במלוה דמשכונא שכירות הוא דנקנה בכסף ובשטר ואינה נקנה במלוה אבל עכשיו בדין זה שהיה בקנין ובשטר נסתלק מכאן כל ספק דודאי הקרקע נקנה בחליפין ויש לנו לומר דל זוזי מהכא ולקני בקנין ובשטר ואע"ג דאיכא דס"ל דחזקה וקנין חליפין כשטרא דמי דלא קני אלא במתנה אבל קנין במכר לא קני עד שיתן דמים כשטר מכר דלא קני עד שיתן דמים חוץ ממוכר שדהו מפני רעתה וראייתם וכו' והני לאו ראיות נינהו וכו' גם הר"ם ז"ל פסק בחזקה וקנין שקונין לבדן בלי נתינת הדמים וכו' ועוד יש לנו ראיה וטעם אחר לדין זה שלפנינו שאין לנו לדקדק אם קנה המשכונא אם לאו שהרי מ"מ שעבוד חובו קיים ואין קנין המשכונא אלא לאכילת פירות בלבד אלו הן תורף דברי בעה"ת בקצרה והנה מדבריו נראה דלטעם הא' בעינן דוקא קנין ושטר לקנות על ידם שעבוד המשכונא דהוי כקנין חדש ולטעם השני אף בהודאה גרידא בע"פ נקנה בעבור חובו שמקודם וכ"כ הב"י להדיא ונסתפק בכוונת הטור אי ס"ל דבעי דוקא קנין ושטר או דסגי בהודאה גרידא ע"ש והנה המחבר דסתם פה דבעינן דוקא שטר בקנין נראה דס"ל כסברא הראשונה דאינו נקנה בהודאה גרידתא דליכא למימר דלכך מצריך שטר וקנין בכדי לטרוף משכונא הלזו מלקוחות אי קדם הלוה ומכרה דאי ליכא שטר מלוה ע"פ הוא ואינו גובה מלקוחות זה ליתא דאי גוף הפירות נקנים בהודאה גרידא א"כ הוי משכונא הלזו שמשכן לאכילת פירות כמכירה דהא שכירו' ליומא ממכר הוא וא"כ פשיט' דאף שמכרה הלוה לאחר המלוה טורף לאכילת הפירות מלקוחות דהוי כמו שוכר בית לזמן והמשכיר מכרה לאחר בתוך הזמן דאין הלוקח יכול להוציאו מן הבית עד הזמן כמבואר בר"ס שי"ב א"ו דהמחבר ס"ל דבעינן דוקא קנין להיות נקנה בו המשכונא וכן פסק המחבר בסי' קצ"ה ס"י להדיא דשכירות ומשכונ' אינם נקני' במלוה והוא מדברי בעה"ת אלו כמ"ש הב"י שם ודברי הסמ"ע בס"ק כ"ב בזה צריכים ביאור שכתב על הא דכתב המחבר שטר בקנין וז"ל נראה דמיירי שלא עשה לו קנין בפני עצמו אלא ר"ל שכתב לו שטר קנין ולאפוקי שטר ראיה ובשטר לחוד אינו קונה עד שיתן ג"כ דמי הקניה אם לא במוכר שדהו מפני רעתה כמ"ש הט"ו בסי' ק"ץ קצ"א ומש"ה הוצרך לכתוב דאפ"ה זכה בזה במשכונא דאלו עשה לו ק"ס בפ"ע פשיטא דקנה ואפילו גוף השדה קנה ומש"ה דקדק וכתב בשטר ובקנין ולא כתב קנין ושטר שהרי קנין גמור קודם לשטר עכ"ל וקשה ממ"נ אי ס"ל כטעם הראשון של הבעה"ת דלכך נקנה בקנין ושטר דהוי כקנין חדש ודל זוזי מהכא א"כ אמאי מהני שטר קנין לחוד בלא ק"ס לקנות המשכונא הא שטר לחוד

אינו קונה במכר בלא דמים אם לא במוכר שדהו מפני רעתה וא"כ ה"ה הכא כיון דליכא מעות בעין אינו נקנה בשטר לחוד כמבואר להדיא בבעה"ת שהאריך להוכיח בזה דקנין חליפין קני בלי נתינת המעות דעדיף משטר מכר אלמא דבשטר לבד לא מהני במלוה כמו דלא מהני במכר בלי נתינת הדמים ואי ס"ל להסמ"ע דבהודאה גרידא נמי נקנה לאכילת פירות וכטעם השני של הבעה"ת א"כ למה בעי השטר קנין כלל הא אף בהודאה גרידא נקנה ומהני אף לטרוף מלקוחות דהא כבר קנה הפירות כמ"ש לעיל ועוד דאמאי לא מהני שטר ראיה לבד לטרוף ממשעבדי דהא נכנס לשעבודו ע"פ ההודאה גרידא ועידי השטר ראיה מפקי לקלא כמו בכל שטרי הלואה שהם לראיה בעלמא דטרפי בהו ממשעבדי וליישב דברי הסמ"ע צ"ל דס"ל דהכא בעי דוקא הקנאה חדשה שיכנוס לשעבודו כיון שאין כאן מעות ואפ"ה מהני כאן שטר קנין לחוד שיקנה השדה לשעבודו אף דשטר מכר לא קנה עד שיתן מעות דוקא מ"מ הא אף במכר גופה כתב הסמ"ע בסי' קצ"א סק"ה בשם הרשב"א בתשובה והביאו הב"י שם דאם מקנה לו שדה בחוב שקדים וכתב לו שטר שדי מכורה לך דקנאו בשטר לבד שודאי גמר להקנותו לו במה שחייב לו כבר ודבריו נכונים בטעמן כמ"ש הב"י שם בשמו מדחזינן במוכר שדהו מפני רעתה דקונה בשטר לבד כיון דלא מעייל ונפיק אזוזי כ"ש היכא שכבר באו המעות לידו דקונה בשטר לבד וא"כ ה"ה הכא לענין משכונא מהני שטר קנין לקנות בו לבד כיון שכבר באו המעות לידו והוי קנין חדש משא"כ שטר ראיה שהשטר אינו קונה כלל וגם מעות הראשונות אינם בעין אינו נקנה בדברים בעלמא ובאמת יש לתמוה על הבעה"ת שהאריך לפלפל בזה אי קנין חליפין וחזקה קונים בלי נתינת הדמים דהא אף אי אינם קונים מ"מ במשכנתא סברת הרשב"א נכונה מאוד שודאי קונה כיון דלא עייל ונפיק אזוזי ובאמת שדברי הסמ"ע מוכרחים כדברי המחבר דמ"ש שטר בקנין ר"ל שטר קנין דאי אמרת דמיירי בק"ס קשה הא המחבר סי' קצ"ה ס"ט כתב די"א דשכירות קרקע אינו נקנה בק"ס והוא שיטת התוס' וכמה פוס' והיכי כתב הכא בפשיטות דמשכונא נקנית בק"ס הא משכונא דמיא לשכירות בכל גווני ודוחק לחלק בזה בין שכירות למשכנתא א"ו דמ"ש המחבר שטר קנין ר"ל שטר קניה דנקנה בשטר לבד במשכונא מה"ט דכתיבנא אבל קנין סודר לבד ודאי דלא מהני כמו בשכירות ותמיהני על הסמ"ע שנראה מדבריו דק"ס עדיף משטר קנין וזה ליתא אמנם יש להקשות מהא דכתב הרב רמ"א בי"ד סי' קע"ב ס"ג בהגה דהא דמשכנתא שריא דוקא כשהשכין לו השדה בשעה שנתן לו המעות דהוי כמכר אבל אם נתנה לו בחוב שקדים אסור והוא מדברי הב"י שם בשם העיטור משום דבמאי קני פריטי אין כאן נסכא אין כאן וכ"כ הט"ז והש"ך שם ואמאי הא כיון

דקי"ל הכא דקני בשטר לחוד להיות זוכה במשכונא א"כ הא קני להפירות ואמאי אסור והתם בשטר איירי כמ"ש הש"ך שם בר"ס קע"ב דמשכונא אינו מותר אלא בשטר ודוחק לומר דמיירי התם בשטר ראיה דלא קני דהא סתם שטרי דידן שטרי קנין הם כדאיתא בסי' קצ"א ס"ג וא"כ אף בחוב שקדם לישתרי ובאמת שכן משמע להדיא בבעה"ת כאן שהאריך להביא ראיות דקנין חליפין קונה המשכנתא בלי נתינת הדמים וכתב וז"ל גם בתשובות הראשונים ז"ל תמצא שכתבו בענין רבית גבי הלוהו ודר בחצירו דאוקמוהו במשכן לו חצירו בחוב שקדים ושאלו להם משכנתא במאי קניא והשיבו שמחמת הקנין קונה עכ"ל משמע דר"ל דע"פ הקנין מהני בחוב שקדים לקנות אף שאין כאן מעות וא"כ כיון דאנן קי"ל הכא דסגי לקנות בשטר לבד א"כ אף לענין רבית יש לקנות בשטר לבד ועוד יש לתמוה אהאי דינא די"ד סי' קע"ב דאמאי אסור משכנתא בחוב שקדים משום דמנה אין כאן משכון אין כאן דהא מוכח בבעה"ת כאן דאי הוי שטר וקנין וחזקה קונים אף בלי דמים פשיטא דקונים אף במשכנתא דהוי כקנין חדש וא"כ לדידן דקי"ל לקמן בס"ס קצ"ב דחזקה לחודא קניא אף בלי מעות א"כ פשיטא דאף משכנתא קניא בחזקה לבדה והא דמצרכי הט"ו הכא שטר י"ל דקמ"ל דקניא בשטר אף היכא שעדיין לא החזיק בה וא"כ לענין רבית אמאי אסור משכנתא בחוב שקדים הא קני בחזקה באכילת הפירות ואף לפי שיטת הרב רמ"א בסי' קצ"ב סי"א דבקרקע לא הוי חזקה באכילת הפירות היינו דוקא במכר כיון שאינו נהנה מגוף הקרקע אבל לענין שכירות הקרקע לפירותיה מסתברא דודאי אכילת הפירות הוי חזקה מעליא לענין השכירות ועוד למה לא כתב הרב רמ"א האי תקנתא דליקני בחזקה מעלייתא בשלמא על הבעל העיטור לק"מ דאזיל לטעמיה דהביא הב"י בסי' קצ"ד בשמו דהכריע דחזקה הוי כשטר דלא קניא בלי דמים אלא במתנה דוקא אבל לדידן דקי"ל דחזקה קניא בלי דמים א"כ כ"ש משכנתא דקניא בחזקה וכ"ש סברת הרשב"א שבב"י סי' קצ"א דאף שטר קונה היכא שמקנה לו בחוב שקדים וכ"ש חזקה דלא גרע משטר וא"כ תימה על הרב רמ"א דסתם הכא כהמחבר וכן לקמן בס"ס קצ"ב ובי"ד הביא דברי העיטור בסתם וצ"ע שוב מצאתי בס' לחמי תודה סי' כ"ה שהשיג על הרב ביו"ד מדברי העיטור עצמו דמפורש בדבריו דשטר מהני במשכונא אף בחוב קדום וכן האס"ז פ' איזהו נשך הביא בשם הרמב"ן שהשיג על סברת העיטור כיון דקרקע נקנית בכסף ובשטר וחזקה וכן שכירות קרקע ואם כן ה"ה משכנתא נמי דמי לשכירות בזה ע"ש והיינו כדברי הבעה"ת והט"ו כאן ולא הרגיש שדברי הרב ביו"ד סותרים לדברי המחבר כאן והוא העיקר אלא שלא ירדתי לסוף דעת בעל העיטור בזה

דכיון שמתיר משכנתא בחוב שקדים בשטר אמאי לא מהני נמי החזקה בזה וכי גרע חזקה משטר וכקושית הרמב"ן שם ע"ש:

ח זכה במשכונא. מסתימת לשון המחבר נראה דאף במשכונא שאינה מוחזקת ביד המלוה לאכול פירותיה נמי זכה כשנותן לו השטר אח"כ ואף דלפי פי' הסמ"ע דפירש דמ"ש המחבר שטר בקנין היינו שטר קנין ולאפוקי שטר ראיה דלא קניא משמע דמיירי לענין שיזכה באכילת הפירות ולהכי בעינן שטר קנין דוקא מ"מ נראה דה"ה במשכונא שאינו אוכל פירותיה ג"כ הדין כן וכן בלוה בע"פ ואח"כ נתן לו הלוה שטר ומשעבד נכסיו ג"כ נשתעבדו לו הנכסים אח"כ בהשטר לבדו אף שהלואה שמקודם אינה בעין מ"מ לא גרע מחייב א"ע בשטר בדבר שאינו חייב דמשתעבד וה"נ הוי כחיוב חדש ומשתעבד וליכא לאקשויי מדברי הר"ן ר"פ שבועת הדיינים והנ"י רפ"ק דב"מ שכתבו גבי מודה במקצת ונותן לו משכון על ההודאה דלא מקרי הילך דלא נקנה במשכון דמנה אין כאן משכון אין כאן דכי אמרינן בע"ח קונה משכון אינו אלא במשכון בשעת הלואה דקני ליה מעותיו או שלא בשעת הלואה ובגוביינא דבי דינא אבל כשנותן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואה כיון דמלוה אינו קונה במה קנאו למשכון שמא תאמר אף שמלוה אינו קונה לו קנאו במשיכה כשם שאלו הקנהו למלוה לגמרי נקנה במשיכה כן כשהקנה לו בתורת משכון נקנה במשיכה זו היא שלמד הר"י הלוי מההיא דפ"ק דקדושין שאין מטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כח במעות הראשונות לקנות לכך משכון לאו הילך הוא עכ"ד הרי אף דמשיכה קנה לגמרי אפ"ה לא מהני לענין שעבוד אלא מעות דוקא וא"כ ה"נ י"ל לענין שטר דלא מהני לענין שיעבוד אלא בשעת הלואה דוקא דעיקר השעבוד הוא מכח המעות אבל אח"כ כיון שאין כאן מעות אינו מועיל השטר לשעבוד בעלמא אך זה ליתא דעד כאן לא ס"ל להר"ן והנ"י הכי אלא לענין משיכה במטלטלין דלא מצינו שהמשיכה תועיל בשום דוכתי לענין חיוב אלא דמשיכה קנין היא ולכך אינה מועלת המשיכה שיהא נקנה לשעבוד בעלמא אבל שטר וקנין כיון דמועילים לחייב א"ע אף במה שאינו חייב ה"נ מועילים לחייב א"ע ולשעבד הנכסים שלו וכן מוכח מדברי התוס' והר"ן ר"פ הנושא גבי חייב אני לך מנה בשטר דפירשו דמיירי במחייב א"ע בדבר שאינו חייב ומוכח התם בכולה סוגיא דמועיל השטר אף לטרוף ממשעבדי וכ"כ הטור בסי' זה בשם הרמב"ן דמחייב א"ע בשטר בחיוב חדש גובה ממשעבדי אלמא אף דליכא התם נתינת מעות כלל וליכא למימר המעות קונות לו השיעבוד מ"מ משתעבד ע"פ השטר וא"כ ה"נ במלוה ע"פ ואחר זמן נתן לו הלוה שטר משתעבדים הנכסים ע"י השטר אף שאין כאן מעות ואף דשעבוד גרע ממשכון כמ"ש

הטור בסי"א מ"מ משתעבד על ידי השטר אך מ"מ יש לדחות ראיה זו די"ל דחייב א"ע בשטר עדיף טפי דכיון דחייב א"ע בשטר שעבודא ממילא חייל דשעבודא דאורייתא אלא דמלוה ע"פ לא טריף ממשעבדי כיון דלית ליה קלא ולכך כשנותן לו שטר כיון דשטר קלא אית ליה טריף ממשעבדי ממילא כיון דשעבודא דאורייתא וכבר כתבתי סברא זו בר"ס ל"ט ס"א ע"ש משא"כ כשתחילת ההלואה היתה בע"פ ע"ד שלא לכתוב שטר א"כ מחל לו הלוה השעבוד נכסים כיון דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי א"כ אף שאח"כ נותן לו הלוה שטר מרצונו הטוב י"ל דלא משתעבדי הנכסים דמנה אין כאן משכון אין כאן אך מ"מ נראה שהסברא נכונה בעצמה דשטר מועיל לחייב הנכסים אף בלי מעות וכ"כ הבעה"ת בשער מ"ג ח"ד והביאו הב"י דאם א' נתן לחבירו קרקע באחריות ובאותו אחריות שעבד לו נכסים שקנה ושיקנה דלכל שעבוד מהני דאקנה ומוציאין מיד הלקוחות וכן הביא בשם הרמב"ן שם דיכול אדם לחייב א"ע באחריות שאינו חייב בו ע"ד חייב אני לך מנה בשטר וזוהי אחריות כל המתנות ע"ש הרי להדיא דאף במתנת קרקע דלא שייך ביה שעבודא דאורייתא כלל מ"מ מהני ביה חיוב האחריות כשמקבל עליו בשטר אף דליכא ביה מעות כלל מ"מ השטר הוא משעבד הנכסים ואף שהבעה"ת גופיה בשער ז' הביא דברי הר"י הלוי דמשכון לא הוי הילך משום דמנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש מ"מ שטר מהני טפי לענין שעבוד נכסים ממשכון מטלטלים דלא מהני משיכה לקנותו לענין שעבוד בעלמא וגם אף לענין משכון מטלטלים משמע מדברי הטור כאן דלא כהר"ן שכתב בדין זה דמשכנות קרקע לאחר הלואה שהוא דומה למי שהלוה לחבירו מנה ע"פ ולאחר זמן מסר לו משכון על הלואתו שא"י להוציא המשכון מידו עד שיפרע לו חובו עכ"ל משמע דאף אם תפס הלוה המשכון צריך להחזיר לו דאל"כ האיך מדמה ליה משכנות קרקע דבחזקת בעליה עומדת וזהו דלא כהר"ן אמנם נ"ל דהיכא שנותן לו שטר חדש אחר ההלואה אף שהתנה באחריות אלא ששכחו לכתוב האחריות בשטר ל"א בכה"ג אחריות ט"ס הוא כיון דעיקר הקניה בשטר אם לא כתבו בשטר אינו נקנ' דבעינן שטר מקנ' דוקא ואף להטור י"ל דדוקא משכון מטלטלי מהני אחר זמן הלואה מחמת המשיכה משא"כ בקרקע כיון שלא נכתב בשטר אינו נקנה באמירה בעלמא אך מ"מ י"ל כיון דכותב לו שטר מחדש ומתנה באחריות הוי כמתחייב א"ע מחדש בשטר הלזה ואף שלא נכתב האחריות מ"מ חל חיוב האחריות בזה ממילא למ"ד שיעבודא דאורייתא כיון דאית ליה קלא וכמ"ש בסי' ל"ט ס"א וע"ש אך מ"מ עדיין יש לפקפק בזה וכ"ש למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא וצ"ע ודוק:

סא

א אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה. ופי' הש"ך דאף שנוהגין לכתוב נאמנות בכל השטרות מ"מ לא חשיב כמפרש ואע"ג דקיי"ל בס"ס מ"ב דלשון שרגילים הדיוטות לכתוב בשטרות אף שאינו מתיקון חכמים אף שלא נכתבו דנין אותן כאלו נכתבו התם מיירי דידעינן שידע מהמנהג דגמר ומשעבד נפשיה אבל הכא מיירי בענין די"ל שלא ידע מהמנהג וכן העלה הש"ך בס"ס מ"ב שכן הוא הסכמת רוב הפוס' ולכאורה נראה דהא דאמרינן בידע מהמנהג דגמר ומשעבד נפשיה הוא משום דאל"כ היה מצוה בפירוש לכתוב שלא כהמנהג וכן מבואר בלשון הר"ן בפ' האשה שנפלו בשם הרשב"א שהביא הב"י בסי' זה והש"ך בס"ס מ"ב וקשה ע"ז מדברי הרא"ש בב"מ פ' המקבל גבי ההוא דקבל ארעא ואמר אי מוברינא ליה יהבינא אלפא זוזי דמסיק הש"ס דהוי אסמכתא כיון דגזים דקיבל עליו אלפא זוזי ופסק הרי"ף דמ"מ חייב ליתן מה דאוביר בשוה דלא הוי אסמכתא אלא מאי דגזים אבל שיעור מה דאוביר בשוה גמר ומקני והשיג עליו הרא"ש דכיון דמה דאמר אלפא זוזי לא כיון אלא להגזים לא שעבד עצמו לכלום דאי אפשר לחלק דבריו ולומר על מאי דגזים לא שעבד נפשיה ועל השאר שעבד אלא כל דבריו כמאן דליתנייהו דמי ע"ש שהאריך בזה ולבסוף סיים דמ"מ נראה כדברי הרי"ף ולא מטעמיה אלא כדפרישית דכיון שנהגו לכתוב דישלם במיטבא אף אם לא כתב מחויב לשלם מאי דאפסיד הילכך ה"נ כשתסלק דבריו העמידו על דינו וישלם מאי דאפסיד וה"פ הט"ו בסי' שכ"ח ס"ב וא"כ אי אמרינן דהא דידע המנהג דאמרינן דשעבד נפשיה הוא משום דאל"כ היה מצוה לכתוב בפירוש שלא כמנהג א"כ הא הכא לא שייך טעם זה דהא לא היה יכול להתנות להיפך דהא אדרבה הוצרך להתנות שיפסיד אלפא זוזי להגזים ולהסמיך את חבירו על דבריו וא"כ כיון שדיבורו בטל בזה מנא לן לומר דשעבד א"ע כפי המנהג ובע"כ צ"ל דהרא"ש לא ס"ל כטעם הרשב"א שהטעם הוא משום כשידע המנהג היה מתנה להיפך אלא דאמרינן דמסתמא כשידע המנהג דעת כל אדם לחייב א"ע כמנהג המדינה מסתמא ולא לשנות מן מנהג העולם משא"כ כשלא ידע מהמנהג לא שעבד עצמו לזה כלל דאכתי יש להבין כיון דלפי דברי הש"ך הטעם הוא דאדם משעבד א"ע כמנהג ולא שהמנהג מחייבו כתנאי ב"ד וכמ"ש הש"ך בס"ס מ"ב א"כ אכתי אמאי הסכים הרא"ש לדינא כהרי"ף משום דכיון דנהגו לכתוב כך אף אם לא כתב מחויב לשלם מאי דאפסיד ה"נ בקבל עליו אלפא זוזי מחויב לשלם מאי דאפסיד הא ס"ס כיון דחזינן דכיון להגזים ולהסמיך חבירו על דבריו לא שעבד נפשיה וצ"ל דהרא"ש ס"ל דבשלמא אי לא מיחייב מה דאוביר בשוה אלא משום דקיבל על עצמו שיתן אלפא זוזי

הסברא הוא כיון דעל אלפא זוזי בטל לא פלגינן דיבורא לומר דבשוה גמיר ושעבד נפשיה ועוד דמספיקא לא מפקינן ממונא ומנא לן דשעבד נפשיה בשוה כיון דכיון להגזים אבל היכא שמנהג המדינה הוא כן אמרינן דמסתמא כפי המנהג שעבד נפשיה ועל אלפא זוזי כיון להגזים ומה דהשיג על הרי"ף הוא מפני שכתב הרי"ף אבל שיעורא דראויה לעשות בכלל אלפא זוזי הוא ושעבודא משעבד נפשיה משמע הא דמיחייב מאי דאוביר בשוה משום דבכלל אלפא זוזי הוא ובזה לא גזים ולזה השיג שפיר דלא פלגינן דיבורא וע' בתוס' ס"פ האומנין דף פ"ב ע"א ד"ה לא דכ"ע והתוס' ס"פ שבועת הדיינים ע"ש:

ב ההוצאות על הכפל. וכתבו הסמ"ע והש"ך דוקא בכה"ג דגזים שקבל עד הכפל הוי אסמכתא אבל בקבל עליו לשלם ההוצאה לבד לא הוי אסמכתא כיון שמחייב א"ע במה שהפסידו והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא בסי' ר"ז והנה הב"י הביא בשם תשו' הרשב"א בשטר שכתוב בו דאם לא יפרע לו לזמן פלוני שיתן לו כל הוצאה והפסד שיבא לו מחמת זה החוב ותובע המלוה שהיה לו סחורה מזומנת לקנות שהיה בה ריוח ומחמת שלא פרעו הפסיד והשיב הרשב"א שאינו חייב וכתב הרב בד"מ ע"ז ובודאי טעמו של הרשב"א משום דהוי אסמכתא וצ"ע דלא הוי אסמכתא אלא בדברי קנס שמשלם לו מה שאינו חייב לו אבל כאן שמפסידו לא הוי אסמכתא ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דחייב לשלם לו וכתב ע"ז הב"ח ולפעד"נ דלא דמי ההיא דאם אוביר ולא אעביד להך דהיתה סחורה מזומנת לקנות דבאוביר ולא אעביד ההפסד מזומן אבל מניעת הריוח בסחורה איתא בירושלמי המבטל כיס של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת וגרע מגרמא בניזקין דפטור ותו דמי ערב בדבר שהיה ריוח בודאי דילמא אף היה מגיע הפסד עכ"ד והסכים לזה הש"ך ולפענ"ד הדברים תמוהים מאוד דהא אף באם אוביר ולא אעביד הוי מניעת הריוח וכמבטל כיסו של חבירו דמיא דהא מזה הוכיח בירושלמי בס"פ המקבל דהמבטל כיסו של חבירו פטור מדלא חייבו במתניתין אלא מפני שכך כתב לו אבל בסתם פטור והביאו הרא"ש בפ' כיצד הרגל והוכיח מזה דנועל ביתו של חבירו דקיימא לאגרא דפטור דהוי כמבטל כיסו של חבירו כמ"ש הטור והרב רמ"א בסי' שס"ג ס"ו וכ"כ הנ"י בפ' המקבל ובב"י סי' שכ"ח בשם תלמידי הרשב"א דבאם אוביר ולא אעביד אינו חייב מדינא משום דהוי כמבטל כיסו של חבירו ואינו חייב אלא מפני שכך כתב לו אלמא אף היכא דל"ה אלא מניעת הריוח ומבטל כיסו של חבירו חייב כשכך כתב לו דל"ה אסמכתא כיון דלא גזים ואדם יכול לחייב א"ע בשטר אף בדבר שאינו חייב כדאיתא לעיל בסי' מ' ס"א ואף דלפי סברא השניה שכתב הב"ח דמי יימר שהיה ריוח דדילמא היה מגיע אף הפסד יש לחלק בין סחורה דהכא

לאוביר ולא אעביד דשדה דהתם שאני דפירי עבידי דאתי כדאמרינן בכל דוכתי דפירות דקל עבידי דאתי משא"כ בסחורה הוא ספק דדילמא לא ירויח דדרך שערים להשתנות כמבואר בסי' רכ"ז ס"ט בהגה ולכך אף שמחייב א"ע בכך הוי אסמכתא דהוי כמו גזים מ"מ יש ראיה ברורה להיפך מהא דאמרינן בפ' א"נ דף ע"ג ע"ב א"ר חמא האי מאן דיהיב זוזי למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדאזיל אפרוותא דזולשפט ורב אשי אמר דהוי אסמכתא ופריך הש"ס מ"ש מאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומשני התם בידו הכא לאו בידו וכתבו הרא"ש והנ"י שם דהאי דינא מיירי שהתנה עמו שאם לא יקנה לו שישלם לו כן דאל"כ הא קי"ל המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תערומת וכ"כ המרדכי ר"פ הגוזל קמא והג"מ בפ"ז מה' שלוחין הרי להדיא דאף בסחורה דדרך השערים להשתנות מ"מ אם קיבל עליו בפירוש חייב לשלם וליכא למימר דזה דוקא לרב חמא דסובר אסמכתא קניא אבל לר"א דס"ל אסמכתא לא קניא ה"נ כיון דספק הוא אם ירויח ומחייב א"ע הוי כמו גזים ואסמכתא הוא זה ליתא דא"כ מאי פריך הש"ס לר"א מההיא דאם אוביר ולא אעביד ה"ל לשנויי בפשיטות דבאם אוביר לא גזים דפירי עבידי דאתי אבל בסחורה דמי יימר דהבעל המעות היה קונה בשעת הזול דהא דרך שערים להשתנות הוי כמו גזים ואסמכתא הוא וליכא לדחוקי דזה הוא באמת תי' הש"ס התם בידו הכא לאו בידו וה"פ התם בידו דבעל השדה להרויח דבידו לזרוע ופירי עבידי דאתי לכך לא הוי גוזמא ולא הוי אסמכתא משא"כ הכא לאו בידו דבעל המעות לקנות בשער הזה דדרך שערים להשתנות ודילמא היה לו ג"כ הפסד במשא ומתן זה אח"כ זה ליתא דא"כ למה הוצרכו התוספות והרא"ש לחלק בחילוקים חדשים ליישב סוגיא דהכא דמשני דהיכא דלאו בידו אסמכתא הוא מההיא דסנהדרין דאמרינן איפכא דהיכא דמחייב א"ע בדבר שאין בידו ל"ה אסמכתא ולפמ"ש אין כאן קושיא כלל דהא דקאמר הכא אין בידו היינו שאין בידו של בעל המעות להרויח ולכך הוי כמו גזים והוי אסמכתא ואין ענינו כלל להההיא דסנהדרין א"ו דאין לחלק דבכל גוונא שעומד להרויח לפי דרך בני אדם ומחייב א"ע בכך לאו אסמכתא הוא וחייב לשלם ויפה הקשה הד"מ על הרשב"א ולישב דברי הרשב"א נ"ל דטעמו דאף שכתב בשטר שחייב לו כל הוצאה והפסד שיבוא מחמתו י"ל דכוונתו היה דוקא הפסד מקרן שיבוא לו מחמתו כגון שיהיה לו בע"ח דוחק ויצטרך למכור מטלטלין בפחות משויים בכדי לשלם להבע"ח ואם היה לו מעות זה לא בא לידי זה ההפסד אבל מניעת הריוח דלא חשיב הפסד בשום דוכתא מה"ת נאמר שחייב א"ע בזה וכ"כ הנ"י בפ' המקבל בשם הרמב"ם דהא דאמרינן ר"מ היה דורש לשון הדיוט היינו שהיה אפשר לפרש אם אוביר ולא אעביד אשלם פחת

הקרקע שודאי לא היה מתחייב בלא תנאי אבל אם לכך נתכוין באם אוביר סגי מאי אם לא אעביד לפיכך היה ר"מ דורש לשון הדיוט אם אוביר לפחת הקרקע ולא אעביד למה שהיתה ראויה לעשות עכ"ל וה"נ י"ל דמה שכתב לו בשטר שחייב א"ע בהפסד שיבוא מחמתו היינו דוקא בהפסד מקרן ובגוונא דאמרן ולא מניעת הריוח אבל אם כתב בפירוש בשטר שמחייב א"ע אף בהפסד הריוח שבא מחמתו והיה לו סחורה מזומנת לקנות שהיה בו ריוח לפי דרך העולם בודאי חייב לשלם ולאו אסמכתא הוא כלל וז"ב לפענ"ד אמנם במאי דס"ל להתוס' והרא"ש והט"ו בסי' שס"ג דמי שהוציא חבירו מביתו דקיימא לאגרא פטור מלשלם משום דהוי כמבטל כיסו של חבירו יש לתמוה מהא דכתבו התוס' והרא"ש בפ' האומנין והט"ו בסי' של"ג ס"ב דהא דבעה"ב שהטעה את הפועלים וחזר בו דאין להם עליו אלא תערומת היינו דוקא כשלא היו יכולים להשכיר עצמם אמש כששכרם הבעה"ב אבל אם היו נשכרי' אמש ועכשיו אינם נשכרים כלל חייב הבעה"ב לשלם לפועלים מד"ג דקיי"ל כר"מ דדאין ד"ג ואמאי לא הוי הבעה"ב כמבטל כיסו של חבירו דמ"ש פועל שעומד להשכיר א"ע מחצר דקיימא לאגרא דחשוב רק כמבטל כיסו של חבירו ופטור וצ"ל דיש חילוק בין פועל לחצר ושאר ממון דכיון דקיי"ל דהמזיק את האדם חייב בד' דברים וחד מנייהו שבת מה שבטלו ממלאכתו וגם מצינו שבת בלא נזק כדאיתא ס"פ החובל כגון דהדקיה באנדרונא וכמבואר בסי' ת"כ סי"א דאם סגר לאדם בחדר ובטלו ממלאכתו חייב בשבת וגבי חובל בבהמה ליכא שבת ואינו חייב אלא בנזק לבד לכך בפועל כתבו תוס' והרא"ש שפיר דחייב לשלם מד"ג מה שבטלו ממלאכתו דהוי כשבת משא"כ בחצר ושאר ממון פטור המבטל כיסו של חבירו דאין שבת בבהמה וכן משמע להדיא בתשו' מוהר"ם מלובלין בסי' ס"א דהגורם לבטל את חבירו ממלאכתו חייב לשלם לו הפסדו משום דהוי כשבת ע"ש אך אכתי צל"ע כיון דעיקר קושית תוס' והרא"ש אינו אלא למ"ד דדאין דיני דגרמי כמבואר בלשונם שם מנ"ל להקשות דילמא לא דיינינן דיני דגרמי אלא היכא שגורם להפסיד את חבירו ממון מכיסו אבל הגורם לבטל את חבירו ממלאכתו דאינו חייב אלא משום שבת לא דיינינן דיני דגרמי דאינו חייב משום שבת אלא במזיק גמור ולא בגורם לבטלו ממלאכתו דהא לענין כמה דברים מקילינן גבי דיני דגרמי בסי' שפ"ו ושפ"ח וביותר תימה על הטור דבסי' של"ג כתב בפשיטות גבי פועלים דאם היו נשכרים אמש ועכשיו אינם נשכרים דחייב הבעה"ב לשלם להם מדיני דגרמי ובסי' ש"ט הביא הטור בשם הרמ"ה גבי מי ששכר פועל והוסיף הבעה"ב על משאו חלק אחד מל' בלא דעתו דחייב הבעה"ב בנזקיו דמסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ד' דברים לא מיחייב אלא היכא דאזקיה

בידי' עכ"ל ולא כתב שום חולק בדבר הרי להדיא דאף שהטעה את הפועל שהוסיף על משאו בלא דעתו ומחמת זה ניזק וגרם לו להבטל ממלאכתו אף שחייב בנזק מ"מ פטור משבת כיון דלא אזקיה בידים א"כ ה"נ בפועל שעומד להשכיר א"ע והבעה"ב שכרו וחזר בו ומחמת זה לא מצא מי שישכרו אמאי יתחייב הבעה"ב לשלם דהא הוי כמבטל כיסו של חבירו כמו חצר דקיימא לאגרא ומשום שבת לא מיחייב כיון דאינו אלא גורם ולא מזיק ממש אינו חייב בד' דברי' ולפענ"ד יש ראיה לזה דא"א דמה שבטל הפועל ממלאכתו חשיב כשבת משום דהפועל סמך א"ע עליו א"כ באוביר ולא אעביד נמי אמאי חשיב כמבטל כיסו נאמר נמי דהוי כשבת שאם לא הבטיחו לעשות מלאכתו היה הבעה"ב בעצמו עובד בשדהו וכן בנותן מעות לחבירו לקנות יין דחשיב ליה הרא"ש וסייעתו מבטל כיסו של חבירו והכי איתא בתוספתא דנותן מעות לחבירו לקנות פירות ולא לקחם אין לו עליו אלא תערומת וכ"פ הרמב"ם בפ"ז מהל' שלוחין והרא"ש והט"ו בי"ד ס"ס קע"ז נאמר נמי דהוי כמו שבת שבטל הבעה"ב ממלאכתו שהיה יכול לקנות יין ופירות בעצמו במעות אחרים אם לא הבטיחו לכך א"ד דלא דיינינן ד"ג בשבת ואף שיש לחלק בחלוקים דקים מ"מ הדברים מרפסין איגרי וצע"ג ועיין במרדכי ר"פ הגוזל קמא ודוק:

ג מדקדקין לשון השטר. הב"י הביא בשם תשובת הרשב"א דלא אמרינן לישנא יתירא לטפויי אתא כי אין כח בידינו לדון בדמיונות אלא במקום שאמרו חז"ל בפי' כן אך בדברי המחבר לקמן סי' שט"ז ס"ג והוא מתשו' הרשב"א לענין שכירות קרקע מבואר דאמרינן לישנא יתירה לטפויי מילתא קאתי וכבר הרגיש בזה בתשובת מוהרי"ט ח"ב סי' קי"ט ע"ש מ"ש בישוב קושיא זו וע' בתשובת רדב"ז ח"א סי' פ"ז שהביא בשם הר"ן בחי' לחלק דלהוציא ממון ל"א לטפויי קאתי אלא אמרינן דשופרא דשטרא הוא שהיה חש לב"ד טועין דמספק לא היו מוציאין ממון ומשום כן הוצרך הסופר להאריך משום שופרא דשטרא אבל היכא שהוא להחזיק ממון אמרינן דלטפויי קאתי דליכא למימר דלשופרא דשטרא האריך דפשיטא דאף ב"ד טועין לא היו מוציאין ממון מספק לכך אמרינן דמה שהאריך לטפויי מילתא קאתי וזו סברא נכונה מאוד וכ"כ הכנה"ג בשם מוהר"י אדרבי אך מ"מ אין מיושב בזה האי דינא דסי' שט"ז דהא בשכירות קרקע ג"כ להוציא הוא דקרקע בחזקת בעליה עומדת וצריכין אנו לישוב מהרי"ט שם בזה ועיין עוד בכנה"ג הרבה דינים מענין זה:

סב

א אשה הנו"נ בתוך הבית. כן הוא לשון הטור ומשמע דמיירי ביך אם טוענת כן עם הבעל בחייו בין אם טוענת כן עם היורשים לאחר מות בעלה וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות בשני בבות מתחילה כתב אשה הנו"נ בתוך הבית וכו' ואח"כ כתב וכן אלמנה הנו"נ בתוך הבית וכ"כ מור"ם בהגה ואפי' אלמנה וכו' כ"כ הסמ"ע והב"ח והדרישה הוסיף להביא ראיה מלשון הרא"ש בפחז"ה והטור באה"ע בס"ס פ"ו שכתבו דאף אם אינה נו"נ בממון אלא הבעל הוא נו"נ בממון אלא שמפקיד בידה כל אשר לו דינה כנו"נ ואם הבעל עשה השטר על שמה הרי הוא שלה ע"ש הרי משמע להדיא דאף בעודה תחת בעלה א"נ אם היא נו"נ ויש לתמוה מדברי הרא"ש ס"פ הכותב סי' כ"ז שהביא בשם ר"ת שפסק הלכה כר"ש דאשה הנו"נ בתוך הבית א"צ שבועה אלא כשתובעת כתובתה ומעשה בא לפניו באשה שמינה בעלה אפוטרופוס והושיבה חנונית והיו לה הרבה מעות בידה ואמרה של אחרים הן ורצה בעלה להשביעה ופסק ר"ת שא"י להשביע' בטענת שמא כר"ש וכו' והאריך בזה ולבסוף כתב הרא"ש והקשו לר"ת מהיא דפחז"ה אשה הנו"נ בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמה עליה להביא ראיה אלמא אינה נאמנת ותי' דההיא ברייתא איירי לאחר מיתת בעלה דמוריא היתרא דטרחא קמי יתמי וכן מוכחת הסוגיא התם עכ"ל ולבסוף הכריע כר"ת ומשמע דאף בהמעשה דר"ת ס"ל כוותיה דנאמנת לומר של אחרים הן בעודה תחת בעלה וכן העתיק דבריו הטור באה"ע סי' צ"ז הרי להדיא דר"ת ס"ל דאשה הנו"נ בתוך הבית ועודה תחת בעלה נאמנת לומר על מעות ומטלטלין שהן שלה או של אחרי' וצריך לומר דהא דאיתא בפחז"ה גבי דביתהו דרבה בב"ח כי קא שכבה אמרה הני כיפי דמרתא לבני ברתא ואמר רב אי מהימנא לך עשה כפירושה ואי לא מהימנא לך עשה פי' לפירושה היינו דוקא באינה נו"נ תוך הבית אבל בנו"נ בתוך הבית כיון שהאמינה הבעל לישא וליתן בנכסיו האמינה על הכל וכעין מ"ש הש"ך בס"ס נ"ו ע"ש וזה הוא דלא כמשמעות לשון הרא"ש בפחז"ה והטור באה"ע ס"ס פ"ו והרמב"ם בפ"נ מה"נ והרב רמ"א כאן וצע"ג ומהתימה שלא נתעורר בזה שום אחד מהמחברים והשמיטו שיטת הרא"ש דפ' הכותב בשם ר"ת ובפרט להוציא ממון מן האשה אך מ"מ לענין דינא נראה יותר שיטת הרמב"ם וסייעתו כאן כיון שכן מבואר בתוספתא בפ"ט דב"ב להדיא כמ"ש הבעה"ת בשער ו' בשם הרב ר' נתן בן הרב רבי מאיר ז"ל ע"ש:

ב אפי' השטרו' תח"י. דעת הש"ך דאף דהשטרו' והמטלטלין תח"י ואית לה מיגו דלהד"ם אפ"ה אינה נאמנת דכיון שהיא נו"נ בתוך הבית הוא חזקה דשל בעלה הוא וה"ל כמיגו במקום עדים והשיג על מוהר"מ אלשיך ומוהר"א בן ששון דלא ס"ל כן וכן השיג על

הסמ"ע בסק"י שכתב בדעת הרב רמ"א כן והאריך בזה בס"ס נ"ו ע"ש והב"ש באה"ע סי' פ"ה סי"ב השיג עליו דהא שם בהגה מבואר להדיא דאף בנו"נ בתוך הבית היכא דאית לה מיגו דלהד"ם נאמנת ע"ש אך הב"ש שם והש"ך בס"ס נ"ו הביאו ראיה מדברי התוס' והרא"ש בפחז"ה דף נ"א בד"ה קיבל מן האשה יחזיר לאשה דלא מהני מיגו בנו"נ שכתבו שם נראה דאם אמרה האשה תן לפ' שהוא שלו דנותן לו שהיא נאמנת במיגו דאי בעי שקלה איהי ויהבה ליה ואפילו אומר הבעל שהממון שלו אין לו כח להוציא מידו מדקאמר יחזיר לאשה דה"ל למימר יודיע לבעל אם היה לו כח להוציא ממנה אם אומר שהוא שלו ובסוף דבריהם כתבו ואם היא נו"נ בתוך הבית א"נ לומר לא שלי הוא ולא של פ' הוא כדאמר לקמן וכן האשה שהיא נו"נ בתוך הבית וכו' ואמרה שלי הם עליה להביא ראיה ולא מהימנא במיגו דאי בעי אמרה שהיא נפקדת משל אחרים עכ"ל אלמא דבנו"נ בתוך הבית אף דאית לה מיגו דאי בעי שקלה איהי ויהבה ליה לאותו פ' אפ"ה א"נ משום דהוי מיגו במקום חזקה ועדים ולפענ"ד דבריהם תמוהים מאוד ואדרבה מוכח מדברי התוס' והרא"ש להיפך דלפי דבריהם שהבינו דכוונת התוס' להוכיח דבנו"נ בתוך הבית לא מהני מיגו דשקלה איהי ויהבה לאותו פ' א"כ קשה מאי הוכיחו מהא דקתני וכן האשה שהיא נו"נ בתוך הבית ואמרה שלי הם עליה להביא ראיה וא"נ במיגו דאי בעי אמרה שהיא נפקדת משל אחרי' ומאי קושיא הא התם לא מיירי כלל שהפקידה ביד אחר רק היורשים תובעים אותה לב"ד השטרות ואונות שיוצאים על שמה וא"כ מאי מיגו אית לה דיהבה לפ' דהיכא מציא ליתנו לפ' כיון שהיא נו"נ בתוך הבית א"נ ואי דיכולה ליתנו בצינעה א"כ בפשיטו' ה"ל לאקשויי דלהימנה במיגו דלהד"ם א"ו דס"ד דהתוס' דבנו"נ בתוך הבית נאמנת אף בלא מיגו כלל לומר של פ' דכיון שהיא נו"נ האמינה בכל ענין וכשיטת ר"ת שהבאתי בס"ק שלפני זה לזה הביאו ראיה מהא דאינה נאמנת לומר שלי הוא ולא מהימנא במיגו שהיא נפקדת מאחרים והא דא"נ כשהפקידה ביד אחרים במיגו דיהבה לפ' י"ל דהתוס' ס"ל דבנו"נ תוך הבית לא יחזיר לאשה כשיטת הח"מ והב"ש בסי' פ"ו ואף לשיטת הריב"ש דיחזיר לאשה מ"מ י"ל דליכא מיגו כמ"ש הב"ש בסי' פ"ו סק"ג דבנו"נ תוך הבית צריכים להודיע לבעלה והוא ירד עמה לדין וליכא מיגו ע"ש וז"ב וא"כ מוכח מדברי התוס' והרא"ש דלא כהש"ך דכיון דס"ד דבאומרת של פלוני הוא נאמנת מצד עצמה א"כ היכי הוכיחו דא"נ מדלא מהימנא לומר שלי במיגו דשל אחרים הוא ומאי קושיא הא הוי מיגו במקום עדים וחזקה א"ו דאף בנו"נ מהני מיגו ועוד יש להוכיח מדברי התוס' בפחז"ה דף נ"ב שכתבו גבי א' מן האחים שהיה נו"נ בת"ה דא"נ באונות ושטרות לומר שלי הן שנפלו לי מאבי אבא וקאמר הש"ס דדוקא בשאין חלוקין בעיסתן

אבל חלוקין בעיסתן אימר מעיסתו קימץ וכתבו התוס' דאף שאומר מבית אבי אבא נפלו מהימן במיגו דאי בעי אמר מעיסתי קמצתי וכ"כ המחבר לקמן ואמאי מהני המיגו דהא הוי מיגו במקום חזקה דהא חזקה שהוא מהשותפות ודוחק לומר דכיון שהם חלוקין בעיסתן אינו בחזקת השותפות ולכך מהני מיגו דזה ליתא דמ"מ דכיון שהוא טוען מבית אבי אבא נפלו הרי הודה שלא קימץ מעיסתו ועל מה שטען שמבית אבי אביו נפלו לו בזה החזקה מכחישתו דחזקה שבא לו מירושת אביהם וכמו דאמרינן בפ' האומנין גבי ההוא גברא דאגיר ליה חמרא לחבריה וא"ל לא תיזל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא אזיל באורחא דנהר פקוד ומית חמרא וא"ל אין באורחא דנהר פקוד אזלי ומיהו ליכא מיא ובעי רבה למימר דמה ליה לשקר אי בעי אמר באורחא דנרש אזלי ומסיק אביי דה"ל מיגו במקום עדי' לא אמרי' דאנן סהדי דבאורחא דנהר פקוד איכא מיא אלמא דבצירוף הודאתו מחייבינן ליה דליהוי מיגו במקום עדים וה"נ כיון שהודה שלא קימץ מעיסתו רק שטוען שמבית אבי אביו נפלו ובזה החזקה מכחישתו א"נ א"ו דבנו"נ בתוך הבית מהני מיגו ולא הוי כמיגו במקום עדי' כלל אך מ"מ י"ל דדוקא באונו' ושטרות יוצאות על שמם הוא דס"ל להתוס' והרא"ש דמהני מיגו ולא הוי מיגו במקום חזקה דכיון דהשטרות יוצאות על שמם מוקמינן להו בחזקתייהו דהא מה"ט באחד מן האחים ואשה שמתו על שאר היורשים להביא ראיה כמ"ש התוס' והרא"ש דכיון דיוצאין על שמם מסתמא הוא שלהם אלא שבחייהם אמרינן אם איתא שהיה שלהם היה להם עדים משא"כ לאחר מיתה וברא"ש משמע שהוא מתורת חומרא דבחייהם מחמירין עליהם להביא ראיה דכיון שיכולין להביא ראיה וא"כ לכך כיון דאית להו מיגו אין לך ראיה גדולה מזו ומוקמינן להו בחזקתייהו כיון שהשטרות יוצאין על שמם משא"כ במטלטלין והיא נו"נ לא מהני מיגו כיון שהוא בחזקת הבעל הוי כמיגו במקום חזקה ועדים וזה נכון בסברא אך מדברי הש"ך בס"ק ט"ו משמע דס"ל דבכל גווני לא מהני מיגו בנו"נ וגם לפי זה במטלטלין וחלוקין בעיסתן א"נ לומר מבית אבי אמי נפלו דהוי מיגו במקום חזקה וגם לפ"ז היה נראה דבנו"נ בתוך הבית וחלוקי' בעיסתן א"נ לומר של אחרי' הוא במיגו דשלי הוא ומעיסתי קמצתי דהוי מיגו במקום עדים דכיון שהודה שאינו שלו א"כ מה שאומר דשל אחרי' הוא חזקתו משקר דמסתמא מעסק השותפות הוא אך מדברי המחבר בסי' קע"ו סמ"ו מבואר להיפך שכתב אחד מהאחים השותפים שיש בידו ממון ואומר של אחרי' הוא עליו להביא ראיה כיון שאינו חלוק בעיסתו הרי דבחלוק בעיסתו מהימן לומר של אחרים הוא ומיגו דמעיסתי קמצתי ע"כ נראה עיקר כשיטת הרב רמ"א

באה"ע ומהר"מ אלשיך ומהר"א בן ששון והסמ"ע והמחבר בסי' קע"ו דבנו"נ בתוך הבית מהני מיגו ודלא כהש"ך ולרבי' וגדולים שומעין:

ג ודוקא בדבר שא"י שהיה של אחין אבל בדבר ידוע וכו'. מסתימת לשונו משמע דאף באונות ושטרות יוצאים על שמו אך שהיה ידוע שהדבר הזה היה של אחים על היתומים להביא ראיה שהאחים נתנו לו לאביהם או שאבי אביהם נתנו לו לאביהם במתנה לבדו ולפענ"ד יש לדון בזה טובא דמקור דין זה הוא מדברי מהר"ם במרדכי ר"פ חז"ה באשה הנו"נ בתוך הבית ויש קרקעות ומטלטלין תח"י שהם מבעלה ואח"כ מתה דפסק מהר"ם שם שהם בחזקת יורשי בעלה ואע"ג דאמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה י"ל דלא דמי דהתם דוקא שלא היה הדבר ברור שהיו הנכסים הכתובין בשמו של אבי היתומי' אלא שאנו מדמין מאומד הדעת לומר כן אבל הכא דידוע דהני קרקעות היו של של בעלה אפי' לאחר מיתתה על יורשיה להביא ראיה וכן לענין הספרי' ומטלטלין אמרינן כן כיון שהאשה נו"נ בתוך הבית אמרי' דבא ליורשיה מאמם דהוי כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ובכה"ג שהדברים ידועים על יורשיה להביא ראיה ע"ש שהאריך בזה והנה בש"ס פריך ר"פ על הא דאמרינן אם מת על האחים להביא ראיה מי טעני' ליתמי מידי דלא מצי אבוהון למיטען מידי דהוי אדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאפיק רבא מיתמי ומסיק בקושיא וכתבו התוספות והרא"ש והריב"ש דאפ"ה קיי"ל דאם מת על האחים להביא ראיה ול"ד לדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דהכא שאני דכיון שהם יוצאים על שמו מסתברא דשלו הן אלא דבחייו כיון שיכול להביא ראיה אמרינן אם איתא דשלו הם היה לו להביא ראיה משא"כ ביתמי כיון דלא ידעי בראיה דאבוהון מוקמינן בחזקתייהו כיון דיוצאין על שמו ומה"ט פסק ריי"ו דבנו"נ בת"ה והוא מוחזק במטלטלין אף שמת על יורשיו להביא ראיה והסכימו לזה הסמ"ע והש"ך אך מדברי מהר"ם בתשובה זו משמע להדיא דאף במטלטלין אם מת על האחים להביא ראיה דהא הכא במטלטלים מיירי ואפ"ה מחלק בין ידועים לאינם ידועים כמ"ש הט"ז דמדברי מוהר"ם מוכח דפליג על ריי"ו והאמת אתו וא"כ כיון דמוהר"ם פסק כשמואל דאם מת על האחי' להביא ראיה, א"כ ע"כ צריכין אנו לישב הא דפריך ר"פ מדברים העשוים להשאיל דמפקינן מיתמי ולא טענינן להו מה דלא מצי אבוהון למיטען דשא"ה כיון שהדבר ידוע שהמטלטלין היו של התובע והם דברים העשוים להשאיל א"כ חזקת המוחזק בהן אינו כלום כיון שדרכן להשאילן אוקמינן המטלטלין בחזקת מ"ק ולא טענינן ליתמי להוציא מחזקת מ"ק דלא טענינן בשום דוכתא ליתומים אלא להחזיק מה שבידן ולא להוציא מאחרים משא"כ בנו"נ בת"ה שאין הדבר ידוע שהיה של האחין

כלל אלא דמאומד הדעת אמרינן דמסתמא הוא מהשותפות ולכך אם מת טענינן ליתמי דילמא אם היה חי היה מברר דבריו ולכך יפה פסק מוהר"מ דאף בנו"נ בתוך הבית וידוע שהיה של אחין ומת לא טענינן ליורשיו בכה"ג דהא כיון שהוא נו"נ בתוך הבית הוי כדברים העשוים להשאיל ממש דמפקינן אפי' מיתמי משא"כ לשיטת התוס' והרא"ש וריב"ש ור"י דדוקא באונות ושטרות אם מת על האחים להביא ראיה והוא מטעמא דכיון דיוצאין על שמו מסתמא שלו הן א"כ י"ל דבכה"ג אף שהדבר ידוע שהיה של אביהם מ"מ כיון שיוצאין על שמו ומת מוקמינן ליה בחזקתו דמסתמא אבי אביהם נתנו לו במתנה לבדו ואין לאחיו חלק בו דלפי סברתם מנא לן לחלק בין אם ידוע לאינו ידוע ואדרבה מוכח איפכא דאין לחלק דא"כ קושית ר"פ מדברי' העשוים להשאיל מעיקרא לק"מ דשאני התם שידוע שהיה של התובע משא"כ בנו"נ י"ל דמעיקרא היה של האח הנו"נ לבדו א"ו דאין לחלק בהכי אלא דעיקר הטעם דכיון שיוצאין על שמו עדיף טפי וא"כ אף שידוע שהיה של אביהם נמי אם מת על האחים להביא ראיה מה"ט דכיון שיוצאין על שמו מוקמינן להו בחזקתו וצ"ע לדינא ודוק:

סג

א אע"פ שנתקיים השטר. יש להסתפק במודה הלוה שהשטר אמת שכתבו אלא שטוען פרעתי אם הלוה נאמן במיגו דמזויף כמו בשטר שאינו מקוים דקי"ל בר"ס מ"ו ופ"ב דנאמן לומר פרוע במיגו דמזויף או דילמא כיון דהכא נתקיים השטר בחותמיו שהכל מכירין שהוא כתב ידם של העדי' אלא דחיישינן שמא זיופי זייף ליכא מיגו דמזויף דמ"מ בוש לטעון מזויף כיון שהכל מכירין שהוא כת"י העדים ויש להביא ראיה מדברי הכ"מ והב"ח שכתבו דהא דכתב הרמב"ם דאם עידי השטר מעידין שזו היא חתימתן גובין בו מיירי כשאין זוכרין ההלואה ואע"ג דכשאין זוכרין ההלואה אין גובין בשטר כלל להרמב"ם מיירי כשנת"י יוצא ממקום אחר והדברים תמוהים דהא הטעם דבאין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים לומר שאין זוכרים ההלואה במיגו דמזויף וכשכת"י יוצא ממ"א א"נ לומר שאין זוכרים ההלואה דליכא מיגו וא"כ הכא דא"י לקיים שטר זה ממ"א אלא ע"פ עידי השטר דוקא א"כ נאמנים לומר שאין זוכרים ההלואה במיגו דמזויף וכן השיג הש"ך בסק"ד וכן המ"ל בסוף הל' עדות תמה בזה א"ו דס"ל להכ"מ והב"ח דכיון דכת"י יוצא ממ"א והכל מכירין שהוא כת"י הוי מיגו גרוע לטעון מזויף אך מדברי הירושלמי שהביא הריטב"א בפ"ב דכתובות והביאו הש"ך הש"ך בסי' מ"ו ס"ק י"ב דפריך על מתניתין דכתובות דקתני ואם היה כת"י יוצא ממ"א א"נ לומר אנוסים

היינו ופריך הירושלמי דלהימני העדים שבשטר במיגו דלא חתמנו אלמא אף שיש עדים המכירים מ"מ שייך מיגו וע' מ"ש ס"ס מ"ו ס"ז בכוונת הירושלמי ע"ש אך מ"מ יש לחלק בין עדים להלוה די"ל דהלוה בוש טפי לטעון מזויף בדבר שהכל מכירין שהוא כת"י והוי כמו מיגו במקום קול משא"כ עדים שאין הדבר נוגע להם הוי מיגו מעליא וצ"ע:

ב ואם עידי השטר מעידים שזו היא חתימתן. דעת הסמ"ע וכפי אשר נראה מדברי המחבר דאם עידי השטר מעידים שראו ההלואה או שזוכרים שחתמו או אחרים מעידים עליהם שראו שחתמו דהוי קיום מעליא ול"ח דילמא כבר פרע וזה שטר אחר מזויף הוא דמ"מ כיון שאחרים מכירים חתימת העדים החתומים בו מצטרפים זה לזה אף להי"ח שהביא הרב בהגה ואם עידי השטר מעידים שזו חתימתן אפי' אינם זוכרים שחתמו זה השטר גובין בו משום דהעדים עצמן ודאי לא טעו בחתימתן והוי קיום מעליא אף שלא אמרו שזוכרין ההלואה אמרינן מסתמא זוכרין ההלואה ודעת הש"ך דאף אם עידי השטר זוכרים שחתמו או אחרים מעידים שראו שחתמו לא הוי רק מלוה ע"פ והלוה יכול לומר פרעתי וזה שטר אחר הוא ומזויף רק כשהעדי' עצמן מכירין חתימתן ס"ל להרמב"ם דהוי קיום גמור דהני עדים עצמן ודאי לא טעו ואף שמעידין בסתמא אמרינן שזוכרים ג"כ ההלואה כמו בכל שטר מקוים דאמרינן מסתמא זוכרים ההלואה להרמב"ם זהו תורף דבריהם וק"ל לפי שיטת הש"ך להרמב"ם דס"ל דאם עידי השטר מעידין שזו הוא חתימתן גובין בו דממ"נ היכי משכחת ליה להאי קיום דאי כ"א מעיד על כ"י ועל כ"י של חבירו הא על כ"י של חבירו לא מהני עדותו כיון דמהדר אזיופא דילמא זייף ח"י חבירו וזה טועה בו דהא על כ"י אחר יכול לטעות ואי דכ"א אינו מעיד רק על כ"י לבד דאף בכה"ג מהני קיום כמבואר בסי' מ"ו ס"ז זה ליתא דהא הטעם דמהני קיום בכה"ג משום דעל מנה שבשטר הן מעידין והוי כמעידים על גוף ההלואה ולא על חתימתן דהא כשאחרים מעידים על קיום העדים בעינן שנים על כל חתימה וחתימה רק כשכ"א מעיד על כת"י אמרינן על מנה שבשטר הן מעידין ול"א דלא ליהוי רק כמע"פ דהא על כל חתימה אינו רק ע"א דמ"מ כיון דמתוך דמהני עדותן על המלוה עצמה מהני נמי על השטר והיינו משום דקיום שטרות דרבנן בסברא מועטת יש להקל וכמ"ש התוס' והמרדכי והגהות מרדכי בפ"ב דכתובות וכמ"ש בסי' מ"ו ס"י ע"ש וא"כ הכא כיון דמהדר אזיופא מן התורה בעי קיום דהא הטעם דקיום שטרות דרבנן משום דלא, אינש לזיופא שטרא כמ"ש רש"י בריש גיטין והכא דמהדר אזיופא חציף וחציף וכן מוכח מתשו' הרשב"א שהביא הב"י באה"ע סי' מ"ב והביאוהו הח"מ והב"ש באה"ע שם בשטר קדושין שהיה הבעל מהדר אזיוף דפסק הרשב"א שם כיון דבשטרא ריעא לא מגבינן ביה

א"כ מוקמינן להאשה בחזקת פנויה ע"ש הרי להדיא דאף מדאורייתא בשטרא ריעא לא מגבינן ביה דאל"כ היתה מקודשת מדאורייתא וא"כ כיון דמוכח דהיכי דמהדר אזיופא בעי קיום מדאורייתא א"כ אמאי מועיל מה דכ"א מעיד על חתימתו הא אין כאן אלא ע"א על כל חתימה וחצי עדות הוא ונהי דעל מנה שבשטר מעידין מ"מ לא ליהוי רק מע"פ ודוחק לומר דמ"ש הרמב"ם גובין בו היינו דהוי מע"פ לחודא וקמ"ל דעדים שבשטר לא טעו ועל מנה שבשטר הן מעידין ולכך גובין בו להיות כמע"פ ולא כמלוה בשטר דכל כה"ג ה"ל לפרושי דלא הוי רק מלוה ע"פ ובשלמא לשיטת הסמ"ע ניחא דכיון דהעדים בעצמן לא טעו ועל מנה שבשטר הן מעידין וא"כ הוי כזוכרין ההלואה ולכך מהני הקיום שלהם אף לענין השטר כיון דכ"א מעיד אף על חת"י חבירו תו לא חיישינן דזיופי זייף כיון שהם מעידים על ההלואה וגם על כל חתימה יש שני עדים המעידים שאינו מזויף ומיירי דוקא שכ"א מעיד על חת"י חבירו אבל כשאינן מעידין כן רק] על חת"י לבד בכה"ג דמהדר אזיופא כיון דקיום שטרות דאורייתא בעינן ב' עדים על כל חתימת לבדה משא"כ לשיטת הש"ך דזוכרין ההלואה לא מהני לגבות בו בכח השטר א"כ אף כשעידי השטר עצמן מעידין לא משכחת ליה שיהיה מקוים ע"פ דבריהם ע"כ נראה דלפי שיטת הש"ך לא משכחת להאי דינא אלא כשעידי השטר עצמן מעידין שמכירים החתימות וזוכרין כשחתמו שניהם ביחד וא"כ בכה"ג הוי קיום גמור דכ"א מעיד על כת"י ועל כת"י חבירו וליכא למימר דהא על כת"י חבירו איכא למימר דבעהש"ט זייף והוא טועה זה ליתא כיון דעל חתימתו א"י לטעות א"כ כשמעיד על כת"י וזוכר שחבירו חתם עמו א"כ אין לך סי' מובהק יותר מזה כיון שמכיר חתימתו שבודאי אינו מזויף וזוכר שחתם חבירו עמו א"כ ודאי בעהש"ט לא זייף חתימת חבירו וטועה בה דהא זוכר כשחבירו חתם עמו ומכיר חתימתו שבשטר שבודאי אינו טועה בה וא"כ כשכ"א מעיד אכת"י ועל כת"י חבירו איכא שני עדים על כל חתימה וחתימה והוי קיום גמור ובזה מיושב ל' הטור בר"ס זה שכתב עדים שהעידו וכו' אין גובין לו בו אפי' אם הוא מקוים עד שיעידו עידיו שהם כתבוהו וחתמוהו ולבסוף כ' והרמ"ה כ' אפי' אם עידי השטר מעידין אינו מועיל דחיישינן שמא זייף עד שהם בעצמן סבורים שהוא חתימתן וכו' והנה מדברי הטור נראה שכ' מתחילה דעת הרמב"ם דמהני עידי השטר בעצמן ולבסוף כ' דעת הרמ"ה דפליג וכן הבין הפרישה דלא כהב"ח שדחק מאוד בזה אלא שהפרישה עמד במ"ש הטור עד שיעידו עידיו שהם כתבוהו וחתמוהו דלפי שיטת הרמב"ם אף במכירין כת"י לבד סגי ודחק בזה ולפמ"ש ניחא דאף לשיטת הרמב"ם לא הוי שטר גמור עד שזוכרים שהם חתמוהו שניהם יחד זה נ"ל נכון לדינא ודוק:

ג אלא מוקמינן ליה ביד שליש. נ"ל דכה"ג שאמרו דלא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה לא משביעין ללוה שבועת היסת שאינו בדין שהלוה ישבע היסת ועדיין השטר שלו יהיה קיים כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינים והביאו הב"י והש"ך בסי' כ"ח גבי סטראי דלא מגבינן ביה בשטרא ולא קרעינן ליה שאין הלוה צריך לישבע היסת שאינו בדין שנשביע אותו ואכתי לינקיט מלוה שטרא עלויה אלא אם רצה מלוה שישבע הלוה היסת יחזיר לו שטרא ומשביעינן ליה עכ"ל וה"נ ולא תימא דשא"ה שאין השטר ביד המלוה אלא ביד שליש דמ"מ הלוה יכול לומר אין רצוני דליפשי שטרא עלואי ולהיות זילי נכסי כיון שאני יודע שהוא מזויף בבירור ועוד דשמא יפול מיד השליש או יגנבו ממנו או שימות ויפול ליד המלוה כמ"ש הב"י בסי' ל"ט והביאו הש"ך שם בס"ק ל"ח וכן הוא בתשו' הרי"ף סי' רמ"ב להדיא דאסור לכתוב שטר אמנה ויתננו ביד שליש מה"ט ע"ש וא"כ ה"נ יכול הלוה לומר א"ר לישבע עד שיחזירו לידי השטר לגמרי ולא למוסרו ביד שליש וכן משמע מלשון הר"ן גבי סטראי דא"צ הלוה לישבע עד שיחזיר לו המלוה את שטרו ולא שימסרנו ליד שליש וע' בש"ך בסי' פ"ב סק"ד דלפי טעם הא' שכתב שם דטעמא דהר"ן התם כיון דמהני תפיסה יכול לומר א"ר שתחזיר שטרי כדי שתוכל לתפסני ע"ש א"כ הכא כיון דלא מהני תפיסה כמ"ש הסמ"ע צריך הלוה לישבע כאן אך לפי טעם השני שכתב הש"ך שם וכן משמעות דברי הר"ן שם א"כ ה"ה הכא הדין כן:

סד

א ומיירי שיש עדים שהפקידם בידו וגם יש עדים שראום עתה בידו. זו היא שיטת הרא"ש והטור והא דבעינן עדים שהפקידם בידו אף שראום עתה בידו וא"כ ליכא מיגו דלקוח הוא בידו דהא בשטרות בעינן כומ"ס צ"ל דמ"מ איכא מיגו דממושכנים היו בידו מעיקרא כמ"ש הרא"ש וכ"כ הסמ"ע והש"ך אך יש להקשות לפמ"ש הרא"ש בפ"ק דכתובות גבי האומר פ"פ מצאתי דנאמן להפסידה כתובתה דמיירי במכחישתו הא דלא מהימנא במיגו דמוכת עץ דמ"ע לא שכיחא והוא שיטת רבינו שמשוין בס' הכריתות והביאו הש"ך בסי' פ"ב בדיני מיגו דמיגו דל"ש לא אמרינן וכ"כ הסמ"ע בסי' ק"ח בס"ק י"ז דהא דנאמן בשטר פקדון לומר החזרתי במיגו דנאכסו אף דל"ש מ"מ אין בו העזה כ"כ כמו בהחזרתי ומשום הכי מיחשב מיגו ע"ש וא"כ הא הטור והמחבר בסי' ס"ה ס"ד פסקו דלא טענינן ליתומים שמצאו שטר ברשות אביהם שאביהם הלוה עליו מעות והוא מתשובת הרא"ש משום דלא שכיח להלוות על שטרות שאינו יכול לגבותם כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם וא"כ אמאי בעינן הכא עידי פקדון משום מיגו דממושכנים היו בידי

מעיקרא הא לא שכיח להלוות מעות על שטרות כיון שא"י לגבותם וטענת מחיים תפסתי אותם הוא טענה דשכיח לתפוס שטרות שהפקידם בידו בשביל חוב שחייב לו מקודם ומיגו דל"ש ל"א והכא שני הטענות אין בהם העזה דהא היורשים אין יודעים אם תפס מחיים או לא וצ"ע בדיני מיגו ודוק אך מדברי הרי"ף בשמעתין דמוקי בליכא עידי פקדון כמ"ש הש"ך מוכח דס"ל דלא כהרא"ש והטור דא"נ במיגו דממושכנים היו אצלי מעיקרא ואיכא למימר דהוא מטעם דהוי מיגו דל"ש או דס"ל דאף ממושכנים אצלי מעיקרא א"נ אלא במיגו אף היכא שהחוב ידוע כדמשמע בכמה דוכתי דא"נ לומר משכון הוא בידי אלא במיגו:

ב נאמן במיגו דנאנסו. הש"ך העלה דפטור אף מהיסת במיגו דטעין נאנסו דהיה פטור אף מהיסת בשטרות דאין נשבעין על טענת שמא ודבריו נכונים אך מה שסיים הש"ך מיהו היינו דוקא בענין שהיה נפרע מיתומים בלא שבועה כגון שהאמינו וכה"ג שאל"כ צריך לישבע מצד גלגול עכ"ל לא הבנתי דבריו דאמאי צריך לישבע שבועת היורשים בכה"ג שלא נפרע דהא יש לו מיגו דנאנסו שהיה פטור אף מהיסת בשטרות וגם אף במשכון דמטלטלין דעת המחבר בסי' ק"ח סי"ב דגובה מיתמי בלא שבועה דל"ח לפרעון כיון שיש בידו משכון ואף לדעת הש"ך שם דחייב שבועה מ"מ י"ל היינו דוקא בבא ליפרע מהמשכון דחשיב כנוטל אבל הכא שרוצה להחזיקו בידו ולא לגבות ממנו לא חשיב כנוטל כמ"ש הר"ן לענין שבועת הגאונים וא"כ אין נשבעין על טענת ספק כנ"ל ומה שדקדקו הסמ"ע והש"ך אמאי לא נקטו הט"ו מיגו דהחזרתי עמ"ש בסי' ע"ב סי"ח לתרץ זה בט"ט ע"ש:

ג ואע"פ שאין לו מיגו וכו'. כבר תמהו הסמ"ע והש"ך ע"ז דהאיך יעלה על הדעת שיהיה נאמן לומר שחייב לו מעות היכא דאיכא עדים וראה דליכא מיגו כלל והנכון מ"ש הט"ז בזה דהרב הבין דמיירי שיש עדים וראה עכשיו קודם בואו לב"ד אך באותה שעה שתעעם ממנו מחיים ולא החזיר לו לא היו עידי ראה ולכך כיון דבאותו שעה לא היו עדים מהימנינן ליה במיגו אז שאמר אמת שחייב לו ולכך גם עכשיו דליכא מיגו מהימן בתפיסה שתפס מחיים אך יש להקשות דהא מבואר לקמן בסי' קל"ג ס"ג ובסי' ע"ב סי"ס בהגה דאם ראו עדים החפץ קודם שתבעו לדין אפי' אמר בפניהם שהוא ממושכן לו בכדי דמיו קרינן ביה עדים וראה דבעינן דוקא תביעה בב"ד וא"כ הכא אמאי מהני התפיסה שהיה בפני העדים ואפשר לומר דהכא שאני דהא הטור בסי' קל"ג כתב הטעם דלכך לא מהני מה שטען לפני העדים שמגיע לו כך וכך כי הכל תלוי בשעת שבועתו שיפסקו לו הב"ד והיינו משום שמגיע לו שבועה בנק"ח מדין המשנה דנ"ו כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב

ס"ק צ"א משא"כ הכא בתופס השטרות למשכון אינו חייב שבועה כלל כמ"ש הש"ך בסק"ז ע"פ סברת הר"ן דכיון שאינו מועיל תפיסתו לגבות אינו נחשב כנוטל ואינו חייב שבועה ועוד נ"ל ע"פ מ"ש הרמב"ם והמחבר בסי' קמ"ט סכ"ב גבי קרקע דהיכא דאכלה שני חזקה נאמן לומר מגיע לי כך וכך במיגו דלקוח וגובה שלא בשבועה וכתב הש"ך שם בשם הה"מ דל"ד לטוען על המשכון אע"ג דיש לו מיגו דלקוח דצריך לישבע דהיינו דוקא במטלטלין דנשבעין עליהן ש"ד אבל בקרקעות דאין נשבעין עליהן מדאורייתא גם שבועה דטוען על המשכון לא משביעינן להו וא"כ ה"נ בשטרות דאין נשבעין עליהן מדאורייתא א"צ שבועה היכא דאיכא מיגו ולכך מהני התפיסה שתפס מחיים בפני העדים והיה לו אז המיגו כיון דא"צ שבועה כלל בכה"ג:

סה

א היה יכול לגבות בו. דעת הסמ"ע והב"ח דעכ"פ צריך ש"ח להכחיש את העד והש"ך השיג ע"ז דל"ד לע"א מעיד שהוא פרוע דצריך שבועה שהעד אומר שהוא פרוע בודאי משא"כ הכא שאינו אומר שהוא פרוע אלא שהשטר הי' בידו וא"י מיד מי בא לידו דאיתרע ומ"מ יכול להיות שהמלוה הפקידו אצלו ולכך א"צ שבועה כמ"ש הבעה"ת בשם הרמב"ן דהיכא שע"א מעיד שהשטר פרוע והוא טוען סטראי דא"צ שבועה כלל וכו' ואין דבריו מוכרחים דשא"ה שאין מכחיש העד כלל דהא פרע סתם ויכול להיות שחייב לו מצד אחר ולכך א"ל שבועה משא"כ הכא שהעד מכחישו לגמרי ולפי דברי העד השער בטל צריך שבועה מדרבנן להכחיש את העד כדי להפיס דעתו כמו בע"א מעיד שהוא פרוע דמשביעינן ליה כדי להפיס דעתו כמבואר בפ' הכותב ואף שהש"ך בסוף דבריו הרגיש בזה וסיים דלא גרע הכחשתו מאלו היה מודה לו והיה טוען ברי שחייב לו דא"צ שבועה לפי שיטתו ע"ש וכוונתו דלא שייך שבועה להכחיש העד כיון דאף אם מודה לו ממש א"צ שבועה היכי שייך שבועה להכחישו אי משום הא לא איריא דאף אם היה מודה לו שהוא נתנו לידו צריך ג"כ שבועה כיון דא"נ אלא במיגו דהיה מכחישו לפי סברת הש"ך בסק"ד ואם היה מכחישו היה צריך שבועה להכחיש את העד ה"נ כשהוא מודה ואף דגבי סטראי א"ל שבועה להבעה"ת והרמב"ן אף דא"נ אלא במיגו דהיה מכחיש העד כבר בארתי טעמו בסי' נ"ח סק"א משא"כ הכא. אמנם לדידי צ"ע בהאי דינא מטעם אחר כיון דקיי"ל דעדים שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים אף באין כת"י יוצא ממ"א כמבואר בסי' מ"ו סל"ז משום דעולה הוא ואין אדם משים א"ע רשע והנה הוכחתי שם מדברי הרמב"ן והריב"ש בסי' שצ"ו דאף היכא שאינו פוסל עצמו

לעדות אלא דאיסורא בעלמא עביד א"נ לעשות עצמו רשע וא"כ ה"נ א"נ לומר שהחזיר את השטר שהיה בידו וא"י מיד מי בא לידו כיון דשלא כדין עבד ועבר על דברי חכמים ואיסור גמור הוא א"נ לעשות עצמו רשע וליכא למימר דפלגינן דיבוריה דהאמת הוא דהשטר איתרע שבא לידו שלא כדין רק דלאו הוא החזיר השטר אלא איש אחר החזיר את השטר כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין דמי שאמר פ' רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו דפלגינן דיבורא שרבע אבל לא אותו זה ליתא כיון דשבועת ע"א שהוא פרוע אינו אלא מדרבנן בעלמא כדי להפיס דעתו מה"ת נאמר דפלגינן דיבורא בכה"ג לחייבו שבועה כדי להפיס דעתו כיון שהעד אינו נאמן בדבריו ומשים א"ע רשע וכ"כ התוס' בפ"ב דכתובות ובפ"ק דסנהדרין לתרץ הא דעדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים אף באין כת"י יוצא ממ"א משום דא"א משים א"ע רשע ולא אמרינן דפלגינן דיבורייהו ואנוסים מחמת נפשות היו ותירצו כיון דקיום שטרות מדרבנן הוא לא אמרינן פלגינן דיבורא כדי לפסול את השטר ע"ש וכ"ש הכא כיון דשבועת ע"א שהוא פרוע אינו אלא מדרבנן כדי להפיס דעתו בכה"ג שהעד משים עצמו רשע וא"נ בדבריו לא אמרינן פלגינן דיבורא לחייבו שבועה כדי להפיס דעתו ועוד דהכא איכא חזקה כנגד העד דכאן נמצא כאן היה ומה"ת נאמר שבא השטר ליד אחר בנתים ומה"ט כתב הרמב"ן בס' המלחמות בס"פ ג"פ ובחידושיו שם דשני יב"ש הדרים בעיר אחת מוציאין שט"ח על אחרים ולא חיישינן שמיד אחר בא לידו ואותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה משום חזקה דכ"נ כ"ה ולא היה ביד אחר מעולם וא"כ ה"נ אמרינן כן וכיון שאין השטר עומד לכך אפשר דא"צ שבועה להכחיש את העד כמו בע"א מעיד שהוא פרוע והוא ת"ז דא"צ שבועה כמבואר בסי' פ"ד ס"ה ואף לפמ"ש שם דאף בדבר שאין השטר עומד לכך מ"מ צריך שבועה להכחיש את העד מ"מ כולי האי דנימא בכה"ג פלגינן דיבורא אפשר דלא אמרינן ולזה הדעת נוטה:

ב אע"פ שבעל המשכונא מוחזק בקרקע אינו מועיל לו כלום. משמע אף שהוא בתוך זמן המשכונא מ"מ חיישינן שנפרע ולא נשאר חייב לו אלא דבר מועט ואף לפמ"ש בס"ק שאח"ז דבת"ז ונמצא ביד אחר מחזירין להמלוה היינו משום דאיכא חזקה דא"א פורע בת"ז משא"כ הכא בשטר משכונא כיון דהמלוה אוכל פירו' לא שייך א"א פורע בת"ז דעביד הלוה דפרע בת"ז כדי שלא יאכל המלוה הפירות וכעין זה כתב מוהרי"ט בחח"מ סי' קכ"ד והביאו הכנה"ג בסי' ע"ח ע"ש:

ג מיהו אם היורש מוצא שטר כתובת אשה הנפקד אצלו יחזירנו לאשה ול"ח לפרעון. כתב הסמ"ע היינו טעמא משום דאין כתובה ניתנה לגבות מחיים והא דכתב הרא"ש

והביאו המחבר בס"ה דשטר נדונייתה הנמצא הוא כשט"ח היינו דוקא נדוניית' שהיא נתנה לו בשעת שכנסה שהוא עומד להפרע טפי משא"כ כתובה דאסור לו לפרוע ולהשהות את אשתו בלא כתובה והש"ך השיג עליו דפשיטא דמדינא אף בכתובה חיישינן לפרעון כשנמצא ביד אחר לאחר שנתארמלה וכדאיתא להדיא בש"ס פ"ק דמציעא דף ז' והריטב"א גופיה שם אלא הכא הוא מצד המנהג שדרך הנשים להפקיד כתובתן והיכא שאין מנהג ברור חיישינן לפרעון עכ"ל והנה מדברי שניהם נלמד דבשטר בתוך זמנו ונמצא ביד אחר ואף ביד היורש וא"י מה טיבו לא יחזיר לא לזה ולא לזה אף להרא"ש וכ"כ הכ"מ בפי"ד מה"מ על מ"ש הרמב"ם שם והביאו הטור והמחבר בס"ס מ"א ואפילו היה השטר יוצא מת"י אחר והלוה טוען ממני נפל אחר שפרעתי אע"פ שהוא ת"ז נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלוה אין שם חזקה דא"א פורע בת"ז ופירש הכ"מ דמיירי שאין ידוע שנפל אלא ביוצא מת"י אחר ואין אותו אחר יודע איך בא לידו דאלו בידוע שנפל לא היה תולה הרמב"ם דין זה בהוראת רבותיו ולא היה משיגו הראב"ד וכ"כ הב"ח שם בפי' דברי הרמב"ם והטור שם ע"ש והש"ך כתב שם דזה הוא מילתא דפשיטא דמה לי נפל ומה לי יוצא מת"י אחר ע"ש ומה מאוד תמיהני על דברי הגדולים הללו דלפעד"נ דבת"ז הדין חלוק בין נפל ליוצא מת"י אחר דהא דעת הרא"ש והט"ו בסעיף שאח"ז דהיכא שהשטר ביד אחר וא"י מה טיבו ושניהם מודים שהוא של המלוה דיחזיר למלוה ול"ח לקנוניא וכתבו הרא"ש והטור הטעם דל"ח לקנוניא אלא בשטר שנפל דאיתרע דאיכא למימר משום דאית ביה ריעותא לא נזהר לשומרו אבל בשטר המופקד לא אתייליד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד יודע מכח מי בא לידו ואם שניהם רוצים יעשה כמאמרם עכ"ל וא"כ כשהוא בת"ז נראה דאף שהלוה אומר אני הפקדתי אותו א"נ ויחזירנו להמלוה דבשלמא בשטר שנפל והוא ת"ז ניחא דלא יחזיר דכיון שנפל איתרע החזקה דא"א פורע בת"ז דכיון דלא נזהר לשומרו מסתמא נפרע משא"כ בשטר המופקד דלא אתייליד ביה ריעותא כלל אלא כשהוא ביד אחר וא"י מה טיבו לא יחזירנו לא לזה ולא לזה משום דמעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ולכך כשהוא ביד אחר ליכא חזקה דהלוה יכול לומר אני הפקדתיו אבל כשהוא בת"ז כיון דאף במלוה ע"פ בת"ז אין הלוה נאמן לומר פרעתי משום החזקה דא"א פורע בת"ז א"כ אף כשהשטר הוא ביד אחר כיון דלא אתייליד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד זוכר מכח מי בא לידו אי מן המלוה או מן הלוה וא"כ כיון דאיכא חזקה דא"א פורע בת"ז א"כ מסתמא המלוה הפקידו אצלו דהאיך בא השטר ליד הלוה כיון שעדיין לא פרעו וא"כ מחמת החזקה דת"ז מוכח דודאי המלוה הפקידו אצלו ולא הלוה ומה לי

דכששניהם מודים דס"ל להרא"ש והטור דיעשה כמאמרם משום דלא אתייליד ריעותא ומה לי כשהלוה מכחיש דכיון דת"ז הוא לא מהימן ולא משגיחינן בהכחשתו דודאי משקר ואף להרשב"א וסייעתו דס"ל דאף כששניהם מודים חיישינן לקנוניא י"ל דמודים דבשטר המופקד לא אתייליד ריעותא אלא דמ"מ כיון שנמצא ביד אחר כיון דליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא י"ל דהלוה הפקידו אצלו א"כ הוי כמלוה ע"פ דחיישינן לקנוניא ולא מהני הודאת הלוה לטרוף מלקוחו' אף לדינא דאורייתא וכן משמע להדיא בתשובת הרשב"א המיוחס' להרמב"ן בסי' י"ט דזה הוא עיקר טעמו דלא יחזיר אף כשמודה דחיישינן לקנוניא אף בלא ריעותא אבל גם הוא מודה דבשטר המופקד ליכא ריעותא כלל ע"ש וא"כ בת"ז הדין נותן דיחזירנו למלוה דודאי הוא הפקידו דחזקה א"א פורע בת"ז והנראה בזה דס"ל להמחברים הללו דע"כ לא סמכינן על חזקה דת"ז אלא היכא דאנו מסופקים אם פרע או לא דהחזקה באה על אותו ענין שאנו מסופקים בו אמרינן חזקה דלא פרע דא"א פורע בת"ז וכן כל החזקו' שבש"ס הוא בכה"ג שהחזקה באה על אותו ענין שאנו מסופקים בו משא"כ הכא שאנו מסופקים אם הלוה הפקידו אצלו או המלוה וזה הוא ספק שקול לפנינו דליכא חזקה שהמלוה הפקידו אצלו דכך יכול להיות שהשטר בא מיד הלוה כמו מיד המלוה וכשהלוה הפקידו אצלו איתרע חזקה דת"ז ולכך בכה"ג לא סמכינן על החזקה להוכיח שמיד המלוה בא לידו כיון שיש ספק לפנינו דדילמא מיד הלוה בא לידו וזה הוא ספק שקול לפנינו. אמנם אלו הדברים מרפסין איגרא דמנ"ל לומר כן ואדרבה הסברא נותנת דמחמת החזקה דא"א פורע ת"ז י"ל דמיד המלוה בא לידו דהא אם מן הלוה בא לידו ע"כ צריך אתה לומר דפרע לו ואיתרע חזקה דת"ז וא"כ מחמת החזקה דת"ז י"ל דמיד המלוה בא לידו דהא הא בהא תליא וראיה ברורה נלפענ"ד מפ"ק דפסחים דף ז' ע"א דפריך הש"ס התם ומי אזלינן בתר בתרא והא תניא ר"י בר יהודה אומר תיבה שנשתמשו בה מעות חולין ומעות מעשר אם רוב חולין חולין אם רוב מעשר מעשר ואמאי ליזל בתר בתרא ומשני התם רנב"י הב"ע כגון שנשתמשו בה מעות חולין ומעות מעשר וא"י איזה מהן בסוף הרי להדיא דאע"ג אם נשתמש בה מעשר לבסוף אף שהרוב חולין אזלינן בתר בתרא ובודאי מעשר הוא וזה הספק שקול לפנינו דא"י איזה מהן נשתמש לבסוף ובזה ליכא רובא ואפ"ה אזלינן בתר רובא דאם נשתמש בה הרוב חולין אמרינן דמסתמא זה הנמצא מרובא קפריש וחולין הוא ובודאי חולין נשתמש לבסוף וא"כ ה"נ כיון דאיכא חזקה דא"א פורע בת"ז מוכח דודאי המלוה הפקידו אצלו ולא הלוה אף שזה הספק הוא ספק השקול וז"ב. ומה שהקשה הסמ"ע מדברי תשובת הרא"ש שבס"ה והביא הטור בסי' רמ"ג סי"ח לא

ידעתי מה קשיא ליה דדילמא מיירי התם שהבעל מת בחיי אחותו ויורשי הבעל טוענים אנו פרענו לה השטר נדונייתה ואנו נתננו השטר ליד ראובן ואף את"ל דהוי משמע ליה להסמ"ע דיורשי הבעל לא טענו כלום רק כיון שהבעל מת בחיי אחותו ושטר נדוניא הוא ביד ראובן י"ל שהבעל פרע בחייו לאשתו שהיא אחותו סך הנדוניא וע"ז הקשה שהוא ת"ז גם בזה י"ל דזה לא הוי ת"ז כלל דהא התוס' והרא"ש הקשו בב"ב בפ"ק דאמאי אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה דהא הוי ת"ז ותי' לחד תי' דהבעל עביד דמתפיס צררי קודם מותו כדי שלא תתבזה אשתו בב"ד וכהגיע זמן דמי ומה"ט פסק בש"ע באה"ע בר"ס צ"ו דאף בנצ"ב שאינם בעין אינה גובה אלא בשבועה וכמ"ש בב"ש שם וא"כ י"ל דזה לא הוי ת"ז כלל כיון שהבעל מת בחייה עביד דמתפיס צררי קודם מותו וזה נרא' ג"כ כוונת הש"ך שהשיג על הסמ"ע וכתב דמדינא אף בכתובה חיישי' לפרעון כשנמצא ביד אחר לאחר שנתארמלה וכדאיתא להדיא בש"ס בפ"ק דמציעא דף ז' והריטב"א גופיה שם וכמ"ש בס"ק ל"ב ובאמת לכאורה בריטב"א מבואר להיפך דהא פסק דבעודה תחת בעלה יחזיר לאשה דל"ח לפרעון כיון שהוא ת"ז כר' יוסי ומה דס"ל לר"י דנתארמלה ונתגרשה לא יחזיר היינו כשנתארמלה ונפל יש לחוש שהיורשים פרעו לה אבל כשהיורשים אינם טוענים פרעתי י"ל שאין חוששין שהבעל פרע לה דהוי ת"ז א"ו כוונת הש"ך הוא משום שהריטב"א מחלק שם בין גרושה דא"צ אפי' שבועה משום ת"ז ובנתארמלה צריכ' שבוע' משום דקודם מותו עביד דמתפיס לה צררי והוי כהגיע הזמן וא"כ בנמצא ביד אחר אף כשנתארמלה יש לחוש שהבעל פרע לה קודם מותו והתפיס לה צררי והפקיד לו הכתובה דהוי כהגיע הזמן זה נ"ל בכוונת הש"ך ומעתה אין קושית הסמ"ע כלום מדברי תשו' הרא"ש דאף אם נאמר שאין יורשי הבעל טוענים כלום מ"מ אנו טוענים שהבעל פרע לה קודם מותו השטר נדוניא דהוי כהגיע הזמן אבל בת"ז ודאי הדין ברור להרא"ש דיחזירנו להמלוה כשא"י מה טיבו כמ"ש. אך מ"מ לענין דינא יש להסתפק דאף בכתובה ונתארמלה י"ל דהוי ת"ז דאף דהצריכו חז"ל לאלמנה שבועה אף דהוי ת"ז משום דעביד אינש דמתפיס צררי י"ל דהיינו דוקא לענין שבועה החמירו חז"ל אבל היכא דנוגע לממון חשיבא כת"ז ובאמת זו היא שיטת מוהרש"ך והביאו הכנה"ג בסי' ס"ט דכתובה שחתום עליה הבעל בעצמו בלי עדי' אף דאנן קי"ל דבכת"י נאמן לומר פרעתי מ"מ בנתארמלה גובה משום חזקה דא"א פורע בת"ז ע"ש הרי אף דלענין שבועה משביעינן לה מ"מ לענין ממון חשיב כת"ז אך הרב בעל מ"ל בפי"א מה"מ הניח דבריו בצ"ע דמנ"ל לחלק בין ממון לשבועה דכיון דמשביעינן לה ולא חשיב כת"ז ה"ה לענין ממון נמי ולכאורה יש להביא ראיה מדברי הר"ן ר"פ

האשה שנתארמלה או שנתגרשה וכו' אם יש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתים וכתב הר"ן שם דלדברי הרי"ף שהוא סובר דהא דאמרינן הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום היינו דוקא במקום שאין כותבין כתובה אבל במקום שכותבין כתובה ואינה יוצאה מתח"י נאמן לומר פרעתי ע"כ הכא מיירי כגון שהבעל הודה לפני מיתתו שלא פרע דאל"כ טענינן ליתמי שפרע ומיהו בגרושה אם תובעתו לאלתר אחר גירושין לא צריכי להכי שאלו אמר פרעתיך א"נ שא"א עשוי לפרוע קודם גירושין והוי ליה כאומר פרעתיך ת"ז דא"נ וכ"כ בחי' הרמב"ן מכונה להרשב"א גבי זאת אומרת כותבין שובר ע"ש הרי להדיא דבאלמנה שדרך להתפיסה צררי קודם מותו הוי כהגיע זמן וטענינן ליתמי שפרע אף לענין ממון אך יש לדחות ראיה זו דבלא"ה יש להבין מה דמתרץ הר"ן שם דבגירושין א"א פורע בת"ז הא התם איירי שאין הכתובה בידה מדמחולקים אם היתה אלמנה או לא וא"כ כיון שאין בידה הכתובה ונפל איתרע ונאמן לומר פרעתי אף ת"ז וכ"כ הר"ן גופיה בפ' האשה שנתארמלה גבי כותב אדם עדותו על השטר וכו' דהיכא דנפל ואיתרע אף ת"ז נאמן לומר פרעתי ודוחק לומר דמיירי שנשרפה הכתובה באונס דליכא ריעותא דא"כ אף באלמנה א"נ לומר פרעתי אף לדברי הרי"ף כיון דליכא ריעותא כמ"ש באה"ע סי' ק' ס"ו בהגה ע"ש ודברי הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ל"ב מגומגמים קצת בזה ע"ש אך זה לק"מ דהר"ן אזיל בשיטת הנ"י בפ"ק דמציעא והריטב"א בשם ר"ח וכן הוא שיטת הרמב"ן באס"ז שם דהלכה כר"י דבעודה תחת בעלה ל"ק לפרעון אף דבשטר בת"ז חיישינן לפרעון היכא דנפל מ"מ כתובה עדיפא דלא ניתנה לגבות מחיים ע"ש וא"כ לפ"ז יפה הוצרך הר"ן לומר בנתארמלה שאביהן הודה לפני מותו דאל"כ טענינן להו פרוע אף דלענין ממון מיחשב ת"ז מ"מ הכא כיון דנפל איתרע חיישינן טפי לפרעון וכ"ש הוא משטר בת"ז שנפל דחיישינן לפרעון אף שגובה מיתמי בלא שבועה וכ"ש באלמנה שאינה גובה מן היתומים בלא שבועה אף היכא דלא נפל וא"כ כשנפל איתרע ואינו גובה כלל וא"ש אך מ"מ משמעו' דברי הריטב"א והרמב"ן שהובא באס"ז דבאלמנה לא הוי כלל ת"ז מה"ט דקודם מותו הוי כהגיע זמן ממש ע"ש ודלא כמוהרש"ך וכן מוכח לפענ"ד מהא דפסק הרא"ש בפ"ק דב"ב והטו"ר ס"ס ע"ח דבת"ז גובי' אף מיתומים קטנים דל"ח לצררי בת"ז וא"כ תקשה הא דאמרינן בערכין פרק שום היתומים דלכתובת אשה נזקקים לנכסי יתומים קטנים משום מזוני או משום חינא ות"ל דבאלמנה הוי ת"ז דלא ניתנה לגבות מחיים וגובים אף מיתומי' קטנים וכן הרמב"ם בפי"ב מה"מ כתב דאלמנה גובה כתובתה מיתומי' קטני' משום מזוני וחינא וכשנשאת לאחר דליכא מזוני וחינא אינה גובה מיתומים קטנים ע"ש והרי הרמב"ם ס"ל דבת"ז גובים אף מיתומים קטנים

כמ"ש הה"מ והלח"מ שם בראיה ברורה מדברי הרמב"ם ברפי"ד מה"מ ע"ש וא"כ אף שנשאת נהי דליכא חינא ת"ל דהוי ת"ז א"ו דבאלמנה לא מיחשב כת"ז או משום דקודם מותו הוי כהגיע זמנו או משום דהוא תנאי ב"ד ואף לענין ממון לא מיחשב כת"ז. שוב מצאתי בר"ן בפרק אלמנה נזונת שהקשה זאת דל"ל להש"ס טעמא משום מסזוני ת"ל דהוי ת"ז ותי' דבכתובת אשה עביד להתפיס צררי הרי להדיא דאף לענין הפסד ממון לא מיחשב כת"ז ודלא כמוהרש"ך ודוחק גדול לומר דלענין לגבו' מיתומים קטני' כיון שנזקקין להם כשיגדלו לא מקרי הפסד ממון דמה"ת לחלק בהכי ותבנא לדינא דנ"ל עיקר דבשטר בת"ז וכן בכתובת אשה בעודה תחת בעלה ונמצא ת"י אחר וא"י מה טיבן מדינא מחויב להחזיר להמלוה ולאשה אף שהלוה והבעל מכחישים כיון דליכא ריעותא בשטרא תלינן שמיד המלוה והאשה באו לידו אבל בכתובת אשה שנתארמלה וא"י מה טיבה מדינא לא יחזיר דזה לא הוי ת"ז וכן בשטר נדוניא לא הוי ת"ז דאשה קודם מיתה עביד הבעל להתפיסה צררי אם לא שמנהג המקום שהנשים מפקידות כתובתן ביד אחרים דאז תלינן דמסתמא מיד האשה באה לידו וכמ"ש הש"ך. שוב ראיתי בכנה"ג שכתב בשם רבים מהמחברים דטעם הרשב"א דס"ל דבנמצא ביד אחר דלא יחזיר אף ששניהם מודים לאו משום דחיישינן לקנוניא היכא דליכא ריעותא דבזה לית מאן דפליג רק דטעמו דזה שנמצא ביד אחר נמי איכא ריעותא בשטרא כיון שא"י מה טיבו ע"ש ולפענ"ד אישתמיט להו דברי תשו' הרשב"א המיוחסת להרמב"ן בסי' י"ט שהאריך להוכיח בראיות דחיישינן לקנוניא אף דליכא ריעותא בשטרא ומשמע שם להדיא דס"ל דשטר המופקד לא איתרע כלל ע"ש ומעתה הדברים שכתבתי נכונים לכל הדעות:

ד ויש מי שאומר. הטעם מפורש ברא"ש וטור דל"ח לקנוניא אלא בשטר שנפל דאיתרע דא"ל משום דהוי ביה ריעות' לא נזהר בשמירתו אבל בשטר המופקד לא אתייליד ביה ריעותא אלא שאין הנפקד יודע מכח מי בא לידו ולכך אם שניהם רוצים יעשה כמאמרם וכבר כתבתי לעיל דבתשו' הרשב"א המיוחסת להרמב"ן שהוא הדיעה הא' מבואר שגם הוא מודה דבשטר המופקד ליכא ריעותא כלל אלא דמ"מ חיישינן לקנוניא היכא שהוא חב לאחרים וע"ש ויש לתמוה מהא דכתב הה"מ פ' י"ו מה' מלוה דין י"א אהא דכתב הרמב"ם שם המוצא שטר בין שטרותיו וא"י ה טיבו יהא מונח עד שיבא אליהו משנה כלשונה שם ופרש"י וכו' וכתב הרשב"א ז"ל אפי' ששניהם מודי' דומיא דנפילה ובתוספתא מפורש דה"ה לשטרי מקח וממכר וכתב הרשב"א ז"ל בתשו' דדוקא בשאין בהן קנין אבל אם יש בהן קנין יחזיר ללקוחות ואפי' מצאם בשוק דכל דליכא למיחש לפרעון ולהמלכה יחזיר וזהו כפי שיטתו ושיטת הרמב"ן שכתבתי פ' י"ח מה"ג דבשטרי

אקנייתא לא בעינן דמטא שטרא לידיה עכ"ל והרי הה"מ בר"פ כ"ד מה"מ פסק בשם הרשב"א והרמב"ן ז"ל דבשטרי דלאו אקנייתא אין כותבין שטר למוכר עד שיהיה הלוקח עמו ע"ש וא"כ קשה אמאי בשטרי מקח שא"י מה טיבו לא יחזיר בשטרי דלאו אקנייתא והיינו משום דילמא כתב למכור ולא מכר הא אין כותבין שטר למוכר עד שיהיה לוקח עמו כדפריך בש"ס פ"ק דמציעא דף י"ג לענין שט"ח וליכא למימר כדמשני הש"ס התם כיון דנפל איתרע וחיישינן דילמא אקרי וכתב דהא בשטר המופקד ליכא ריעותא כלל וא"כ אמאי ניחוש דהעדים עשו שלא כדין ובאמת אף אם נאמר דהרשב"א ס"ל דבשטר המופקד נמי איכא ריעותא קשה קושיא זו לשיטת הרא"ש דס"ל כאן דבשטר המופקד ליכא ריעותא אף דהרא"ש פסק כאביי דעבחז"ל וכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו כמ"ש הטור בסי' רל"ח מ"מ קשה לרב אסי דלא ס"ל בש"ס עבחז"ל א"כ תקשה ליה מהתוספתא דבשטר מקח המופקד לא יחזיר ואמאי הא אין כותבין שטר למוכר בלא הלוקח לר"א דלית ליה עבחז"ל והנה להרא"ש י"ל דס"ל כשיטת הרמב"ם ר"פ כ"ד מה"מ דס"ל דשטר מכר כותבין למוכר בלא הלוקח אף דלא ס"ל עבחז"ל דס"ל לחלק בין שטר הלואה לשטר מכר אך על המחבר קשה דסתם לקמן בסי' רל"ח דבשטר מכר אין כותבין כשאין הלוקח עמו וכאן הביא דעת הרא"ש דבשטר המופקד ליכא ריעותא וא"כ קשה מהתוספתא ואין להקשות מדברי המחבר בסי' ר"ן סכ"ה דאיתא התם מי שכתב שט"ח על עצמו בשם אחר או בשם אחד מבניו ונתן השטר ע"י שליש וא"ל יהי זה אצלך ולא פי' לו כלום ומת דאינו כלום אלמא דחיישינן לשמא כתב ללוות ולא לוה אף דליכא ריעותא זה ליתא דחדא דכבר פירש הש"ך שם דהטעם הוא משום דחיישינן לפרעון ועוד דהתם כיון שיודע שהשטר בא מיד הלוה ודאי איכא ריעותא וחיישינן לאקרי וכתב כמו בשטר שנפל דחיישינן לאקרי וכתב לשיטת המחבר דפסק בסי' זה סי"ד דהמוצא שטר מתנת בריא לא יחזיר אף דהמחבר ס"ל בר"ס רל"ח דאין כותבין בלא לוקח עמו א"ו דחיישינן לאקרי וכתב ודלא כהני' שהקשה קושיא זו בשם הר"ן והביאו הב"י ומה שתי' הני' דבמתנה ל"ח שיחזור בו הנותן ויתן לאחר ואח"כ יתן שטר הראשון ליד זה ולכך כותבין אף לכתחילה זה הוא לפי שיטת הרמב"ם דס"ל דכותבין שטר למוכר בלי לוקח אבל לשיטת המחבר בר"ס רל"ח דלא ס"ל הכי ע"כ צ"ל דחיישינן לאקרי וכתב וכ"כ המחבר להדיא בסי' מ"ג סט"ו וא"כ ה"ה כשנמצא ביד אחר וידוע שבא מן הלוה איכא ריעותא גדולה וחיישינן לאקרי וכתב ומש"ה כתב הרב רמ"א בסי' ר"ן שם ובמתנת בריא בקנין כשהקנה קנה המקבל אלמא דבלא קנין אין מחזירין אף דהרב סתם בר"ס רל"ח כהמחבר דאין כותבין בלא לוקח עמו א"ו דחיישינן לאקרי וכתב בכה"ג שידוע שבא

מהנותן וזה נכון דלא כמשמעות דברי הש"ך שם ובסי' נ"ו ס"ק ז"ך אך על התוספתא דמבואר דאף היכא שאין ידוע מכח מי בא לידו אין מחזירין בשטרי מכר קשה טובא ובאמת לולי דברי הרשב"א הה"מ הייתי אומר דמהתוספתא אין ראיה דהא דאיתא התם דבמצא שטר מו"מ בידו וא"י מה טיבו לא יחזיר ויהא מונח לאו משום דחיישינן לשמא כתב למכור ולא מכר הוא אלא משום דהתוספתא אתיא כרשב"ג דס"ל בב"ב דף קס"ט ע"א דהנותן מתנה לחבירו והחזיר לו את השטר חזרה מתנתו וע"ש בהסוגיא וא"כ לכך לא יחזיר לא לזה ולא לזה דחיישינן שהלוקח חזר ומכר השדה להמוכר ע"י מסירת השטר מכירה והשטר היה ביד המוכר לראיה וממנו בא ליד השליש אבל לדידן דקי"ל דלא חזרה מתנתו א"כ במצא אצלו שטר מקח יחזיר להלוקח דל"ח דילמא כתב למכור ולא מכר דכיון דליכא ריעותא בשטר המופקד ל"ח לאקרי וכתב וצע"ג לדינא:

ה אבל אנן לא טענינן להו. לשון הרא"ש בתשו' דמילתא דלא שכיחא הוא להלוות מעות על שטרות שא"י לגבותם ומילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ומשמע דאם הם כתובים בענין שיכול לגבותם אפי' ידעינן שאינן של אביהם טענינן להו שלקחם למשכון וכ"כ הש"ך ויש לתמוה הא קי"ל בסי' קע"ב סי"ד בהגה וסכ"ד דהמלוה על המשכון אין לו אלא שעבוד בעלמא ואם הלוה טוען פרעתי והמלוה א"י צריך להחזיר לו משכונו שא"י להחזיק בו מספק וא"כ ה"נ האיך טענינן ליתומי' להחזיק מספק בדבר שאינו שלהם וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב בס"ק קמ"ג וקמ"ח להדיא ואף לדעת הסמ"ע שם החולק נראה דהיינו דוקא היכא שידוע שבא לידו בתורת משכון אלא שא"י בעד כמה אבל הכא שא"י אם בא ליד אביהם בתורת משכון כלל מה"ת נטעון ליתמי להוציא ממון מספק ואפשר דהכא מיירי שהחוב ידוע אלא שעדיין לא הגיע זמן הפרעון ולכך כיון שהוא מילתא דלא שכיחא להלוות על שטרו' כאלו צריכים היתומים להחזיר השטרות ולא להחזיק בהם בעד חובם משא"כ אם הם כתובים בענין שיכול לגבותם טענינן להו שהם ממושכנים ביד אביהם כיון שהחוב ידוע וא"צ להחזיר השטרות ודוחק

ו יחזיר השטר ללוה. שאלו לא היה פרוע לא השליכהו בין הקרועים והרי שובר נמצא עמו שאומר שהוא פרוע כ"כ הטור והוא מדברי הרמב"ם פי"ח מה"ג משמע להדיא דאלו לא נמצא בין שטרות קרועים אף שהשטר נפל ושובר עמו לא יחזירנו להלוה וקשה טובא דהא חזינן דריעותא דנפילה גרע טפי מנמצא שטר בין שטרות קרועים לחודא בלא שובר עמו דהא בשטר שנפל אין גובין בו ובנמצא ביד המלוה שטר בין שטרות קרועים בלא שובר עמו גובין בו כמבואר בסי"ח וא"כ כיון דאם נמצא ביד המלוה שטר בין שטרות קרועים ושובר עמו קרעינן לשטרא כמ"ש הש"ך בס"ק נ"ז בשם הבעה"ת והרמב"ם א"כ

כ"ש בשטר שנפל ושובר עמו דיש לקרוע השטר אף שלא נמצא בין הקרועים ודוחק לומר דגם השובר איתרע בנפילה דלמה לו להמלוה לשמור את שוברו וכ"ש בשובר בלא עדים ונראה דמכאן ראיה דס"ל להרמב"ם והטור דהא דאמרינן דשטר שנפל איתרע עיקר הטעם הוא דכיון דמסתמא המלוה נזהר בשמירתו אמרינן מסתמא מיד הלוה נפל וכמ"ש לקמן בשם כמה פוסקים אבל אי הוי ידעינן דמן המלוה נפל גובה בו ואף שיש שובר עמו מ"מ גובה בו דריעותא שנמצא ביד המלוה השטר בין שטרות הקרועים גרע טפי מריעותא דשטר שנפל מיד המלוה ולכך אי ידעינן שנפל מן המלוה אף שיש שובר עמו גובה בו ומוקמינן השטר בחזקתו ולכך אף בנמצא שטר ושובר עמו וא"י ממי נפל לא יחזירנו להלוה דדילמא מן המלוה נפל עם השובר ושובר שיצא מתח"י המלוה פסול וכן מוכח בש"ס דמוקי מתניתין דאם יש עמהם סמפונות יעשה מה שבסמפונות בנמצא בין שטרות הקרועים ולא מוקי דקאי על נמצא בשוק השטר והשובר דיעשה מה שבשובר א"ו דאף בכה"ג לא יחזיר להלוה אם לא שנמצא בין הקרועים וע' בש"ך בזה ודוק:

ז שלשה שטרות או יותר כרוכים זע"ז. וכ' הרא"ש ולא איתרע בנפילה זו כיון שע"י הסימן מתברר אי ממלוה או מלוה נפל עכ"ל כוונתו דלא תיקשי הא הטעם דמצא שט"ח לא יחזיר משום דאיתרע בנפילה א"כ מה מועיל הסימן לכך קאמר דשא"ה דהספק הוא דילמא מן הלוה נפל אבל הכא ע"י הסימן מתברר דממלוה נפל וכן כתב האס"ז בשם הרא"ש וז"ל או אגוד' של שטרות לא דמי למצא שט"ח לעיל דאמרינן משום דנפל איתרע ליה דהתם חשיב ריעותא מה שהוא מוטל באשפה ומוכיח עליו שמחמת פסולו זרקו אבל הכא שהם בחפיסה או בתכריך ניכר שדרך נפילה נפלו שם וכשרים הם שהדבר מוכיח שהיה מכוין לשומרם ועוד דהתם יש להסתפק אם מיד הלוה או מיד המלוה נפל אבל הכא למי שנתן סי' מחזיר וכו' הרא"ש עכ"ל הרי שהרא"ש בפי' תפס לשון אחרון וכן הבעה"ת בשער נ"ב הביא בשם התוס' הצרפתים ומשמע מדבריו שהסכים לתי' בתרא שבאותו שער עצמו כתב דבשטר שנפל לא מהני נאמנות דהא לא הימניה עד שיצא השטר מתח"י וזה א"י מתח"י שהרי נפל ונמצא היה וכ"ת אכתי נימא אם איתא דפרעיה אמאי לא קרעיה תיכף שפרעו לאו מילתא הוא דאמר ליה ניחא לי דלא לקרעיה עד שיראנו לעולם שפרעו כי היכא דאי אצטריך ללוות עוד מאחרים דלא לחזקיה בגברא דמסיק זוזי וכ"ת לקרעי' קרע של ב"ד ולשבקיה איכא למימר וכו' עכ"ל הרי להדיא דס"ל להבעה"ת דעיקר טעמא דשטר שנפל הוא משום דדילמא מן הלוה נפל דאל"כ מעיקרא לק"מ וכ"כ ראיה לזה בס"ק שלפ"ז מדברי הרמב"ם והטור וא"כ לפי דבריהם אלו משמע דבשט"ח שנפל ויש עדים שראו שמן המלוה נפל גובה בו. ובספר קצות

החושן שנדפס מחדש ראיתי שהביא ראיה לזה מלשון רש"י בפ"ק דמציעא דף ז' גבי נפל ליד דיין לא יוציאהו עולמית ופרש"י לא לוה ולא מלוה עד שיבא אליהו או עדים שראו מיד מי נפל עכ"ל הרי משמע להדיא דאם יש עדים שמיד המלוה נפל יחזירו למלוה וזהו ראיה מבוארת אלא שהרב הלזה תמה דמסתימת הפוס' משמע דאם נפל מיד המלוה נמי איתרע אם לא כשמצאו בעצמו כמבואר בגיד"ת והש"ך בסי' מ"א ס"ק י"א דאף אם נאבד בעדים מיד המלוה וליתא לשטרא בידיה נאמן הלוה לומר פרעתי כיון דאיתרע וכ"כ הט"ו שם בס"ב דאם הניח המלוה שטרו במקום שאינו משתמר ונמחק אין עושין לו קיום דכיון שהניחו במקום שראוי להמחק בודאי פרעיה וכן רש"י בכולה סוגיא דמצא שט"ח פירש הני ריעי כיון שהמלוה לא נזהר לשומרו מסתמא נפרע ומכח זה השיא דברי הרא"ש לכוונה אחרת דכיון שיש בו סי' לא נזהר המלוה לשומרו דסמיך עצמו אסי' וזה הוא דוחק גדול ומבואר ברא"ש שבס' אס"ז והבעה"ת בשם הצרפתים להיפך ומה שנ"ל בישוב דבר זה הוא דהא דכשידעינן שמן הלוה נפל גובה בו הוא משום דחזינן דכשהמלוה בעצמו מצאו אף שיש עדים שנפל גובה בו אף דאיתרע בנפילה מ"מ כיון שהשטר בא לידו מוקמינן השטר בחזקתו הראשונה כמ"ש הרשב"א בתשובה ומבואר בש"ע ס"ב וכ"כ הב"ח והוכיח כן משנים אדוקין בשטר דאף שידעינן שנפל מ"מ גובה המלוה מחצה כיון שהשטר בידו וטעמא דמילתא דכיון שהשטר בא לידו בהיתר מוקמינן ליה בחזקת המלוה וכ"כ התוס' דף י"ג ע"ב ד"ה הא קאמר להד"ם טעם זה ע"ש ולכך אף היכא שמתברר שמיד המלוה נפל מחזירין לידו וגובה בו דבשלמא כשלא ידעינן ממאן נפל לא יחזיר דדילמא מן הלוה נפל ואף שהלוה מודה שמן המלוה נפל חיישינן לקנוניא כיון שיש ריעותא בשטר זה אף אם מן המלוה נפל דה"ל ליזהר לשומרו לכך חיישינן דילמא מן הלוה נפל אבל כשמתברר שנפל מן המלוה ע"י עדים או סימן אף דאיכא ריעותא במה שנפל ממנו מ"מ המוצא מחויב להחזירו לידו כיון שידוע שממנו נפל כדאמרינן בב"ב דף נ"א אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדים דמסתמא בחזקת גנוב הוא ואם קבל יחזיר לאשה ועבד דממי שנטל יחזיר ואפילו באשה הנו"נ תוך הבית פסק הריב"ש בסי' נ' והרב באה"ע סי' פ"ו דיחזיר לאשה והבעל יתבע אותה ע"ש הרי להדיא דאף שהדבר ספק אם הוא גנוב מ"מ ממי שנטל יחזיר וא"כ ה"נ נהי דהשטר איתרע בנפילה מ"מ היכא שידוע שנפל מיד המלוה מחויב המוצא להחזיר לידו וא"כ כיון שהמוצא מחויב להחזיר לידו א"כ בא לידו בהיתר וגובה המלוה בו דהוי כמצאו בעצמו ומוקמינן השטר בחזקתו הראשונה אף דאיתרע משא"כ כשהשטר נפל מן המלוה וליתא קמן כלל או שהמלוה הניחו במקום שאינו משתמר ונמחק יפה פסקו

בסי' מ"א דאין המלוה גובה כלל כיון דאיתרע בנפילה ואין השטר תח"י המלוה כלל לא מוקמינן ליה בחזקתו הראשונה דכיון שאין בידו השטר כלל לא שייך לאוקמי בחזקתו ובזה ניחא נמי הא דכתב הרא"ש ה"א דבעינן ג' כרוכין אף דמנין לחודא הוי סי' מ"מ בעינן כרוכין כדי שיוכל ליתן סי' במנין דאל"ה שמא לא נפלי אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין ותמה התומים בזה לשיטת הסוברים דלא מהני יאוש בחוב א"כ מה מהני היאוש דאף שנתייאש מן השטר מ"מ מחויב המוצא להראות זכותו של חבירו כמבואר בסי' ס"ו סי"ט ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון דהמלוה נתייאש מגוף השטר א"כ אין המוצא מחויב להחזיר לו גוף השטר כמו באבידה דעלמא וכיון דהשטר איתרע בנפילה אין המוצא רשאי להחזיר לו כיון שאינו חייב להחזיר לו ולכך אף שבא ליד המלוה לא בא לידו בהיתר ואינו גובה בו וא"ש וזה נכון מאוד. אמנם יש לתמוה טובא על הפוס' הללו דס"ל דאם ידוע שמן הלוה נפל גובה בו ול"ח לפרעון מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ דף ט"ז ע"ב על הא דאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק ה"ז יחזיר לבעלים ול"ח לפרעון משום דאם איתא דפרע מקרע הוי קרע ליה אמר רב עמרם אף אנן נמי תנינא וכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר אלמא ל"ח לפרעון ומשני ר"ז מתניתין בשטרי חלטתא ואדרכתא דלאו בני פרעון נינהו ופריך רבא והני לאו בני פרעון נינהו והא שומא הדרא ומשני רבא התם היינו טעמא דאמרי' איהו דאפסיד אנפשיה דבעידנא דפרעיה איבעי ליה למקרעיה לשטרא א"ב למיכתב שטרא אחרינא עלויה וכו' גבי שט"ח מאי איכא למימר אם איתא דפרעי' איבעי ליה למקרעיה לשטר' אימור אשתמוטי משתמיט ליה דא"ל למחר יהבינא לך דהשתא ליתא גבאי א"ב אפשיטי דספרא זייר ליה הרי מוכח להדיא דעיקר החששא דפרעון הוא דדילמא פרע והניח השטר ביד המלוה ומיד המלוה נפל אבל ל"ח דמיד הלוה נפל דא"כ תיכף כשפרע ה"ל לקרוע השטר דהא לא שייכי הטעמים שבש"ס ודברי בעה"ת וסייעתו צע"ג ועיין בשבת דף ע"ט ע"א:

ח וכל מעשה ב"ד. הש"ך הביא לשון הרמב"ם סוף ה"ג וז"ל מצא כתובה אע"פ ששניהם מודים לא יחזיר לאשה שמא נפרעה כתובה זו או נמחלה ואח"כ מכר הבעל נכסיו והרי הוא רוצה לעשות קנוני' על נכסיו עכ"ל ומקור דין זה הוא מש"ס דפ"ק דמציעא דף ז' בסוגיא דשנים אדוקין בשטר דגרסינן התם מצא שט"ח לא יוציאו עולמית ר' יוסי אומר הרי הוא בחזקתו ופרכינן ולא חייש ר"י לפרעון והתניא מצא שטר כתובה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ר"י אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ומשני ר"פ ר"י לדבריהם דרבנן קאמר להו לדידי אפי' נתארמלה או נתגרשה ל"ח לפרעון לדידכו

אודו לי מיהת בעודה תחת בעלה דיחזיר לאשה דלאו בת פרעון היא ואמרי ליה רבנן אימור צררי אתפסה ורבינא משני איפוך קמייתא דר"י סבר לא יוציאו עולמית ורבנן סברי דהרי הוא בחזקתו וטעמא דרבנן במצא כתובה דלא יחזיר משום דחיישינן לב' כתובות ור"י לא חייש לב' כתובות והנה הרמב"ם פסק בכתובה כרבנן דלא יחזיר אף בחייב מודה והא דאיתא בברייתא בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה צ"ל כמ"ש הריטב"א והנ"י דמיירי באין בו אחריות נכסים דלא שייך למיחש לקנוניא אבל ביש בו אחריות אף כשהבעל מודה חיישינן לקנוניא ובסמ"ג עשין ע"ד והגה"מ כתבו דמדברי הרמב"ם אלו וכן מדפסק גבי שט"ח דלא יחזיר לא לזה ולא לזה מוכח דפסק כר"י אליבא דרבינא דאמר איפוך קמייתא ולא כרבנן דאמרי הרי הוא בחזקתו ול"ח לפרעון והש"ך תמה עליהם דאם איתא דפסק כר"י אמאי כתב בסתם בכתובה לא יחזיר לאשה ה"ל לחלק בין עודה תחת בעלה או לא דהא לר"י עודה תחת בעלה יחזיר לאשה ובאמת הריטב"א והנ"י רפ"ק דמציעא כתבו בשם ר"ח דקי"ל כאוקימתא דרבינא ואפ"ה לענין פרעון שטר קיי"ל כר"י אע"ג דיחידאה הוא לגבי רבנן דהכי מוכח כולה סוגיא דלפרעון חיישינן ומיהו גבי כתובה בעודה תחת בעלה אפילו ר"י ל"ח לפרעון אלא דקיי"ל כרבנן דפליגי עליה ואין הבעל מודה לא יחזיר לא משום דחיישינן לפרעון אלא משום שתי כתובות ולאו באומר פרעתי אלא באומר אל תחזירוהו לה שיש בידה כתובה אחרת ותוציא על יורשי שטר אחר שטר עכ"ד וזהו שלא כדברי הרמב"ם דפסק אף בכתובה דחיישינן לפרעון ונ"מ אפילו אינו אומר כתבתי לה כתובה אחרת אין מחזירין לה לכן העלה הש"ך דהרמב"ם ס"ל דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר והיינו משום דס"ל כתירוצא דר"פ ופסק כרבנן דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר דחיישינן לצררי או דס"ל כתי' דרבינא אלא דלא ס"ל כפרש"י דלאו באומר פרעתי מיירי דלישנא דאין הבעל מודה לא משמע הכי אלא דס"ל לרבינא אף דבעלמא ס"ל לרבנן דל"ח לפרעון הכא מודי רבנן משום דחיישינן לב' כתובות והילכך נאמן לומר פרעתי במיגו דשתי כתובות אלו הן תורף דברי הש"ך והאמת אתו דמסתימת לשון הרמב"ם נראה דס"ל דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר אך מ"מ דעת הרבה גדולי הפוסקים דפסקו כר"י בעודה תחת בעלה דיחזיר ה"ה הריטב"א והנ"י בפ"ק דמציעא בשם ר"ח והסמ"ג והגה"מ וכן הוכחתי בסק"ג מדברי הרשב"א והר"ן רפ"ב דכתובות ע"ש אמנם שבדברי הסמ"ג סוף עשין ע"ד והגה"מ סוף ה' גזילה יש תימה רבה לכאורה דלאחר שכתבו דהרמב"ם בדין מצא כתובה פסק כר"י אליבא דרבינא כתבו וז"ל בד"א שנתארמלה או נתגרשה וכדברי ר"י אבל עודה תחת בעלה בין ר"י בין רבנן מודי שבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה עכ"ל ויש לתמוה מאוד דאמאי

מצרכי בעודה תחת בעלה שיהיה הבעל מודה כיון שהטעם הוא דחזקה שלא פרע דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים א"כ אף כשאין הבעל מודה נמי וכ"ה להדיא בברייתא מצא שטר כתובה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר ר"י אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשה לא יחזיר הרי דר"י פליג אכשרין הבעל מודה דכשהבעל מודה אף ת"ק קאמר דיחזיר ואי הא דכתבו הסמ"ג והגה"מ אבל עודה תחת בעלה בין ר"י בין רבנן מודי בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה כוונתם אף לרבנן דס"ל דלא יחזיר משום רששא דשתי כתובו' אפ"ה כשהבעל מודה ס"ל לרבנן ג"כ דיחזיר מ"מ קשה כיון דרבנן ס"ל דחיישינן לשתי כתובות וטריף ויחזור ויטרוף משום האי טעמא אף כשבעל מודה נמי לא יחזיר דמה מועיל הודאתו נגד הלקוחות כיון דחיישינן לפרעון ולקנוניא ה"נ ניחוש אף שהבעל מודה שלא כתב כתובה אחרת מ"מ דילמא עביד קנוניא להחזיר שטר כתובה הנמצאת בכדי שיטרוף לקוחות שתי פעמים וכמ"ש הגה"מ בפ"י מהל' אישות ד"ט בשם הסמ"ג דאי אירכס כתובתה אין כותבין העדים כתובה אחרת אף מרצון הבעל באחריות דלאו כל כמיניה לטרוף מלקוחות דחיישי' דטריף והדר וטריף וכן הבאתי בסי' מ"א סק"ב לענין מי שבא ואמר אבד שט"ח דאף ברצון הלוה אין כותבין אחר והוכחתי שם כן מהש"ס והסמ"ג והגה"מ ע"ש וא"כ ה"נ מה מועיל הודאת הבעל להחזיר הכתובה כיון דחיישינן שכתב לה כתובה אחרת ניחוש דעביד קנוניא כדי לטרוף מן הלקוחות שתי פעמי' והא דמבואר בברייתא דכשהבעל מודה יחזיר לאשה ול"ח לב' כתובות י"ל דמיירי בלא אחריות דלא שייך קנוניא דאדם יכול ליתן ע"ע כמה שט"ח זא"ז בלא אחריות דהא אף לשאר התי' שבש"ס דמוקמי טעמא דרבנן משום פרעון ע"כ צ"ל הא דקתני דאם הבעל מודה יחזיר לאשה מיירי בלא אחריות דאל"כ הוי חיישינן לפרעון ולקנוניא וא"כ אף אי אמרי' דטעמא דרבנן משום ב' כתובות נמי נאמר דהא כשהבעל מודה יחזיר מיירי בלא אחריות אבל הסמ"ג והגה"מ דמחלקים דבנתארמלה ונתגרשה לא יחזיר ובעודה תחת בעלה יחזיר כשהבעל מודה א"כ ע"כ מיירי ביש בו אחריות נכסים מדלא יחזיר בנתגרשה כשהבעל מודה ע"כ הטעם משום קנוניא א"כ אף בעודה תחת בעלה נמי לא יחזיר כשהבעל מודה משום חששא דקנוניא ושתי כתובות ועוד קשה דלישנא דהסמ"ג והגה"מ שכתבו אבל עודה תחת בעלה בין ר"י בין רבנן מודי בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אינו מדוקדק כלל דהא לרבנן א"צ הבעל שיודה אלא שלא כתב לה כתובה אחרת וסתם לשון מודה דמיירי ביה הוא לענין פרעון דהא לא הביאו הסמ"ג והגה"מ כלל החששא דשתי כתובות ומה שנ"ל בזה דס"ל להסמ"ג והגה"מ כשיטת הרא"ש והטור שהביא המחבר בס"ג דבשטר שנמצא

ביד שליש וא"י מה טיבו כששניהם מודים יחזיר למלוה דל"ח לפרעון או לשמא כתב ללוות ולא לוה ולקנוניא אלא בשטר דאיתרע בנפילה אבל בשטר שהוא ביד שליש דלא אתייליד ריעותא בשטרא אלא שא"י מיד מי בא לידו ל"ח לקנוניא וכששניהם רוצים יעשה כמאמרם ולכך ס"ל להסמ"ג והגה"מ דלרבנן דחיישי לשתי כתובות כיון דלפרעון לא חיישינן לדידהו וכן לר"י בעודה תחת בעלה א"כ נהי דחיישינן לב' כתובות היינו דוקא כשהבעל טוען כן אבל כשהבעל מודה שלא כתב לה אחרת ל"ח לקנוניא דהא החשש דשתי כתובות הוא דלאחר שאבדה כתובתה כ' לה כתובה אחרת ונתבטל כתובה הא' א"כ לי' שייך לו' דאיתרע בנפילה דהא הטעם דאיתרע בנפילה הוא משום דאמרינן דמשום פסולו לא נזהר בשמירתו א"כ הכא כיון דקודם שהכתובה נפל ממנה ודאי לא כתב לה אחרת בכדי א"כ לא שייך למיחש לשתי כתובות משום דאיתרע בנפילה וא"כ לכך ל"ח לב' כתובות אלא בטוען כן שהכתובה שנמצאת בטילה מפני שכתב לה אחרת אבל כשהבעל מודה שלא כתב לה אחרת ל"ח לקנוני' שכוונתו לטרוף שתי פעמי' ומוקמינן הכתובה בחזקתה ויחזיר לאשה אם הבעל מודה ול"ד לנאבד שט"ח דאם אין לו עדים אין כותבין לו אף שהלוה מצוה לכתוב דהתם לאו מטעם קנוניא אתינן עלה אלא כיון שא"י אם אבדו אינו יכול הלוה להזיק ללקוחות דדילמא לא אבדו וטריף והדר טריף אבל הכא כיון שהכתובה לפנינו והבעל מודה שלא כתב לה אחרת וליכא ריעותא דנפילה מוקמינן הכתובה בחזקתה ול"ח לקנוניא ובזה ניחא דהסמ"ג והגמי"י מצרכי שהבעל מודה משום דס"ל דלרבנן אף כשהבעל טוען פרעתי נאמן במיגו דשתי כתובות כמ"ש הש"ך ולכך כשהבעל מודה ועודה תחת בעלה יחזיר לאשה אף לרבנן דלא טענינן ללקוחות ב' כתובות משום דלא איתרע בנפילה וכן לא טענינן פרעתי ללקוחות אף דאיתרע בנפילה מ"מ כיון דבעודה תחת בעלה לא מהימן לומר פרעתי אלא במיגו דשתי כתובות א"כ כשהבעל מודה לא טענינן פרעתי כיון דטענה גרועה הוא וא"נ עליה אלא במיגו א"כ כשהוא מודה לא שייך למיחש לפרעון ולקנוניא דכיון שהוא מודה היכי שייך להימניה במיגו וכבר הוכחתי סברא זו בס"ס ס"ט מסוגיא דמצא שט"ח ע"ש זהו מה שנ"ל בכוונת הסמ"ג והגה"מ והדברים נכונים. ובזה נתיישב לי דברי התוס' ד"ה בזמן שהבעל מודה וז"ל יחזיר לאשה דלא חיישינן לקנוניא עכ"ל והדברים תמוהים מאוד דבסוגיא דמצא שט"ח מסיק הש"ס דחיישינן לפרעון ולקנוניא והכי הלכתא והאיך כתבו התוס' בפשיטות דלא חיישינן לקנוניא וכבר עמד בזה הפ"י בחידושיו ולפמ"ש ניחא דהנה האס"ז הבי' בשם הרשב"א והריטב"א דפירשו הא דקאמר בש"ס לר"פ דטעמייהו דרבנן דחיישינן לפרעון בעודה תחת בעלה משום דאימור צררי

אתפסה היינו בשעה שאבדה כתובתה אתפסה צררי בכדי שיהיה מותר לקיימה דלפי שעה סגי בהכי כדאמרינן בכתובות אתפסוה מטלטלין אבל קודם שאבדה לא שכיחא להתפיס לה צררי על הכתובה ועוד דמי שלוה בשטר והניח משכון ליפוי כח המלוה אטו מי לא מהדרינן ליה שטרא ע"ש ולפ"ז י"ל דהתוס' נמי ס"ל כן וס"ל נמי כשיטת הרא"ש דהיכא דלא איתרע בנפילה ל"ח לקנוניא וא"כ ה"נ לר"פ דס"ל דטעמא דרבנן משום דאימור צררי אתפסה לאחר שאבדה כתובתה וכן לרבינא דס"ל דטעמא משום שתי כתובות א"כ הכא לא שייך לומר דאיתרע בנפילה דהא לא שייך למיחש לצררי או לכתובה אחרת אלא לאחר אבידת הכתובה וא"כ אין כאן ריעותא כלל מאבידת הכתובה מדלא נזהרת לשומרה דהא קודם אבידת הכתובה ודאי לא אתפסה צררי ולא כתב לה אחרת א"כ בכה"ג ל"ח לקנוניא ולשנויא קמא דהש"ס דמשני חסורי מיחסרא והכי קתני אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה בד"א שנתארמלה או שנתגרשה וכו' דמשמע דכשהבעל מודה יחזיר אף בנתארמלה י"ל דלתירוצא קמא דהש"ס ס"ל דל"ח לקנוניא כדס"ל לרב אסי בסוגיא דמצא שט"ח וכן ס"ל לר' אבהו אר"י בדף ט"ז ע"ב כמ"ש התוס' שם ד"ה אע"פ ע"ש ולר"פ ורבינא דבתראי נינהו ניחא דהכא לא איתרע שטרא בנפילה לכך ל"ח לקנוניא וזה נכון וכפתור ופרח. ותבנא לדינא דמעתה לפי פסק ר"ח דבעודה תחת בעלה ל"ח לפרעון רק לשתי כתובות א"כ כשחייב מודה תליא בפלוגתא דלשיטת הסוברי' בס"ג דאף היכא דהשטר לא איתרע והוא ביד שליש חיישינן לקנוניא א"כ ה"נ אף שהבעל מודה חיישינן לקנוניא ולשיטת הרא"ש ל"ח לקנוניא כמ"ש הסמ"ג והגה"מ אך בדברי הרמב"ם האמת כמ"ש הש"ך דמסתימת דבריו משמע דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר וי"ל דטעמו דנאמן לומר פרעתי במיגו דשתי כתובות ואף לפמ"ש בס"ס ס"ט דל"ח לקנוניא היכא שא"נ אלא במיגו דכיון שמודה ליכא מיגו י"ל דכנגד לקוחו' בלא"ה לא יחזיר משום חששא דב' כתובות וקנוניא אלא דמן הלוה גופיה אינו גובה אף היכא שטוען פרעתי במיגו דב' כתובות והרמב"ם דנקט טעמא דפרעתי הוא נגד הלוה גופיה או דמ"ש הרמב"ם שמא נפרעה כתובה זו כוונתו לשתי כתובות כמ"ש הש"ך ודוק בכ"ז. אך מ"מ דעת רוב הפוס' כר"י בעודה תחת בעלה יחזיר לאשה אלא דיש מקום עיון בזה דאמאי בעודה תחת בעלה יחזיר לאשה דנהי דל"ח לפרעון משום חזקה דא"א פורע בת"ז מכל מקום ניחוש למחילה דהא המרדכי ברפ"ק דב"ב הקשה בשם ר"מ אמאי א"נ לומר פרעתי בת"ז במיגו דמחילה ותי' דא"נ בטענ' מחילה אלא במיגו דפרעתי ולכך בת"ז דא"נ לומר פרעתי א"נ ג"כ לומר מחלת לי וא"כ הכא בעודה תחת בעלה נהי דל"ח לפרעון מ"מ ניחוש למחילה דהא כיון דאיתרע בנפילה חיישינן אף למחילה כע"ש הרמב"ם

והסמ"ג שמא נפרעה כתובה זו או נמחלה וכ"כ בפכ"ג מה"מ בנאבד שט"ח דחיישינן שמא פרעו או מחלו והנה לר"י בברייתא דס"ל בעוד' תחת בעלה יחזיר לא קשיא די"ל דמיירי בכתובה דאורייתא וכיון דאסור להשהות את אשתו בלא כתובה ל"ח למחילה דמסתמא אינה מוחלת לו וגם לשיטת הרמב"ם לא מהני מחילת כתובה כלל בעודה תחת בעלה כמבואר באה"ע סי' ס"ו ע"ש אך לפמ"ש הסמ"ג דכ"ז מיירי בתוספת כתובה וכמ"ש לקמן בשמו קשה דניחוש למחילה ולקנוניא כיון דאיתרע בנפילה ובע"כ צ"ל דהסמ"ג ס"ל דל"ח למחילה אף היכא דאיתרע בנפילה אלא היכא דאיכא מיגו דפרעתי אבל בעודה תחת בעלה דל"ח לפרעון ל"ח נמי למחילה אך יש להקשות לפ"ז כיון דחזינן דבשטר שנפל בת"ז חיישינן לפרעון כיון דאיתרע כמ"ש הרמב"ם בפי"ד מה"מ והסמ"ג עשין צ"ד וא"כ ע"כ צ"ל דמחילה היא טענה גרועה יותר מפרעון ות"ז ולכך ל"ח למחילה בכתובה כיון דל"ח לפרעון לגביה כיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים גרע טפי מת"ז כמ"ש הנ"י וא"כ קשה הא דבעי הש"ס ברפ"ק דב"ב בתבעו לאח"ז ואמר פרעתיך בת"ז אי נאמן במיגו דפרעתיך לאח"ז מי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא והוא אבעיא דלא איפשט' וניפשוט מהא דאיתא בפחז"ה דף מ"ה בברייתא ראה בגדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אמר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום בפני אמרת לי למוכרו וליתן במתנה דבריו קיימין ופריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני סיפא ביוצא מתח"י אחר ואמר לו בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה מיגו דאי בעי א"ל מינך זבינתיה כי א"ל נמי בפני אמרת למוכרו וליתנו לו במתנה דבריו קיימין ומהימן אלמא דנאמן לומר במתנה נתנו לו במיגו וא"כ כיון דנאמן לטעון טענ' מתנ' במיגו כ"ש דנאמן לומר פרעתי ת"ז במיגו דהא טענ' מחילה גרועה יותר מטענ' פרעתי בת"ז דהא בשטר שנפל חיישינן לפרעון בת"ז ולא למחילה אם לא במיגו דפרעתי ואפשר דטענת מחילת החוב גרועה יותר מטענה שבמתנה באה לידו מעיקרא וכמ"ש בסי' ע"ה סק"ז ע"ש ועדיין צ"ע. ודע דהא דסתם הרמב"ם דמצא כתובה לא יחזיר אזיל לטעמיה דפסק בפט"ז מה"א דהא דטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום הוא דוקא במקום שאין כותבין כתובה אבל במקום שכותבין כתובה אי לא נקיטא כתובה לא גביא אבל לפי שיטת התוספות וסייעתם דס"ל דאף במקום שכותבין כתובה גביא אף בלא כתובה והובאו שני דיעות אלו באה"ע סי' קס"ו א"כ צ"ל הא דאיתא בברייתא מצא שטר כתובה לא יחזיר מיירי בתוס' כתוב' אבל במנה ומאתים יחזיר דלא גרע מהיכא דאבדה כתובתה לגמרי וכ"כ הסמ"ג והגמי"י בשם ר"י להדי' וכ"כ האס"ז בפ"ק דמציעא גבי הטוען אחר מעשה ב"ד בשם התוס' וכ"כ המרדכי שם ודברי התוס' בפ"ק דמציעא דף י"ז ד"ה הטוען

אחר מעשה ב"ד צריכין ביאור שכתבו שם וז"ל ותוס' כתובה נראה דאפי' אית לה סהדי דהתנה לה נאמן לומר פרעתי ואין ראיה מדתני לעיל מצא שטר כתובה לא יחזיר ומשמע דלא יחזיר משום תוס' שהיה נאמן לומר פרעתי דלגבי מנה ומאתים נמי מפסיד דהא נאמן לומר פרעתי מנה מיגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך אם אין לה עידי הינומא או אם אין לה עידי קדושין נאמן לומר פרעתי הכל במיגו דאין את אשתי עכ"ל והנה מפשיטות דבריהם משמע דק"ל דאמאי לא יחזיר משום דחיישינן לפרעון והא הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וע"ז תי' דמיירי בליכא עידי הינומא דבלא כתובה נאמן לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה נשאתיך או שאין לה עידי קדושין דבלא כתובה נאמן לומר פרעתי הכל במיגו דאין את אשתי ולכך לא יחזיר והדברים תמוהים מאוד וכבר נתקש בזה רבים דכיון דהשטר כתובה לפנינו נהי דאיתרע וחיישינן לפרעון מ"מ ליכא מיגו דאלמנה נשאתיך או אין את אשתי דהא מבואר בכתובה שהיתה בתולה והיא אשתו וזה הוי כעדים לפנינו שהיא אשתו והיתה בתולה ומה מיגו שייך כאן ולכאורה י"ל דאין כוונת התוס' להקשות דאמאי לא יחזיר דהא ל"ח לפרעון כיון שהוא מעשה ב"ד אלא דכוונתם דאמאי לא יחזיר לה הכתובה דמאי מפסדת בזה דהא אף בלא כתובה יכולה לגבות כתובתה מדין טוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום לזה תירצו דמ"מ מפסדת לענין מנה ומאתים דיהיה להבעל מיגו דאלמנה נשאתיך או אין את אשתי וכן משמע קצת לשון התוס' והמרדכי וכן ראיתי בחידושי מוהר"ם מלובלין שפי' לדברי התוס' כן אך מ"מ אכתי קשה טובא חדא דהיכי רצו התוס' להוכיח מזה דבתוס' נאמן לומר פרעתי והוצרכו לתרץ דנ"מ לענין מנה ומאתים לענין מיגו בפשיטות ה"ל למידחי דנהי דבתוס' נמי א"נ לומר פרעתי מ"מ פשיטא אם אין לה כתובה אינה גובה תוס' ולכך לא יחזיר לה הכתובה שיהיה הבעל נאמן לומר פרעתי במיגו שאין לה תוספת כלל ואף אם נאמר דהתוס' לרווחא דמילתא דחו דאף לענין מנה ומאתים איכא פסידא בהחזרת הכתובה מ"מ אכתי קשה דאמאי לא יחזיר כיון דאמרינן הטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום ואמרינן דודאי לא פרע לה וחייב לפרוע כתובתה א"כ אמאי לא יחזיר לה שטר ראייתה כדי שלא יוכל לטעון פרעתי במיגו או שיטעון אלמנה נשאתיך שהוא שקר ויהיה נגלה האמת ע"פ כתובתה כיון שהאמת הוא שעדיין לא נפרעה מכתובתה והיא בתולה. והנ"ל בזה משום דיש להבין שיטת התוס' דס"ל דאף במקום שכותבין ואין שטר כתובתה בידה א"נ לומר פרעתי משום דמעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידיה דמי מ"מ נאמר כיון דנפל איתרע כמו בשאר שט"ח דאמרינן כיון שלא נזהר בשמירתו מסתמא נפרע וה"ה לענין כתובה נמי נאמר כן ונ"ל כיון דחזינן דאף בשטר שנפל היכא דמצאו בעצמו גובה בו

כמבואר בס"ב והטעם דדוקא כשבא ליד אחר לא יחזירנו לידו כיון דאיתרע בנפילה אבל כשבא לידו בהיתר מוקמינן השטר בחזקתו ולא משגיחינן בריעותא שלו וכ"כ התוס' בב"מ דף י"ג ולכך במעשה ב"ד כיון דחז"ל חייבו חיוב זה אף בלא שטר דמעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידי' דמי א"כ הוי כמצאו בעצמו דמוקמינן השטר על חזקתו ולא משגיחינן בריעותא שלו וה"נ נהי דאיתרע שטרא מ"מ מוקמינן החיוב דמעשה ב"ד בחזקתו הראשונה ולא משגיחינן בריעותא שלו ולפ"ז בשטר כתובה שנפל נהי דא"נ לומר פרעתי משום דמעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידיה דמי מ"מ כיון דהשטר כתובה גופה איתרע אלא דמ"מ חייב לשלם משום דאף בלא כתובה מחזיקינן גוף החיוב דמעשה ב"ד בחזקתו ולא משגיחינן בריעותא שלו א"כ לכך לא מוקמינן בחזקתו הראשונה אלא בדבר שהיה יכול לבוא לידי גיבוי אף בלא שטר כתובה אבל בדבר שא"י לזכות אלא ע"פ הכתובה דהא בלא כתובה היה נאמן לומר פרעתי מנה במיגו דאלמנה נשאתיך אין מחזירין לידה הכתובה שתגבה בו כיון דגוף הכתובה איתרע דיינינן לה כאלו אין כאן כתובה כלל ולפ"ז אף שדברי התוס' נכונים ע"פ פירוש מוהר"ם מלובלין מ"מ דבריהם נכונים נמי ע"פ פשוטן די"ל דמיירי דליכא עידי הינומא או שאין עדים שהיא אשתו ולכך כיון דבלא כתובה לא היתה יכולה לגבות גם ע"פ הכתובה לא מגבינן לה דכיון דאיתרע בנפילה אין מוסרין לידה זכותה ודיינינן לה כאלו אין כאן כתובה כמו בשט"ח שנפל דאין מחזירין לידו אף שידוע ע"פ שטר זכותו של המלוה אין מוסרין אותו לידו אף שאם היה מוצאו בעצמו היה גובה בו מ"מ כיון שהוא ביד אחר ואיתרע בנפילה אין מחזירין אותו לידו וה"נ זה נלפענ"ד נכון וברור בכוונת דברי התוס' ודוק היטב ואפשר דאף הסמ"ג והגה"מ מודים לזה לדינא:

ט שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך והלוה אומר פרעתיו וממני נפל. זה הוא לשון הרמב"ם וכ"כ הטור כ"א אומר שלי הוא וממני נפל וכן פי' רש"י בש"ס דף ז' גבי שנים אדוקין בשטר מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני ומצאתיו ולוה אומר שלך הוא ופרעתיו לך ופירש רש"י שלך הוא ופרעתיו לך והחזרתו לי וממני נפל ולכאורה משמע דאם הלוה מודה שמן המלוה נפל ופרעו א"נ וקשה דאמאי לא מהימן הלוה במיגו דממני נפל ובאמת משמעות לשון הברייתא שלך הוא ופרעתיך משמע שמודה שמן המלוה נפל ואפ"ה מהימן הלוה במיגו אך ברי"ף ורא"ש הגירסא הלוה אומר שלי הוא ופרעתיך משמע כפרש"י אך בש"ס שלפנינו בב"מ ובב"ב דף ק"ע הגירסא שלך הוא ופרעתיו לך ועוד נראה דאף שיש עדים שמן המלוה נפל ועכשיו הלוה והמלוה אדוקין בו מ"מ חולקין לפמ"ש בסק"ז להוכיח מן הש"ס דאף שיש עדים שמן המלוה נפל אפ"ה אינו

גובה בו כיון דאיתרע בנפילה שלא נזהר בו לשומרו מסתמא נפרע א"כ ה"נ אף דהיכא דהמלוה בעצמו מצאו גובה בו היינו משום דכיון שבא לידו בהיתר מוקמינן ליה בחזקתו כמ"ש התוס' אבל הכא שהלוה והמלוה אדוקין בו כיון שהלוה מוחזק בו במקצת א"כ לא בא ליד המלוה אלא מקצתו והשטר הוא בחזקת שניהם וחולקין בו ואפשר דאף אם אדם אחר הגביהו עם המלוה יחד הדין כן:

י אינו מודה לא יתננו לא לזה ולא לזה. לא נתבאר אם המלו' גובה בהשטר או לא ולקמן בסי"ט גבי שליש שמת ונמצא אצלו שובר דהדין הוא דלא יחזירו היורשים לא ללוה ולא למלוה שם כתבו הט"ו לפיכך אין גובין בשטר חוב שזה השובר יוצא עליו ואין קורעין אותו וא"כ ה"ה הכא בשובר שנפל ג"כ הדין כן אך לפמ"ש הש"ך לקמן בס"ק ס"ט דשם כיון דהשובר נשלש אף שבא מיד המלוה מ"מ איתרע שטרא ולכך אף שהלוה מודה לא יחזירנו למלוה משום דחיישינן לקנוניא ע"ש וא"כ י"ל דבשלמא התם כיון דאיתרע שטרא לכך אין גובין בו משא"כ הכא כיון דהשטר לא איתרע והשובר איתרע כיון שנפל מוקמינן השטר בחזקתו וגובין בו וכן משמע מדברי הש"ך בס"ק מ"ט ובאמת שכ"כ הח"מ והב"ש באה"ע סי' ק"י בפשיטות דכיון דלא איתרע שטרא גובה בהשטר ואולי דהם אזלי בשיטת הש"ך ולדבריו ודאי הדין כן אבל לפי שיטת הב"ח והגיד"ת דלא נחתי לסברת הש"ך דס"ק ס"ט וכן לפי מה שפירש. בפרישה שם דלכך חיישינן התם לקנוניא דכיון דיש שובר בעדים איתרע שטרא א"כ ה"ה בשובר שנפל כיון דשובר בעדים הוא ומעידים שנפרע השטר איתרע שטרא ואין גובין בו ודמי קצת לשובר בעדים וכת"י יוצא ממ"א ואחרים מעידים עליהם שהיו אנוסים או פסולים דכתבו התוס' בפ"ב דכתובות דף כ' דלא גבינן בשטרא דה"ל תרי ותרי ואוקי ממונא בחזקת מרא אלמא דפסלינן לשטרא אף דאיכא ספק בשובר אך מ"מ מפשטא דש"ס דספ"ק דמציעא במצא שובר כתובה דאם האשה מודה יחזיר לבעל דפריך הש"ס וניחוש דילמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלא וזבינתא לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי וטריף לקוחות שלא כדין משמע דאם אין האשה מודה גובה בכתובתה דאל"כ מאי קנוניא שייך הכא דהא אף אם לא תודה האשה לא יהא יכול לגבות הלוקח בשטר הכתובה מהבעל כיון שיש שובר לפנינו ואיתרע שטרא ואף אם נאמר דקושית הש"ס הוא דמ"מ היכי מחזירינן להבעל ע"י הודאת האשה כיון דאם אין האשה מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכן בשובר שנמצא ביד שליש לא יחזיר לא לזה ולא לזה כמבואר בסי"ט א"כ אף ע"י הודאת האשה ג"כ לא יחזיר מ"מ קשה מאי הקשו התוס' והרא"ש אהא דמשני התם ש"מ איתא לדשמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול מאי מיגו איכא

הא אי תמחול תצטרך לשלם מדיני דגרמי כל החוב אבל אי תאמר שהשובר אמת א"צ להחזיר אלא דמים שקבלה ומאי קושיא הא אף אי תמחול עכשיו גם כן א"צ לשלם כל הדמים שבשט"ח מדיני דגרמי דהא בלא"ה לא היה יכול הלוקח לגבות הכתובה משום שיש שובר לפנינו והמוכר שטר חוב וחזר ומחלו והלוה אלם או עור שבלאו הכי לא היה יכול לגבותו פטור המוחל כמבואר בסימן ס"ו סל"ג א"ו דהיכא שאין המלוה מודה גובה בשטרו אף שיש שובר לפנינו כמו שכתבו הח"מ והב"ש וכשיטת הש"ך ותמיהני מסתימת האחרונים בזה ועיין מה שכתבתי בסי' ל"ט סי"ג וסימן מ"ז סק"ב:

יא וסמכינן אשובר. בין שהוא ביד המלוה או היורשין כ"כ הרמב"ם והבעה"ת והוכיח הש"ך דאפי' המלוה טוען ברי שא"פ הדין כן ועמ"ש בסי' צ"ד סק"ב ע"ש:

יב כל שטרותיו פרועי'. וכתב הש"ך דאין חילוק בין אם המלוה חי או שמת אח"כ אלא דאם הוא חי וטוען אח"כ נזכרתי שזה פרוע והאחרים אינם פרועים חוזר וגובה בהן כדלעיל בסי' נ"ט עכ"ל ולפענ"ד אין הנידון דומה לראיה כלל דבשלמא התם בסי' נ"ט דמיירי ביש לו שטר אחד וטוען איני יודע אם נפרעתי התם הוא דנאמן לומ' נזכרתי דהא הא דאינו גובה בשטר כשהמלוה אומר א"י אם נפרעתי הוא משום דכיון דהלוה טוען ברי שפרע וגם הוא מוחזק בכה"ג אמרינן דברי ושמא ברי עדיף ולכך היכא שגם הלוה הוא מסופק אם פרע מוקמינן השטר בחזקתו וגובה בו המלוה כמו בשאר שטרות משום דאם איתא דנפרע שטרא בידו מאי בעי כמ"ש הש"ך שם ולכך אף היכא שהלוה טוען ברי אלא שהמלוה מסופק אם חוזר וטוען נזכרתי שלא נפרעתי הדר ה"ל טענתו טענת ברי שלא נפרע ומהימן משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכן משמע מלשון הנ"י ס"פ ג"פ בשם הריטב"א שכתב אבל אם חוזר בו ואמר עיינתי בחשבוני וזוכר אני בברי שאינו פרוע דחוזר וגובה בו דמשום דאמר מעיקרא איני יודע לא איפסל שטרא לגמרי אלא שלא היה ראוי לגבותו בספק עכ"ל משמע להדיא דטעמו כיון דהדר וטען בברי שאינו פרוע מוקמינן השטר בחזקתו הראשונה משא"כ הכא כשאמר מעיקרא שטר בין שטרותי פרוע וא"י איזהו ויש לו שטרות על כמה בני אדם א"כ הרי הודה בברי שאחד מהן בודאי פרוע אלא שא"י איזהו א"כ מדינא יכול כאו"א מהלווים לדחות את המלוה לומר שטרי הוא פרוע כיון שאחד מהשטרות הוא בודאי פרוע ודמי למלוה שהוציא שני שטרות על שני לווים שא' מן הכיתות העדים שבשטר הן פסולים וא"י איזהו דכ"א מהלווים מצי מדחי ליה כדאיתא בסי' ל"א ס"ג וא"כ אף שהמלוה טוען אח"כ נזכרתי שזה הוא הפרוע והאחרים אינם פרועים לא מהימנינן ליה להוציא מהאחרים דכ"א מצי מדחי ליה ששטרו הוא הפרוע והכא לא שייך לאוקמא השטר בחזקת שאינו פרוע דהא

בודאי יש לו שטר אחד פרוע אלא שאינו ידוע איזהו יכול כ"א לומר שלי הוא הפרוע ואף שהמלוה אומר אח"כ נזכרתי שזה הוא הפרוע והאחרים אינם פרועים לא מהימנינן ליה להוציא ממון מאחרים ע"פ דבריו ועדותו לבד וליכא למימר דה"נ מוקמינן כל שטר אחזקתו שאינו פרוע כמו בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז במלוה אחד ושני לווים ושני שטרות דגובה מכ"א כשהוציא השטרות בזא"ז אף שודאי אחד מן הכיתות פסולים כמבואר בסי' ל"א וא"כ ה"נ מוקמינן כל שטר אחזקתו שהוא אינו פרוע ומהימן לברר דבריו זה ליתא דדוקא בב' כיתות עדים המכחישים זא"ז דינא הכי כיון דאף אם העדים הם פסולים מ"מ ההלואה יכולה להיות אמת וגם העדים עצמם הם כשרים לכל עדיות שבעולם לכך כשמוציא כל שטר בפ"ע גובה בו משא"כ הכא כיון שידעינן שאחד מן השטרות הוא פרוע לא שייך לאוקמ' כל שטר אחזקה כלל וכ"א מהלווים מצי מדחי ליה וראיה לדבר מהא דמבואר בסי' נ"ד ס"ג בהג"ה בשם תשובת הרא"ש דאם יש ללוה עדים שהמלוה יש לו שטר פרוע עליו אינו יכול המלוה להוציא עליו שטר ולומר ששטר אחר פרוע היה לו עליו אלא כל שטרותיו בחזקת פרועין ונאמן הלוה לומר הגדול פרוע כמבואר בסמ"ע וש"ך שם והרי בשני כיתי עדי' המכחישים זא"ז ומלוה ולוה אחד ושני שטרות מבואר בסי' ל"א ס"ב דלשיטת הרמב"ם גובה שני השטרות כשהוציאם זא"ז ולשיטת הרא"ש שם כששרף הקטן יכול להוציא הגדול ולגבות בו והכא משמע דאף שאינו מוציא רק שטר הגדול וטוען ששטר הפרוע קרעו אפ"ה א"י יכול לגבות הגדול א"ו דכיון שיש עדים שיש לו שטר פרוע גרע טפי ומצי מדחי ליה שהגדול פרוע וא"כ ה"נ ביש לו שני שטרות על ב' לווין נמי דינא הכי וכשהודה שאחד מהן פרוע אלא שא"י איזהו אף שאח"כ טוען נזכרתי שזה הוא הפרוע א"נ בטענתו גרידא לומר שזה הוא החייב ולא האחר וכ"א מצי מדחי ליה ומשום מיגו דאי בעי לא היה מודה כלל מתחילה שיש לו שטר פרוע אין להאמינו דהוי מיגו למפרע ואין אומרים מיגו למפרע וכן בשיש לו שני שטרות על אדם אחד נמי הדין כן דא"י לומר נזכרתי אח"כ שהקטן הוא פרוע וכן עיקר לפענ"ד ודוק ועמ"ש בסי' פ"ד סק"ד:

סו

א אין נקנין אלא בכומ"ס. בתשו' שער אפרים סי' קכ"ה פסק באחד שמכר לחבירו שט"ח ומסר לו ואמר לו שמוכר לו כל זכות שיש לו בו אך לא כתב לו שטר כתיבה ונפסד החוב ואח"כ רוצה הלוקח לחזור בו ופסק דיכול המוכר לומר קים לי כהרשב"ם ורבי יהודאי גאון ובעל העיטור ובעל מתיבות דס"ל דאותיות נקנות במסירה לחוד כמ"ש הכנה"ג

בשם ספר משפט צדק דיכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו וא"כ המכירה היתה כדין וברשות לוקח נפסד החוב ע"ש שהאריך ליישב שיטות אלו מקושית התוס' והרא"ש ולכאורה דבריהם אינם נכונים דכיון דלהפוסקי' דאין אותיות נקנים במסירה המעות חוזרים משום דהוי מקח טעות משום דאדעתא דלגבות השעבוד קנהו וכיון דאינו נקנה הוי מ"ט א"כ היכי שייך כאן לומר קים לי כמאן דס"ל אותיות נקנות במסירה לחוד דהא מ"מ כיון דאין הלוקח יכול להוציא מן הלוה בלא שטר כתיבה מחמת ספיקא דדינא כיון דרוב פוס' ס"ל אין אותיות נקנות במסירה א"כ אין לך מ"ט גדול מזה ודמיא ממש למ"ש הר"ן בפא"ט ופסקו הרב רמ"א לקמן בסי' רל"ב סי"ב בהגה דאפילו טרפה שאנו אוסרין מספק מבטל המקח ואינו יכול המוכר לומר אייתי ראיה דטריפה היא משום דכיון דמ"מ מטרפינן אותה מחמת ספק אין לך מום גדול מזה והוי מ"ט וע"ש בסמ"ע דאף בספיק' דדינא נמי הדין כן ע"ש וא"כ ה"נ כיון שקנהו אדעתא דלגבות החוב וכיון דמחמת ספיקא דדינא א"י לגבות החוב מן הלוה א"כ הוי מקח טעות והמכירה בטילה אך מ"מ יש ליישב דבריהם באופן שיהיו דברי חכמים קיימין דמיירי שנפסד החוב והמוכר רוצה ליתן לו עתה שטר כתיבה מחדש ובכה"ג המקח קיים וליכא למימר כיון דבאינו נותן לו שטר כתיבה המקח בטל א"כ מאי מהני שרוצה ליתן לו עתה שטר כתיבה דהרי הלוקח יכול לחזור ולומר שאינו חפץ עתה לקנותו וכ"כ הש"ך בסק"ד בפשיטות י"ל דע"כ לא כ"כ הש"ך אלא למ"ד דאין אותיות נקנות במסירה א"כ כיון דהשעבוד לא היה נמכר כלל מעיקרא אף דאח"כ רוצה המוכר ליתן לו שטר כתיבה מ"מ יכול הלוקח לומר איני חפץ עתה לקנות אבל לפי סברת הש"א והכנה"ג דיכול המוכר לומר קים לי דאותיות נקנות במסירה א"כ המכירה היתה כדין אף לענין השעבוד אלא דמ"מ המקח בטל דהוי כמום במקח כיון שאינו יכול להוציא מיד המוחזק מחמת ספיקא דדינא א"כ השתא שרוצה ליתן לו שטר כתיבה מחדש הרי מסלק המום והמקח קיים ויש לדמות זה למ"ש בסי' רל"ב ס"ה בהגה דאם מכר לו בית ונמצא בו מום עובר שנתקלקל הכותל המקח קיים ויתקן לו הכותל כיון שהוא מום עובר ועדיין שם בית עליו וכן מום שאינו בגוף הבית כגון שיש לאחר דרך עליו מסלק המום והמקח קיים אבל אם המום הוא בגוף הבית שהוא כותל רעוע וצריך לחזור ולבנותו המקח בטל דפנים חדשות הוא ע"ש וא"כ ה"נ למ"ד דאותיות אינן נקנין במסירה לחוד כיון דאין השעבוד נמכר לו כלל אף שרוצה עכשיו ליתן לו שטר כתיבה מחדש הוי פנים חדשות כיון דמתחילה אינו נמכר לו השעבוד כלל ולכך המקח בטל משא"כ אי אמרינן דאותיות נקנות במסירה א"כ גם השעבוד נמכר לו מתחילה אלא דמ"מ הוי כמום במקח כיון שאין הלוקח יכול לגבות החוב מחמת

ספיקא דדינא א"כ המוכר יכול לומר קים לי דאותיות נקנות במסירה וגם השעבוד נמכר מתחלה ואני נותן לו עתה שטר כתיבה ומסלק המום ולא הוי פנים חדשות כיון דהאמת הוא שגם מתחילה היה מכירה מעלייתא ולכך אף אם נפסד החוב קודם שנתן לו השטר כתיבה כיון שלא היה ההפסד מחמת שלא נתן לו השטר כתיבה מקודם נותן לו שטר כתיבה מחדש ומסלק המום והמקח קיים למפרע זה נ"ל ליישב דבריהם ודוק אך מ"מ עדיין אני חוכך בזה דאכתי י"ל דכיון שמקודם שנתן לו השטר כתיבה לא היה יכול לגבות בשטר זה כלל א"כ הוי כמום בגוף המקח ואף שנותן לו עכשיו שטר כתיבה מחדש הוי פנים חדשות והמכירה בטילה ויש להביא ראיה לזה מדברי הט"ו באה"ע סי' כ"ח סי"ג שכתבו בקידש את האשה בשט"ח שיש לו על אחרים והקנה לה השטר כראוי בכתיבה ומסירה דאינה מקודשת אלא בספק ומשמע דבמסר לה השטר ולא כתב לה אינה מקודשת כלל וכמ"ש הב"ש שם ולפי דברי הכנה"ג והש"א אף במסר ולא כתב הוי ספק קדושין דדילמא קי"ל כשיטת אלו דאותיות נקנות במסירה לבד א"ו כמ"ש דכיון דאין האשה יכולה לגבות מן הלוה בלא שטר כתיבה הוי קדושי טעות דקדושין דמי למכירה בכל דוכתי אך מ"מ י"ל דאף הכנה"ג והש"א מודים לענין קדושין דלא הוי ספק קדושין דכיון דאין האשה יכולה לגבות מן הלוה כלל א"כ בשעת קדושין לא היה השטר ש"פ ואין לקדושין אלא מקומו ושעתו אך לסברא דילן הדבר ברור דלא הוי ספק קדושין כלל דכיון דאין האשה יכולה לגבות בו הוי קדושי טעות ואינה מקודשת כמו בספק טרפה דמבטל המקח ובזה יש לתרץ קושית התוס' בקדושין דף מ"ח בהא דאמרינן התם נימא כתנאי התקדשי לי בשטר ר"מ אומר אינה מקודשת ור"א אומר מקודשת וחכ"א שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת האי שטר ה"ד אילימא שט"ח דאחרים קשיא דר"מ אדר"מ וכו' והקשו התוס' מאי קושיא לישני דלעיל מיירי דא"ל קני לך השטר וכל שעבודיה והכא מיירי דלא א"ל כן ולפמ"ש ניחא דהא שם בסוגיא מסקינן דרבנן מספקא להו אי כר"מ אי, כר"א ומשמע התם דלכולהו תירוצי מצרכינן לומר דרבנן מספקא להו וכשאין הנייר ש"פ הוי ספק קדושין כמ"ש הרשב"א בחידושיו שם משום דאם הנייר ש"פ בזה ליכא מאן דפליג על מילתייהו דחכמים אלא דחכמים פליגי דבאין הנייר ש"פ הוי ספק מקודשת וע"ש במוהרש"א וא"כ ליכא לשנויי דטעמא דר"מ דאינה מקודשת משום דלא כתב לה קני לך א"כ תקשי על חכמים דמספקא להו אי כר"מ אי כר"א הא אף אי מספקא להו מ"מ אינה מקודשת כלל כיון דמחמת ספק אין האשה יכולה להוציא המעות מן הלוה כיון שאין לה כתיבה א"כ הוי קדושי טעות ואינה מקודשת כלל וא"כ ס"ל ממש כר"מ א"ו דטעמא דר"מ משום דאשה לא סמכה דעתה ור"א ס"ל דאשה סמכה

דעתה כאידך שנויא דלעיל וא"כ פריך שפיר קשיא דר"מ אדר"מ דלעיל ס"ל בשט"ח דאחרים מקודשת וא"ש ונכון. סוף דבר דדברי הכנה"ג והשער אפרים אינן מבוררין לי גם מדברי האחרונים נראה דס"ל בהחלט דאין אותיו' נקנות במסירה ואע"ג דמתשובת הרא"ש שהביא הטור בס"ס רמ"ח נראה דמספקא ליה אי אותיות נקנות במסירה שכתב שם וז"ל אע"פ שפסק רשב"ם דאין שטר צריך כתיבה רבים חולקים עליו רב אלפס ור"ח ור"ת כולם פוסקין דאין אותיות נקנות אלא בכומ"ס וכיון דאיכא פלוגתא לא מפקינן ממונא עכ"ל מ"מ מדברי הרא"ש בפ' א"נ והט"ו בסי"ז שכתבו בלוה שפרע ללוקח שלא היה לו שטר כתיבה אם לא ידע המוכר חוזר וגובה מבע"ח דא"ל לא היה לך ליתן לו חובי עד שיראה לך שקנאו ממני כדין קניית שטר אלמא אף שהלוה מוחזק אינו יכול לומר קים לי דאותיות נקנות במסירה וכן לקמן בסי"א כתב המחבר די"א דאף לענין קנייתו אין הלוקח נאמן לומר שטר כתיבה היה לי ואבד וכתב עליו הרב בהגה וכן עיקר לענין הלכתא ותיפוק ליה דכיון שהלוקח מוחזק בשטרו יכול לומר קים לי דאותיות נקנות במסירה לבדה וכרבא דס"ל דא"צ להביא ראיה א"ו דס"ל דהדין הוא בהחלט דאין אותיות נקנות במסירה ודלא כהכנה"ג והש"א גם מה שהאריך הש"א שם ליישב דברי רשב"ם מקושית התוס' מההיא דס"פ ז"ב ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה אמרה ידענא ביה דפריע הוא הימנה ר"נ א"ל רבא כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה אלמא דלית הלכתא כרבי ופי' דקושית הש"ס היא בדרך תימה דאפי' כרבי לא אתיא דההיא עובדא איירי שהשלישו הלוה והמלוה ביד האשה כמ"ש רש"י ואינו אלא פקדון בידה ולא שייך בזה לומר אותיות נקנות במסירה דלא נתנו בידה לשם קנין והקשה שם לשיטת התוס' דמאי מדמי ליה הש"ס לאותיות נקנות במסירה ע"ש ולא דק בזה כלל דאי קיי"ל כרבי דס"ל אותיות נקנות במסירה א"כ היתה נאמנת האי איתתא לומר דשטר פרוע הוא במיגו דאי בעי אמרה שהיא קנאה השט"ח לגמרי והלוה פרע לה וזה הוא ג"כ כוונת רש"י שם ד"ה אותיות שכתב וה"נ קנאתו והוי כדידה ר"ל דנאמנת במיגו דלקוח וכן מבואר בריי"ף ורא"ש ונ"י בס"פ ז"ב שם וכן הוא בר"ן פ' הכותב בעובדא דמלוגא דשטרא ובבעה"ת שער נ"א ח"ח ע"ש:

ב צריך למיכתב ליה קני לך וכו'. הש"ך בסק"ו הביא דברי הריטב"א דבמתנה קנה מיהת הנייר במסר ולא כתב והסכים עמו הש"ך בפשיטות ובאמת מדברי הר"ן בפ' הכותב בעובדא דמלוגא דשטרי מוכח להיפך שהקשה שם על הרי"ף דכתב דלכך לא מהימנא לומר מחיים תפיסנא במיגו דלקוחין הן בידי משום דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה והקשה הר"ן דהא הרי"ף כתב שם דהאי מלוגא דשטרי בתורת משכון הוא דתפסה לה

אבל לענין מיגבא בהו לא מהני תפיסה דאין אותיות נקנות במסירה וא"כ אכתי תקשי להימנה דבתורת משכון בא לידה במיגו דלקוחין הן בידי דמהימנא לגבי גוף השטרות שהן ממון לצור בהן ע"פ צלוחיתו ותי' דאי טענה הקנה לי גוף השטרות לצור ע"פ צלוחיתי לא מהימנא שאין אדם עשוי למכור שטרי ראיה שלו לצור ואי אמרה מכרן לי בין לגופן בין לראיה שבהן ומסרן ולא כתבן כיון שהמקח בטל לשעבוד שבהן אף הוא מתבטל לגבי גוף השטרות ואי אמרת דבמתנה קנה גוף הנייר במסר ולא כתב אכתי תקשה להימנה במיגו דבמתנה נתנם לי דמהני לגבי גוף הנייר וכמו שהקשה הר"ן שם בעצמו דלהימנה במיגו דבמתנת ש"מ ניתן לי ומתרץ דא"נ לומר במתנת ש"מ ניתן לי כיון דאין המסירה ראיה על גוף ההקנאה ע"ש וא"כ אכתי להימן במיגו דבמתנת ברי ניתן לו דהמסירה ראיה על גוף הנייר א"ו דאף במתנה לא קנה הנייר וכ"כ הרמב"ן בספר הזכות בסוגיא זו להדיא וז"ל ואם תשאל והרי גוף השטרות לצור ע"פ צלוחיתו כשאר מטלטלין הן לקנות במסירה ולהימנה בתפיסה דמשכון משום האי מיגו זו אינה תורה דאם אמרה הקנה לי גוף השטרות בלבד לא מהימנא דאין אדם מוכר שטרי ראיה שלו לצור ואם אמרה מכרתן לי בין לגופן בין לשעבוד שבהן ומסר ולא כתב המקח בטל לגמרי ולמקום שהשעבוד הולך שם השטר הולך עמו במכירה ובמתנה שאפי' בזוכה לדעתו מנכסי הגר בעיא דלא איפשיטא הוא בפ' הפרה עכ"ל הרי שכתב להדיא דאף במתנה לא קנה הנייר ואע"ג דבסי' ער"ה סי"א פסקינן דבמחזיק שטר מנכסי הגר קנה הנייר יש לחלק דשאני התם דהמחזיק זוכה מדעתיה דנפשיה מסתמא זוכה בכל מאי דמצי למיזכי משא"כ בנותן מתנה שהוא זוכה אדעתיה דנותן י"ל דדעתיה דנותן שיזכה בגוף החוב וכיון דלא מצי זכי בגוף החוב אין הנותן מקנה לו את הנייר לבד כיון שהוא נצרך לראיה וכן משמע מלשון הרמב"ן דהכא גרע טפי ממחזיק בנכסי הגר וגם בנכסי הגר גופיה יש הרבה חולקי' שהוא איבעיא דלא איפשטא אם זכה בנייר כמ"ש הש"ך בסי' ער"ה ס"ג וכמ"ש הרמב"ן ומה שהכריע הש"ך שם דקנה הנייר מהא דקי"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אשתמיטו להש"ך דברי התוס' פחז"ה דף נ"ד שהרגישו בזה וחילקו דהיכא דידע ואינו מתכוין לקנות גרע טפי מהיכא דלא ידע כלל אם הוא בחצירו ע"ש. שוב ראיתי שכן מוכח להדיא מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' זה מחודשים נ"ה בראובן ושמעון שנתן להם המלך הכנסת כפר א' ע"ש שמבואר להדיא בדבריו שלא קנה גוף הנייר במסר ולא כתב אף במתנה וכתב שם שכ"נ ממ"ש הרי"ף בכתובות בעובדא דמלוגא דשטרי והיינו כמ"ש הרמב"ן והר"ן ותמיהני מהש"ך שלא הביא דבריהם כלל. אך מ"מ מדברי חידושי הרשב"א בפ' האיש מקדש דף מ"ח מוכח כהש"ך שהקשה שם

אהא דאמרינן התם אילימא בשט"ח דאחרים קשיא דר"מ אדר"מ והקשה דילמא מיירי במסר ולא כתב ולעיל איירי במסר וכתב ופליגי בדשמואל וכמו שהקשו התוס' ואי אמרת דאף במתנה לא קנה הנייר במסר ולא כתב א"כ היכי מצי לאוקמי במסר ולא כתב דא"כ היכי קאמרי חכמים שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת הא אף הנייר לא קנתה א"ו דאף במסר ולא כתב קונה הנייר מיהת אך קשה לפ"ז דדברי הרשב"א בחידושיו סותרים למ"ש בתשובה ואולי יש לחלק בין קדושי אשה למכר ומתנה ודוחק גם הש"ך הביא ראיה מקדושי אשה למתנה ע"ש וע' בכנה"ג בהגהו' ב"י אות ה' ע"ש:

ג וקנו מידו בקנין. יש לתמוה ממ"ש המחבר בסי' רנ"ג ס"כ שכ"מ שאמ' הלואתי או פקדוני שביד פ' תנו לפלוני דבריו קיימין וא"צ מעמ"ש וכן אם אמר שט"ח שיש לי על פ' תנו לפ' וכו' והא דאמרינן שזכה בחוב בשלא שייר כלום שאל"כ הוי מתנה במקצת ולא קניא אא"כ הקנו לו בקנין ובמיפה כחו או שהוא מצוה מחמת מיתה עכ"ל והיכי כתב שאל"כ הוי מתנה במקצת ולא קניא אא"כ הקנו לו בקנין ובמיפה כחו הא כיון דמתנ' במקצת לא קניא במתנת שכ"מ א"כ היכי מהני מה שהקנה לו בקנין הא שט"ח אינו נקנה בקנין כדאיתא הכא ומתנה במקצת הוי ממש כמתנת בריא ובעי קנין המועיל וכ"כ המחבר שם בסי"ח דבמתנה במקצת לא מהני קנין לענין מטבע ע"ש והנה דברי המחבר שם נובעים מלשון הרשב"ם בב"ב דף קמ"ז שהביא בב"י שם על הא דאיתא התם ומודה שמואל שאם נתנו לשטר במתנת שכ"מ דא"י למחול ופירשב"ם ומודה שמואל שאם נתנו המלוה לאיש אחר במתנת שכ"מ וכגון שחילק כל נכסיו א"נ ע"י קנין כדין כל מתנת שכ"מ

במקצת עכ"ל הרי להדיא דמהני קנין במתנה במקצת אך באמת הרשב"ם לטעמיה אזיל דפסק דאותיו' נקנות במסירה וס"ל כהפוס' דקנין מהני בשטר כמו מסירה וכ"כ בתשו' הרא"ש כלל ע"ה דהרשב"ם דמפרש הא דאמרינן נכסי לפ' שטרי בכלל נכסי דמיירי בבריא ובקנין לטעמיה אזיל דס"ל אותיות נקנות במסירה וה"ה לקנין חליפין ע"ש אבל לדידן דקי"ל דאותיות אינן נקנין אלא בכומ"ס ולא מהני קנין גביה ואפילו במקום מסירה אינו כמבואר בס"ד א"כ ה"ה בשכ"מ במתנה במקצת לא מהני ק"ס בשטר דמתנה במקצת הוי כמתנת בריא ממש ובעי קנין המועיל בבריא דוקא ואפשר דמ"ש המחבר שם שאל"כ הוי מתנה במקצת ולא קניא אא"כ הקנו לו בקנין או מצוה מחמת מיתה אלעלמא קאי במטלטלין דוקא אבל בשטר באמת לא מהני קנין אלא מצוה מח"מ לבד ודוחק וצ"ע ועמ"ש בס"ק כ"ו:

ד שצריך שתבא לידו וכו'. הטעם מבואר בש"ך דלא גרע משאר שטרי קנין שצריך שיבא ליד המקבל ונראה דבשטר כתיבה כשאמר לעדים לכתוב וכתבו וחתמו א"צ העדים לאמלוכי במוכר או בנותן קודם שיתנו להמקבל אע"ג דבשאר שטרות צריכין העדים לאמלוכי ביה כדאיתא ר"פ אע"פ ומבואר בסי' ל"ט ס"ב מ"מ הכא שאני דהא הרא"ש ר"פ אע"פ שם כתב ואע"ג שאם אמר אדם לשלוחו תן חפץ זה לפ' מסברא ל"א לאמלוכי ביה שאני הכא דאיכא רגלים לדבר שהוא רוצה שימליכו בו מדלא הקנה מיד בקנין חליפין ש"מ שאין דעתו להקנותו מיד עכ"ל וא"כ הכא דלא מהני קנין חליפין א"כ ליכא רגלים לדבר מדלא הקנה בקנין שרוצה שימליכו ביה וא"צ לאמלוכי ביה וכעין זה כתבתי בסי' ל"ט ס"ב וע"ש וע' בתשו' רדב"ז ח"א סי' פ"ט שהביא שם מחלוקת הפוס' דאין ראוי לעשות קנין במכירת שטרות לפי שנראה שבקנין גמר להקנות לו את השטר ואינו קונה כלל ע"י הקנין רק ע"י השטר ואיכא מאן דס"ל דלא הפסיד בזה כלל דכ"ע ידעי דמילי לא מקני בקנין וע"ש ולא הכריע בזה ובספר נחלת שבעה בתקון שטרות שלו סי' כ"ז הוסיף לכתוב בשטר כתיבה וקנו ממני בקנא"ס והוא ללא צורך וכל המוסיף גורע

ה לא קנה. בתשו' מוהרשד"ם הוכיח מכאן דה"ה בחלוקה מה שחלקו השותפים שטרות שכתובים ע"ש שניהם צריך כומ"ס כשאר שטרות כמו דחזינן הכא דאע"ג דכתובים בשם שמעון אינם נקנים בלא כתיבה והש"ך הקשה עליו דפשיטא דשותפים שנכתב השטר מתחילה על שם שניהם יכול כל אחד מהם לתבוע את כולו כמ"ש הרשב"א בתשו' דשנים שהלוו לאחד בשטר אחד הרי הם כשותפים וכאילו הרשו זה לזה לתבוע כל החוב ולוה נמי כמחייב א"ע לפרוע הכל למי משניהם שיתבענו ע"כ והביאו הב"י לקמן ס"ס ע"ז והרב בהג"ה שם בס"י ותי' הש"ך דנהי דיכול אחד מהם לגבות כל החוב היינו לענין הלוה דא"צ הרשאה אבל מ"מ לענין קנין אינו נקנה אלא בכומ"ס וא"כ הכא נמי בשותפים אין החלוקה כלום לענין שיכול השותף לחזור בו עכ"ד והנה הש"ך לטעמיה אזיל שהוכיח בסק"י דשטר שכתוב בו אני משעבד לך ולכל מי שיוציאו דאע"ג דמי שמוציאו גובה בו בלא הרשאה מ"מ לענין קנין שיהא שלו צריך כומ"ס אבל לשיטת התה"ד והרב בהגה ס"א דס"ל דהיכא דגובה בלא הרשאה ה"ה לענין קנין נקנה במסירה בלא כתיבה א"כ ה"ה שטר של שותפים שכתוב ע"ש שניהם נקנה במסירה לבדה וכ"כ הרב רמ"א בתשובותיו סי' כ"ב דבשטר של שותפים כיון דכל מי שהשטר בידו יכול לתבוע כל החוב א"צ כתיבה וכן משמע בתשובת הרא"ש שהביא הטור ס"ס ס"ו וכ"כ מוהרא"י בתה"ד סי' של"א להדיא דכתבים כאלו א"צ כתיבה רק מסירה לחוד עכ"ל והביאו הכנה"ג וכ"כ בתשו' צ"צ סי' צ"ז דשטר של שותפים א"צ כומ"ס והוכיח כן מדברי

תשו' הרא"ש שהביא הט"ו סמ"א וע"ש וקשה לדבריהם מהא דאמרינן בס"פ ג"פ אותיות נקנות במסירה אביי אמר צריך להביא ראיה רבא אמר א"ל להביא ראיה אמר רבא מנא אמינא לה דתניא אחד מן האחים שהשט"ח יוצא מתחת ידו עליו להביא ראיה אחין הוא דשמטי מהדדי אבל אחריני לא והרי רבא גופיה ס"ל דאין אותיות נקנות במסירה אלא דפליגי אליבא דמ"ד אותיות נקנות במסירה כמ"ש התוס' והרא"ש והרמב"ן בחי' וא"כ מאי קושיא אחין הוא דשמטי מהדדי אבל אחריני לא דילמא אחריני פשיטא דא"נ משום דאין אותיות נקנות במסירה וצריך להביא שטר כתיבה דוקא אבל אחין שהן שותפין דנקנין במסירה לבדה ה"א דאין צריך להביא ראיה קמ"ל דמ"מ א"נ משום דשמטי מהדדי וכן הרמב"ן בחי' שם בהוכחתו דא"נ לומר שטר כתיבה היה לי ואבד כתב וז"ל והא דאמר רבא אחין דשמטי מהדדי אבל אחריני לא לתנא דברייתא קאמר ומוקי לה כרבי מדקאמר באחריני א"ל להביא ראיה ולאותביה לאביי דאמר לכ"ע צריך להביא ראיה אבל לרבנן דבעי כתיבה ודאי צריך ראיה כדפרישית עכ"ל וכ"כ הה"מ פ"ט מה' נחלות ולמה מוקי רבא ברייתא דלא כהלכתא הא הוצרך למינקט אחין אע"ג דא"צ כומ"ס לכ"ע מכל מקום צריך להביא ראיה משום דשמטי מהדדי ונראה דיש לחלק בין שותפים לאחים דדוקא בשטר של שני שותפים יכול כ"א לתבוע את השטר כולו משום דכיון שהלוו לו שניהם בשטר אחד הוי כאלו הרשו זה לזה לתבוע את כל החוב ולוה נמי הוי כמחייב א"ע לפרוע הכל לכל מי משניהם שיתבענו וכמ"ש הרשב"א בתשו' מה שאין כן בלוה מאחד והמלוה מת והניח שני בנים דליכא גילוי דעת שהתחייב א"ע לכל מי שיתבענו דהא לאחר מיתת המלוה נתחייב ממילא לשני יורשיו לכך אין בן אחד יכול לתבוע הכל בשט"ח שהניח להם אביהם בלתי הרשאה מאחיו וכ"כ מדברי הרב בסי' ע"ז ס"ט וס"י ע"ש וא"כ בכה"ג אם אח א' מכר השטרות לאחיו השני צריך כומ"ס לכ"ע ולפ"ז פריך רבא שפיר מברייתא דקתני א' מן האחין שהוציא שטר מתח"י דמשמע שהשט"ח ירשו מאביהן ובכה"ג צריך כומ"ס א"ו דהברייתא אתיא כרבי ודוקא אחין דשמטי מהדדי אבל אחריני א"צ להביא ראיה ופריך שפיר וזה סתירה לדברי הרב בעל צ"צ בתשו' שם שמבואר מדבריו דאף בשט"ח שירשו מאביהם א"צ כומ"ס דהא עובדא דידיה היה בשט"ח שירשו מאביהם ולפענ"ד נכון בסברא ומוכרח בש"ס ופוס' דבכה"ג צריך כומ"ס ואינו יכול לתבוע את הכל בלתי הרשאה מאחיו ודלא כהצ"צ וז"ב אמנם נראה ביורשים שירשו שטרות מאביהם וחלקו שטרות נגד שטרות או שותפים שחלקו שטרות נגד שטרות לשיטת הרשד"ם בזה יש מקום לומר דא"צ כומ"ס דהא התוס' והרא"ש כתבו דהא דמכירת שטרות אינה מדאורייתא ולא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה

בו דהא דקרקע נקנית בכסף ושטר וחזקה הוא משום כיון דהקרקעות אינן ברשותו דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכ"כ הנ"י דמה"ט שטרות לא מקנין גוף השיעבוד בכסף או בקנין וצריך כתיבה דוקא הוא משום דא"א מקנה דבר שאינו ברשותו ע"ש והנה הרב רמ"א בסי' ר"ט ס"ח בהגה כתב שם בשם י"א דאע"ג דא"א מקנה דשלב"ל מ"מ אם הוא רוצה לקנות מקנה ג"כ דאגב דרוצה לקנות מקנה ג"כ ולכן שנים שהקנו זה מזה על מתנה שיקבל אחד מהן מאחר שלכל מי שיתן לו יחלוק עם חבירו דקנה ע"ש וא"כ הכא ביורשים שחלקו שטרות נגד שטרות נקנה גוף השעבוד עם המסירה בכסף דהיינו בזה שמקבל שטר חבירו עבור שטרו דשטר חשיב ככסף וקונין בו קרקעות כמו שהוכיח הש"ך בר"ס ק"צ ע"ש והכא ל"ש א"א מקנה דבר שאינו ברשותו דאגב דרוצה לקנות החוב של חבירו שהוא דשלב"ל מקנה לו ג"כ חובו ודמי לשנים שקנו זה מזה שכ"א שיקבל מתנה מחבירו יתן חלק לשכנגדו וה"ג הוי כהתנו שכל שטר שיהיה ביד חבירו ויבוא לידי גובייניא שיטלנו חבירו דקנה ונקנה בכסף דהיינו השטר שנטל מחבירו עבור שטרו וא"צ כתיבה כלל אך מ"מ זה תליא אי אמרינן הא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול הוא משום דמכירת שטרות דרבנן וא"כ בכה"ג דהחלוקה מועלת מדאורייתא ג"כ א"י למוחלו והחלוקה קיימת אבל להפוסי דאף אי מכירת שטרות דאורייתא יכול המוכר למחול משום דשעבוד הגוף נשאר אצל המוכר א"כ בכה"ג שחלקו שטרות נגד שטרות נהי דבכה"ג אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אין קונין בהשטר דלא הוי כמו כסף כיון דלא סמכה דעתיה כיון שיכול למוחלו כמ"ש הש"ך בסי' ק"ץ וא"כ ליכא במה לקנות שעבודו של השטר כיון דליכא כסף ומשיכת הנייר לא מהני להשעבוד וא"כ צריכין שיקנו זה מזה על החלוקה כמו בסי' ר"ט שקונין זה מזה שיחלוקו כל מה שיבוא לידי אחד מהן וכן בסי' קנ"ז ס"ב בחלוקת השותפים דאם בירר כ"א חלקו וקנו מידם ע"ז א"י לחזור בהם וה"נ מהני הקנין על החלוקה והשעבוד כיון דבכה"ג אדם מקנה דשלב"ל דאגב דבעי למיקני גמר ומקני ולפ"ז יצא לנו מזה דין חדש דלפי שיטת הי"א דלקמן סי' ר"ט שנים שהחליפו שטר בשטר נקנה במסירה בלא כתיבה ולפי שיטת הסוברים דהא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול הוא משום דמכירת שטרות מדרבנן א"כ בכה"ג שנקנה מדאורייתא וא"י למחול נקנה בשטר גופיה שהוא ככסף ולשיטת הסוברים דאף אי מכירת שטרות דאורייתא מ"מ חזר ומחלו מחול מ"מ בכה"ג מהני קנין דבכה"ג אדם מקנה דשלב"ל ואף כשהחליפו בקנין מלוה ע"פ שיש לכ"א על אחר י"ל דמהני ג"כ לשיטה זו ואע"ג דבתשו' הרא"ש כלל ס"ב הביאו הב"י מחודשים ל"ד מבואר דשנים שהחליפו שני שטרות בעי ג"כ כומ"ס י"ל דהרא"ש לא ס"ל

כשיטת הי"א דלקמן סי' ר"ט אבל לשיטת הי"א נרא' נכון דא"צ כומ"ס ויש להתיישב בזה ודוק

ו וכן שטר של כת"י לשון הטור ול"א דחשיבי כמלוה ע"פ שאינם נקנים אלא במעמ"ש דשטר העשוי בערכאות של גוים אם עשוי כתקונו גובין בו אפילו ממשעבדי וכת"י דאינו גובה בו ממשעבדי מ"מ גובה בו מבנ"ח עכ"ל וכתב הפרישה אע"ג דגם במלוה ע"פ גובה מבנ"ח מ"מ עדיף כת"י דאם כתב בו נאמנות גובה בו בכל ענין מבנ"ח וא"נ לומר פרעתי עכ"ל ולא נהירא דא"כ אף מע"פ בעדים דמהני ג"כ אם התנה לפניהם שיהא לו נאמנות וגובה בל"ש כדאיתא בר"ס ע"א תועיל נמי כתיבה גביה ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא אבל באמת מעיקרא לק"מ דודאי מלוה ע"פ אף שגובה מבנ"ח מ"מ אינו נמכר משום דבשעבוד לבד לא שייך מכירה כלל דהוי דבר שאין בו ממש דגוף השעבוד אינו ברשותו ולא שייך בו מכירה אלא דבשטר כיון שמוכר לו גוף השטר וכותב לו קני לך וכו' אגב שקונה גוף השטר קונה ג"כ השעבוד ומה"ט מבואר בס"ד דבעינן מסירת השטר קודם כתיבת השעבוד משום דאינו זוכה בשעבוד גרידא אלא מחמת שהוא נגרר עם השטר דשעבוד לחוד אינו נמכר כמ"ש הנ"י בפ' הספינה בשם הרשב"א ובתשו' רדב"ז ח"א סי' פ"ט בשם הרא"ה להדיא וע"ש ולכך במע"פ כיון דליכא שטר לא מהני מכירת ההלואה גרידא אבל בכת"י כיון שהנייר מועיל לראיה לענין טענת להד"ם וגובה בו מבנ"ח כיון שמועיל המסירה לגוף הנייר מועיל נמי הכתיבה להשעבוד שהוא נגרר עם גוף השטר שוב ראיתי שכ"כ הנ"י להדיא בפ' מי שמת גבי שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני ע"ש וכן מבואר מלשון הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה ד"ט וז"ל אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמ"ש ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכומ"ס שהרי יש כאן דבר הנמסר לקנות שעבוד שבו עכ"ל הרי להדיא כמ"ש וז"ב ובהיות כן דברי מוהרי"ט בתשו' בחלק יו"ד סי' כ"א צל"ע שפסק שם בשטר עסקא דאינו מועיל כומ"ס בחלק הפקדון שבו דליכא בו שעבוד כלל דפקדון ברשותא דמרא איתיה וגם אינו מועיל לראיה כלל דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וע"ש ולפענ"ד אין חילוק בין שטר פקדון לכת"י דאף בפקדון שייך בו שעבוד דכי אינו משועבד להחזיר הפקדון לבעליו וגם אם יפשע בו יהא חייב לשלם וגם השטר מועיל לראיה אם יטעון להד"ם וגם כשיטעון החזרתי יהא חייב ש"ד ומה"ט אין כותבין שטר פקדון בלי צווי הנפקד כמבואר בסי' ל"ט ס"ח וכיון שמועיל המסירה לגוף הנייר לראיה שבו מועיל ג"כ הכתיבה להיות נגרר עמו חיוב ושעבוד חזרת הפלגא פקדון להלוקח וצ"ע. שוב מצאתי בתשו' המיוחסת להרמב"ן בס"ס ע"ו שכתב להדיא דאף שטר פקדון

שנאמן לומר נאנסו או החזרתי או שטר שיש בו נאמנות ללוה מזדבן ומינה יליף לכת"י ע"ש והנאני מאוד:

ז העשוי בדינן של עכו"ם וכו'. ויש להבין כיון דשטר אינו נקנה אלא בכומ"ס דוקא ולא בכסף והשטר כתיבה הוא עיקר הקנין דבזה נקנה גוף השטר כמ"ש הנ"י בפ' הספינה וא"כ אמאי תועיל בדינן של עכו"ם הא מבואר בסי' ס"ח ס"א דשטרות העולים בערכאות אינם כשרים אלא בשטרי ראיה דוקא כגון שטר מכר שעיקר הקנין הוא בכסף והשטר אינו אלא לראיה בעלמא אבל שטר מתנה שאין עיקר הקנין אלא בשטר הוא פסול דלא אלימי למיעבד שטרא וא"כ הכא כיון דלא מהני כסף לקנות השעבוד ע"י אלא ע"י השטר למה כשר בערכאות ודוחק גדול לומר דהכא מיירי שעידי השטר הם עידי ישראל אלא שגוף השטר כתיבה נעשה בדינן של עכו"ם דבכה"ג כשר בכל שטר כמבואר בסי' ס"ח שם ואפשר לומר כיון דמפרש בש"ס דלכך אין אותיות נקנות במסירה משום דאותיות מילי נינהו ומילי במילי לא מקנין ופירשו התוס' דמסירת השטר לבד מילי הוא דהא דאומר לו קני לך שטר זה מילי בעלמא הוא אבל כשכותב שטר בשמו על השעבוד אין לך מעשה גדול מזה וא"כ י"ל דנהי דשטרי ערכאות אינן מועילין לקנין מ"מ הכא כיון שאומר להם כתבו וחתמו שטר בשמי והמה כותבים על ידו ושטרי ערכאות מועילין לראיה בכל מקום חשיב זה מעשה גמור ולא מילי ולכך מהני שטר כתיבה בערכאות דהוי כמו שטרי ראיה דמה שאמר להם כתבו וחתמו שיקנה הוא וכל שעבודו ועשו כן נעשה מעשה ובודאי לא מסהדי שקרי ולכך השטר כשר ועדיין צ"ע ותמיהני שלא עמד בזה אחד מהמחברים:

ח שחבירו הפקיר שטרו. הש"ך הקשה דת"ל דכיון שהפקירו זכה הלוה תיכף בהחוב שתחת ידו כמו בשטר מנכסי הגר שמת כמבואר בפ' הפרה דף מ"ט שזכה בו הלוה ואחי המופלג מוהר"ר ארי' ליב נ"י תי' דמיירי בשטר שיש לו על יתומים קטנים וקטן אינו זוכה לעצמו כשאין דעת אחרים מקנה לו כמבואר בסי' רמ"ג סט"ו בהגה ובסי' ער"ה סכ"ט וקמ"ל דבכה"ג לא זכה הזוכה בשטר לגבות מן היתומים קטנים אף לאחר שיגדלו כיון שאין דעת אחרת מקנה לו וזה נכון:

ט א"צ עדים לענין קנייתו. וכ' הש"ך והרבה חולקים בזה והכי קיי"ל דצריך עדים גם לענין קנייתו וכדלקמן והלכך אם פרע הלוה להלוקח בלא ידיעת המוכר חוזר וגובה ממנו וכמבואר בסי"ז וכ"כ הב"ח מיהו אם הלוה טוען ברור לי שהיה לו שטר כתיבה ואבד נשבע היסת ונפטר עכ"ל הש"ך וסוף דבריו תמוהים מאוד לכאורה דמה מהני מה שהלוה טוען ברי שהיה לו שטר כתיבה ואבד כיון דלפי שיטה זו אין הלוקח נאמן לענין

קנייתו אף שהוא מוחזק ואין הלוה מקפיד מלפרוע לו מ"מ לא מהימן הלוקח כיון דאיכא ריעותא שאין בידו שטר כתיבה ואמאי יהיה הלוה נאמן בזה וכן מוכח מדברי הרמב"ן והרא"ש בס"פ ג' שהוכיחו שאין הלוקח נאמן לומר שטר כתיבה היה לי ואבד מס"פ ז"ב דאיתא התם ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה ואמרה ידענא ביה דפרוע הוא והימנה ר"נ א"ל רבא כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה א"ל ר"נ לא משום מיגו דאי בעי קלתיה ואי אמרת דנאמן לומר שטר כתיבה היה לי ואבד א"כ ניחא אף לרבנן דהא אית לה מיגו דשטר כתיבה היה לי ואבד א"ו דא"נ ואי אמרת דכשהלוה טוען שטר כתיבה היה לי ואבד נאמן אכתי קשה הא אית לה מיגו דשטר כתיבה היה לי ואבד וגם הלוה יטעון כן דהא התם ודאי גם הלוה היה טוען שפרע השטר ומסתמא יטעון כן ג"כ ואיכא מיגו מעליא כמ"ש התוס' בקדושין דף מ"ג דלענין פטור ממון אמרינן מיגו בשנים דמסתמא שניהם יסכימו לדיעה אחת וא"כ הכא הוי מיגו מעליא דאי בעי היו שניהם טוענים שהיה שטר כתיבה ואבד א"ו אף שהלוה טוען כן א"נ ונ"ל דהא דס"ל להש"ך דאם הלוה טוען ברי שהלוקח היה לו שטר כתיבה דנאמן הוא משום כיון דהלוקח והלוה אומרים שהיה שטר כתיבה והשטר נתפרע א"כ אית להו מיגו דאי בעי קלתיה לגוף השט"ח או שהיו טוענים להד"ם דבשלמא כשהלוקח תובע ממון בשטר א"נ לומר שטר כתיבה היה לי ואבד במיגו דלא היה מוציא שטרו כלל דאין זה מיגו דהא צריך להראות שטרו להוציא בו מיד הלוה כמ"ש הסמ"ע ס"ק ל"ד אבל הכא כיון שהלוקח מודה שכבר נפרע אית ליה מיגו מעליא דאי בעי הוי כביש לשטרא וטעין להד"ם אם לא שאין הלוה יודע שהיה לו שטר שהוא חייב לשלם מדינא ולא שייך מיגו בזה אך לפ"ז היכא דלא שייך מיגו כגון דאתחזק שטרא בב"ד או שהוא מונח ביד שליש אף הלוה א"נ לומר שטר כתיבה היה לי ואבד ועוד י"ל דסברת הש"ך הוא אף היכא דאתחזק שטרא בב"ד מ"מ נאמן הלוה לומר שטר כתיבה היה לי ואבד דכיון דראובן המוחזק בשטר טוען שהוא קנהו מלוי א"כ שמעון הלוה נאמן במיגו דאי בעי היה טוען אני פרעתי ללוי המלוה ולקחתי השטר מידו ונפל ממני ומצאו ראובן או אני הפקדתי בידו ואם היה טוען כן היה פטור מלוי ומראובן דכיון שלוי וראובן מכחישים זא"ז הוי כשטר שנמצא ביד שליש ואינו יודע מה טיבו דנשבע הלוה ופטור כמ"ש הסמ"ע והש"ך בס"ק ל"ג בשם הב"י והכ"מ ולכך נאמן שמעון נמי לומר דשטר כתיבה היה לו לראובן ואבד ולפ"ז ניחא הא דבס"פ ז"ב דלא הויא מהימנא האי איתתא במיגו זו וגם הלוה יאמר כן דהא התם מיירי לענין שנאמין להאי איתתא לקרוע השטר דאל"כ למה לו להנאמנות שלה דתיפוק ליה דהוי כשטר שנמצא ביד אחר וא"י מה טיבו דאינו גובה בו א"ו דהתם מיירי שנאמין לה

לקרוע השטר כמ"ש הש"ך בסי' ס"ה סק"ז וא"כ ליכא מיגו כלל להלוה דהא אף אם יטעון לא יקרע השטר דהא שטר שנמצא ביד שליש לא יחזיר לא לזה ולא לזה ולכך הוצרך לומר מיגו דאי בעי קלתי' וא"ש ולפ"ז האי דינא דהש"ך הוא דוקא כשכבר פרע הלוה להלוקח והלוקח מודה בזה אבל כשעדיין לא פרע והלוקח והלוה טוענים דשטר כתיבה היה ללוקח ואבד א"נ דליכא מיגו להלוה דאי בעי אמר שכבר פרע להמלוה דחיישינן דילמא הלוקח והלוה עשו קנוניא בטענה זו דוקא משום דהלוקח נוח לו להלוה יותר מן המוכר וא"כ הלוקח לא היה מסכים שיטעון הלוה פרעתי להמלוה כיון שהלוקח רוצה לגבות ממנו החוב בשטר זה והוי דומיא דמיגו בשנים דל"א מה"ט ועיין בסכ"ב ומ"ש שם ודוק ותמיהני מסתימת הש"ך בזה:

י ואם יש ראיה שמכר ולא רצה לישבע. הקשה הגיד"ת אפי' ליכא ראיה והוא מודה שמכרו לו כדינו ולא רצה לישבע נמי חייב לשלם ותי' הש"ך דדוקא נקט ואם יש ראיה משום דכאן רצה לומר דחייב לשלם לו כל דמי השטר ואי ליכא ראיה שמכר אף שאינו רוצה לישבע מ"מ אין הכרח שנפרע אחר המכירה דדילמא נפרע קודם המכירה ואי הוי אמר המוכר בפירוש שנפרע קודם המכירה הוי מהימן במיגו דלא מכרתי לך כלל וא"צ להחזיר אלא הדמים שקיבל והשתא נמי שאינו רוצה לישבע דילמא א"ר לישבע מחמת שנפרע קודם לכן אבל אם יש ראיה שמכר דלית ליה מיגו אין מאמינים אותו שנפרע קודם לכן וכיון דהשתא בגרמתו מזיקו חייב לשלם לו כל דמי השטר ולפענ"ד דבריו אינן נראין מתרי טעמי חדא כיון דמיירי הכא שהמוכר טען בב"ד שלא נפרע אלא שהב"ד חייבוהו שבועה ואינו רוצה לישבע וא"כ אף שאח"כ יטעון בפירוש שנפרע קודם המכירה לא מהימנינן ליה כלל ואי משום מיגו דלא מכרתי לך כלל הא הוי מיגו למפרע ולא אמרינן כמ"ש התוס' בפ' הכותב והוא הסכמת כל הפוס' וה"נ דילמא מה שטען בב"ד מקודם שמכר את השטר ולא נפרע הוא האמת ואח"כ נשתנה דעתו וא"ר לישבע וטוען שנפרע קודם לכן ואי משום מיגו שלא היה מודה תחלה במכירה הוי מיגו למפרע ולא אמרי' ועוד אף אם מתחלה בבואו לב"ד אמר תיכף שמכרו ולא נפרע אך שאינו רוצה לישבע מ"מ האיך שייך כאן מיגו כיון שהוא מודה בב"ד שלא נפרע הרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי שהרי הוא מודה בב"ד שהשטר הוא בתוקף של הלוקח וא"ר לישבע ומזיקו בגרמתו וא"כ מחויב לשלם ללוקח מדיני דגרמי שהרי לפי טענתו והודאתו מזיקו וכי מי שמודה לחבירו שהזיקו אף שאין הניזק יודע מזה ואינו תובעו כלל פשיטא דחייב לשלם וה"נ הרי המוכר מודה שהוא מזיקו בגרמתו וחייב לשלם ע"כ

נראה עיקר כמ"ש הש"ך בתחלת דבריו דמ"ש הה"מ והמחבר ואם יש ראיה שמכר הוא לאו דוקא דה"ה הודה נמי חייב לשלם דפשיטא דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי:

יא וכן אם הודה לוי שפרעו. הטעם משום דהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דמחילה וליש פוסקים פרוע גופיה מחילה הוא ומ"מ המוכר חייב לשלם אף שאומר שנפרע קודם המכירה חייב לשלם לו כל דמי השטר כדין מוחל דכיון דלית ליה מיגו לפטרו מתשלומין דהא אף כשימחול יצטרך ליפרע כל דמי השטר לכך אף שאומר שנפרע קודם המכירה דהוי מקח טעות מ"מ כיון שע"י דיבורו נפסד השטר לא מהימנינן ליה ואמרינן דמשקר במה שאומר שנפרע דחזקה דהשטר לא נפרע דא"כ שטרא בידיה מאי בעי וכיון שבגרמתו מזיקו חייב לשלם כדין מוחל או שורף אבל היכא שיש עדים או שובר שנפרע קודם המכירה א"כ השטר נתבטל מעיקרא ממילא והוי מקח טעות וא"צ להחזיר אלא הדמים שקיבל כן העלה הש"ך מדברי הה"מ והש"ג ונראה דהיכא שיש עדים שמעידים שהמוכר נפרע מחובו אלא שאינם זוכרים אם היה הפרעון קודם המכירה או אח"כ מחויב המוכר ג"כ לפרוע כל דמי השטר וא"נ לומר שהפרעון היה קודם המכירה והוא משום דאף אם פורע השטר ע"י עדים החזקה דשטרך בידי מאי בעי מנגדתו דאל"כ בכל שטר יהיה הלוה נאמן לומר פרעתיך בפני עדים והלכו למד"ה או מתו א"ו דאפ"ה שייך חזקה זו דהיה לו ליטול השטר דדילמא ימותו העדים או ילכו למד"ה וכמ"ש התוס' וש"פ סברא זו לענין שליש והביאם הש"ך בסי' כ"ו ס"ק ט"ז אלא דמ"מ עידי פרעון מהני לבטולי שטרא משום דעדים עדיפי מחזקה וא"כ בכה"ג שהעדים אינם יודעים מתי נפרע המוכר מוקמינן השטר על חזקתו ואמרינן השתא הוא דאיתרע כמו בעדים שהעידו בב"ד ובאו עדים לפוסלם ואמרו שעברו עבירה ואינם יודעים אם עברו קודם שהעידו בב"ד או אח"כ דמבואר בסי' ל"ד סכ"ג בהגה דמוקמינן גברא אחזקתו ואמרינן השתא הוא דאיתרע ועברו העבירה אחרי שהעידו וא"כ ה"נ כיון שהטעם שהמוכר א"נ לומר שנפרע השטר הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ומשום חזקה זו מוציאין ממון כמו בעדים א"כ אף שיש עדים שנפרע השטר מוקמינן השטר על חזקתו ואמרינן השתא הוא דאיתרע ונפרע אחר המכירה וחייב לשלם כל דמי שווי השטר ויש להביא ראיה מההיא דסי' פ"ד ס"ב בפוגם שטרו והוא תוך זמנו דא"צ לישבע אף דאיתרע החזקה במקצת שכבר נפרע החצי אפ"ה הוי חזקה מעלייתא ואמרינן מאי דאיתרע איתרע ותו לא ואף הה"מ שהיה חוכך בדין זה היינו לענין שבועה ולא לענין ממון כמ"ש המ"ל בפ' י"ד מה' מלוה והיא סברת התוס' דפחז"ה כמ"ש בסי' פ"ד באריכות ואף דהעליתי שם דלא כסברא זו היינו משום כיון דאיתרע החזקה לפלגא איתרע לכולה אבל הכא

י"ל דכ"ע מודים דאמרינן השתא הוא דאיתרע והשטר נפרע אחר המכירה וכ"ש הכא דבשעת המכירה מכרו בחזקת שאינו פרוע די"ל הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ומסתמא הפרעון אחר המכירה היתה וחייב לשלם כל דמי השטר וע' בש"ע י"ד סי' קס"ט סי"ג כנלפענ"ד. אמנם מה דס"ל להש"ך דאף שהמוכר אומר שנפרע קודם המכירה נאמן במיגו דמחילה לטעמיה אזיל בס"ק נ"ו דהשיג על הרא"ש בפ' הכותב והט"ו באה"ע סי' ק"ה ס"ב אבל לשיטת הרא"ש והט"ו שם דס"ל לענין מכירת כתובה דאינה נאמנת לומר שנפרעה קודם המכר במיגו דמחילה דיראה למחול דתצטרך לשלם כל דמי שווי הכתובה אבל כשאומרת שנפרעה קודם המכר הוי מקח טעו' וא"צ לשל' אלא דמים שקבלה א"כ ה"ה בשא' שטרות נמי דינא הכי ומה שהקשה הש"ך שם ממצא שובר דבזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דנאמנת במיגו דמחילה כמ"ש הוא בעצמו שם דכיון דיש שובר מסייע להודאתה מהני מיגו כל דהוא וכמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות דף י"ט וכ"כ הב"ש באה"ע שם. ועוד נ"ל לתת טעם אחר לדברי הרא"ש והטור דא"נ לומר שנפרע קודם המכירה ע"פ מ"ש הרשב"א בתשו' והביאו הש"ך בסי' מ"ז סק"ו לתרץ הא דא"נ לומר שטר אמנה הוא היכא שהוא חב לאחרים במיגו דאי בעי מחיל משום דחזקה כל מה שיש ת"י האדם הוא שלו והוי מיגו במקום חזקה ע"ש והוא ג"כ דעת הה"מ שם בשם הרמב"ן וכתב שגם דעת הרמב"ם נראה כן וא"כ נראה דה"ה במוכר שט"ח לחבירו והלוה טוען שפרע קודם המכירה אף שהמלוה מודה לו אין המוכר נאמן במיגו דמחילה דהוי מיגו במקום חזקה דחזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו ומה לי שהשטר עדיין ביד המלוה והוא חייב לאחרים דא"נ לומר שטר אמנה הוא במיגו משום דמוקמינן ליה בחזקת שהוא שלו והמלוה שלו גובה מן הלוה שלו ומה לי כשמכרו לאחר דג"כ לא מהימנינן ליה לומר שנפרע קודם המכירה כיון שהוא מגרע חזקתו דחזקה כל מה שת"י האדם הוא שלו ומסתמא שלו היה בשעה שמכרו וכדין מכרו ובאמת לפי דברי הה"מ שדעת הרמב"ם היא כשיטה זו ע"כ צ"ל דמ"ש הרמב"ם שהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דמחילה היינו שהמוכר אומר שנפרע אחר המכירה דאז מהימן במיגו דבזה לא שייך לומר דהוי מיגו במקום חזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו דהא כבר יצא השט"ח מרשותו כשמכרו ולאו ברשותו קאי וזה הוא כשיטת הרא"ש והטור בדינא ולא מטעמייהו ובאמת לפ"ז קשה נמי מההוא דספ"ק דמציעא גבי מצא שובר דבזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל דאמרינן ש"מ איתא לדשמואל ומהימנא במיגו דמחילה הרי להדיא דמהימנינן לה שנפרעת קודם המכירה במיגו דמחילה דהא השובר זמנו קודם המכירה ועכצ"ל דשא"ה כיון דהשובר ג"כ מסייע להודאתה איתרע החזקה ומהני מיגו ובאמת

מצאתי בחי' הרשב"א לכתובות בקונטרס אחרון שכתב שם ג"כ דלא מהני מיגו נגד. חזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו וסיים שם הא דבמצא שובר בזמן שהאשה מודה מהני ליה מיגו ול"ח דילמא זבנא לכתובתה דבמקום חששא כיון דליכא חזקה דשיקרא כלל אמרינן מיגו ע"ש שלשונו מגומגם וכוונתו כדפרישית דכיון שיש שובר כשר לפנינו אלא דחששא בעלמא הוא דילמא זבינתה לכתובתה ל"ח כיון דאית לה מיגו. שוב מצאתי בש"מ בפ"ב דכתובות שם שהביא לשון הרשב"א שהביא תי' הרמב"ן וכתב ליישב הא דמצא שובר בלשון מבואר כמ"ש והוסיף שם וז"ל ולפי דברי רבינו י"א ההיא דמצא שובר דוקא כשאין לקוחות בפנינו אבל היכא דאיכא לקוחות בפנינו ושטר כתובה יוצא מתחת יד' לא מהימנא ולא משמע התם הכי עכ"ל ובאמת שאין הדבר מוכרע די"ל דאף אם הלקוחות בפנינו כיון דאיכא שובר לפנינו איתרע החזקה דכל מה שת"י האדם הוא שלו ומהני המיגו אך מ"מ הדבר מבואר להדיא דלפי שיטה זו כשמכר השטר וליכא שובר לפנינו אין המוכר נאמן לומר שנפרע קודם המכירה דהוי מיגו במקום חזקה ובע"כ הרמב"ם והפוסקים מיירי שהמוכר אמר שנפרע אחר המכירה וכשיטת הרא"ש וסייעתו ובזה ניחא דברי תשובת הרשב"א שבב"י שהביא הש"ך בס"ק ק"י שפסק הלוקח שט"ח מחבירו דאפילו הודה המוכר שהוא פרוע א"נ בהודאתו כיון שהוא חב לאחרים וע"ש ותמה הש"ך שם שהוא נגד כל הפוס' שבכאן שהמוכר נאמן לומר פרוע במיגו דמחילה ע"ש שנדחק בזה מאוד ולפמ"ש ניחא דהרשב"א לטעמיה אזיל ומיירי שאומר שנפרע קודם המכירה ולכך א"נ דהוי מיגו במקום חזקה והפוסקים אלו מיירי באומר שנפרע אחר המכירה ותמיהני מהש"ך שלא ירד לזה והדברים בנדרים:

יב שגם לענין קנייתו א"נ ונראה דבשטרות הנקנין במסירה בלא כתיבה כגון שטרי ממרמות שלנו לכ"ע נאמן לענין קנייתו אף להוציא מיד הלוה דהא בש"ס אמרינן איתמר אותיות נקנות במסירה אביי אמר צריך להביא ראיה ורבא אמר א"צ להביא ראיה ופירשו התוס' והרא"ש דפלוגתא זו לתנא דברייתא דס"ל דאותיות נקנות במסירה אבל לדידן לכ"ע צריך להביא ראיה וא"כ בשטרות הנקנין במסירה לבד כגון ממרמות קי"ל כרבא דהלכתא כוותיה לגבי אביי וא"צ להביא ראיה דל"ח לנפילה ופקדון ואף אביי גופיה מודה דל"ח לפקדון בשטרות כאלו דכיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה כדאיתא בפ' האשה שלום ע"ש אלא דלאביי חיישינן לנפילה ואנן קיי"ל כרבא דל"ח לנפילה ופקדון כמבואר בסי' נ' וכ"כ הש"ך בסי' ס"ד סק"ג בפשיטות דבממרם א"צ ראיה שקנאו ממנו ע"ש וכן בממרם אין המוכר נאמן לומר פרוע דהא לית ליה מיגו דמחילה דהא א"י למחול כמ"ש הש"ך בסק"י ע"ש וז"ב. אך ראיתי למוהרש"ל ביש"ש בפרק מרובה סי' י"ז

שכתב בפשיטות דבשטר שכתוב בו שכל מי שיוציאו יגבה בו דגובה בו בלא הרשאה אם אין לו עדים שנתן לו המלוה השטר יכול זה להשביעו שלא בא לידו בתורת גזילה או שנאבד מן המלוה ומצאו והדברים תמוהים מאוד דכיון דא"צ ראיה מנ"ל דצריך שבועה על טענת ספק ולא מצינו שבועה זאת דמנינן לה בנשבעין ונוטלין וגם בסי' נ' משמע דלנפילה ל"ח ונוטל בלא שבועה ואפשר כיון דבא בתורת שליחות גרע טפי אך אכתי קשה דלהימן במיגו דלקוח וכן משמע מסתימת הפוסקים והט"ו בסי' ס"א ס"ד ע"ש ולענין מה שהקשה מוהרש"ק בהגהות הט"ז לשיטה זו מאי קאמר אביי מנא אמינא לה מהא דתניא אחד מן האחים שהיה שט"ח יוצא מת"י עליו להביא ראיה דילמא הברייתא אתיא כמ"ד אין אותיות נקנות במסירה לק"מ דלשון עליו להביא ראיה משמע דראיה בעדים שמסרו לידו בתורת מכירה לבד סגי וא"כ ע"כ אתיא כמ"ד דאותיות נקנות במסירה דאל"כ לא מהני עדים וצריך שטר כתיבה בדוקא וזה פשוט:

יג א"נ נגד הנתבע ואין הלוקח וכו'. הקשה הש"ך לשיטת הסוברים דאף היכא דלא ה"ל למידע אמרינן משויל"מ א"כ אמאי לא ה"ל הלוה מחויב שבועה להכחיש השליש שהוא עד וא"י לישבע שהרי אינו יודע ומשלם ותי' דמיירי שהשליש הוא קרוב או אשה ויש מי שהקשה על דבריו דאף שהשליש הוא כשר לעדות מ"מ הא הכא מיירי שטוען שקנה השטר וא"כ ה"ל שעבוד קרקעות ואין נשבעין ש"ד על כפירת שעבוד קרקעות ול"א ביה משויל"מ ולק"מ דהא הכא מיירי שהמלוה טוען שלא מכרו כלל אלא שהשליש נאמן נגדו לענין המכר ולא נגד הלוה שהלוה יכול לומר מי יאמר שבעל דבר שלי כתב ומסר לך וטענתו טענה כיון שהוא מוחזק וא"כ אף אם הלוה יודה להלוקח שקנאו בכומ"ס אכתי לא יהיה הלוקח יכול לטרוף מן הלקוחות דהא לא יועיל הודאת הלוה נגד הלקוחות והם יכולין לומר מי יימר שהמלוה האמתי כתב ומסר לך ואתה מה לך עלינו וא"כ אף שהלוקח טוען שקנה השטר בכומ"ס מ"מ אף לפי טענתו אינו יכול לטרוף מן הלקוחות כיון שהמוכר מכחישו וא"כ הוי כטוען מנה לי בידך ושטר היה לי ואבד והלוה מודה במקצת דחייב הלוה ש"ד כמבואר בסי' פ"ח סכ"ח דכיון דאין השטר בפנינו וא"י לטרוף מן הלקוחות הוי כתביעת מטלטלין וה"נ כיון דאף לפי טענת הלוקח א"י לטרוף מן הלקוחות הוי כמו שאבד השטר והוי תביעת מטלטלין וחייב ש"ד וז"ב אך מ"מ קושית הש"ך בלא"ה לק"מ לפי מה שהעלה הש"ך בעצמו בסי' ע"ב ס"ק נ"א דהיכא שהתובע מודה שהנתבע אינו יודע לכ"ע לא אמרינן משויל"מ ע"ש וה"נ הרי הלוקח מודה שהלוה א"י אם היה לו שטר כתיבה ואבד ממנו ובכה"ג לכ"ע לא אמרי' ביה משויל"מ אך אם הלוקח טוען שהלוה ראה השטר כתיבה אצל השליש ואבד בזה דברי הש"ך נכונים

דחייב הלוה ש"ד להכחיש את השליש אם לא שהשליש הוא קרוב ואשה אמנם לענין דינא יש להסתפק אף היכא שהלוקח והלוה טוענים ברי אם הלוה חייב ש"ד משום דיש לתרץ קושית הש"ך בדרך אחר ע"פ מה שמבואר בסעיף ט"ז דהמוכר שט"ח לחבירו. כדינו ובאים המוכר והלוקח לתבוע מן הלוה ב"ד אומרים לו ליתנו ללוקח ואם קדם הלוה ופרע למוכר אף לאחר התראת ב"ד נפטר ואין ללוקח עליו אלא תרעומת ושיטה זו היא עיקר כמו שהכריע הש"ך שם בס"ק ס"ב וכן הוא דעת רוב הפוסקים וא"כ הכא כיון שהלוה מכחיש את הלוקח שלא קנה השטר בכומ"ס ורוצה לפרוע למוכר א"כ לא הוי כפירת ממון כלל דהא אף אם האמת כדברי הלוקח שקנהו מ"מ אם יפרע למוכר יפטר ואין להלוקח עליו אלא תרעומת א"כ אין בטענת הלוה כפירת ממון כלל ואינו חייב שבועה כלל כמבואר בסי' פ"ז סכ"ה ע"ש אך מ"מ אכתי י"ל כיון דלכתחלה אומרים לו הב"ד ליתנו ללוקח וכופין אותו על כך כמ"ש הש"ך בס"ק נ"ז בשם מוהר"א בן ששון י"ל דמגיע שבועה ע"ז וזה דמיא למ"ש המחבר בסי' ט"ז ס"ד דאם אחד תובע לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו אף שהשטר הוא ביד אחר והוא כופר חייב היסת אף שהכובש עדותו פטור מלשלם מ"מ כיון שלכתחלה מחויב להראות זכותו של חבירו מגיע שבועה על זה וה"נ כיון שלכתחילה חייב לשלם להלוקח מגיע שבועה ע"ז אך לפי מה שהארכתי בסי' ט"ז שם להוכיח איפכא דכיון שאין השטר שלו אינו מגיע שבועה עבור טענה זו ע"ש א"כ ה"נ י"ל דכיון שהלוה יכול לעשות במעותיו מה שירצה וכשיפרע למוכר יפטר אף שלכתחילה יש לו לפרוע להלוקח מ"מ אינו חייב שבועה ע"ז וצ"ע לדינא ודוק אך כ"ז בכה"ג שהשטר ביד שליש והשליש נאמן נגד המוכר ואינו תלוי אלא ברצון הלוה אבל היכא שהשט"ח ביד הלוקח והלוקח תובע ללוה אתה ידעת ששטר כתיבה היה לי ואבד והלוה מכחישו א"ל הלוה שבועה כלל דהא אף אם יפרע להלוקח יצטרך לחזור ולפרוע להמלוה כיון שהמלוה מכחישו ובכה"ג הרשות ביד הלוה לפרוע לכתחילה להמוכר בכדי שלא יגיע לו היזק שיצטרך לחזור ולפרוע להמוכר וכמ"ש בס"ק י"ז א"כ פטור משבועה דהא אף אם יודה הרשות בידו לפרוע למוכר:

יד ואין בו נאמנו'. וכ"ה בטור ומשמע דאם יש בו נאמנות א"ל המוכר לישבע ותימה דבש"ע אה"ע סי' צ"ח ס"א כתב להדיא גבי כתובה דאם פטרה הבעל משבועה ומכרה כתובתה לאחרים והלקוחות תובעים כתובתה נשבעים שלא פקדתני ואם היא עדיין קיימת לא יגבו הלקוחו' אא"כ תשבע היא שלא נפרעה וכ"כ הטור שם והוא מדברי הרא"ש בפ' הכותב שפי' כן לדברי רש"י כמו"ש הב"ש שם בטעמא דמילתא וכן הוא בחידושי הרא"ה שם בשיטת רש"י שלא פטרה אלא כשהיא באה ליפרע ממנו וא"כ

סברא זו שייך נמי לגבי שט"ח ואין לחלק דשאני אשה דחיישינן בה טפי לצררי כמ"ש הש"ך בסי' ע"א ס"ק ל"ח בשיטת הטור לענין פטור שבועה נגד יורשי' דמהני בבעל חוב ולא גבי כתובה מה"ט דשא"ה דהא אבא שאול גופיה משמע דהוי סבר דפטור מועיל אף לגבי יורשי' אלא דקאמר מה אעשה שחכמי' אומרי' הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה לכך אמרינן דלא החמירו חז"ל אלא לגבי כתובה ולא בשאר חוב אבל הכא דרש"י כתב כן מסברא וכן הרא"ש כתב שם דכן מסתבר מה"ת נחלק בין כתובה לשאר חוב וכן מבואר להדיא בנ"י פ' הכותב שכתב ג"כ כהרא"ש וסיים דה"ה בשט"ח צריך המוכר לישבע ג"כ אם הוא חי ע"ש ובאמת י"ל דהברצלוני שממנו העתיק הטור לשון זה חולק ג"כ אהרא"ש לענין כתובה וס"ל דמהני הנאמנות אף אם מכרה הכתובה וכן הרא"ה בפ' הכותב שם חולק על רש"י וכתב שם ולא נהיר' דכיון דפטרה איהי לעולם אינה נשבעת אבל לפי שיטת רש"י והרא"ש והט"ו באה"ע לענין כתובה י"ל דה"ה בשאר שט"ח נמי דינא הכי וכמ"ש הנ"י ודברי הט"ו צל"ע:

טו ואם א"ר לישבע לא יפרע הלוה. דעת הב"י דדוקא כשהמוכר מודה שהוא פרוע לא יפרע אבל אם אומר עיינתי בחשבוני ולא פש לי גביה מידי אי לא ידיעא מילתא בסהדי לאו' כל כמיניה דהמוכר דה"ל כההיא עובדא דהנהו גינאי דספ"ק דגיטין עכ"ל והש"ך האריך להשיג עליו דכי היכא שנאמן לומר פרוע במיגו שיכול למחול ה"ה שנאמן לומר עיינתי בחשבוני וטעיתי במיגו זו שיכול למחול ול"ד להנהו גינאי דא"נ הלוה לומר טעיתי במיגו דפרעתי דהתם הודה הלוה שהוא חייב וחזקה דאין אדם מודה אלא כשמדקדק היטב משא"כ הכא שהמוכר לא הודה בכלום והנה באמת דבריו אין נראין כלל דמ"מ מהודאת הלוה במה שנתן שטר להמלוה מוכח שדקדק הלוה היטב ולא מהני מיגו של המוכר לאורועי הודאת הלוה דהוי כמיגו במקום עדים אך לכאורה מדברי הר"ן גבי הנהו גינאי מוכח כסברת הש"ך דמתחלה כתב על דברי הרי"ף דא"כ לומר טעיתי במיגו דפרעתי ואח"כ כתב על מ"ש הרי"ף א"ב דלודי ליה חבריה דדוקא דאודי ליה מרא דארעא אבל היכא דאודי ליה גינאי חבריה לדברי מי שאומר דבמעמ"ש יכול למחול כי מודי ליה נמי דלא מחייב ליה מהימן כדמוכח מס"פ שנים אוחזין ש"מ איתא לדשמואל דכל היכא דיכול למחול מהימן נמי למימר דפריע הוא אבל וכו' הרי להדיא דהר"ן ס"ל דהממחה נאמן במיגו לומר שטעה הלוה כיון שהממחה לא הודה בכלום אך י"ל דהר"ן סובר כשיטת הפוס' דס"ל דפרעון גופה מחילה הוא וא"כ ה"ה כשטוען לא פש לי גביה נמי ועוד י"ל דהר"ן לטעמיה אזיל שכתב בקדושין בפ' האומר גבי האומר יש לי בני' והוחזק שאין לו בנים דקיי"ל כרבי דנאמן במיגו דאי בעי פטר לה בגיטא אע"ג דמיגו

במקום חזקה הוא איבעיא דלא איפשטא היינו דוקא במיגו שהיה טוען טענה אחרת דלא עדיף האי מיגו כולי האי אבל מיגו שיכול לגמור כוונתו לפנינו ולגרשה מה לו לשקר דבידו כעדים דמיא וא"כ ה"נ י"ל דהאי מיגו שיש לו להמוכר שבידו לגמור כוונתו לפנינו ולמחול להלוה אלים כעדי' ומהני להאמינו שטעה הלוה אף שחזקה הוא שלא טעה אבל לשיטת הרא"ש והט"ו בסי' קנ"ז דלא ס"ל הכי ה"נ אין חילוק ולא מהימן המוכר במיגו לומר שהלוה טעה ועוד נרא' דהכא כ"ע מודי שאין המוכר נאמן לומר טעיתי בחשבוני לפמ"ש הש"ך בסי' מ"ז סק"ז בשם הר"ן דלכך א"נ באומר שטר אמנה הוא לחוב לאחרים במיגו דמחילה משום דאי מחיל יעשה מעשה רע נגד המלוה שלו להפקיע חובו אבל השתא חושב המלוה שלו שאומר אמת ומה שהקשה הר"ן ממצא שובר לק"מ דהתם השתא נמי שאומרת שמכרה לו כתובתה שכבר נפרעה עשתה מעשה רע נגד הלוקח ע"ש וא"כ ה"נ בשלמא כשאומר המוכר אמנה או פרוע הוי מיגו מעליא דאי בעי מחיל דליכא למימר דמיכסף מהלוקח דהא השתא נמי שאומר שהשטר נפרע מקודם עשה שלא כדין אבל כשאומר טעיתי בחשבון ליכא מיגו דהשתא לא מיכסף דהלוקח סובר דהאמת כן הוא שטעה אבל כשימחול הוא ביש בדבר לעשות שלא כדין ועוד נ"ל דאף הפוס' דמקשים בשטר אמנה שהוא חב לאחרים דלהימן במיגו דמחילה ולא ס"ל כסברת הר"ן מ"מ מודים כאן דמיגו דמחילה לא הוי מיגו משום דאם ימחול הוי כמו מזיק ממון חבירו והוי רשע ואף שישלם אח"כ מ"מ חבול ישיב רשע גזילה ישלם כמבואר בסי' שנ"ט וא"כ א"נ לומר טעיתי במיגו דמחילה דמיגו דאי בעי משים א"ע רשע לא אמרינן כדאיתא בפ"ב דקדושין ומבואר בש"ך בסי' פ"ב בכללי המיגו משא"כ כשאומר שנפרע קודם המכירה מהימן במיגו דמחילה דהא השתא נמי שאמר שמכר שטר שנפרע מכבר והפקיע בערמה ממונו של חבירו ג"כ רשע מיקרי כמבואר ביו"ד סי' קס"ט סי"ג בהגה אבל גבי האומר שטר אמנה היכא שהוא חב לאחרים ואין לו במה לשלם מקשים שפיר דלהימן במיגו דמחילה דל"ל שאינו רוצה לעשו' א"ע רשע להזיק להנושי' בו דהא השתא נמי הוא רשע נגדם במה שאין משלם להם ולוה רשע ולא ישלם הוא וא"כ הוי מיגו מעליא על כן מכל הני טעמי דמסתברי העיקר כהב"י דא"נ המוכר לומר טעיתי במיגו דמחילה לכ"ע אך מ"מ לשיטת הסוברים דפרעון גופה מחילה הוא ה"ה באומר טעיתי בחשבוני נמי כמ"ש הש"ך:

טז ואם א"ר חוזר הלוקח עליו. דעת הסמ"ע דדוקא מנכסי' שירש מאביו מחויב לשלם אבל כשלא ירש מאביו אינו מחויב לשלם מנכסי' שלו והש"ך חולק עליו דכיון דחייב לשלם מדיני דגרמי אף מנכסי עצמו חייב לשלם דהרי הוא הזיקו כשא"ר לישבע

ולפענ"ד העיקר כהסמ"ע ודברי הש"ך תמוהים דכיון שלא ירש כלל מאביו נהי שלא רצה לישבע מ"מ לא גרע מעדים שכבשו עדותן דפטורי' מלשלם בדיני אדם כדאיתא בר"פ הכונס ולעיל ר"ס כ"ח והטעם כתב הנ"י בשם הרא"ה והרמב"ן בדיני דגרמי שלו שאין אדם מחויב להעיד לחבירו רק משום מדת גמילות חסדים ולאו בר תשלומין הוא וכ"ש הכא דכשאינו רוצה היורש לישבע דפטור מלשלם דבשלמא כשירש מאביו חייב לישבע משום דמסתמא כשאביו מכר השטר קיבל על עצמו שיקיים המכירה בכל אופן אף לישבע ובנו כשירש מאביו במקומו עומד וחל עליו חיוב זה משא"כ כשלא ירש מאביו וא"ר לישבע למה יתחייב לשלם ואף אם היורש אמר שכבר נפרע אביו מ"מ פטור מלשלם דהא לא הפסיד באמירתו כיון שאין הלוקח יכול לגבות השטר בלתי עדותו ועדים שכבשו עדותן פטורין מלשלם א"כ אף שאומר שהוא פרוע לאו מידי עבד ופטור מלשלם וז"ב וגדולה מזו היה נראה דאם לא ירש כלל מאביו ואומר שלא פקדו אביו כלל א"צ לישבע כלל אם הוא בר עדות דכיון שאף אם יאמר שנפרע אביו אינו מחויב לשלם א"כ הרי הוא עד מעליא שהוא מעיד שאביו לא פקיד כלל ועד המסייע פוטר משבועה וגובה הלוקח בלא שבועה שהרי היורש הוי עד המסייע ואינו נוגע בעדות כלל ואף שהוא מעיד על אביו הוי עד מעליא כמ"ש הש"ך בסי' מ"ו ס"ק מ"ז דעדי קיום יכולין להיות שניהם קרובים לעידי השטר כיון שאין הדבר נוגע לעידי השטר וה"נ הרי עדותו אינו נוגע לאביו רק להלוקח א"כ הוי עד מעליא כיון שאף אם יאמר שנפרע או שיכבוש עדותו ולא יאמר כלל יפטר מלשלם אך מ"מ יש לפקפק בזה דדילמא א"ר לומר שאביו נפרע דא"כ יהיה אביו כלוה רשע ולא ישלם ובוש בדבר כדאמרי' בפ"ק דמציעא סוף סוף קרי' לבניו בני גזלנא ע"ש וגם שיכבוש דבריו ועדותו בב"ד ג"כ א"ר כיון שהכובש עדותו חייב בדיני שמים רשע מקרי ובוש בדבר וא"כ הוי נוגע בעדותו ולא הוי עד כלל וצ"ע לדינא:

יז ב"ד אומרים לו ליתנו ללוקח. וכתב הש"ך בשם מהר"א בן ששון שכופין אותו בכך ונראה דדוקא כשהוציא הלוקח שטר כתיבה בב"ד אבל אם לא הוציא שטר כתיבה וטען שטר כתיבה היה לי ואבד והלוה מודה לו שהיה לו שטר כתיבה רק שהמוכר מכחישו כיון דקיי"ל לעיל בסי"א דאין הלוקח נאמן בכך ואם יפרע הלוה ללוקח צריך לחזור ולפרוע למוכר כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ט שם א"כ בכה"ג מסתבר דאין הלוה מחויב לפרוע ללוקח שיחזור ויגיע לו היזק מזה דהא יצטרך לחזור ולפרוע להמוכר וראיה לזה מההיא דלקמן סכ"ב בראובן שיש לו שטר על שמעון ונתנו ללוי בכומ"ס והיה שמעון אחד מעידי המתנה ואחר עמו ורוצה ראובן לחזור בו וטוען שהשטר פסול ששמעון נוגע בעדות הוא

שהשני נוח לו הדין עמו והרי הוא חשוב נוגע בדבר ופי' הסמ"ע והש"ך שם דמיירי שראובן כופר שלא נתן לו כלל כומ"ס אבל אם מודה ראובן קנה לוי אף על פי ששמעון נוגע ע"ש והרי התם שמעון הלוה גופיה חתום בעד והרי הוא מודה שיש לו להלוקח כומ"ס וא"כ אמאי לא יצטרך לשלם להמוכר וללוקח שהרי הוא מודה שהיה לו כומ"ס א"ו שאינו מחויב לשלם ללוקח באופן שיגיע לו היזק שיצטרך לשלם גם להמוכר ואפי' לשיטת הי"א דאם פרע הלוה למוכר לא נפטר בזה מהלוקח היינו דוקא היכא דפשע דלמה לו לשלם להמוכר כיון שמחויב הוא לשלם ללוקח ואע"ג דודאי המלוה מחל לו החוב כשקיבל דמי הפרעון מ"מ הוי כמו גורם היזק ללוקח כמ"ש הפרישה בטעמא דהי"א ע"ש משא"כ הכא כיון שהלוה מחויב בדין לפרוע להמלוה ונפטר בזה דאין לך מחילה גדולה מזו פשיט' דאינו מחויב לפרוע ללוקח בכדי שיגיע לו היזק מזה שיצטרך לחזור ולפרוע למוכר וכן מוכח מההוא דינא דסכ"ב דאל"כ ה"ל להבעה"ת והט"ו לכתוב דלהי"א צריך שמעון לפרוע לשניהם:

יח וי"א שאם פרע הלוה למלוה לא נפטר בזה מהלוקח. הטור והמחבר לא הכריעו בזה ובאה"ע סי' ק"ה ס"ב כתבו דהמוכרת כתובתה ונתגרשה דאם אמרה שנפרע' אחר המכר נאמנת במיגו שאם היתה רוצה יכולה למחול אבל אם אמרה שנפרעה קודם המכר א"נ והוא מדברי הרא"ש בפ' הכותב א"כ מוכח להדיא דאם פרע הלוה למלוה נפטר בזה מהלוקח דאל"כ למאי נ"מ מהני נאמנו' שלה שנפרעה אחר המכר כיון שהבעל צריך לחזור ולפרוע להלוקח א"ו דהבעל נפטר בזה מהלוקח וק"ק דהט"ו לא הכריעו כאן ובאה"ע סתמו כדיעה הא' וכן הסכים הש"ך:

יט קנה שמעון אע"פ שלא נתן לו השטר ונשתעבדו לו הלקוחות. הש"ך בסעיף כ"ט ס"ק צ"ז האריך להשיג על דין זה והעלה דלא נשתעבדו הלקוחו' לשמעון דבמעע"ש אינו נקנה אלא גוף החוב ולא השטר דבשטר צריך דוקא כומ"ס וגוף החוב אף שנקנה לשמעון מ"מ אינו אלא מלוה ע"פ דהא שטרא למלוה הא' נכתב ועוד דטעמא דמעמ"ש הוא משום דכבר נסתלק ממלוה א' דה"ל כאלו פרע הלוה למלוה והמלוה חזר ונתן המעות לזוכה והזוכה הלוהו ללוה א"כ כבר איבטל שטרא קמא ואינו אלא מלוה ע"פ נגד הזוכה אלו הן תורף דבריו וכתב די"ל שכן הוא דעת התוס' והרא"ש וש"פ דאף שכתבו דאם מכר או נתן שטר במעמ"ש א"י למחול היינו שגוף החוב אינו יכול למחול ואינו אלא מלוה ע"פ ואני מצאתי תנא רבא דמסייע ליה ה"ה הרדב"ז בתשו' ח"א סי' קצ"ה דפסק הכי להדיא והביא ראיה נכונה מדברי הר"ן בספ"ק דגיטין עלה דמתניתין דתנו מנה לפ' ומת יתנו לאחר מיתה וז"ל מכאן יש ללמוד דלא תקנו מעמ"ש בשטר וטעמא דמילתא דבשלמא בדבר

שגופו ממון איכא למימר מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה אבל בדבר שאין גופו ממון בשטר דלא מצי זכי ביה לא תקינו ליה רבנן דליזכי לחבריה עכ"ל וא"כ הכא הרי לא מצי זכי לנפשיה לענין משעבדי ה"נ לא מצי זכי לחבריה אלא דתימה על הרדב"ז שלא הביא דברי בעה"ת בשם הרמב"ן והטור שכתבו להיפך וכמדומה דאשתמיטו ליה דברי הפוס' אלו אך מ"מ לענין דינא נראין דברי הרדב"ז והש"ך נכונים בסברא גם לפעד"נ דמקור דין זה הוא מדברי בעה"ת בשם הרמב"ן והרמב"ן לטעמי' אזיל דס"ל דאף במעמ"ש אם חזר המלוה הא' ומחלו מחול אלמא דס"ל דאף במעמ"ש הזוכה בא מכח המלוה הא' והזוכה זכה בזכות שיש לו למלוה הא' ולכך ס"ל דהזוכה זוכה ג"כ בשעבוד הקרקעו' שיש לו למלוה הא' כמ"ש הרמב"ן בבעה"ת שם דכל מה שיש לו למלוה הא' הקנה לו במעמ"ש משא"כ לדידן דס"ל דבמע"ש אין המלוה הא' יכול למוחלו אלמא דתקנת מעמ"ש הוא דעשאוהו חז"ל כאלו נסתלק המלוה הא' והלוה זקף במלוה להזוכה כיון שקיבל עליו פא"פ לפרוע להזוכה כמ"ש הבעה"ת שער כ"ח והסמ"ע ס"ק ע"א א"כ כיון דהטעם הוא דה"ל כאלו הלוה זקף במלוה להזוכה א"כ פשיטא דנגד הזוכה אינו אלא מע"פ מאי תאמר דהמלוה הא' הקנה ג"כ זכותו להזוכה ובא בכחו לטרוף מהלקוחות זה ליתא דמה"ת נאמר דחז"ל תקנו מעמ"ש בתרי אנפי לומר שיהיה הלוה כאלו לוה מן הזוכה וגם שיקנה הזוכה זכות המלוה דהוי תרתי מילי דסתרי אהדדי ודוק אמנם מה שהעלה הש"ך שם וכאן בס"ק ס"ח דאף לענין פרעתי הוי מלוה ע"פ ונאמן לוי לומר לשמעון פרעתיך אלא שאם אח"כ רוצה ראובן ליתן כומ"ס לשמעון יכול לגבות מלוי וא"נ לומר פרעתי לא נהירא לי כלל דכיון דטעמא דא"נ לומר פרעתיך במלוה בשטר הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ ממ"נ אי נאמר דלוי יכול לומר פרעתיך לשמעון א"כ ע"כ צ"ל כיון דהוי מלוה ע"פ לגביה לא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ מה מועיל הכומ"ס שנותן ראובן אח"כ לשמעון הא לוי אומר שפרעו מקודם שהיה לו השטר' כתיבה ואי נאמר דאף כאן שייך שטרך בידי מאי בעי דה"ל ללוי לחוש שראובן יתן אח"כ שטר כתיבה לשמעון וכעין מה שמבואר בסי' ס"א ס"ז גבי א' שכתב לחבירו שנתחייב לו עד אלף זהו' שיודה לו אח"כ בכת"י ואח"כ הודה לו בכת"י בזמן מאוחר שטורף מלקוחות מזמן שטר הראשון שלא היה ללקוחות לקנות מחשש זה שיודה לו אח"כ בכת"י ע"ש וה"נ דא"כ אף בלא כומ"ס לא יהיה לוי נאמן לומר פרעתי מה"ט דהוי ליה לחוש שמא יתן לו כומ"ס אח"כ ובאמת לפעד"נ דאף בלא כומ"ס אין לוי נאמן לומר פרעתי לשמעון מה"ט דה"ל לחוש שיתן לו כומ"ס אח"כ כמבואר בסי' ס"א ואף שיש לחלק דל"ד להתם דהתם התחייב א"ע בשטר מעכשיו כל מה שיודה אח"כ לכך ה"ל

ללקוחו' ליזהר משא"כ הכא אף שיתן לו כתיבה אח"כ מ"מ יהיה נאמן לומר שפרע קודם שנתן לו הכתיבה ואי משום דילמא כבר נתן לו השטר כתיבה הלא השטר כתיבה קלא אית לי' כמ"ש הש"ך בס"ק ס"ב מ"מ מן הסברא נראה יותר שא"נ לומר פרעתי לשמעון דאם איתא דפרעו היה לו ליטול את השטר מיד ראובן ולא להניחו בידו כיון שכופין אותו להחזירו ואכתי ה"ל לחוש שיתן לו שטר כתיב' אח"כ ושמעון יכפור שמעולם לא נתן לו השטר במעמ"ש לבד ואף שיש עדי' ע"ז מ"מ דילמא ימותו או ילכו למד"ה ועמ"ש עוד מענין זה בס"ק ז"ך:

כ אין לוי חשוב נוגע. בתשובת מוהרי"ט ח"א סימן ע"ט פירש דמירי דוקא שראו בידו שטר זה קודם המכירה והיה חתום בו לוי הקונה אבל אם לא ראו בידו השט"ח קודם חיישינן ודאי דילמא עתה חתם א"ע לוי הקונה לעד והוי נוגע גמור ע"ש ועמ"ש בסי' ל"ז סק"ד בזה וכצ"ל בדברי בעה"ת שהביא הרב בהגה דא"נ להעיד בע"פ זה שקנה השטר ולענין מה שהשיג הש"ך על דברי הבעה"ת והטור והמחבר אין דבריו מוכרחים כלל ודברי הט"ז נכונים בזה ע"ש:

כא ונתנו ללוי בכומ"ס והיה שמעון א' מעידי המתנה. הסמ"ע והש"ך פי' דר"ל שלוי אומר כן שנתנו לו בכומ"ס וראובן כופר אבל אם מודה ראובן קנה לוי אע"פ ששמעון נוגע וסיים הש"ך שכן בדין דמה בכך ששמעון נוגע אם ראובן מודה לו שנתנו לו בכומ"ס וששמעון עד בדבר וה"ה בכל דבר שצריך עדים בענין אם הבעל הדבר מודה שאלו הם עדים אע"פ שאחד מהן נוגע או אפילו שניהם נוגעים הענין כשר ונראה ראיה ברורה לדבריהם מדברי בעה"ת שער נ"א ח"ד שמשם מקור דין זה דלאחר שהעלה דשמעון מיחשב נוגע בדבר סיים וז"ל ואין ממש בעדותן שאין כאן אלא ע"א כשר וכבר נפסל כשנצטרף עמו בעדותן עכ"ל ואי אמרת דכוונת הבעה"ת והט"ו דכיון דשמעון נוגע בדבר אין כאן מעשה שטר כלל ואף שראובן מודה לא מהני א"כ למה ליה להבעה"ת לומר שאין כאן אלא ע"א כשר וכבר נפסל כשנצטרף עמו בעדותן תיפוק ליה דשטר קניה כגון שטר מתנה או גיטי נשים בע"א אף שהענין אמת פשיטא דאין כאן מעשה שטר כלל והמתנה בטילה דשטר בע"א לאו שטר הוא ופסול מדאורייתא כדאמרינן בפ' ג"פ דף קס"ה דשטר בע"א פסול דאורייתא ע"ש א"ו דפסול מחמת נגיעה שאני דאם ראובן היה מודה שהשטר מתנה של השטר אמת היה נקנה בו השטר וא"כ ה"א כיון דהעד השני הוא כשר מחויב ראובן לישבע להכחיש את העד שלא ציוה ליתן השטר כתיבה קמ"ל דכיון שנצטרף עם הפסול נפסל הוא ג"כ וז"ב אך יש לתמוה על הבעה"ת דהא בפסול נגיעה הלא אמרי' נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה כדאמרי' בפ"ק

דמכות דבמקיימי דבר דיבר הכתוב ולא בעושי הדבר וכמ"ש הרב רמ"א בסי' ל"ו ס"א בהגה דשטר שחתום עליו בעל דבר או נוגע בעדות כשר באחרים והוא מדברי הריב"ש כמ"ש הש"ך שם ובאמת ראיתי שכבר עמד בזה הרב בעל מ"ל פ"ה מהל' עדות והניח בקושיא וא"כ לפי דברי הריב"ש והרב בסי' ל"ו ופשטא דש"ס פ"ק דמכות היה צריך ראובן לישבע להכחיש העד השני ומסתימת דברי הט"ו והרב לא משמע כן אך מ"מ לק"מ דהאמת דאף בלא טעמא דהבעה"ת א"ל ראובן לישבע להכחיש העד השני דהא לוי תובע את ראובן שנתן לו השטר בכומ"ס וראובן מכחישו א"כ ה"ל כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין עליה ש"ד להכחיש את העד ואע"ג דזה שתובע לוי לראובן הוי ליה בע"פ שמכר לו שטרו דהא משטר כתיבה אין ראיה דהא שמעון הוי נוגע בדבר מ"מ אם ראובן יודה ללוי שמכר לו שטרו יהא יכול לוי לטרוף מהלקוחות של שמעון ע"פ הודאת לוי כמבואר בסי' פ"ו ס"ח דראובן שהלוה לשמעון ע"פ ושמעון הלוה ללוי בשטר דאם שמעון מודה שחייב לראובן בע"פ דיכול ראובן לטרוף מלקוחות של לוי בכח השטר שיש לשמעון על לוי דמה לי ששמעון יטרוף מלקוחות של לוי ומה לי ראובן שיטרוף בכח שמעון ע"ש וא"כ ה"נ אם ראובן יודה שמכרו ללוי בכומ"ס יהא יכול ראובן לטרוף בהשטר מהלקוחות של שמעון דמה לי שראובן יטרוף או לוי שבא מכחו שהודה לו שמכר לו את השטר כדינו וא"כ ה"ל תביעת שעבוד קרקעות ואין נשבעין ש"ד על כפירתו והא דהוצרך הבעה"ת ליתן טעם שהעד כשר נפסל בצירופו היינו אף בשטר שאין בו אחריות נכסים אבל הט"ו י"ל דמיירי בסתם שטר דאחריות ט"ס הוא אבל שאין בו אחריות מפורש באמת חייב ראובן ש"ד להכחיש העד השני וא"ש אמנם יש לתמוה על המחבר האיך סתם כאן כהבעה"ת והטור דבשלמא אינהו לטעמייהו אזלי דהכריעו דלא כשיטת הרמב"ם דאינו נאמן הלוקח לומר שטר כתיבה היה לי ואבד אבל המחבר שהביא בסי"א דיעה הא' שיטת הרמב"ם דמי שהוציא שטר וטוען שחבירו מכרו לו בכומ"ס ואבד ממנו שטר המכר דא"צ עדים לענין קנייתו דכיון שהוא מוחזק בו נאמן לענין קנייתו אבל צריך עדי' לענין תביעתו שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר לי שבע"ד שלי כתב ומסר לך ובב"י הכריע כשיטה זו וא"כ לשיטה זו קשה דלמה אם שמעון הוא א' מעידי המתנה יכול ראובן לכפור בשטר הכתיבה כיון ששמעון נוגע בדבר מ"נ דהא נגד הנתבע שהוא שמעון ודאי לוי נאמן שהשטר כתיבה אמת דהא שמעון הלוה הוא גופיה חתום על השטר כתיבה בעד והרי הודה שהשטר כתיבה אמת והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ושוב אינו יכול לחזור בו כדפריך הש"ס בפחז"ה בסוגיא דמכר פרה וטלית וכיון דאסהיד עליה דלוי הוא האיך מצי מפיק ליה ע"ש וכן הוא בסי' ל"ז ס"ז

בהגה וא"כ ה"נ כיון דשמעון הלוה גופיה העיד דראובן מכרו ללוי בכומ"ס שוב א"י לדחותו ואי דלוי הקונה א"נ נגד ראובן המוכר שיכול לכפור בו ולומר שהשטר כתיבה הוא שקר כיון ששמעון נוגע בדבר מ"מ הא לשיטת הרמב"ם נאמן לענין קנייתו לומר שטר כתיבה היה לי ואבד וא"כ ה"נ כיון דאם ראובן היה מודה שהשטר כתיבה אמת אף דשמעון נוגע בעדות היה נקנה בשטר כתיבה זו גוף השטר וא"כ כיון דלוי אומר שהשטר כתיבה אמת ומכחיש את ראובן המוכר אמאי א"נ דמה לי כשאין שטר כתיבה כלל לפנינו דנאמן לומר היה לי שטר כתיבה ואבד ומה לי דשטר כתיבה לפנינו אלא שהעדים נוגעים כיון דגוף השטר נקנה בו אלא דכיון שהמוכר מכחישם אין אנו מאמינים להם דדילמא משקרי כיון שהן נוגעים וא"כ הקונה שהוא מוחזק בשטר להימן שהשטר כתיבה אמת כמו בהיה לי ואבד דה"נ הוי כמו אבד השטר דהא בשעת כתיבת השטר כתיבה היה נקנה גוף השטר אלא שעתה המוכר כופר בו ואין אנו מאמינים בשטר כתיבה והוי כנאבד ועוד קשה אף לפי שיטת רוב הפוס' שאף לענין קנייתו א"נ לומר שטר כתיבה היה לי ואבד מ"מ הא הרב רמ"א כתב בתשו' סי' פ"ו דהיכ' דע"א מסייע להקונה כ"ע מודי' דנאמן לומר שטר כתיבה היה לי ואבד ע"ש והביאו בכנה"ג וא"כ לשיטת הריב"ש והרב בסי' ל"ו ס"א דבפסול נגיעה לא אמרינן נמצא אחד מהן קרוב או פסול כל העדות בטילה א"כ הכא אף דשמעון נוגע בעדות מ"מ הא איכא עד השני שמעיד שהשטר כתיבה אמת שלא נפסל בצירופו עם שמעון וא"כ לכ"ע יהא לוי נאמן לומר שהשטר כתיבה אמת כיון דהוי כאומר שטר כתיבה היה לי ואבד וע"א מסייע לו וצ"ע. אך אמנם אף שהעלו הסמ"ע והש"ך דהיכא שראובן מודה שהשטר כתיבה אמת נקנה גוף השטר בכומ"ס כיון שראובן אומר שהעדים כשרים ואומרים אמת וכמו שהוכחתי מדברי הבעה"ת מ"מ נלפענ"ד דדין זה תליא באשלי רברבי והוא מה דאיתא בש"ע אה"ע סי' ל"ה ס"ב דשליח נעשה עד לענין קדושין לפיכך אם עשה שני שלוחים לקדש לו אשה א"צ עדים אחרים בד"א כשאין שם כפירת ממון כגון שקידשה בשטר או בכסף והיא מודה שקיבלתו אלא שאומרת שלא קבלתו לשם קדושין אלא לשם פקדון אבל אם אומרת שלא קבלה הכסף אינה מקודשת דהוי נוגעין בעדותן וזו הוא שיטת הרא"ש וטור ורי"ח אבל הרשב"א והר"ן שם ס"ל דאף שהיא מודה הוי ספק קדושין הואיל דבלא הודאה שלה לא מהני העדים הוי כאלו קידש בלא עדים וכן הסכימו הב"ח והח"מ שם וא"כ ה"נ לענין שטר מתנה והעדים הם נוגעים כיון דעיקר המתנה לא מקניא אלא בשטר דאף שהענין אמת אינו מועיל אלא בעדים כשרים כדאמרי' בפ"ק דגיטין דשטרי מתנה העולים בערכאות פסולים אף דודאי לא משקרי מ"מ לא אלימי למיעבד

שטרא וכמבואר בסי' ס"ח וא"כ אף שהבע"ד מודה שהענין אמת והעדים הם כשרים ואמתים מ"מ כיון שע"פ הודאתו הם עדים הוי כשטר בלא עדים ולא מהני כלל אלא שהט"ו לטעמייהו אזלי דס"ל באה"ע שם דכה"ג מועיל אף לענין קדושין אף דאין קדושין נגמרים אלא ע"פ עדים דוקא ולא מהני הודאה גרידא בלא עדים אבל לשיטת החולקים שם ה"נ כאן וא"כ ה"נ יכול שמעון הלוה לומר קים לי כהני פוסקים דאף שהענין אמת מ"מ השטר כתיבה אינו מועיל בכה"ג ומה דמסיים הש"ך עוד טעם משום דלא אברי סהדי אלא לשקרי כמבואר בר"ס קצ"א כתב לו שדי מכורה לך שדי נתונה לך קנה אע"פ שאין שם עדים אינו מובן כלל דשאני התם שכתב בכת"י אבל היכא שעדים כתבו לו שטר מכירה והעדים הם פסולים אף שהבע"ד מודה שהענין אמת פשיטא שאין השטר מועיל כלל להיות שטר קנין א"ו דעיקר הטעם הוא כמ"ש הש"ך בתחילה דכיון שהבע"ד מודה שהעדים הם כשרים מועיל לקנין דשוב אינם נוגעי' בעדותן וזה תליא בפלוגתא המבואר באה"ע לענין קדושין זהו מה שנ"ל בדינים אלו:

כב כדי שיפטר מבעל דינו שהשני נוח לו. נראה דלפי שיטת הסמ"ע והש"ך דאם ראובן מודה שהשטר כתיבה אמת נקנה בו גוף השטר וא"כ לפי דבריהם ה"ה אם עדים אחרים מעידים שראובן ציוה להעדים החתומים לחתום נמי השטר כשר כיון שהם עדים כשרים והענין אמת א"כ ה"ה הכא אם שמעון החתום בשטר נוטל הממון שחייב בידו לפני הב"ד ואומר כל מי שיזכה בדין יטול הממון ומעיד שהשטר כתיבה אמת ה"ז נאמן דכאן לא שייך השני נוח לו מהא' כיון שמסלק הממון תיכף לפני הב"ד וכדאמרינן בר"פ חז"ה דשוכרי הבית אי נקיטי אגר ביתא בידייהו נאמנים להחזיק המשכיר בהבית דשוב אינם נוגעים כלל בעדותן וע"ש וכמבואר בסי' ל"ז סי"ב וכמ"ש שם בביאור דברי בעה"ת שבכאן וע"ש:

כג ומחלו ללוה מחול. דעת הראנ"ח דהיכא שמכר השט"ח למי שהיה חייב ללוה דשוב אין המוכר יכול למוחלו דכיון שהלוקח כבר חייב ללוה הוי כגבוי ועומד ולא מהני מחילת המוכר לאחר גביית הלוקח והש"ך חולק עליו דכיון דקיי"ל בסי' פ"ה דזה גובה וזה גובה א"כ לא מיחשב כגבוי והנכון אתו דהא אף היכא שיש לשניהם נכסים בשוה מבואר בסי' פ"ה ס"ו דלא מיחשב כגבוי אך מ"מ היכא שהמוכר יודע שהלוקח חייב ללוה יש לדון בזה לפי שיטת הרמב"ם ורוב הקדמונים דטעמא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול הוא משום דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן וטעמא דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן מבואר בתוס' ורא"ש ונ"י משום דא"י למכור השעבוד משום דהנכסים אינן ברשותו והוי כמוכר דשלב"ל והנה במוכר פירות דקל שלב"ל מבואר בסי' ר"ט ס"ד דאם

קדם הלוקח ותפס הפירות אין מוציאין מידו כדאיתא בש"ס פא"נ וא"כ הכא שהלוקח חייב להלוה א"כ תיכף כשקונה השט"ח הרי הוא תופס עבור החוב מה שהוא חייב להלוה כמבואר בסי' פ"ה ס"ה דשנים שלוו זה מזה חשיב כתפס וא"כ בכה"ג הקנין מדאורייתא ושוב א"י למחול אך יש לדחות זה דהתם תפס הפירות עצמן שקנה ולכך מועיל התפיסה אבל בתפס דבר אחר עבור הקנין לא מהני דמנה אין כאן משכון אין כאן כמ"ש הב"י בסי' ר"ט שם בשם בעה"ת ומשמעות לשון הטור שם וא"כ הכא כיון דלא מיחשב כגוביינא א"כ הוי כמו שתפס דבר אחר דלא מהני התפיסה וכ"ש לפי מה שהוכחתי בס"ק ל' כסברת מוהר"מ לובלין בתשובה דלא מהני תפיסה אלא כשהיה יכול לחזור קודם התפיסה ושתק כשתפס אבל היכא דלא יכול לחזור לא מהני התפיסה ע"ש א"כ ניחא הכא בלא"ה דהא בשעת המכירה הוי כתפס ומה היה יכול לעשות:

כד אין הלוקח מחויב להחזיר ללוה שטרו. זו היא שיטת הרשב"א והוכיח כן מפרק האיש מקדש דף מ"ח דאמרי' התם כתנאי התקדשי לי בשט"ח ר"מ אומר אינה מקודשת ור"א אומר מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר אם יש בו ש"פ מקודשת ה"ד אילימא שטר חוב דאחרים קשיא דר"מ אדר"מ ומדלא פריך אדרבנן אמאי שמין את הנייר ש"מ דאי חזר ומחל אין מוציאין את הנייר מיד הלוקח והש"ך דחה ראיה זו די"ל הא דלא פריך אדרבנן די"ל כאידך אוקימתא דפליגי במסר ולא כתב ובפלוגתא דרבי ורבנן והילכך נהי דלא קנתה השט"ח מ"מ קנתה הנייר וכמ"ש הריטב"א ולכך הוצרך להקשות דר"מ אדר"מ והנה הש"ך לטעמי' אזיל דהכריע בסק"ו כהריטב"א דבמסר ולא כתב קנה הנייר במתנה אך לפמ"ש בסק"ב דהרשב"א בתשובה ס"ל דאף במתנה לא קנה הנייר א"כ הוכחת הרשב"א שפיר דאי מיירי במסר ולא כתב אכתי תקשי אדרבנן א"ו דהש"ס אזלי למאי דמשני דפליגי בדשמואל ולכך לא מצי להקשות אדרבנן משום דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר כשמחלו המוכר אך מ"מ תי' זה לא יתכן בדברי תי' הרשב"א לקדושין שהביא שם ראיה זו דאין הלוקח צריך להחזיר הנייר ומדבריו שם מוכח דס"ל דבמסר ולא כתב קנה הנייר לענין קדושין וכמ"ש בסק"ב אך י"ל דהרשב"א ס"ל דהש"ס בעי להקשות לכולהו פרוקי דלעיל וכמ"ש הרשב"א שם ד"ה אילימא ע"ש אלא דדברי הרשב"א שם תמוהים מאוד עיין בדבריו ואין כאן מקומן ע"ש. ולענין דינא הכריע הש"ך דהוי ספיקא דדינא אי מוציאין הנייר מיד הלוקח כשמחלו המוכר ולכך אין כופין ללוקח להחזיר את הנייר דהממע"ה ולענין קדושין אי קידש הלוקח אשה בהנייר הוי ספק קדושין דדילמא א"ל להחזיר הנייר וקדושי ודאי לא הוי דדילמא צריך להחזיר הנייר ולפעד"נ דהוי קדושי ודאי דכיון דהדין הוא בכל ספיקא דדינ' דהממע"ה א"כ זוכה

בדין תורה בהמעות והוי המעות שלו ממש ול"ד לשאר ספק קדושין דהספק הוא בענין הקדושין עצמן אי מועיל או לא משא"כ הכא דהספק הוא בענין המעות אי הוי שלו או אינו שלו והוי גזל א"כ בכה"ג כיון שמדין תורה אין מוציאין הנייר מיד הלוקח דהממע"ה א"כ זוכה בנייר ע"פ ד"ת והוי שלו ממש ומקודשת ודאי ועוד י"ל כיון שמן הדין אין מוציאין הנייר מיד הלוקח א"כ אף שהאמת הוא שחייב להחזיר הנייר מ"מ זוכה ביאוש בעלים דהא בפרק מרובה דף ס"ו ע"א אמרינן אמר רבה יאוש אמרי רבנן דנקני בגניבה וגזילה מיהו לא ידעינן אי דאוריית' אי דרבנן אי דאורייתא מידי דהוי אמוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרא מינה מקמי דתיתי לידיה קני לה האי נמי כיון דמייאש מריה קני ליה או דילמא ל"ד לאבידה אבידה הוא דכי אתיא לידיה בהיתרא אתיא לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתי לידיה מדרבנן הוא דאמרי רבנן נקני מפני תקנת השבים ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה אפילו מדרבנן הרי להדיא דהיכא דבהיתרא אתי לידיה לכ"ע יאוש קונה אף מדאורייתא כמו במציאה וא"כ הכא כיון שהוא ספיקא דדינא אי הלוקח צריך להחזיר הנייר ומדין תורה א"צ להחזיר דהממע"ה א"כ אף אם האמת דצריך להחזיר הנייר מ"מ לא הוי גזל בידו דקנה הנייר ביאוש דהא מתחילה בהיתרא אתי לידיה וגם עכשיו א"צ להחזיר הנייר מן הדין דממע"ה א"כ נקנה לו גוף הנייר ביאוש והוי קדושי ודאי זה נ"ל נכון לדינא ובזה יש לתרץ קושית הרשב"א שהקשה דאמאי לא פריך הש"ס אדרבנן דאמאי שמין את הנייר כיון דצריך הלוקח להחזיר הנייר ולפמ"ש ניחא דהא במסקנא אמרינן התם דרבנן ספוקי מספקי להו אי כר"מ אי כר"א ופי' בחי' הרשב"א דהש"ס הוכיחו כן דאל"כ מאי קמ"ל חכמים דשמין את הנייר דודאי כ"ע מודים בזה אלא דקמ"ל דיוקא דאם לאו הוי ספק מקודשת וא"כ לא מצי הש"ס לאקשויי לרבנן אמאי שמין את הנייר הא הלוקח צריך להחזירו די"ל דרבנן מספקא להו בדשמואל אי מהני מחילת המוכר כלל או לא וא"כ האשה א"צ להחזיר את הנייר מספק משום דהממע"ה ולכך אם יש בנייר ש"פ מקודשת ודאי כיון דמדינא א"צ להחזיר את הנייר מספק א"כ הוי מעות שלה משא"כ כשאין בנייר ש"פ כיון דהוי ספיקא ואין מוציאין מיד הלוה הוי קדושי ספק וגם י"ל דודאי אינה מקודשת דכיון דאין מוציאין מיד הלוה הוי קדושי טעות כמ"ש בסק"א ע"ש וא"ש ונכון:

כה שאף לעצמו יכול למחול. הב"ח והש"ך העלו דלפי דעה זו פטור לגמרי מטעם דלא כיון להזיק וכן הביא הבעה"ת בשם הראב"ד ויש להקשות מהא דאמרינן בב"ק דף פ"ח גבי תקנת אושא שהתקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות אמר רב אידי בר אבין אף אנן נמי תנינא מעידים אנו באיש פלוני שגירש

את אשתו ונתן כתובתה והרי היא יושבת תחתיו ומשמשתו ונמצאו זוממין אין אומרים ישלמו כל כתובתה אלא טובת הנאת כתובתה איזהו טובת הנאת כתובתה אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם נתארמלה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא אמאי יירשנה בעלה תזבין כתובתה לגמרי ודחה אביי אם אמרו בנכסי מלוג יאמרו בנכסי צ"ב ומאי קושיא כיון דהבעל יורש את אשתו א"כ אף שתמכור הכתובה לאחרים מ"מ לאחר מיתתה ודאי ימחול לנפשו את הכתובה כיון דהיורש מוחל לעצמו ופטור מלשלם ודוחק גדול לומר דר"א בר אבין לית ליה דשמואל ויש לתרץ ע"פ מה שהקשה הנ"י פחז"ה אמתניתין דהיו שנים מעידין אותי שאכלה שלש שנים ונמצאו זוממין משלמין לו את הכל דהיכי מיירי אי כשהוזמו קודם גמר דין אין להם לשלם כלום כדאיתא במס' מכות ואם לאחר גמ"ד כיון דקא מחזיק בגוה זכה בה מיד וה"ל כאשר עשה וקיי"ל הרגו אין נהרגין כאשר זמם כתיב ולא כאשר עשה ותי' הריטב"א ז"ל דאיירי שהמחזיק הוא חוץ לקרקע כשדן עליה ואחר שנגמר הדין הוזמו עדיו קודם שהחזירוהו שם והשתא הוא כאשר זמם עכ"ד והחזיק הריטב"א בסברא זו בחי' פ"ק דמכות דאף לענין ממון בעינן אשר זמם דוקא ולא כאשר עשה ע"ש ולכאורה יש לתמוה מברייתא זו דמפורש להדיא בעדים שמעידין שגירש את אשתו ונמצאו זוממין דמשלמין לה עבור כתובתה והרי הכא מעידין העדים לפטור אותו מכתובתה וא"כ תיכף שנגמר הדין לפטרו מכתובתה ה"ל כאשר עשה דהא הוא מוחזק בממונו וזכה בו מיד וצ"ל דברייתא זו מיירי כגון שהבעל יחד לה ומסר לה מטלטלין לכתובתה כעין הא דאיתא בר"פ אף על פי ע"ש ומיירי שהב"ד גמרו את הדין ועדיין לא החזירה האשה המשכון שתחת ידה ולכך הוי אשר זמם ולא אשר עשה וחייבין העדים לשלם ולפ"ז ניחא דהש"ס פריך שפיר דאי ס"ד דלית' לתקנת אושא תזבין לכתובתה לגמרי ואמאי יירשנה בעלה ואי משום דכיון שהבעל יורש אשתו ימחול לנפשיה זה ליתא דכיון דמיירי הכא שיש משכון בידה על הכתובה א"כ יכולה למכור הכתובה לאחר ותמסור המשכון לידו דשוב לא יהא יכול הבעל למחול כדאיתא בסעיף ל' דמוכר שט"ח לחבירו ויש משכון בידו ומסרו ביד הלוקח שוב אין המוכר יכול למחול וא"כ כיון דמציא האשה למכור את הכתובה לגמרי יהיו העדים חייבין בדמי כל הכתובה א"ו דאיתא לתקנת אושא ולפ"ז מתורץ תמיהת התוס' שם ד"ה אמר רב אידי שהקשו דלמה מייתי רב אידי ברייתא ושביק מתני' דמכות דתנן התם מעידין אנו באיש פ' שגירש את אשתו וכו' ולא נתן לה כתובתה אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובתה של זו שאם נתארמלה או נתגרשה ואם מתה יירשנה בעלה ואמאי הא יכולה למכור שלא יירשנה בעלה ולפמ"ש ניחא דהא

התם העדים באין להעיד שלא נתן הכתובה וא"כ ה"ל כאשר זמם אף שנגמר הדין וא"כ י"ל דמתני' מיירי שאין בידה משכון על הכתובה וא"כ לא תוכל למכור הכתובה בטובת הנאה דהא אם תמות יירשנה בעלה וימחול לנפשו ויהיה פטור מלשלם וא"ש ונכון אך לפ"ז לפי שיטת הסוברים דבממון כיון דאיתא בחזרה לא שייך כאשר עשה א"כ מוכח מהש"ס דב"ק שהבאתי דהיכא שהוא מוחל לנפשו מ"מ צריך לשלם מד"ג וכן הוא שיטת רוב הפוס' וכ"פ הש"ך:

כו אין היורש יכול למחול. הכי איתא בב"ב דף קמ"ז ומודה שמואל שאם נתנו במתנת שכ"מ דא"י למוחלו ומסיק הש"ס דאינה של תורה ועשאוהו כשל תורה שלא תטרף דעתו עליו ופירשב"ם ומודה שמואל שאם נתנו המלוה לאיש אחר במתנת שכ"מ וכגון שחילק כל נכסיו א"כ ע"י קנין כדין כל מתנת שכ"מ במקצת א"כ בלא קנין דכיון דמסרו לו בחייו אין לך קנין גדול מזה ומיהו אם עמד חוזר אם מתנת שכ"מ במקצת הוא כדפסקינן לקמן דא"י למחול דדברי שכ"מ ככומ"ס דמי ואלימי ממתנת בריא ואין היורש יכול למוחלו עכ"ל והנה מ"ש הרשב"ם דמיירי במתנת שכ"מ במקצת ע"י קנין תמוה לי טובא כיון דמתנת שכ"מ במקצת ע"י קנין כמתנת בריא הוא בכל גווני ולא שייך גביה שלא תטרף דעתו עליו דהא בעי קנין א"כ אמאי לא יהא היורש יכול למוחלו כיון דדינו כמתנת בריא גם מה שסיים הרשב"ם ומיהו אם עמד חוזר אם מתנת שכ"מ במקצת הוא גם כן לכאורה תמוה טובא דהא במתנת שכ"מ במקצת בקנין הדין הוא להיפך דאם עמד אינו חוזר וכבר התפלא בחי' מוהר"מ מלובלין בזה וכ' דליכא למימר דקאי למ"ש דמיירי בלא קנין אלא כיון דמסרו לו בחייו הוי כקנין דממ"נ אי מיחשב כקנין א"כ אף לענין אם עמד ליחשב קנין ולא יהיה יכול לחזור בו והניח בקושיא אך באמת זה לק"מ ואשתמיטתיה דברי הט"ו בסי' קכ"ה ס"ט ודברי הרב רמ"א בסי' ר"ן ס"ד בהגה והסמ"ע שם דמבואר להדיא במתנת שכ"מ במקצת והשכ"מ מסר המתנה ליד המקבל דא"צ קנין ואם עמד חוזר ע"ש וא"כ דברי הרשב"ם נכונים וקאי לתי' דלא היה קנין אלא שמסרו לידו בחייו דמועיל אף במתנה במקצת ואם עמד חוזר וז"ב. אך מ"מ בגוף הדין דסבירא ליה להרשב"ם דבמתנה במקצת בקנין אין היורש יכול למוחלו הדבר תמוה ואיפכא מסתברא וכן מוכח מלשון הש"ך ס"ק צ"ד נתנו במתנת שכ"מ באופן שיתבאר לקמן סי' ר"ן ס"ד וס"ז איזה מיקרי מתנת שכ"מ עכ"ל משמע להדיא דבמתנה במקצת יכול למוחלו וכן משמע מדברי הריטב"א שהביא הב"י בס"ס זה דלענין שטר מתנת שכ"מ דלא בעי כומ"ס בעי מתנה בכולה דוקא וכמ"ש הש"ך בסי' רמ"ח סקט"ו וע"ש ותמיהני מהש"ך שלא עמד על דברי הרשב"ם בזה ואף שלדידן אין נ"מ בדינים אלו דרשב"ם אזיל

לטעמיה דס"ל אותיות נקנות במסירה וס"ל דקנין חליפין הוי כמסירה לכך מהני אם השכ"מ נתן להשטר במתנה במקצת בקנין או שמסר השטר לידו דהוי כמסירת מעות לידו אבל לדידן דקי"ל דאין אותיות נקנות במסירה א"כ מתנה במקצת ומסר השטר לידו פשיטא דלא מהני כיון דאינו נקנה במסירה לא הוי כמסירת מעות וגם קנין לא מהני דהא בשטר לא מהני קנין כמבואר בס"ב וכמ"ש בסק"ג שם מ"מ לדברי הרשב"ם משמע דה"ה אם נתן שטר במתנת שכ"מ במקצת וכתב לו שטר כתיבה עליו שוב אין היורש יכול למוחלו כמו במתנה במקצת בקנין לסברתו ולפענ"ד הדין להיפך דבכה"ג יכול למוחלו ואף במתנה בכולה בכומ"ס י"ל דהיורש יכול למוחלו כדאיתא בסי' ר"ן סי"ז וצ"ע:

כז במעמ"ש א"י למחול. הש"ך האריך בזה מאוד ותורף דבריו דמשמע מדברי הטור והמחבר דאם המוכר מחלו מ"מ הוי מלוה בשטר על הלוה וכמ"ש הטור והמחבר בסי"ט דמי שיש לו שטר ואמר להלוה מנה לי בידך בשטר תנהו לפ' אזי קנהו אף שלא נתן לו השטר ונשתעבדו לו הלקוחות כמו שנשתעבדו למלוה אבל דעתו דאין להזוכה על הלוה אלא מלוה ע"פ לבד כיון דאין השטר נכתב על שמו אין הלקוחות משתעבדים לו ויכול לומר פרעתי ולכך אף אם המלוה נתן לו השטר במעמ"ש ובכומ"ס וחזר ומחלו אין להזוכה על הלוה רק מלוה ע"פ והשטר בטל אלו הן תורף דבריו והנה כבר עשיתי סמוכות לדבריו בסי"ט אלא שהשגתי עליו במה דס"ל דהלוה יכול לומר פרעתי דאין הסברא נותנת כן דכיון דהשטר הוא ביד המלוה וגם יכול ליתן לו תמיד הכומ"ס שייך בזה החזקה דשטרך בידי מאי בעי אך ממשועבדים א"י לטרוף כיון דאין השטר בידו ואינו נקנה אלא בכוע"ס אינו אלא מלוה ע"פ. אמנם מה דס"ל להש"ך דלפי שיטת הרמב"ן שבבעה"ת והט"ו כאן אם מכרו בכומ"ס ומעמ"ש וחזר ומחלו אינו מחול והשטר בתקפו וגובה בו ממשעבדי לא נהירא לי אלא נלפענ"ד דבכה"ג אף להטור והמחבר אינו גובה ממשועבדים דהא הטעם דבמעמ"ש אין המלוה יכול למוחלו דהוי כזקפן עליו במלוה וגוף הלוה נשתעבד להזוכה וכבר נסתלק הא' מהכל ואין לו שום תפיסת יד בזה כמ"ש הבעה"ת שער כ"ח והרא"ש בפ"ק דגיטין וא"כ זה שייך דוקא לענין שיהיה מלוה ע"פ אבל לא להיות מלוה בשטר דהא השטר לא עליו נכתב ונהי דס"ל להרמב"ן שבבעה"ת שער כ"ח והט"ו בסי"ט דאף שלא נתן לו השטר כלל נשתעבדו הלקוחות להזוכה היינו משום דאמרינן מסתמא דהמלוה כל זכות שיש לו נתן הכל להזוכה במעמ"ש כמבואר בתשובת רמב"ן שבבעה"ת שם וא"כ לענין טריפת הלקוחות בא הזוכה מכח המלוה שמכר ונתן לו זכותו וא"כ כשמחלו המוכר נהי דלא מהני המחילה

לגבי גוף ההלואה משום דהוי כאלו הלוה התחייב א"ע להזוכה מ"מ אינו [אלא] מלוה ע"פ דהא לא נתן לו השטר ומה שיש לו להזוכ' שטר מכח המלוה בכומ"ס הרי מחלו המוכר והשטר בטל כיון שאינו בא לטרוף מהלקוחות אלא מכחו וראיה ברורה לזה מדברי הבעה"ת שער כ"ח שכתב לשיטה זו דבמעמ"ש א"י למחלו וז"ל ואם לחשך אדם לומר מההיא דכתובות דאסבא עצה ר"ה דאי פיקח ליקרקש ליה בזוזי וכתב לי' שטרא בשמיה דתו לא מצי מחיל ליה לומר האי תקנתא דממע"ש אם איתא דלא מצי מחיל הא לא קשיא לרב הונא דעצה טובה קמ"ל דלא ליהוי מוכר מצי לאחולי וליהוי להאי עליה דהאיך מלוה בשטר אבל אי עביד מעמ"ש נהי דלא מצי מחיל מיהו מע"פ הוי גביה עכ"ל והרי הבעה"ת הביא לעיל מיניה דברי הרמב"ן דאף שלא נתן לו השטר כלל קונה הזוכה במעמ"ש לטרוף אף מלקוחות והיכי כתב הכא דאינו אלא מלוה ע"פ ודוחק גדול לומר דכוונת הבעה"ת הוא שאינו אלא מלוה ע"פ שהלוה יכפור לו המעמ"ש דאין זה במשמעות דבריו כלל ועוד דמ"מ קשה דימכרנו לו בפני עדים במעמ"ש ויכתבו לו העדים כן כמ"ש הש"ך בס"ק צ"ז ומהתימה מהש"ך שהקשה קושית הבעה"ת ולא הביא דבריו כלל א"ו דהבעה"ת ס"ל דהיכא דהמוכר חזר ומחלו אף שהיה במעמ"ש מכל מקום אינו אלא מלוה ע"פ ואין הזוכה טורף מלקוחות וזה נכון בסברא וברור לדינא. אמנם נראה דכ"ז הוא לשיטת הרי"ף והגאונים דס"ל הא דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול הוא מטעם דמכירת שטרות מדרבנן וכ"כ הבעה"ת בשער נ"א ולכך דוקא בלא מעמ"ש יכול למוחלו דכיון דמכירת שטרות דרבנן ומדאורייתא א"י למוכרו כלל א"כ אכתי זכותיה דמאן דזבניה ניהליה איתא גביה ויכול למוחלו משא"כ במעמ"ש כיון שהכניס א"ע תחת ידו נפיק לי' מה"ט וכבר נסתלק הראשון מהכל ואין לו בו תפיסת יד כלל כמ"ש הבעה"ת שער כ"ח טעם זה ולכך במעמ"ש בשטר לענין טריפת לקוחות דאין הזוכה יכול לטרוף מן הלקוחות אלא בכח המלוה דזבניה ניהליה דהא הוא אין לו שטר על הלוה ולכך המוכר יכול למוחלו ואינו אלא מלוה ע"פ משא"כ לשיטת ר"ת דס"ל דמכירת שטרות דאורייתא והא דהמוכר יכול למוחלו משום דעיקר החיוב הוא על גוף הלוה ונכסיו אינון ערבין ביה וגוף הלוה אינו נמכר ונשאר אצל המלוה ולכך כשמחלו המלוה כיון שנפטר הלוה גופיה לכך א"י לגבות ג"כ מן הנכסים א"כ כשמכר השטר בכומ"ס במעמ"ש אף לשיטת הש"ך דס"ל דבמעמ"ש ולא מסר לו השטר אין הזוכה יכול לטרוף ממשעבדי מ"מ הכא שמסרו בכומ"ס ובמעמ"ש כיון דבמעמ"ש גוף הלוה נשתעבד להזוכה כמ"ש הבעה"ת והרא"ש בספ"ק דגיטין א"כ נהי דמחמת שעבודו א"י לטרוף ממשעבדי כיון שאינו אלא מע"פ מ"מ כיון שהמוכר מכר השטר להזוכה בכומ"ס הרי קנה ג"כ שעבוד

השטר לטרוף מלקוחות ומכירת שטרות דאורייתא וגם גוף הלוה נשתעבד לו וא"כ שוב אין המוכר יכול למחול כיון שהזוכה זכה בגוף הלוה ובשעבוד הנכסים וזה דלא כהש"ך שהכריע בר"ס זה דמכירת שטרות דאורייתא וכאן סובר דאם מכרו במעמ"ש ובכומ"ס יכול למוחלו שיהא גוף השטר בטל ואינו אלא מלוה ע"פ ומ"ש נ"ל נכון וישר בדינים אלו ודוק:

כח שהרי גרם לו לאבד השטר. ונראה דאף אם מת הלוה וא"כ לא היה הלוקח יכול לגבות מהיתומים אלא בשבועה אפ"ה אם מחל המוכר חייב לשלם להלוקח ולא מצי למימר ליה מי יימר דמשתבעת ולא גרמתי לך שום היזק וכן מוכח מדברי הרא"ש בספ"ק דמציעא שהוכיח דאין המוחל צריך לשלם מד"ג אלא הדמים שקיבל מההיא דפ' הכותב גבי קריבתיה דר"נ דזבינתה לכתובתה בטובת הנאה איגרשא ושכיבא אתו לקוחות וקתבעי לברתה ואסבה ר"נ עצה דתיזול ותמחול כתובתה דאמה לגבי דאבוה ותיהדר איהי ותירתה מיניה ואי אמר' דהמוחל צריך לשלם כל דמי השטר מה היתה מרווחת והא ר"נ דאין ד"ג א"ו דא"ל דמים שקיבל והרי הרא"ש בפ' הכותב פירש דהא דאמרינן אתו לקוחות וקתבעי לברתה הוא משום שמת גם האב ולא היה להן יורש אלא זו הבת ואמר ר"נ דיכולה למחול לעצמה וא"כ מאי הקשה הרא"ש דמה היתה מרווחת דצריכה לשלם מד"ג דהא כיון שמת האב א"כ לא היו הלקוחות יכולין לגבות אלא בשבועה כדין הבא לגבות מנכסי יתומים ומי יימר דמשתבעי וא"כ אינה גורמת להזיק כלל א"ו דאף בכה"ג חייב מד"ג וכן יש להוכיח מדברי התוס' והר"ן בפ' האשה שנפלו דף פ"א ע"ב גבי הרי מי שהיה נושה באחיו ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל שאני יורש החזקתי אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות והקשו התוס' והר"ן דלמחול לנפשיה דהא אפילו יורש מוחל ותי' דאכתי חייב לשלם מד"ג והרי התם כיון שאחיו מת לא היתה יכולה לגבות כתובתה אלא בשבועה ואפ"ה כי מחיל לנפשיה ואפסיד לכתובתה חייב לשלם מד"ג וזה דלא כמו שנראה מדברי ר"מ במרדכי פ' המפקיד והביאו הרב לקמן סימן ר"ץ ס"כ בהגה ע"ש ובמקום אחר הארכתי בזה מאוד ואין כאן מקומו:

כט ואפי' קיבל עליו אחריות. הטעם כתב הטור דכל אחריות היינו שאם נמצא שמוכר דבר שאינו שלו או אם טרפו בע"ח מוקדם אבל אינו מקבל עליו אחריות אם יעשה שום היזק במה שמכרו דאם מכר לו בית באחריות ושרפו המוכר אח"כ אינו גובה ממשעבדי אלא מעמידו בדין וגובה ממנו כאלו היה גובה מאחר ששרפו ומוכר שט"ח ומחלו נמי כאלו שורפו באותה שעה שאין המחילה מבטלת המכיר' מעיקר' והנה מדבריו מוכח דאף הדמי' שקיבל ממנו אינו גובה ממשעבדי דהא הוא מכת הסוברים דכל מוחל א"צ

לשלם אלא הדמים שקיבל ממנו ובאמת לשיטתו מוכח כן בש"ס דהא אמרינן דלמאן דלא דאין ד"ג מגבי ביה דמי ניירא בעלמא אלמא שאף הדמים שקיבל פטור מלשלם ואינו חייב אלא מד"ג כדין מזיק בעלמא ולכך אינו גובה ממשועבדים אבל לשיטת הפוסקים דלמאן דדאין ד"ג צריך לשלם כל דמי השטר אם כן יש לומר דהדמים שקיבל חייב להחזיר אף למאן דלא דאין ד"ג וכן הביא הש"ך בס"ק כ"ט בשם הראב"ן ורב האי בספר המקח ובע"כ צ"ל דהטעם הוא דה"ל כאלו התנה מעיקרא שאם ימחול יחזיר לו הדמים ויש להביא ראיה לדבריהם מההיא דפ' נערה שנתפתתה דף מ"ז דאיתא התם דראב"ע סובר דאלמנה מן הנשואין גובה כל מה שכתב לה ומן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה והיינו משום דאזיל בתר אומדנא וקיי"ל כוותיה והקש' התוס' שם א"כ כל אדם הלוקח בהמה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא ע"מ כן לקחה ותי' דהתם אנן סהדי שהיה מכניס א"ע באותו ספק דאף אם היה אומר לו אם תטרף יש לך לקבל ההפסד היה לוקחה אבל הכא לא כתב כלל אלא ע"מ לכונסה ולא היה מכניס עצמו באותו ספק וכן ההיא דזבין ולא אצטריכא ליה זוזי עכ"ל וא"כ הכא ג"כ אנן סהדי שלא היה קונה השטר אם לא ישלם לו אם ימחול דהא מה"ט כתב הרא"ש דהוי זביני ריעא מעיקרא שקנה דבר שעדיין יש ביד המוכר למוחלו וא"כ ה"ל כאלו היה לו תנאי מפורש עמו שעכ"פ יחזיר לו הדמים אם ימחול ולכך הדין נותן שיגבה ממשועבדים כיון דהוי כאלו התנה מעיקרא בכך ולאו מטעם מזיק אתינן עלה ומ"ש הטור ראיה משורף בית שמכרו לאחר באחריות שאינו טורף ממשעבדי שאני התם דלא שייך אומדנא כיון שהוא דבר דלא אסיק אדעתיה כלל כמו שכתב הרב רמ"א באה"ע ס"ס קי"ח לענין נדונית חתנים שעדיין לא סילק האב דאם נהרגו או נשתמרו לא שייך אומדנא כיון שהוא דבר דלא אסיק אדעתיה כלל משא"כ לענין מחילת השטר ודאי אסיק אדעתיה כמו שכתב הרא"ש דמה"ט הוי זביני ריעא מעיקרא הוי אומדנא טובא דאדעתא דהכי לא קנה וחייב באחריות ואם כן דין זה שכתבו הט"ו במחלוקת שנויה כנלפענ"ד ושיטת התוס' דס"ל דלמאן דלא דאין ד"ג א"צ לשלם אף הדמים שקיבל ממנו צ"ע ליישב עם דבריהם שבפ' נערה שהבאתי

ל אין בו דין אונאה. בתשו' מהר"ם מלובלין סי' ה' פסק באחד שלקח מחתנו שטר חצי זכר שלו דהמכירה בטילה חדא דהוי דשלב"ל כמו מה שאירש מאבא מכור לך ואע"ג דבסי' ר"ט מבואר דבדשלב"ל אם תפס לוקח הפירות אין מוציאין מידו היינו משום כיון דהניחו לאכול ולא חזר בו ודאי מחל לו אבל הכא מה היה לו לעשות הרי המעות כבר ביד חמיו ועוד דה"ל אונאה יותר מפלגא וכתב עליו הש"ך שאין דבריו ברורין בכל

התשובה וכן ראיתי בתשובת שארית יוסף סי' ס"ב שפסק דהמכירה קיימת ולא הוי דשלב"ל כיון שתפס ולפענ"ד יש להביא ראיה לדברי מהר"ם מלובלין מהא דכתב הרב רמ"א בס"ס רמ"ח בהגה בשם תשו' הרשב"א בנותן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אג"ק והיו בביתו שט"ח אם היה מתנת בריא לא קנה כיון דלא כתב ליה קני איהו וכל שעבודא ואפי' היה המקבל עצמו חייב לנותן בשטר צריך לשלם ליורשיו דמאחר דלא מחל לו החוב רק הקנה לו השטרות ומאחר דלא קנה השטר גם החוב לא נמחל והרי לעיל בסי"ז פסקינן דאף היכא דמכר לו בלא כומ"ס אם גבה הלוקח מן הלוה לא מפקינן מיניה כמו בתפיסת פירות דקל ע"ש וא"כ הרי הכא המקבל שהוא הלוה מוחזק במעותיו ואין לך תפיסה גדולה מזו וא"כ נהי דלא כתב ליה קני לך איהו וכל שעבודא יזכה בו כמו אם גבה הלוקח מן הלוה דמהני והנה דברי הרב יש ליישב לפמ"ש הש"ך בס"ס רמ"ח דמה דכתב המחבר דלא כתב ליה קני לך ר"ל דלא כתב ליה ולא אמר ליה בע"פ קני לך דאמירה בע"פ מהני כשהקנה לו מטלטלין אג"ק ע"ש ואם כן לכך אף אם המקבל גופיה חייב להנותן לא מהני דהיכא דלא א"ל אף בע"פ קני לך מבואר לעיל בסי"ז בהגה והוא מדברי הה"מ והנ"י בשם הרשב"א דבכה"ג לא מהני אף אם קדם הלוקח וגבה ע"ש אך מ"מ אכתי קשה דהמעיין בתשו' הרשב"א שבב"י ס"ס ר"ן משמע התם דאף שכתב לו ומקנה לו כל החובות הן שבשטר הן בע"פ והיה לו מע"פ על המקבל לא זכה בו המקבל והרי הטעם דבמכר לו בלא כומ"ס ולא אמר לו בע"פ קני לך דלא מהני תפיסה מבואר בהה"מ ונ"י בשם הרשב"א דאמרינן דלא הקנה לו אלא הנייר לצור ע"פ צלוחיתו וזה לא שייך במלוה ע"פ דודאי הקנה לו גוף החוב וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דאמאי לא קנה המקבל כשחייב לו בעצמו דליהוי כתפס דמהני אף בחוב ע"פ אף דליכא מסירה כלל בקדם וגבה כמ"ש הש"ך בס"ק ס"ד גם הרב רמ"א בד"מ סי' רמ"ח סק"י כללא כייל וכתב דבמקום דלא קנה שטר אפי' החוב שחייב המקבל עצמו להנותן חייב להחזיר הואיל ולא מחל לו דרך מחילה רק כיון להקנות דרך מתנה ומאחר שהמתנה אינה כלום צריך לשלם עכ"ל משמע דבכל גווני אין המקבל זוכה היכא דלא נקנה השטר אלמא דמחילה כיון שאין בידו לחזור בו לא מיחשב כתפס וכסברת מוהר"מ מלובלין ודלא כהש"י והש"ך:

לא אין נשבעין עליהן. הה"מ פ"ב מה' שכירות כתב בשם המפרשים דה"ה משבועה שאינו ברשותו פטור וכ"כ הר"ן פ' שבועת הדיינין בשם הרשב"א אך הר"ן בעצמו כתב ואיני מודה שיהיה פטור משבועה שא"ב כיון דשבועה זו תנאים תקנוהו משום שמא עיניו נתן בה והש"ך בס"ק קכ"ד האריך להכריע כשיטת הר"ן ובר"ס צ"ה העליתי

דהעיקר לפענ"ד כשיטת הרשב"א והה"מ והוא שיטת רוב הפוס' ע"ש ויש להסתפק בשאלה בבעלים שאין בהם דין שומרים כלל כמבואר בס"ס רצ"א אם מחויב לישבע שבועה שא"ב מדאוריית' דלכאור' יש לדמותו לשטרות דפטרו הכתוב מדין שומרים ופטורין נמי אף משבועה שא"ב וראיתי בב"י בסי' ס' הביא בשם תשו' הרשב"א גבי בעל בנכסי אשתו דאם נתברר שהיה בעין אלא שטוען שנגנבו או שאבדו אפי' פשע בהם פטור לפי שאשתו עמו במלאכתו אבל משביעין אותו שתי שבועות א' שא"ב ואחד שלא שלח בו יד שלא מדעתו עכ"ל הרי להדיא אף דהרשב"א ס"ל גבי שטרות דפטור אף משבועה שא"ב מ"מ בשאלה בבעלים חייב שבועה שא"ב ושלא שלח בו יד. שוב הראו לי שדין זה הוא פלוגתא בירושלמי פ"ה דשבועות והכי איתא התם איתמר אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע ר' זירא אומר נשבע ר' חנינא ור' עולא דאמרי תרווייהו אינו נשבע ע"ש והרי אתה רואה שהרשב"א בתשו' הכריע כר' זירא דחייב שבועה:

לב אפי' בפשיעה פטור מלשלם. ואיכא למידק מהא דאיתא בפ' הכותב ולעיל סי' נ"ח ס"א דאם שלח הלוה מעות ע"י שליח להמלוה ואמר לו שקול שטרא והשליח לא נטל השטר והמלוה טוען סטראי נינהו שדין הוא דהמלוה נאמן דהשליח מחויב לשלם להמשלח דפשע במה שלא נטל השטר והתם ע"כ מטעם שומרים אתינן עלה דליכא למימר דחייב משום דיני דגרמי כיון שלא נטל השטר דהא קיי"ל לעיל בסי' כ"ה ס"א בהגה דשליש שהחזיר השטר להמלוה שלא היה לו להחזיר דפטור מלשלם משום דגרמא בניזקין הוא א"ו ע"כ צ"ל הא דמחויב השליח לשלם הוא מדין חיוב שומרים דהתורה חייבה בשומרים אף בגרמא בעלמא וא"כ קשה כיון דבשטרות אין בהם דין חיוב שומרים אף לענין פשיעה לרוב הפוס' א"כ אמאי מחייבינן לשליח משום דפשע שלא נטל השטר הא אין דין שומרים בשטרות כלל ונראה דלק"מ דשא"ה כיון דהמלוה שלח מעות ע"י השליח ונעשה שומר על המעות שלא יפסידם לכך כשלא נטל השטר מן המלוה חייב על המעות מדין שומרים דלא שמר את המעות כראוי דבזה שלא נטל השטר מיד המלוה הפסיד מעותיו של משלח דמה לי שלא עשה שמירה להמעות ומחמת זה נגנבו או נאבדו המעות או שלא נטל השטר ומחמת זה נאבדו המעות שנעשה שומר עליהם ולכך חייב השליח לשלם שפשע בשמירת המעות משא"כ בשומר שטרות שלא קיבל עליו שמירת גוף הממון רק שמירת השטרות והתורה מיעטה שטרות מדין שומרים כיון שאין גופן ממון ובזה נתיישב לי דברי תשו' הרא"ש שהביא הטור בסי' קע"ו וסמ"ג בענין ראובן ושמעון שותפים שמתו וטוענת אלמנת ראובן ששמעון פשע שהחזיר שט"ח לעכו"ם שהיה חייב להם שהיה רובו פרוע ומתוך כך באו לידי הפסד והיא רוצה ליטול

מן הנכסים קודם חלוקה כנגד ההפסד שהפסיד שמעון בפשיעה ואלמנת שמעון טוענת שאין זו פשיעה כיון שעשה בו כמו בשלו אם תברר בעדים שפשע שמעון בחזרת השטר חייב שמעון לשלם כל ההפסד שבא לראובן באותה חזרה דפשיעה גמורה היתה להחזיר שטר שהיה רובו פרוע ושותפין ש"ש הן וחייבים לשלם כ"א לחבירו אף בגניבה ואבידה וכ"ש בפשיע' עכ"ל ולכאורה תמוה מאוד הא בשטרות אין בהם דין שומרים כלל ועוד קשה דל"ל טעם זה דתיפוק ליה כיון שהחזיר השטר לעכו"ם הלוה ה"ל כשורף שטרותיו של חבירו דחייב מדיני דגרמי א"ו נרא' דהרא"ש כתב טעם זה אף למ"ד דד"ג אינו אלא מדרבנן והשורף שטר ומת אין בנו חייב לשלם כמ"ש הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ט"ו או דס"ל דכאן לא שייך ד"ג כיון דלא נתכוין להזיק ועשה כמו בשלו לכך חייבו הרא"ש מדין פשיעה כיון דשותפין ש"ש זה לזה א"כ הרי הוא שומר על גוף המעות ובמה שהחזיר השטר לעכו"ם הלוה הרי לא עשה שמירה להמעות ולכך חייב מדין שומרים וז"ב ויצא לנו מזה בשותפים שהן ש"ש זה לזה ואחד מהן לא שמר השט"ח שהיו להן על אחרים וכן אם אחד שלח שלוחו עם סחורה ונתן לו שובר בכדי שלא יתפסנו בע"ח שיש לו שטר ממנו ונאבד ממנו השובר וכן בענין המכס שנוטלים פתקא מאת הממונה שסילק המכס ונאבד מיד השליח הפתקא חייב השליח לשלם בכל אלו כל ההפסד שהגיע על ידו דלא שייך כאן לומר דאין בשטרות דין שומרים דבכ"ז הוי גוף הפשיעה בהמעות או בהסחורה דמחמת שלא שמר השטר של השותפות או השובר של המשלח נאבד המעות או הסחורה שנעשה שומר עליו וחייב עליו בדין השומרים ובאמת בכה"ג נראה לי נמי דנשבעין ע"ז ש"ד אי הכתוב נאבד ממנו באונס או בפשיעה דאף דאין נשבעין על השטרות היינו כשכופר גוף השטרות דכיון דאין גופן ממון פטר רחמנא משבועה עליהן ואף משבועה שאינו ברשותו אבל הכא השבועה הוא על המעות או הסחור' דאם נאבד ממנו השטר בפשיעה חייב לשלם היזק הסחורה ואם נאבד ממנו נאבד ממנו השטר באונס א"כ הרי עשה שמירה מעולה להסחורה ופטור וא"כ חייב ש"ד ע"ז ככל שבועות השומרים וגדולה מזה נ"ל דאם א' שלח שליח לגבות מעות בשט"ח שיש לו על אחר וכתב לו הרשאה ע"ז ונאבד השט"ח מיד השליח ועי"ז נפסד החוב דג"כ חייב השליח לשלם אי נאבד בפשיעה ולישבע ש"ד אם טוען שנאבד ממנו באונס דאף שאין בשטרות דין שומרים היינו דוקא בשומר שטרות דלא קיבל עליו רק שמירת השטרות והתורה מעטן משומרים כיון שאין גופן ממון משא"כ כשהרשה לו לגבות חובו מהלוה הרי קיבל עליו השליח לעשות כל טצדקי לגבות החוב ולהיות שומר על המעות ולהביאו ליד המלוה וא"כ נעשה שומר על גוף המעות וכשפשע ונאבד ממנו השט"ח הרי פשע

בגוף שמירת המעות וחייב לשלם כשפשע ולישבע אם השטר נאבד ממנו באונס ובאמת מצאתי להדיא כדברי בתשובת הרי"ף החדשים בסי' קס"ח וז"ל שאלה ראובן היה לו שט"ח על שמעון והרשה לוי לתובעו ואבד ממנו השטר זה בין באונס בין בפשיעה מה לוי חייב לראובן זה תשובה אם בפשיעה אבד שטר זה ושמעון לא קא מודה לראובן דאית ליה גביה ההוא ממונא וכו' הכי ודאי גורם לאבד ממון של ראובן ומחייבינן ליה ללוי לשלומי ההוא שטרא עד גמירא ואם באונס אבד כגון שבא עליו ליסטם מזוין משתבע דבאונס אבד ופטור יצחק ב"י אלפס עכ"ל והרי הרא"ש והטור הביאו בשם רב אלפס בתשו' דס"ל דשומר שטרות פטור אף בפשיעה וכן הוא להדיא בתשו' הרי"ף סי' צ"ז ועוד דהאיך כתב ואם באונס אבד משתבע דבאונס אבד ופטור הא משנ' ערוכ' היא בפ' הזהב דבשטרות ש"ח אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם והלכה רווחת היא ולית מאן דפליג בזה א"ו דטעמא הוא דזה הוי כשומר על גוף הממון והשטר הוא השמירה ולכך צריך לישבע דשמר הראוי דהשטר נאבד ממנו באונס. שוב מצאתי במרדכי פ' מרובה שהביא תשו' זו של הרי"ף והביאו הרב בב"י ס"ס קכ"ג מחודש י"ג ותמיהני מאוד מהשמטת האחרונים דין זה והדברים ברורים ונכונים. אמנם אכתי יש לדון בדין זה של הרי"ף די"ל דהרי"ף ס"ל כשיטת הפוסקים בסי' רצ"א ס"ה ובסי' ש"ז דשומר נתחייב בשמירה תיכף מעת שנסתלקו הבעלים משמירתן ולכך כשהרשה את לוי לתובעו בזה השטר נסתלקו הבעלי' משמירת גוף הממון ונכנס המורשה תחתיו ולכך כשאבד השטר חייב דהוי כלא שמר גוף הממון אבל לשיטת הפוסקים החולקים דהשומר אינו חייב באחריות אלא במשיכת החפץ דוקא א"כ כשהרשה לתבוע בשטר הרי לא משך השליח גוף הממון ובמה נתחייב בשמירת הממון בשלמא הא דבעי קרא למעוטי שטרות משומרים אף דלא משך גוף הממון דהא אף קנין שטרות בעי כומ"ס דוקא היינו משום דאי לאו קרא כיון דהשטר הוי שמירת הממון ושורף שטרות חייב לשלם כיון דהשטר שוה ממון לגבות בו א"כ כיון שקיבל שמירה על השטרות מהני משיכת השטרות לחייבו באחריות שווי השטרות אבל כיון דגלי קרא דאין שום חיוב שומרים בשטרות עצמן כיון שאין גופן ממון אלא שבבא בהרשאה אתה רוצה לחייבו מפני שקיבל שמירה על גוף הממון וא"כ קשה נהי דמשך השטר מ"מ לא משך גוף הממון ובמה נתחייב בשמירתו אך מ"מ י"ל דכאן כ"ע מודים דהוי שומר על גוף הממון דדוקא היכי דשייך משיכה בעינן משיכה דוקא אבל היכא שבא בהרשאה לגבות חובו של משלחו כיון דלא שייך משיכה בגוף המעות כיון שמשך השטר והתחייב א"ע לגבות החוב נעשה שומר גמור על המעות עצמן במשיכת השטר ובעבור מעות השכירות שנוטל על השליחות וכמ"ש בהג"א מא"ז

בר"פ הזהב בסוגי' דד"ת מעות קונות דהיכא דאין לו מה למשוך מודי כ"ע דמעות קונות והביא ראיה ברורה לזה ע"ש ואף דפסק שם דמה"ט ישראל שיש לו בהמה מבכרת ומכרו לנכרי דסגי בכסף לבד ובי"ד סי' ש"כ פסקינן דצריך דוקא משיכה שאני התם כיון דמשכחת ומועיל להעובר משיכת האם לכך בעינן משיכה דוקא וכ"כ בתה"ד סי' ע"ר להדיא משא"כ הכא בבא בהרשאה דלא משכחת כלל משיכה לגוף המעות שבשטר כ"ע מודי דנעשה שומר על המעות עצמן במשיכת השטר וקבלת השכירות עבור השליחות וכן נ"ל. גם נ"ל דאף שהעליתי דבכל הני גוונא חייב שבועת השומרים דהשטר נאבד באונס וכמבואר בתשובת הרי"ף להדיא י"ל דהרי"ף לטעמיה אזיל וכמ"ש הרא"ש בפ' המפקיד ומבואר בסי' רצ"ד ס"ב בהג"ה דעיקר שבועת השומרים הוא שלא פשע בה ואף שיש עדים שאינו ברשותו חייב שבועה שלא פשע בה ולכך ה"נ חייב שבועה שלא פשע בשטר ונאבד ממנו באונס אבל לשיטת הרמב"ם והמחבר שם דעיקר השבועה הוא שאינו ברשותו ושבועה שלא פשע בה היא ע"י גילגול א"כ י"ל הכא לא שייך שבועה שא"ב כיון שגוף השטר אין גופו ממון ואין נשבעין עליו א"כ פטור הוא אף משבועה שלא פשע בה כיון שאינו אלא ע"י גילגול אך מ"מ בבא בהרשאה י"ל כיון שנעשה שומר על גוף הממון חייב שבועה שא"ב גוף הממון די"ל דעשה קנוניא עם הלוה וגבה ממנו המעות וקרע השטר ואכתי יש לפקפק בזה אך מ"מ בנידון העברת הסחורה שנאבד ממנו הפתקא מפרעון המכס נראה ודאי דתליא בפלוגתא זו דלהרמב"ם והמחבר בסי' רצ"ד דאם השליח טוען שהפתקא נאבד ממנו באונס פטור מכל שבועת השומרים זהו מה שנ"ל נכון בדינים אלו ודוק:

לג אבל מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי. כ"כ הרא"ש בפ' הזהב וכ"כ הה"מ פ"ב מה' שכירות והביאו הב"י וכן משני הש"ס עלה דמתניתין דנשבעין גזברין דבנושא שכר עסקינן ונשבעין כדי ליטול שכרן וע"ש ותמיה לי טובא דהא הטעם דש"ש אינו נוטל שכר כשנגנב הוא משום דאמרינן דלא נתחייב ליתן שכר אלא כששמר כראוי וכ"כ רש"י אגרייהו מיהו ליפסוד שהרי נשתעבדו לשמרן מגניבה ואבידה ועל מנת כן היו נוטלין שכר והרי לא השלימו מלאכתן עכ"ל וא"כ אמאי נאמנים בשבועה ליטול שכרן הא השוכר לא נתחייב אלא בתנאי וא"כ צריך השומר להביא ראיה שנתקיים התנאי כמבואר בסי' רמ"א ס"י דהאומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שנתקיים התנאי וכ"ש הכא דאיכא ריעותא לפנינו שנאבד החפץ היכי מהימנינן ליה בשבועה שקיים תנאו ונאבד באונס להוציא ממון מחבירו וכן מוכח מהא דפרכינן בפ"ק דכתובות אמתניתין דהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים

והיא אומרת משארסתני נאנסתי דסבר ר"ג דהיא נאמנת ופריך לר"נ ור"י דסברי מנה לי בידך והלה אומר א"י אם הלויתני פטור אמאי נאמנת הרי להדיא אף דהתם נתחייב לה הכתובה בודאי אלא דלא ידעינן אם נמצאת בתולה או לא אינה גובה כתובתה כשאינה מבררת אם נתקיים התנאי אם לא מטעם מיגו או חזקה כדמשני התם וא"כ ה"נ כיון דלא נתחייב בשכירות אלא כשישמרנו יפה א"כ השתא שנאבד לפנינו היכי מהימנינן ליה לומר שקיי' תנאו שנאבד באונס בכדי ליטול שכרו ולא ידעתי שום מקום ליישב זה אם לא שנאמר דמסתמא מתחילה כששכרו התחייב א"ע באם שהשומר ישבע ששמר כראוי יתחייב ליתן לו שכרו ודוחק וצ"ע ועמ"ש סי' מ"ו ס"ק ח"י:

לד ויש מחייבים בפשיעה. זו היא שיטת הרמב"ם והנה הרב הש"ך האריך ליישב שיטה זו מקושית התוס' והרא"ש בדברים נכוחים ואף אני אענה את חלקי לתרץ קושית התוס' שהקשו בפ' הזהב לסברא זו דס"ל דבכל אלו שאין בהם דין שומרים חייב בפשיעה משום דהוי כמזיק בידים א"כ מאי פריך הש"ס התם מהברייתא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק וכו' אחריות שבת עליו דילמא מיירי כשפשע ולכך חייב אף בהקדש דהוי כמזיק בידים ולמה הוצרך לאוקמי בשקנו מידו א"ו דאותן שאין בהם דין שומרים אף מפשיעה פטורים ולפענ"ד יש לתרץ ע"פ הא דאיתא במשנה בפ' הגוזל עצים דף צ"ו גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח וכו' אומר לו הרי שלך לפניך והטעם משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כדאמרינן בגיטין דף נ"ג ע"ש וכ"פ לקמן בר"ס שס"ג ואף לאנן דקיי"ל דדיינינן דד"ג מ"מ הכא דהיזק שאינו ניכר הוא לא גרע גרם להזיק ממזיק ממש בידים דפטור בהיזק שאינו ניכר דלא שמיה היזק ואף דבמטמא במזיד אף דהיזק שאינו ניכר הוא מ"מ חייב לשלם כדי שלא יהיה כ"א הולך ומטמא טהרותיו של חבירו מ"מ הכא כיון שלא טימא אותו בידים אלא שגרם היזק שאם היה ביד חבירו והיה חבירו משמרו שלא יטמא בכה"ג לא חייבוהו חז"ל בגרמא דממילא וכל זה ביאר הרמב"ן בחידושיו בסוף ב"ב בד"ג שלו ע"ש ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דליכא לאוקמי הברייתא בפשיעה דחייב דהוי כמו מזיק בידים זה ליתא דאי אמרת דאין בהקדש דין שומרים א"כ אמאי קתני או לשמור את התינוק ופירש"י שהיו מגדלים אותן לפרה אדומה בחצירות הבנוים בסלעים ותחתיהם חלל כדי שלא יטמאו וא"כ בכה"ג אמאי אחריות שבת עליו דאף שפשע ולא שמר כראוי ונטמא מ"מ הא הוי היזק שאינו ניכר דלאו שמיה היזק ולא גרע מגזל תרומה ונטמאת דאומר לו הש"ל אף שאם היה ביד הנגזל היה שומרו שלא יטמא מ"מ פטור כיון שלא טמאו בידים וא"כ ה"נ נהי דפשע ולא שמרו ומחמת זה נטמא מ"מ הא הוי היזק שאינו ניכר ופטור

בהיזק דממילא א"ו הא דאחריות שבת עליו לאו מטעם מזיק הוא אלא שחייב מדין שומרים דכיון שקיבל שמירה עליו לשומרו מאותו היזק שאינו ניכר חייב עליו כשאר השומרים ופריך שפיר הא רחמנא פטרה הקדשות משומרים וא"ש ונכון אלא דלכאורה יש להקשות ע"ז דהא הש"ך בסי' שס"ג סק"ז הוכיח דאף בשומרים אמרינן הרי שלך לפניך וא"כ אף אם יש דין שומרים בהקדשות אכתי קשה הא הוי היזק שאינו ניכר אך נראה דזה ל"ק דאף לשיטת הש"ך היינו דוקא בסתם שומר אבל היכא דקיבל עליו שמירה בפירוש מהיזק שאינו ניכר ודאי דחייב באחריות דכיון דחזינן דרחמנא חייבה ש"ש לשלם בגניבה ואבידה אף דגרע יותר מגרמי כמ"ש הב"י בשם הריטב"א והרא"ש וא"כ הוי כמו שלא עשה שום היזק כלל מ"מ כיון שקבל השמירה עליו חייביה רחמנא לשלם אם כן הוא הדין כשקיבל עליו לשומרו בפירוש מהיזק שאינו ניכר כיון שקיבל על עצמו לשומרו מזה חייב עליו ויש להביא ראיה לזה מהא דכתבו הטור והש"ע לקמן בס"ס רכ"ה בשם תשו' הרא"ש המוכר לחבירו מרתף של יין והתנו ביניהם שלא יהיה האחריות על המוכר רק אם תשבר החבית או תשפך בלבד ולא יהיה אחריות על הלוקח רק אם יחמיץ אם אח"כ אירע אונס ניסוך חל על המוכר והטעם הוא כיון דהמוכר קיבל עליו אחריות דאתא מעלמא מסתמא קיבל עליו גם אחריות ניסוך הרי אף דניסוך הוי היזק שאינו ניכר אמרינן כיון דמסתמא קיבל עליו כן חייב עליו ולפ"ז איפשטא לן נמי מה דנסתפק המ"א בא"ח סי' תמ"ג במשכן לו חמץ ועבר עליו הפסח כיון דהוי היזק שאינו ניכר אי מחזיר לו משכונו והוא יחזיר לו מעותיו והחק יעקב כתב שם בפשיטות דצריך לשלם לו ול"נ עיקר כיון דרוב הפוס' ס"ל דהטעם דאבד המשכון אבד מעותיו משום דמסתמא ה"ל כאלו פי' שבאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו כמבואר בסי' ע"ב א"כ אף לענין היזק שאינו ניכר אמרינן נמי דמסתמא קבלו עליו כמו דאמרינן במרתף של יין דמסתמא קיבל עליו ג"כ אחריות ניסוך ואף דלנידון דידן אם קיבל שמירת היזק שאינו ניכר עליו אם חייב בדין שומרי' אין ראיה זו מוכרחת די"ל דשאני במרתף של יין דהוי כאלו קיבל עליו בפי' אחריו' ניסוך שיתחייב לשלם ומהני תנאי זה כיון שהוא תנאי במכירה עצמה וגם לפמ"ש לקמן לפי שיטת התוס' נגיעת נכרי ביין הוי כהיזק ניכר א"כ אין ראיה כלל משם אף לדינו של המ"א והח"י מ"מ מן הסברא נראה כמ"ש. אמנם כ"ז אנו צריכין לשיטת הש"ך דס"ל דאף בשומרים אומרים הרי שלך לפניך אך באמת מהרש"ל ביש"ש לב"ק חולק בזה וס"ל דדוקא לגבי גזלן אומרים הש"ל אבל לא לענין שומרים דשומר כיון שקיבל עליו השמירה חייב אף בהיזק שאינו ניכר ואף דהש"ך בסי' שס"ג השיג עליו וכ"פ המ"א בא"ח סי' תמ"ג והרב בעל ח"י שם בפשיטות ופשטא

דסוגיא ריהטא כוותייהו מ"מ לכאורה יש ראיה גדולה דאין אומרים בשומרים הש"ל דהא אמרי' בהגוזל דף צ"ו ע"ב דהגוזל בהמה וכחשה כחשא דהדרא אומר לו הש"ל וכ"פ בש"ע ר"ס שס"ג והתוס' בפ' השולח דף ל"ח כתבו בשם ר"ח דהשוכר בהמה מחבירו ונולדה בה כחשא דהדרא חייב לשלם הפחת ואף הפוטרים לא פטרו אלא משום דאין שבת בבהמה ומבוארים שני דיעות אלו בטור וש"ע בסי' ש"ז ס"ו ות"ל דפטור משום דא"ל הש"ל א"ו דבשומרים לא אמרינן כן. שוב מצאתי בתוס' בב"ק דף נ"ו ע"ב ד"ה פשיטא שכתבו להדיא לחלק בהכי דבגזלן פטור בפירות והרקיבו מקצתן וכחשא דהדרא דאומר לו הש"ל משא"כ בשומר כיון דקיבל השמירה עליו חייב אף בכחשא דהדרא ופירות והרקיבו ע"ש הרי להדיא כמ"ש והנאני מאוד ודוחק לחלק בין פירות והרקיבו מקצתן וכחשא דהדרא לחמץ שעבר עליו הפסח שאין ניכר בו ההיזק כלל. ועוד יש להביא ראיה מהא דכתב הרב רמ"א ביו"ד סי' שמ"ט ס"ג בהגה לענין מת שהיו אביו ואמו מזרקים עליו כלים מצוה לאחרים להצילן אם לא נגעו במטה הנקברת עמו שאם נגעו בה נאסרו ואם הצילן חייב בשמירתן ואם החזירו לאביו ולאמו וחזרו וזרקום ונאסרו חייב המחזיר לשלם דהוי כזרקן למקום גדודי חיות וליסטי' ודברים אלו הן מדברי המרדכי בפ' הספינה בשם מוהר"ם והטעם מבואר שם דכל מי שרואה ממון חבירו שמוטל במקום שיבוא לאיבוד מלוה להצילו ואם הצילו ומטי לידו ה"ל כשומר אבידה דהוי כש"ח לכ"ע ולכך כשהחזירן לאביו ולאמו לאחר שבא לידו ה"ל כשומר אבידה שפשע בה ולא שמרו והניחו במקום גדודי חיות וליסטים דחייב לשלם ע"ש באריכות ואי אמרת דאף בשומרי' אמרי' הש"ל א"כ קשה אמאי חייב כשהחזירם לאביו ולאמו הא קיי"ל גזל חמץ ועבר עליו הפסח ותרומה ונטמאת דאומר לו הש"ל כיון דהיזק שאינו ניכר הוא והוא לא הזיקם בידים רק שלא עשה שמירה להתרומה ולא מכר החמץ לא קנסוהו חז"ל לשלם בכה"ג וא"כ ה"נ בהחזירן לאביו ולאמו אמאי יתחייב לשלם הא זריקת כלים על מטה של מתים הוי היזק שאינו ניכר דמה לי דאגע שרץ בתרומה או שנגע בכלי במת שנאסר וא"כ אמאי חייב לשלם נהי נמי דהוי כשומר אבידה ליהוי כשומר שלא שמר דבר המופקד והוזק בהיזק שאינו ניכר דאומר לו הש"ל לשיטת הש"ך וה"נ במה שהחזירו לאביו ולאמו הרי לא עשה מעשה בידי' רק שלא שמרו כראוי והניחו במקום שאינו משתמר וא"כ יאמר לו הש"ל א"ו דבשומרים ל"א הש"ל וזו היא קושיא גדולה לכאורה לשיטת הש"ך אולם באמת אף לשיטת מהרש"ל קשה נמי קושיא זו דאי אמרת דשומר אבידה מיחשב כשאר השומרי' לענין זה דא"י לומר הש"ל א"כ בגזל חמץ ועבר עליו הפסח ותרומה ונטמאת נמי לא יהא יכול לומר הש"ל דכיון דגזל החמץ ואינו בידו של הנגזל להצילו הרי אין לך

אבידה גדולה מזו שהוא אבוד מיד בעליו ומחויב לשמרו בכדי להחזירו לבעליו ואמאי יכול לומר הש"ל א"ו דאף לשיטת מהרש"ל דוקא בשומר שקיבל עליו השמירה בעצמו חייב בהיזק שאינו ניכר ולא בשומר אבידה וא"כ הדרא קושיא לדוכתה לכ"ע דאמאי חייב בהחזירן לאביו ולאמו דנהי דהוי כשומר אבידה מ"מ הא הוי היזק שאינו ניכר והנראה בזה דמהר"מ והמרדכי אזלי בשיטת התוס' דב"ק דף ק' ע"ב גבי מחיצת הכרם שנפרצה אומרים לו גדור נתייאש הימנה ולא גדרה ה"ז קידש וחייב באחריותו וכתבו התוס' שם אע"ג דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק נראה לר"י דהא חשיב היזק ניכר שהרי ניכר שהוא כלאים כשרואה הגפני' בשדה אבל מטמא טהרות חבירו אע"פ שרואין השרץ על הטהרות לא חשיב היזק ניכר דמי יודע אם הוכשרו עכ"ל ולפ"ז י"ל דמהר"ם ס"ל דכלים שנזרקו על המת מיחשב היזק ניכר ואע"ג דבעינן שיהיה בדעתו ע"מ לקברן עמו כדאיתא בי"ד שם מ"מ הא בכלאים בעינן נמי יאוש בעלים דוקא ואפ"ה מיחשב היזק ניכר אלא מטמא לא חשיב היזק ניכר כיון דבעינן מעשה בהטהרות שיוכשרו דוקא ואינו ידוע אם נעשה כן אך זה ניחא לתי' התוס' אך הרמב"ן בחי' בסוף ב"ב בד"ג שלו כתב לתרץ האי דינא דמחיצת הכרם שנפרצה באופן אחר דלכך חייב לשלם דהיזק ניכר הוא שמאחר שנתייאש הערבוב אוסרו ואיסור ניכר לכל הוא ואע"פ שאתה יכול לעקור הגפנים ולא יהיה האיסור ניכר שם שינוי החוזר לברייתו בכגון זו שינוי הוא והרי עושה בו מעשה ניכר בגרמתו של זה ול"ד למטמא דאגע ביה שרץ שהערבוב שינוי הוא עד שאתה מחזירו לברייתו עכ"ל וא"כ לפי סברתו הכלים שנגעו במת הוי היזק שאינו ניכר כמו מטמא ואם המציל החזירו לאביו ולאמו פטור מלשלם והנה אף שאין אני כדאי להכריע מ"מ נלפענ"ד ראיה לתי' הרמב"ן דלפי סברת התוס' דלכך מטמא באגע ביה שרץ חשיב היזק שאינו ניכר הוא משום דא"י אם הוכשרו הא לא"ה הוי היזק ניכר א"כ אם נכרי יגע ביין חשיב נמי היזק ניכר דכיון דבנגיעתו לבד נאסר היין א"כ דמי ממש לנגע שרץ בטהרו' וא"כ קשה מהא דפרכינן בחולין דף מ"א ע"א לר"נ ור"ע ור"י דסברי א"א אוסר דבר שאינו שלו בישראל דלצעורי מכוין ממתניתין דגיטין המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב ומשני סתמא דש"ס דמיירי בישראל מומר והרי ישראל מומר מנסך יין במגעו לבד כמ"ש התוס' שם ד"ה ה"נ וכן הוא בי"ד סי' קכ"ד ס"ח וא"כ כיון דקי"ל בגיטין דף נ"ג כר"י דלכך בשוגג פטור משום דהוי היזק שאינו ניכר ובמזיד חייב משום קנסא א"כ למאי דמוקי בישראל מומר אמאי מנסך בשוגג פטור הא ישראל מומר שאוסר במגעו לבד חשיב היזק ניכר ואף בשוגג ליחייב דאדם מועד לעולם ודוחק לומר דכל הני אמוראי סברי כחזקי' בגיטין דלא קי"ל כוותיה ועוד דהא

לחזקיה הטעם דבשוגג פטור כדי שיודיעו ובישראל מומר לא שייך כדי שיודיעו דלמה לו להודיעו וגם הא א"נ לאסור של חבירו גם מסתימת דברי הטור והמחבר לקמן סי' שפ"ה ס"ב משמע דישראל מומר שוה בדינו לישראל גמור ע"ש א"ו העיקר כתי' הרמב"ן ומומר שניסך הוי היזק שאינו ניכר וא"כ ה"ה זריקת כלים ע"ג מת מיחשב היזק שאינו ניכר כמו מטמא ואם המציל החזירן לאביו ולאמו פטור מלשלם וא"כ דין זה שכתב הרב רמ"א בי"ד סי' שמ"ט והוא מדברי המרדכי בשם מהר"ם במחלוקת שנויה דהרמב"ן פליג עלויה ומסתבר טעמי' וקשה להוציא ממון ע"פ פסק זה ויכול המציל לומר הש"ל. ותבנא לדינא דנראה דאף לשיטת הש"ך דס"ל דאף בשומרים אומרים הש"ל מ"מ בקיבל עליו השמירה בפי' מהיזק שאינו ניכר חייב לשלם כדין השומרים כיון דחזינן דרחמנא חייבה לשומרים בפשיעה וגניבה אף דגרע יותר מגרמי ולא עשה כלום אפ"ה חייביה רחמנא כיון דקיבל השמירה עליו וה"ה לענין היזק שאינו ניכר כיון שקיבל עליו לשמור מהיזק זה חייב עליו אך נראה דיש נ"מ לדינא בזה בין שיטת התוס' לשיטת הרמב"ם דלשיטת התוס' דס"ל דבשטרות אף מפשיעה פטור והוא משום דפשע ונגנב גרע יותר מגרמי כמ"ש הב"י בשם הריטב"א והרא"ש א"כ מוכח מדחייביה רחמנא לשומר חנם בפשיעה במטלטלין אף דלא עביד כלום כיון שקיבל השמירה עליו א"כ ה"ה ש"ח שפשע בהיזק שאינו ניכר נמי יש לחייבו אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל דפשיעה חשוב כמזיק גמור א"כ הא דחייבה רחמנא לש"ח בפשיעה משום דהוא כמזיק גמור א"כ בהיזק שאינו ניכר כיון דלאו שמיה היזק כלל אף שקיבל עליו השמירה מהיזק זה י"ל דלא חייביה רחמנא אבל אם הוא שומר שכר כיון דחזינן דרחמנא חייביה אף בגניבה ואבידה שלא עביד ההיזק כלל כיון שמקבל שכר על שמירתו א"כ ה"ה במקבל שכר לשמור מהיזק שאינו ניכר חייב בו וקושית התוס' דס"פ הזהב לשיטת הרמב"ם מתורץ היטב דהא התם בש"ש אייריי ודוק בכ"ז היטב ולענין דינא אין הכרעת הש"ך מכרעת לדחות דברי הראשונים אך מ"מ אם תפס מן השומר יכול לומר קים לי כשיטת הרמב"ם וסייעתו דמחייבי בפשיע' בשטרות וכל הני שאין בהם דין שומרים וכ"פ בתשו' רדב"ז ח"א סי' תע"ה:

לה ואם קנו מידו. ואע"ג דמתנה ש"ח להיות כשואל אף בדברים בלא קנין כדלקמן סי' רצ"א סכ"ז שא"ה שהוא ש"ח וכיון שהוא בדין השומרי' יכול הוא לחייב א"ע להיות כשואל אפי' בדברים אבל כאן שאינו בתורת שומרים כלל א"א שיחול עליו שום חיוב אא"כ קנו מידו כן העלו הרשב"א והר"ן כמ"ש הנ"י בס"פ הזהב בשמם וכ"כ התוס' שם וביאר הש"ך הטעם דבסי' רצ"א מתנה להיות כשואל ושואל חייב התם והוי כאלו אמר הריני שואל ודומה להריני כאלו התקבלתי בנדרים ביו"ד ס"ס רל"ב משא"כ הכא דאפי'

שואל פטור דאין כאן דין שומרים כלל א"כ במה יתחייב עצמו אם לא בקנין עכ"ד ובחי' הריטב"א ביאר חילוק זה באופן זה דכיון דהטעם דמתנה ש"ח להיות כשואל אמרינן בס"פ הפועלים דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה א"כ דוקא בממון הדיוט דיש בו חיוב אונסין ע"י שאלה שייך לומר דגמר ומשעבד נפשיה לכל חיוב הראוי לאותו ממון אבל בהקדש שאין בו דין שומרים כלל לא עביד דמשעבד נפשיה בלא קנין לחיוב שאינו ראוי לאותו ממון כלל עוד תי' שם דבהקדש לא שייך לומר בההיא הנאה דמהימן ליה כיון שאין לו בעלים וגם מיבדל בדילי מיניה ולכך ראוי להאמין בו יותר וכ"כ האס"ז בשם הרא"ש ולדידי תמי' לי טובא לכל התי' דהא בש"ס דפריך ס"פ הזהב על הא דבהקדש אין בו דין שומרים מהברייתא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה משני בשקנו מידו א"כ מוכח דאף בשומר שכר לא מהני תנאי בדברי' להיות חייב בגניבה ואבידה בהני שאין בו דין שומרי' ולא ידעתי שום טעם למה לא יהא יכול להתחייב א"ע בההיא הנאה שמקבל שכר על שמירתו ועד כאן לא הוצרך הש"ס ס"פ הפועלי' לשנויי בההי' הנאה דמהימן ליה גמר ומקני אלא בש"ח דמתנה להיות כשואל דבמה יכול לחייב נפשו כדפריך התם במאי בדברים אבל בש"ש שנוטל שכר על שמירתו מה"ת לא יהיה יכול לחייב נפשו במשיכת דבר הנשמר בההיא הנאה שמקבל שכר שמירה על תנאי זה כמו בכל מו"מ דאגב זוזי גמר ומקני וכ"כ בתשו' הרא"ש והט"ו ס"ס שט"ו בראובן ששכר נער לשמש וא"ל שמעון לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו אע"פ שלא היה קנין בדבר חייב כי כל תנאי של שכירות א"צ קנין הרי להדיא אף דשמעון אינו שומר כלל מ"מ כיון דראובן שכרו ונותן שכר להנער ע"פ דברי שמעון חייב עליו דשכירות א"צ קנין ודוחק לומר דמתורת ערבות נתחייב שמעון בההיא הנאה דמהימן ליה ראובן לשוכרו על פיו דאין משמעות דברי הט"ו כן וביותר קשה דמדברי הר"ן ר"פ הנושא משמע דס"ל דלשיטת הרמב"ם דאדם יכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב כשאומר אתם עידי דה"ה בשומר קרקעות והתנה באתם עידי להתחייב באחריות חייב ג"כ והא דמשני הש"ס בשקנו מידו הוא משום דנקט ההקנאה היותר רגילה וכ"כ הש"ך בשמו בסי' צ"ה סק"ד והרי בש"ס מיירי בש"ש ומאי דבר שאינו חייב הוא כיון ששכרו ע"פ תנאי זה להתחייב באחריות וכי תנאי של שכירות צריך קנין או אתם עידי דוקא ויותר נראה בקושית התוס' דלכך צריך הכא קנין דוקא דהא התוס' כתבו בפ' אע"פ דף נ"ז ד"ה הרי זו דלכך מתנה ש"ח להיות פטור משבוע' ומשלם ולא הוי כמתנה על מ"ש בתורה משום דהא דחייבה התורה ש"ש בגניבה על שלקח שכר ושואל באונסין משום דמסתמא משעבדים א"ע לכך ולכך במקום שאין משעבדין א"ע פטורין וא"כ כיון

דחזינן דקרקעות וכוותייהו פטרה רחמנא מדין השומרים אף דמסתמא משעבדים א"ע לכך ולכך אף תנאי מפורש נמי לא מהני דהא סתמא נמי כמפורש דמי אם לא בקנו מידו דאלים טפי וזה נכון:

לו יכול כ"א לומר גוד או אגוד. כתב הש"ך הרא"ש והטור לטעמייהו לקמן סי' קע"א אזלי אבל כבר כתבתי שם דהר"י הלוי והראב"ד והנ"י בשם הר"י והרא"ה ושאר פוסקים חולקים דאין דין דגא"א רק באחין שירשו ולא בשותפין ע"ש עכ"ל ולא ירדתי לסוף דעתו דהא אדרבה הרא"ש בפ"ק דב"ב והטור בס"ס קע"א ס"ל ג"כ כהר"י הלוי דדינא דגא"א הוא דוקא באחין שירשו או במקבלי מתנה אבל לא בשותפין שהרי לדעת שהן שותפין בו לקחוהו ולא למוכרו איש אל אחיו וא"כ ה"נ בשטר שהלוו שנים ביחד שייך לומר כן דלדעת שהן שותפין יחד הלווהו א"ו ע"כ צ"ל כיון דהרא"ש והטור כתבו שם על דברי הר"י הלוי ונראין דבריו אם לא היה להם בית דירה ולקחו לדור בו או שהיה להם בית דירה ולקחו להשכירו לאחר אבל אם היה להם בית דירה ונפל או נשרף דירתו של א' מהם או שהוצרך למוכרו מחמת דחקו יכול לומר לחבירו גא"א כיון שצריך לדור בו ואינו רוצה לדור עם אחר וכן נמי אם הוצרכו שניהם ליכנס לדור בו עכ"ל וא"כ ה"נ בהלוו לשניהם בשטר א' אף שמתחילה אדעתא דשותפו' עשו השטר ביחד עד שיבוא לידי גוביינא ויחלקו ביניהם מ"מ י"ל דלכך הלוו שניהם ביחד כיון שהיו שותפי' בכל ענייניהם אבל עכשיו שבאו לידי חלוקת השותפו' ולא נשאר בידם אלא שטר זה יכול כ"א לומר איני רוצה להיות אגוד בך בשטר זה לבד ולהיות קדירה דבי שותפי ודנין בזה גא"א וא"כ בהיות כן מנ"ל להש"ך דהנ"י והר"י הלוי והראב"ד חולקים בסברא זו כיון דטעמא דידהו דס"ל דבשותפין אין דנין בו גא"א דסברו וקבלו שניהם להיות שותפים בו מתחילה א"כ הכא לא שייך טעם זה דהא מתחלה שהיו שותפים בכל ענייניהם לא היה שום גריעותא מה שהיו שותפי' בהחוב אלא דעכשיו שחלקו נולד גריעותא הלזו א"כ הוי כיורשין ומקבלי מתנה דדנין בו גא"א כיון דליכא גילוי דעת דסברו וקבלו כן ותדע דהגריעותא הוא דוקא לאחר שחלקו דאל"כ אף שני אחים שהם שותפים עכשיו בכל ענייניהם וכן שותפי' ויש להם שטר אחד יהא כ"א יכול לומר גא"א אף קודם חלוקת השותפות ומדברי הט"ו לא משמע כן א"ו דעיקר הגריעותא הוא משום שחלקו דוקא וכן משמע בש"ע לקמן סימן קע"ו ס"כ וא"כ הכא כ"ע מודי דאף בשותפין דנין דין דגא"א וכן עיקר:

לז בעל שסילק. הש"ך בס"ק קל"ד כתב דאינו מועיל סילוק אלא בכותב לה ועודה ארוסה אבל קודם אירוסין וכן לאחר הנשואין לא מהני סילוק כמבואר באה"ע סי' צ"ב ולדידן

דמארסין בשעת החופה לא משכחת להאי דינא כלל וע' בתשו' הגאון מה' זיסקינד מלובלין סי' י"ג מ"ש לו הגאון בעל חוות יאיר בשטרי סילוק הנוהגים בזמנינו והעולה מדברי שניהם דאף לדידן מהני סילוק בקנין תחת החופה דזה מיחשב כעודה ארוסה דלא נקרא גמר נשואין עד שאוכלים יחד החתן וכלה במקום צנוע אחר החופה כדאיתא באה"ע סי' נ"ד ע"ש בדבריהם באריכות בזה:

סז

א שמיטת כספי' נוהגת בזמה"ז בכל מקום. בספר יראי' לר"א ממין סי' רע"ח כתב דחוב שעבר עליו שביעית אין רשאי הלוה לעכבו אלא ע"פ המלוה שכ"ז שלא השמיטו המלוה חייב לפרוע אלא הלוה יזמין למלוה לדין שישמט חובו כאשר צווה וב"ד יחייבו המלוה לומר משמט אני כאשר ציוהו חכמי' המחזיר חוב בשביעית צריך לומר משמט אני וכו' ואם אינו רוצה המלוה לומר יכופו אותו שיאמר דתניא בכתובות וכו' אבל במצות עשה שאומר לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו ונ"ל שאין דברים הללו אלא בב"ד של א"י אבל בב"ד שבח"ל אין רשאי לכופו דאין דנין דיני קנסות בח"ל אפי' בממון במידי דלא שכיחא ואית ביה חסרון כיס עכ"ל ודברים אלו דברים חדשים הם ולא ראיתי לשום פוסק שיכתוב כן ובזה יש לתרץ קושית הב"י על הרא"ש שכתב בפ"ק דמכות על הני תרי לישני דהמלוה את חבירו לעשר שנים אי שביעית משמטתו או לא וכתב הרא"ש וכיון דשביעית בזמה"ז דרבנן ספיקא דרבנן לקולא ואין משמטתו ותמה הב"י דהאיך שייך בדיני ממונות ספיקא דרבנן לקולא דאף שקולא הוא להתובע הרי הוא חומרא להנתבע ולפי שיטת הרא"ם ניחא דהא הלוה חייב לפרוע את החוב ואין שביעית משמטתו עד שיאמר המלוה משמט אני וב"ד כופין אותו על כך כמו בשאר מצות עשה וא"כ במלוה את חבירו לעשר שנים כיון דספיקא דרבנן לקולא א"כ אין המלוה צריך לומר משמט אני ויכול ליטול המעות א"כ ממילא צריך הלוה לפרוע דהא חיובא דפרעון רמיא עליו ואינו נפטר אלא כשיאמר המלוה משמט אני וא"ש אך מסתימת דברי הרא"ש בפ' השולח והטור שלא כתבו דין זה משמע דלא ס"ל כן וכן נראה מדברי כל הפוסקים שוב ראיתי במרדכי פ' השולח שכתב להדיא בשם רבינו אביגדור כהן דשביעית משמטת ממילא וא"צ לומר משמט אני וכתב שכן קיבל וכן נוטה שם דעת ר"ח ע"ש:

ב לפיכך שבועת הדיינים וכיוצא בה וכו'. בכל בו בסוף הספר בחידושי דינים מהתשב"ץ אות כ"ט כתב וז"ל ראובן תבע לשמעון חוב ושמעון משיב השמטה כבר עברה ואיני

יכול לפרוע לך ולעבור על דת משה אם התובע אומר פרוזבול היה לי ואבדתי אותו חייב הנתבע לפרוע אבל אם לא טען פרוזבול פטור אבל בזמה"ז שאין רגילות לכתוב פרוזבול הפסיד תביעתו וכן פסק בספר יראים והר"ף ז"ל הגיע אך ר"ת פסק בגיטין שיכול לומר פרוזבול היה לי ואבד ואפי' שבועת היסת לא בעי ומיהו הני מילי בתביעה בשטר אבל בתביעה בלא שטר הנתבע יכול לטעון שביעית ליפטר מן השבועה ואין התובע נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד והשביעית משמטת שבועה וגם כדאי הוא ספר יראים לסמוך עליו לענין שבועה עכ"ל והנה מדכתב לבסוף וגם כדאי הוא ספר יראים לסמוך עליו לענין שבועה משמע דברישא אף בלא סברת הס' יראים ס"ל דא"נ לומר פרוזבול היה לי ואבד לענין לחייב את הנתבע לישבע ובאמת אינו מובן טעמו של דבר כיון דקיי"ל דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד להוציא ממון מן הלוה משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא אמאילא נאמינו נמי מה"ט אף לענין שבועה ומנ"ל לחלק בין ממון לשבועה בזה ולכאורה היה נראה לומר דהרשב"ץ מיירי שהנתבע כבר כפר בהחוב קודם שביעית ובכה"ג י"ל דלא מהני פרוזבול כלל אחר הכפירה כיון דטעמו של פרוזבול הוא דהוי כמוסר החוב להדיינים שהם יגבו את חובו דזהו גופו של פרוזבול כמבואר בסי"ט וא"כ בכה"ג כיון שהנתבע כבר כפר בהחוב י"ל דאינו יכול למוסרו להדיינים וכעין מה שמבואר בר"ס קכ"ג לשיטת הרמב"ם דלתקנת הגאונים כותבין הרשאה על השטר אף דכפר בו ואינו מוסר השטר בידו אבל במלוה ע"פ וכפריה אין כותבין עליו הרשאה משום כיון דלא שכיח להלוות בע"פ וגם כפר בו לא תיקנו כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם ואע"ג דפרוזבול קיל מהרשאה דהא לדינא דהש"ס אין כותבין הרשאה במלוה בשטר אלא כשמוסר לו השטר ופרוזבול כותבין אף בלא מסירת השטר כלל דהא במסירת השטר א"ל פרוזבול כלל כמבואר בסי"א מ"מ י"ל דמלוה ע"פ וכפריה כיון דלא שכיח וגם כפר בו גרע טפי ולא תיקנו פרוזבול בכה"ג ולכך כתב התשב"ץ דבכה"ג א"נ לומר פרוזבול היה לי ואבד לחייב הנתבע שבועה אף דטוען שכתב הפרוזבול קודם הכפירה ואבדו א"נ דכאן לא שייך לא שביק היתרא די"ל דסמך א"ע שיקח הפרוזבול אח"כ כי לא ידע שיכפרנו ואח"כ כשכפר בו שוב אינו מועיל פרוזבול כלל אך מ"מ קשה להעמיס דברים אלו בכוונתו מסתימת דבריו בזה ועוד דהא התוס' והרא"ש ס"ל דכותבין הרשאה אף במלוה ע"פ דכפריה מדין התלמוד והרב רמ"א בסי' קכ"ג כתב שכן נוהגין וא"כ אמאי יגרע פרוזבול מהרשאה ויותר נראה דטעמו של הרשב"ץ הוא ע"פ מה שנראה מדברי הרא"ש בשבת פרק במה אשה סי' י"ד בשם ר"ת דהא דקי"ל דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד אע"ג דבפ' השולח דייקינן מסתם משנה דכתובות דלא מצי למימר פרוזבול

היה לי ואבד מ"מ סמכינן אדרב דס"ל כברייתא משום דשביעית בזמה"ז דרבנן ובשל סופרים הלך אחר המיקל ע"ש וא"כ י"ל היכא דהנתבע כופר בהחוב לגמרי ואינו חייב אלא שבועת היסת שהיא מדרבנן וכיון שכבר עברה עליו שמטה סמכינן בזה אסתם משנה דכתובות דא"נ לומר פרוזבול היה לי ואבד אף דשביעית בזמה"ז מדרבנן מ"מ שבועת היסת ג"כ אינו אלא מדרבנן ולא מחייבינן ליה שבועה מספק ולפ"ז בשבועת התורה של הודאה במקצת נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד לחייבו שבועה דכיון שנאמן לענין להוציא ממנו הממון שהודה לו מהימנינן ליה נמי לענין השבועה זהו מה שנראה לי בזה ולא ראיתי לאחד מהמחברים שהביא דברי התשב"ץ אלו ודברים של טעם הם:

ג וכפר והביא עדים וחייבוהו ב"ד וכתבו לו פס"ד. בתשו' מוהרי"ט בחלק ח"מ סי' קי"ז כתב דלרבינו שמשון דוקא כשכפר בו ונתחייב מהני פס"ד אבל בלא כפר בו לא מהני פסק דין ולהרמב"ם והרא"ש בכל ענין מהני פס"ד ע"ש והביאו הכנה"ג ויש להקשות לשיטת הרמב"ם והרא"ש דפס"ד מהני בכל ענין א"כ מאי פריך בפ"ק דמכות למ"ד דהמלוה את חבירו לעשר שנים שביעית משמטתו ממתניתין דקתני מעידין אנו באיש פ' שהוא חייב לחבירו אלף זוז ע"מ ליתנו מכאן ועד ל' יום והוא אומר מכאן ועד י' שנים ונמצאו זוממין אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיה בידו אלף זוז בין ליתן מכאן ועד ל' יום בין ליתן מכאן ועד י' שנים ואי אמרת שביעית משמטתו כולהו נמי בעי שלומי ומוקי לה דהב"ע במלוה על המשכון ומוסר שטרותיו לב"ד ומאי קושיא הא מתניתין מיירי שתובעים זא"ז בב"ד דהא אין עדים זוממים משלמים עד שיוגמר הדין על פיהם וא"כ אף אם העדים לא היו מעידים שהז"פ מכאן ועד ל' יום היה יכולת ביד המלוה ליקח פס"ד מהב"ד שישלם לו מכאן ועד י' שנים ולא היה השביעית משמטת א"ו כיון שהלוה הודה שחייב לו לעשר שנים לא מהני פס"ד ואפשר לומר כיון דטעמא דבפס"ד אין שביעית משמטת משום דכיון שיש בידו פס"ד הוי כגבוי א"כ היינו דוקא אי הז"פ של הפס"ד הוא קודם שביעית אבל אי הז"פ של הפסק דין הוא לאחר שביעית למ"ד דהמלוה את חבירו לעשר שנים משמטת אף שיש בידו פס"ד משמט דלא שייך לומר דהוי כגבוי כיון שהז"פ הוא לאחר שביעית וא"י לתובעו קודם שביעית ולפ"ז לכאורה יש לנו ללמוד מזה דלפמ"ש הב"ח דאף דקיי"ל המלוה את חבירו לעשר שנים אין שביעית משמטתו מ"מ בסתם הלואה אף דאינו חייב לשלם אלא לאחר ל' יום כיון דלא, קבע זמן מפורש משמטת א"כ בכה"ג אף שכתבו לו פס"ד שחייב לשלם לאחר ל' יום משמטת דלא הוי כגבוי אך אכתי יש לפקפק בזה די"ל דכיון שכתבו לו ב"ד פס"ד הדר ה"ל כקביעת זמן מפורש ואינו משמט וצ"ע:

ד וקבע לו זמן לעשר שנים. בפ"ק דמכות איתא בש"ס תרי לישני דהמלוה את חבירו לעשר שנים אי שביעית משמטתו או לא וכתב הרא"ש וכיון דשביעית בזמה"ז דרבנן ספיקא דרבנן לקולא ואין שביעית משמטתו והקשה הב"י הא בספיקא דממונא נקטינן בכל דוכתא קולא לנתבע והיכי אמרינן הכא קולא לתובע להוציא ממון ואחי המופלג החריף מוהרר"א ליב נ"י תי' ע"פ מ"ש הכנה"ג בכללי קים לי בשם הרב הגדול מוהר"ר יחיאל באסן ז"ל שהקשה דמה טעם אמרינן קים לי בממון ולא במילתא דאיסורא והרי בממון אם אין הדין כן ה"ל גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא הוא והשיב דבשלמא לגבי איסור אי אזלינן לחומרא יצאנו מידי ספק איסור משא"כ לענין ממון אי ניזל לחומרא להוציא מיד המוחזק אכתי איכא ספק איסור להמוציא דדילמא הדין כהאומרים ששייך להמוחזק והוי גזל ביד המוציא לכך היכא דקאי ממונא ליקום ולפ"ז הכא גבי שביעית כתב הרא"ש שפיר דכיון דשביעית בזמה"ז דרבנן אזלינן לקולא ומוציאין מיד המוחזק דאם ישאר ביד הלוה כיון דאיכא ספיקא אי שביעית משמטתו ה"ל ספק גזל ואזלינן לחומרא אבל לגבי המלוה אף אי האמת דשביעית משמטתו ליכא גזל אלא ספק איסור דרבנן דשביעית בזמה"ז אינו אלא מדרבנן ואזלינן בספיקו לקולא ונכון הוא אלא דדברי הרב מהו' יחיאל באסן אינן נראין לי דלפי דבריו תקשה הא דקיי"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י אם הלויתני פטור ואמאי אינו חייב לשלם משום ס' גזל דספיקא דאורייתא לחומרא ולגבי התובע ליכא ס' כלל דהא הוא טוען ברי וכל אדם נאמן באיסורין אפי' בדבר שנוגע לעצמו דהא ילפינן לה מוספרה לה לעצמה כמ"ש התו' בריש גיטין א"ו דלענין ממון ל"א ספיקא דאורייתא לחומרא כיון דילפינן מקרא דהממע"ה אך מ"מ נראה דדברי הרא"ש נכונים בטעמן דכיון דחיוב הלואה הוא ודאי מדאורייתא אלא דאיכא ספיקא אי שביעית משמטתו וא"כ כיון דשביעית בזמה"ז דרבנן וספק דרבנן בכל דוכתי לקולא אזלינן וליכא איסורא כלל דבספיקא לא גזרו רבנן א"כ לא אתי איסור ס' שביעית דרבנן ומוציא מידי ודאי חיוב הלואה דאורייתא וחייב לשלם וכ"כ בתשו' מוהרי"ט ח"ב בחלק י"ד סי' מ' ובסברת הרא"ש החזיקו בחידושי הריטב"א בפ"ק דמכות ובתשב"ץ ח"ב סי' צ"ט וכ"כ דברי הרב בסי"ח:

ה זמן לעשר שנים. ע' בב"ח שכתב דהיינו דוקא בקובע זמן אבל במלוה סתם אף דסתם הלואה ל' יום והשמטה היא בתוך ל' שביעית משמטתו והביא ראיה ממתני' דשביעית ופסקה הרמב"ם דהשוחט את הפרה וחלקה בראש השנה אם היה החודש מעובר משמט אף דסתם הקפה ל' יום ועמ"ש בסי' ע"ג סק"ב דאין ראייתו מוכרחת כלל ע"ש

ו הקפת חנות. הסמ"ע הביא בשם הב"י דדוקא הקפת חנות אינו משמט משום דדרך החנוני להקיף לזמן רב וה"ל כמלוה את חבירו לעשר שנים אבל המוכר דבר לחבירו מיד כשמוכרו ה"ל כהלוהו והשביעית משמטתו וע' בב"י שישב בזה דברי הרמב"ם אבל הב"ח השיג עליו מדברי התוס' והרא"ש והר"ן ר"פ אע"פ שמבואר שם להדיא שכל חוב שאינו דרך הלואה אינו משמט כמו בהקפת חנות ושכר שכיר וכ"כ הרמב"ן והרא"ה והריטב"א בחידושיה' שם ע"ש וכן עיקר:

ז ואם פגמתה או זקפתה. מל' הרמב"ם והמחבר שכתב בכתובה דמהני פגימה וזקיפה ובשכר שכיר בסט"ו וקנס של אונס ומפתה בסעיף שלפ"ז לא כתבו אלא דמהני זקיפה לעשותם כמלוה משמע דפגימה לא מהני ובאמת לא ידעתי טעמו דלמה בכתובה מהני פגימה ובשכר שכיר ואונס ומפתה לא מהני הא החוב של כתובה נמי אינו דרך הלואה כמ"ש התוס' והר"ן ר"פ אע"פ ובגיטין דף י"ח ואדרבה מש"ס שם משמע דאונס ומעתה שוה לכתובה דאמרינן התם מאימתי כתובה משמטת רב אמר משתפגום ותזקוף ושמואל אמר פגמה אע"פ שלא זקפה זקפה אע"פ שלא פגמה ת"כ דרב מאימתי כתובה משמטת משתפגום ותזקוף פגמה ולא זקפה זקפה ולא פגמה אינה משמטת עד שתפגום ותזקוף ת"כ דשמואל אונס וקנס ופיתוי וכתובת אשה שזקפן במלוה משמטין ואם לאו אין משמטין אלמא דקנס ואונס ופיתוי שוין לכתובה וא"כ כי היכא דבכתובה מהני פגימה לבדה ה"ה בקנס ואונס ופיתוי ושכר שכיר דמה"ת לחלק ביניהם ואדרבה יש להוכיח דכתובה גרע משכר שכיר ודכוותייהו דאל"כ תקשה קושיא עצומה לרב ממתניתין דפ"י דשביעית דאיתא התם להדיא דהקפת חנות אינה משמטת ואם עשאה מלוה משמטת וכן שכר שכיר אינו משמט ואם עשאו מלוה משמט וא"כ תקשה לרב דס"ל בכתובה עד שתפגום ותזקוף הא בהני מהני זקיפה לחודא ואף דתניא כוותיה דרב מ"מ האיך שביק מתניתין ועביד כברייתא ועוד דאמאי לא שקיל וטרי בש"ס למיפרך עלי' דרב ממתני' ולשנויי דס"ל כברייתא א"ו צ"ל דרב ס"ל דשטר כתובה שהוא בידה גרע טפי מהני ובעינן פגימה וזקיפה וא"כ ממילא לשמואל דס"ל דבכתובה מהני פגימה לחודא דכ"ש בהני מהני נמי פגימה לחודא והנה בטעמא הא דמהני פגימה כתב הסמ"ע דכיון דיצא בהמותר משם סתם חיוב כתובה ה"ל כמלוה ורש"י בגיטין כתב דכיון דגלי דעתיה בפרעון קרינן ביה לא יגוש והנה אי אמרינן דטעמא דכתובה אינה משום דהוי מעשה ב"ד וכגבוי דמי יש קצת טעם לדברים אלו אבל לפמ"ש התוס' ורוב הפוס' דהא דכתובה אינה משמטת משום דלא הוי החוב דרך הלואה קשה מאוד להבין למה מהני שיהא חשיב כמלוה מה שנשאר חייב ובאמת לולי דברי הקדמונים ז"ל דפסקו כשמואל

דפגמה אע"פ שלא זקפה הוי אמינא דלית הלכתא כוותיה דשמואל בזה דהא בברייתא דמייתי הש"ס סייעתא לרב מבואר דפגימה לבדה לא מהני וכן זקיפה לבדה לא מהני אלא בעינן תרוייהו דוקא וא"כ נהי דבברייתא דמייתי סייעתא לשמואל מבואר דזקיפה לחודא מהני מ"מ דילמא דוקא זקפן במלוה מהני אבל פגימה לא מהני דמה"ת נאמר דברייתא זו פליגא אברייתא אחריתא גם בזה ואדרבה משמעות הברייתא דדוקא זקפן עליו במלוה משמט אבל בפגימה לחודא לא דאל"כ לאשמועינן דאף פגימה לבדה מהני כמו דאשמועינן שמואל ומנא לן להשוות פגימה לזקיפה גם מה דפשיטא להו להרמב"ם והרא"ש דהלכתא כשמואל משום דהלכתא כוותיה בדינא קשה מדברי בעה"ת והט"ו בסכ"א דס"ל בפרוזבול בעינן ג' דיינים אע"ג דהוא פלוגתת ר"נ ורב ששת בפ' השולח דר"נ ס"ל דסגי בשנים והילכתא כר"נ בדיני וכתבו הב"י ודרישה וב"ח משום דשמיטה איסורא הוא וקיי"ל כר"ש באיסורי וא"כ ה"נ כיון דשמיטה איסורא הוא הלכתא כרב באיסורא בכל דוכתי וצ"ל דשא"ה דמסתבר טעמיה דר"ש טפי כמ"ש הב"י וב"ח ע"ש ודוחק וצ"ע:

ח והמאוחר פסול. משום דא"י למסור לב"ד החובות שאינו חייב לו עדיין וכשמאחר זמנו של פרוזבול יגבה על ידו חובות שנתחייבו לו אחר כתיבת הפרוזבול שלא כדין ונראה דאם הוציא שט"ח ויש בידו פרוזבול שזמנו קודם להשט"ח וטוען המלוה שהשט"ח הוא שטר מאוחר דנאמן דאע"ג דבכל דוכתי ל"ח למאוחר דהא שובר שזמנו קודם להשט"ח גובה המלוה בהשט"ח כדמוכח בסי' מו"ג סכ"ו וסי' נ"ד ס"ג מ"מ בכה"ג נאמן המלוה לומר כן משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ועוד דנאמן במיגו דאי בעי טעין פרוזבול היה לי ואבד לכך מהימנינן ליה נמי בטענה זו לומר דהשטר מאוחר וכמו בשטר שזמנו כתוב בשבת דתלינן בהכי בסי' מ"ג סי"ד ע"ש ובזה יש ליישב התוספתא שהביא הר"ש בפ"י דשביעית משנה ה' דאיתא התם כל מלוה שאחר פרוזבול אינו משמט ונדחק שם הר"ש בפירושו ולפמ"ש י"ל דהתוספת' מיירי בכה"ג וקמ"ל דתלינן במאוחר:

ט פרוזבול היה לי ואבד. בש"ס מבואר הטעם משום חזקה דלא שביק אינש היתרא ואכיל איסורא והמרדכי הביא בשם רבינו יחיאל דאף במכחישו הלוה בברי שלא כתב פרוזבול נאמן המלוה מה"ט וכן מוכח מדברי הרשב"א והרמב"ן שכתבו דנאמן לומר תנאי היה בינינו שלא תשמיטני שביעית משום חזקה זו אף שהלוה מכחישו בברי שלא התנה עמו אך רבינו חזקיה במרדכי שם ובתשו' הרא"ש הביאו הכנה"ג ס"ל דדוקא כשהלוה אינו יודע אז מהני חזקה זו אבל אם הלוה מכחישו בברי אין המלוה נאמן ויש להבין דלפ"ז ל"ל להש"ס לטעמא דחזקה לא שביק היתרא ועביד איסורא ותיפוק ליה

כיון שהמלוה טוען ברי פרוזבול היה לי ואבד והלוה אינו יודע ה"ל כא"י אם פרעתיך דחייב לשלם כיון שהחוב ודאי והפרעון ספק וגם מ"ט דמאן דפליג בש"ס אדין זה וצ"ל כשיטת הסוברים דהא דקיי"ל א"י אם פרעתיך חייב היינו דוקא היכא דה"ל להלוה למידע אבל היכא דלא ה"ל למידע פטור והכא לא ה"ל להלוה למידע ועוד י"ל דכאן גרע טפי שרגלים לדבר שלא היה לו פרוזבול דמה שטען שאבדו טענה גרועה היא דכיון דהפרוזבול לגוביינא קאי מיזהר זהיר ביה כדאיתא בפ' המקבל דף ק"י ובכה"ג אף בא"י אם פרעתיך פטור כיון דרגלים לדבר שהמלוה משקר כמ"ש בחי' הרשב"א בגיטין דף ע"ח גבי הכא בשני כיתי עדים עסקינן ובתוס' סוטה דף כ"ה ע"ב ע"ש ובזה נתיישב לי מה דקשה טובא במתני' דס"פ הכותב דאמר רשב"ג התם מן הסכנה ואילך אשה גובה כתובתה שלא בגט ובע"ח שלא בפרוזבול וקשה טובא דבשלמא בכתובה כיון דליכא ריעותא במה שאין הגט בידה גובה בכתובה לבד מפני שהוא תנאי ב"ד וגם יש תקנה בשובר אבל גבי בע"ח נהי דליכא ריעותא במה שאין הפרוזבול בידו מ"מ היכא מהימנינן ליה להמלוה להוציא ממון בלא ראיה דילמא משקר ולא היה לו פרוזבול כלל ולפמ"ש א"ש דכיון דמן הסכנה ואילך ליכא ריעותא כלל במה שאין הפרוזבול בידו א"כ ה"ל הלוה כאומר א"י אם פרעתיך דחייב לשלם בכל דוכתי אך מדברי הרמב"ם למדתי תי' אחר לקושיא זו דהרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה דין כ"ד כתב דאם אמר פרוזבול היה לי ואבד נאמן שמזמן הסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול וכתב הכ"מ שמדברי רבינו כאן ובפי' המשנה נראה שהוא מפרש דברי רשב"ג דבזמן הסכנה תקנו שיהא אדם נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד ואע"פ שעברה הגזירה נאמן בכך שלא לחלק בין זמן לזמן ע"ש ולכאורה קשה דהרי הרמב"ם עצמו בדין כ"ו כתב הטעם דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ויותר תימה דהרמב"ם בפירוש המשנה כתב להדיא טעמא דלא שביק היתרא והא רשב"ג גופיה אמר במתניתין טעמא דמן הסכנה ואילך והאיך הרכיב הרמב"ם שני הטעמים יחד לכך נראה דלהרמב"ם הוי קשה לו קושיא זו דאף מן הסכנה ואילך מ"מ האיך מהימנינן ליה להמלוה להוציא ממון ולכך מפרש הרמב"ם דודאי סברא זו דלא שביק היתרא ואכיל איסורא היא סברא אלימתא בכל דוכתי אלא דת"ק ורשב"ג ס"ל דהכא לא מהני חזקה זו דאיתרע כיון שאין הפרוזבול תחת ידו וכעין מ"ש הפוס' בטעמא דחזקה ג' שנים דעד תלת שנים מזדהר אינש בשטרא טפי לא מזדהר דהיינו משום דחזקה שאין אדם שותק מיד כשחבירו מחזיק בשדהו אלא דקודם ג"ש איכא נמי ריעותא להמחזיק במה שאין השטר בידו אבל לאחר ג"ש דלא מזדהר תו בשטרא סמכינן אחזק' דלא היה בעל השדה שותק ע"ש וה"נ איכא ריעותא מה שאין הפרוזבול תחת ידו כיון

דלגובייגא קאי מיזהר זהיר ביה אבל מן הסכנה ואילך כיון דליכא ריעותא א"כ סמכינן אחזק' דלא שביק היתרא לכ"ע ולכך אף שעברה הסכנה תקנו חז"ל שלא יצטרך לשמור הפרוזבול ויהא נאמן מטעם חזקה זו דלא שביק היתרא וז"ב לפענ"ד בדברי הרמב"ם אך ק"ל לפ"ז דלפי שיטת הרשב"א והרמב"ן דס"ל דנאמן לומר תנאי היה לי עמך שלא תשמיטנו משום חזקה דלא שביק היתרא ולקמן בסקי"א כתבתי שכ"ד הרמב"ם א"כ קשה לת"ק ורשב"ג אמאי א"נ לומר פרוזבול היה לו ואבד אף שלא במקום סכנה דנהי דאיכא ריעותא שלא שמר הפרוזבול מ"מ להימן במיגו דאי בעי אמר תנאי היה לי עמך שהיה נאמן דליכא ריעותא כלל ואף עכשיו שאומר פרוזבול היה לי ואבד נמי להימן ואף דאיכא ריעותא מ"מ מהני מיגו כדאמרינן בפ' המקבל דף ק"י גבי משכנתא ומלוה אומר חמש ושטרא אירכס לי דנאמן במיגו דלקוח אף דשטרא לגובייגא קאי ומיזהר זהיר ביה כדאמר התם ויש ליישב בדוחק וצ"ע:

י אלא שפותחין לו שמא פרוזבול היה לך ואבד. הרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה כתב וז"ל ולא עוד אלא כשיביא בע"ח את שטרו או כשיבא לתבוע מלוה ע"פ אומרים לנתבע שלם לו ואם טען הנתבע איה פרוזבול שלך אומרים לתובע היה לך פרוזבול ואבד אם אמר הן נאמן ואם הודה שלא כתב פרוזבול אבד חובו עכ"ל ולא ידעתי מנ"ל להרמב"ם דכשבא לב"ד אמרינן ליה זיל שלים דנהי דמבואר בש"ס דפותחין לו ואומרים לו מידי פרוזבול היה לך ואבד ומהימנינן ליה משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא מ"מ הא עכ"פ מצריכינן לי' לשואלו דכל חזקה דאפשר לברורי מבררינן כמו שהוכיח הר"ן בפ"ק דפסחים גבי המשכיר בית לחבירו בי"ד דאף אי אמרינן דחזקתו בדוק משום דודאי עביד כדין מ"מ אי המשכיר איתא קמן צריך לשואלו אם בדקו וכמבואר בא"ח ר"ס תל"ז וה"נ אמאי לא מצריכינן לשואלו אם היה לו פרוזבול או לא ואפשר דהרמב"ם למד כן מהברייתא שהובא בש"ס המוציא שט"ח צריך שיהיה עמו פרוזבול וחכמים אומרים א"צ ומדנקט א"צ משמע דא"צ שום טענה כלל דאנן טענינן ליה שהיה לו פרוזבול ודוחק ואפשר דמש"ה השמיטו הט"ו לדברי הרמב"ם אלו:

יא נאמן במיגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ואבד. ע' בסמ"ע שהקשה דלמה ליה לטעם מיגו ואמאי א"נ בטענה זו עצמה כמו בטענת פרוזבול היה לי משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ומה שתי' הסמ"ע דתנאי אין בידו השיג עליו הכנה"ג דאכתי איכא חזקה דלא שביק היתרא דכיון שיש בידו לכתוב פרוזבול ומדלא כתב פרוזבול ודאי דהיה לו תנאי עמו שלא תשמיטנו ועיין בכנה"ג שהאריך בענינים אלו בפילפול נאה והדרך היותר נכון בעיני הוא משום דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע דאף במלוה

ע"פ נאמן המלוה לומר תנאי היה בינינו או הקפת חנות הוא וכן מבואר בב"י בשם הבעה"ת להדיא והנה לכאורה קשה דלהימין הלוה לומר שלא התנה עמו במיגו דאי בעי טעין להד"ם או פרעתי ועוד הקשה התומים מדברי הב"י והרב רמ"א בי"ד סי' קס"ט סכ"ה גבי רבית דבכל הטענות שבין לוה למלוה שזה טוען שבאיסור לוה והמלוה טוען שבהיתר היה דהמלוה פטור בלא שבועה משום חזקה דלא דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ודוקא שהלוה בא להוציא מן המלוה אבל אם המלוה בא להוציא מן הלוה נשבע ופטור הרי להדיא דבמע"פ פטור הלוה ומה שתי' התומים דס"ל דלא מהני החזקה דלא שביק היתרא נגד טענת ברי לא ראה בב"י עצמו שם שכתב דבריו על דברי המרדכי בשם רבינו יחיאל שהוכיח דבטענת פרוזבול היה לי סמכינן על חזקה זו אף שהלוה מכחישו בברי ומזה הוכיח דינו לענין רבית ואפ"ה כתב הב"י דלענין מע"פ הלוה נאמן לכך נראה דאדרבה הב"י סובר כהרשב"א דטענת תנאי היה והקפת חנות נאמן מצד עצמו משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא אלא דמשום חזקה לבד לא מהימנינן ליה להמלוה כשתובע מע"פ דהא אית ליה מיגו להלוה דאי בעי היה טעין להד"ם או פרעתי לכך כתב דהמלוה נמי אית ליה מיגו דאי בעי היה טוען פרוזבול היה לי ואבד דבזה לא היה הלוה מכחישו שאין זה מוטל על הלוה לידע ולכך כיון דאית ליה מיגו להמלוה וגם מיגו להלוה שוב מהימנינן ליה להמלוה משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא משא"כ לגבי רבית כיון דליכא מיגו להמלוה מהימן הלוה במלוה ע"פ משום מיגו דלהד"ם או פרעתי ובזה מדוקדקים דברי הרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה דין כ"ו שכתב טען הנתבע וכו' שהרי אם ירצה יאמר מלוה היתה ופרוזבול היה לי ואבד שכיון שתקנו חכמים פרוזבול חזקה היא שאין אדם מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור עכ"ל ולכאורה דבריו הם אך למותר דלמה לו לכתוב כאן הטעם דנאמן לומר פרוזבול היה לי משום חזקה דלא שביק היתרא ולעיל בדין כ"ד כשכתב הרמב"ם גוף הדין דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד לא כתב טעם זה רק דמן הסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ולפמ"ש א"ש דתרווייהו טעמי צריכי דאי לאו טעמא דחזקה לא היה המלוה נאמן במלוה ע"פ דהא אית לי' להלוה מיגו כנגדו לכך הוצרך לטעמא דחזקה דלפי טעם זה אף במלוה ע"פ נאמן המלוה דכיון דלתרווייהו אית להו מיגו מהימנינן להמלוה מטעם חזקה וא"ש ועמ"ש בסי' צ"ב ס"ק י"א ע"ש:

יב ואם יש לו נכסים נאמן ונפטר הלוה והמוכר ישלם ללוקח. דין זה הוא מדברי בעה"ת והטור שכתבו דאם יש לו נכסים נאמן המוכר לחוב לעצמו ומשלם ללוקח שהרי הטעהו שמכר

לו שטר שנמחל שיעבודו בחזקת שהוא קים ומדכתבו ומשלם ללוקח שהרי הטעהו משמע דאינו משלם לו אלא הדמים שקיבל ממנו מחמת מקח טעות ותמה הש"ך דא"כ היכי מאמינין ליה להמוכר לחוב להלוקח ע"פ הודאתו כיון שע"פ דבריו יש לו היזק להלוקח ובאמת שהדבר תמוה מאוד ובפרישה נדחק בזה ולפעד"נ לתרץ דהנה הב"ח הקשה דאמאי אם אין לו נכסים א"נ המוכר דלהימן במיגו דאי בעי מחיל כדלעיל בסי' ס"ו סי"א דהמוכר נאמן לומר שהשטר פרוע במיגו דאי בעי מחיל ומה שתי' הב"ח והש"ך דהכא מיירי שמכרו במעמ"ש שא"י למחול הוא דוחק גדול אך לפעד"נ דלק"מ דהנה כבר כתבתי בסק"ג דשיטת הרא"ש והריטב"א והרשב"ץ בתשו' והרב דכל היכא דאיכ' ספיקא בשמיטה אי משמט או לא אזלינן לקולא להתובע וגובה חובו דכיון דשביעית בזמה"ז הוא מדרבנן ומדאורייתא אין שביעית משמט בזמה"ז אמרינן ספיקא דרבנן לקולא כיון דהחיוב תשלומין הוא דאורייתא אין ספק שמיטה דרבנן מוציא מידי ודאי שהוא מדאוריית' והנה בפ"ק דבבא בתרא הוא איבעיא דלא איפשטא בש"ס בתבעו אחר זמנו ואמר פרעתיך בת"ז אי נאמן במיגו דפרעתיך היום אי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא ומחמת ספיקא דדינא אזלינן לקולא לנתבע כדאיתא בסי' ע"ח ס"ה וא"כ הכא כיון דהמלוה נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד משום חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ואף ליורשי המלוה טענינן להו כדאיתא בסכ"ט והיא חזקה אלימתא דהא המלוה פטור אף מהיסת ועדיף מת"ז דחייב היסת וא"כ כיון דאיכא חזקה שודאי נכתב פרוזבול דלא שביק היתרא אלא שאתה רוצה להאמין להמוכר משום מיגו דאי בעי מחיל וא"כ כיון שהוא איבעיא דלא איפשטא אי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא אזלינן לקולא בשמיטה דרבנן דלא אמרינן מיגו במקום חזקה ולא מהימנינן להמוכר כשאין לו נכסים והלוקח מוציא מיד הלוה אך לכאורה תי' זה לא יתכן דהא הטעם דאמרינן בשמיטה דספיקא דרבנן לקולא לזכות התובע הוא משום דחיוב תשלומין החוב הוא דאורייתא ושמיטה דרבנן ולא אתי ספיקא דרבנן ומוציא מידי ודאי דאורייתא וא"כ הכא במכירת שטרות כיון דס"ל להבעה"ת והרא"ש והרי"ף דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן כמ"ש הש"ך בר"ס ס"ו א"כ לא אזלינן הכא לקולא שיוציא הלוקח החוב מיד הלוה כיון דכל החוב הוא מדרבנן דהא מדאורייתא לא קני החוב כלל וא"כ אדרבה י"ל דספיקא דרבנן לקולא ואין מוציאין מיד הלוה אך זה ליתא אלא במה שהשטר שוה יותר ממה שנתן בעדו אבל לענין הדמים שנתן בעדו לא שייך לומר כן דהא אלו הדמי' שנתן הלוקח בעבור השטר מגיע לו מן הלוה אף מדאוריית' דנהי דהמכירה לא מהני מדאוריית' מ"מ הא המוכר מחויב להחזיר לו מעותיו וכיון שאין לו נכסים גובה מן הלוה מדר"נ כמ"ש הרב רמ"א

בר"ס ס"ו דכל היכא דהמכירה בטילה גובה הלוקח מן הלוה מדר"נ אם אין לו נכסי' למוכר ע"ש ולפ"ז ניחא דלכך אם אין נכסים למוכר אין המוכר נאמן במיגו דמחילה דהא המעות שנתן בעדו מגיע להלוקח מדאוריית' מן הלוה ולא אתיא ספיקא דרבנן ומוציא מידי ודאי דאורייתא וכיון דהלוקח גובה מן הלוה כדי הדמים שנתן גובה נמי כל החוב דלא שייך להאמין המוכר לחצאין דא"כ מיחזי מילתא דרבנן כחוכא ואטלולא משא"כ אם יש נכסים להמוכר לשלם ללוקח דמיו שנטל ממנו מהימנינן למוכר אף שהוא מפסיד ללוקח המותר מ"מ מהימן במיגו דמחילה ול"א דאין ספק דרבנן מוציא מידי ודאי דאורייתא כיון דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן דמדאוריי' אין השטר של הלוקח כלל לשיטת הבעה"ת והרא"ש ואף דיש פוס' דמכירת שטרות דאוריי' מ"מ ניחא דין זה לדידן דמספקא לן אי מכיר' שטרות דאורייתא או לא וא"כ כיון דספק אי מכירת שטרות דאוריי' א"כ מדאוריי' אין מוציאין מיד הלוה דהממע"ה ולענין דרבנן איכא ספיקא דילמא המוכר נאמן ומשמטתו שביעית ואין מוציאין מיד הלוה וא"ש ונכון ודוק:

סח

א שטרי מחילות. וכ' הסמ"ע ועפ"ר שכתבתי דלא איירי שכ' בו שמוחל לו לפניהן דא"כ לא הוי השטר אלא לראיה בעלמא וכבר נת' דמהני בערכאות אלא מיירי שבשטר זה כתוב שמוחל לו דגוף המחילה נעשה בשטר זה וה"ל כשטר מתנה ולפ"ז צ"ל דאיירי שהישראל כותב וחותם המחילה בערכאות והערכאות מקיימין אותו ואע"פ שאין חתימתו מצד עצמו ניכרת עכ"ל והש"ך השיג עליו דא"כ אמאי כתב הרב די"ח דמהני המחילה דהא בכה"ג לכ"ע לא מהני דהוי כשטר מתנה ודבריהם הם תמוהים מאוד בעיני דכיון דהישראל כותב וחותם המחילה בערכאות מה"ת דלא תהני המחילה דמ"ל שמוחל בפה ומ"ל שמוחל בכתב ואף שאין חתימתו ניכרת מ"מ הא הערכאות לא מרעי נפשייהו וקושטא קאמרי דזה הוא כת"י ונהי שהוא כתב הכותים מ"מ הא כל השטרות הם כשרים בכל כתב ולשון כמבואר בסי' מ"ב ס"ב ואף שטר מתנה שכתבו הישראל עצמו וחתם בכתב ולשון עכו"ם והערכאות קיימו חתימתו נמי כשר דהא אף בגיטי נשים איתא להדיא במשנה סוף גיטין דגט שכתבו עברית ועדיו יונית או יונית ועידיו עברית כשר וכן מבואר באהע"ז ר"ס קכ"ו דגט כשר אף בכתב של יוני' ושאר לשונות וא"כ ה"נ בשטר מחילה מה"ת לא תהני אם כתבו וחתמו ישראל בערכאות והנה ראיתי בפרישה עצמו שכתב וז"ל דשטרי מחילות דנקט מיירי שאינו מוחל לו בפיו אלא אמר לו שיכתוב לו שטר מחילה וע"י זה השטר יהא נעשה המחילה וזהו הוי כעין קנין ולכך לא

מהני עכ"ל ואפשר להעמיס דברים אלו ג"כ בלשון הסמ"ע דמיירי שהוא מצוה לכתוב שטר מחילה והם כותבים וחותמים שמו ומקיימין אותו כדרך שמקיימין כת"י ישראל כשמצוה לחתום שמו אך מ"מ לפענ"ד איפכא מסתברא דאף בכה"ג שמצוה לכתוב שטר מחילה מהני נמי בעש"ג דבשלמא בשטר מתנת קרקע כיון דקרקע אינה נקנית אלא בשטר ושטר זה שנכתב בעש"ג חספא בעלמא הוא לכך לא מהני שטר זה משא"כ בשטר מחילה כיון דמחילה א"צ קנין ומהני כשמוחל לו בפה א"כ כשצוה לכתוב שטר מחילה הרי גילה בדעתו שמוחל לו בלב שלם דאל"כ למה לו לכתוב שטר מחילה וא"כ כיון דמזה שצוה לכתוב יש ראיה שמחל לו הוי מחילה גמורה דאף שהשטר חספא בעלמא הוא מ"מ הרי מחל לו בלב שלם ומחילה א"צ קנין וליכא למימר כיון דהשטר לאו כלום הוא הוי דברים שבלב ואינן דברים זה ליתא דכבר הוכיח בתשובת מוהרי"ט חח"מ סי' מ"ה מכמה דוכתי בש"ס דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח טובא שמחל לו בלב שלם מהני כמו גבי אונאה דלאחר שיעור שיראה לתגר ודאי מחל לו וה"נ אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה שמחל לו בלב שלם דאם אינו מוחל בלב שלם למה צוה לכתוב ולמסור לו שטר מחילה וכמ"ש הרשב"ם בפחז"ה דף מ' ע"ב לענין מודעא במתנה דלא מצריך הכרת אונס וסגי בגילוי דעתא דלא ניחא ליה דודאי אונס הוא דאל"כ למה נותן לו המתנה כיון דלא ניחא ליה אבל בלא גילוי דעת ודאי ניחא ליה ע"ש וה"נ כיון שמצוה לכתוב לו שטר מחילה בערכאות וליתן לו הרי מוכח שמחל לו בלב שלם ומחילה א"צ קנין ולמה לא תהני בערכאות כיון דלא מרעי נפשייהו ובודאי קושטא קאמרי שציוה לכתוב א"כ הוי מחילה גמורה ומהני ול"ד למתנה דאף אם נתן לו מתנת קרקע בע"פ לא מהני דאינו נקנה אלא בשטר ושטר של ערכאות חספא בעלמא הוא משא"כ בשטרי מחילה דמהני מחילה בע"פ וע"י השטר שנעשה בערכאות יש ראיה שמחל לו בלב שלם ואינו אלא כשטר ראיה בעלמא דמהני ואפשר דאף הסמ"ע לא כתב כן אלא ליישב שיטת הרמב"ם אבל לדעת הי"ח מהני המחילה אף בכה"ג ואין מקום לקושית הש"ך וז"ב לפענ"ד:

ב דה"מ ששמות העדי' החתומי' בו מובהקים. והרא"ש חולק ע"ז וס"ל דלא מהני דהוי מזויף מתוכו וגזרינן מובהקין אטו שאינו מובהקין וסיים הש"ך ולא ידעתי למה השמיט הרב דעתו ויותר תימה לי על המחבר גופיה שהעתיק דברי הרמ"ה שבטור די"ל דהרמ"ה פוסק כשיטת ר"ח והראב"ד דהלכה כר"ש בגיטין דבשמות מובהקין כשר הגט דלא גזרינן אטו שאינן מובהקין אבל לפי שיטת הפוס' כת"ק דאף בשמות מובהקין הגט פסול וכן פסק המחבר באה"ע סי' ק"ל סי"ט דאף בשמות מובהקין הגט פסול א"כ בשטרי ממון נמי דלענין מזויף מתוכו שוים שטרי ממון לגיטין כמו שהוכיחו הפוס' מפז"ב

מההוא מתנתא דהוי חתימי עליה תרי גיסי ואפשר דהמחבר הכריע מסברא דנפשיה כיון דהרמב"ם ס"ל דאף בשמות שאינן מובהקין כשר בעידי מסירה כמ"ש בבד"ה בטעמו של דבר ע"ש לכך אף לדעת החולקים די להחמיר בשאינן מובהקים אבל בשמות מובהקים יש לסמוך על המקילים דפסקו כר"ש והוי כעין ספק ספיקא ודוחק וצ"ע:

סט

א ולא מן הלקוחות. כתב הסמ"ע אפי' הודה הלוה דלא פרע מ"מ לית ליה קלא ועוד דחיישינן לקנוניא והש"ך השיג עליו דמאי קנוניא שייך אי דהחזיר כבר הכת"י ללוה ועכשיו החזירו למלוה א"כ אף במלוה בשטר נמי נימא הכי אלא כיון דלא נפל ל"ח לקנוניא ובאמת דכוונת הסמ"ע הוא כפשוטו דכיון דבכ"י נאמן לומר פרעתי משום דאינו חש להניחו בידו א"כ הוי כמו מע"פ וא"נ לחוב לאחרים בהודאתו כמו במי שחייב לאחרים בשטרות שא"כ לומר שחייב ג"כ לאחר מע"פ וכן הכא נמי הדין כן דהיכא שחייב לאחרים בשטרות ויש לאחד כת"י עליו אף שהודה שלא פרעו א"נ לחוב לאחרים בהודאתו כיון דבכת"י יכול לומר פרעתי וכ"פ בתשוב' מוהר"ם מלובלין סי' ל"ה בפשיטות אך מה שמסיים הרב שם בסוף תשובתו וז"ל ועוד בנ"ד ליכא למיחש לקנוניא דהא ידוע הוא לכל יושבי על מדין כי כל תשובתו של הלוה היה בכל פעם שתבע אותו המלוה לפני הדיינים בכל פעם אמר שפ' המלוה כבר נתפרע ממה שנתתי ליד האלוף מוהר"פ ומוהר"פ הכחישו בכל פעם שאינו שוה נגד חובו וקנוניא לא שייך לומר אלא היכא שהלוה מודה ואומר שאינו פרוע אבל בנ"ד אם היה קנוניא היה לו להודות אל דברי המלוה שלא נתפרע והאריך בזה להביא ראיה מתשו' הרא"ש ע"ש זה ליתא לפענ"ד דאכתי א"נ לחוב לאחרים בהודאתו וגם י"ל דכ"ז קנוניא הוא שטוען בערמה טענה שלא יזכה בה בדין בכדי לחוב להבע"ח האחרים וראיה ברורה לזה מדברי הר"ן ר"פ שבועת הדיינים והריטב"א והנ"י בפ"ק דמציעא שהקשו אהא דר"ח קמייתא שמחייב שבועה בהודאת עדים שתבעו מנה והנתבע כופר והעדים מעידים שחייב נ' זוז דחייב ש"ד והקשו ולמה הוא נשבע הא קיי"ל שעבוד"א וכיון שכן נ' הללו שמעידים בהם העדים שעבוד קרקעות נינהו ותי' אי בדאמרי הני סהדי שעדיין יש בידו הנ' זוז ה"נ אלא הב"ע כגון שהעדים אינם מעידים אלא שהלוהו דמלקוחות לא גבי דטענינן להו דילמא פרעיה ומניה גבי ומש"ה נשבע כיון שאומר אין לך בידי כלום וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ולקוחות לא מחייבי בהכי דאינהו לית להו למיסמך אטענתא דידיה אלא אמרו דילמא לוה ופרע עכ"ד הרי להדיא אף אי שעבוד"א במע"פ היכא

דידעינן שלא פרע והלוה מודה שלא פרע אלא שטוען לא לויתי והוחזק כפרן בעדים אף שהיה דעתו לכפור הממון מכל מקום אין המלוה יכול לטרוף מלקוחות דאמרינן דילמא לוה ופרע ואינהו ל"ל למיסמך אטענתא דידיה שהודה מתוך דבריו שלא פרע דא"נ לחוב לאחרים בהודאתו וה"נ לענין בע"ח אחרים דמיחשבי כלקוחות בכל דוכתי דלא מהימן בהודאתו לחוב להם וכן מוכח מדברי הרמב"ם בפ"ב מה"מ והסמ"ג והבעה"ת שהביא הש"ך בר"ס מ"ז גבי מי שאמר על שטר שבידו שהוא אמנה ופרוע והוא חייב לאחרים דא"נ כתבו וז"ל ואם אין לשמעון נכסים והיה לו שטר על לוי ואמר שטר אמנה או פרוע הוא אין משגיחין ע"ז אלא ישבע ראובן ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה עכ"ל משמע להדיא דאף דשמעון אינו טוען שהשטר של ראובן פרוע מ"מ צריך ראובן לישבע כדין כל טורף שבא ליפרע מלקוחות שצריך שבועה אף שהלוה מודה ול"א דהודאת שמעון תהני לפטרו משבועה משום דאם עשה קנוניא עם ראובן למה טען על שטר שבידו על לוי שהוא אמנה או פרוע א"ו דבכל גווני חיישינן לקנוניא וא"נ לחוב לאחרים ואולי י"ל כיון שמבואר בדברי הרב בהגה והש"ך דהיכא שיש אומדנא דמוכח שלא פרע יש לדון דאף בכת"י א"נ לומר פרעתי וא"כ הכא כיון שהלוה היה טוען לפטור א"ע אלא שנתחייב מתוך דבריו שאין טענתו מועלת חשיב כאומדנא דמוכח ויש לדון דאף בכת"י א"נ לומר פרעתי וצ"ע לדינא:

ב דא"י לומר פרעתי. הרשב"א הביא ראיה לזה מהא דאמרינן בב"ב דף ע' המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משמע הא בלא מיגו לא מהימן ות"ל דשטר פקדון אינו גובה ממשעבדי והשיג עליו הש"ך דהא דאין גובין בשטר פקדון ממשעבדי הוא ג"כ מטעם זה דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ודבריו תמוהים דאכתי איכא ראיה משם דהא הש"ס פריך התם וכי אמר נאנסו הא שבועה בעי ומשני מאי נאמן נאמן בשבועה ומאי קושיא הא כיון דמלקוחות לא מצי גבי בשטר זה כיון דעכ"פ הנפקד נאמן לומר החזרתי בשבועה במיגו דנאנסו א"כ אף בלא שבועה להימן כיון דבשטר כזה לא שייך שטרך בידי מאי בעי כיון שאין גובין בו ממשועבדים וז"ב. שוב מצאתי ראיה זו בתשו' הרשב"א המיוחסת להרמב"ן סי' ע"ו ע"ש אך מ"מ הלכה רווחת דבכת"י נאמן לומר פרעתי שהוא שיטת רוב הפוס' ושטר פקדון שאני כיון דשם שטר עליו מיזהר זהיר הלוה ליטלו מיד המלוה כשפרעו וכמ"ש הש"ך באריכות:

ג אלא שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ואפשר שמצאה זה וכתב עליה. הב"י האריך להקשות בזה בשם הרב מוהר"א מזרחי דא"כ היכי אמרינן בש"ס בפ"ב דכתובות ליכתוב ח"י אחספא אבל אמגילתא לא דדילמא יכתוב עלה מאי דבעי ותנן הוציא עליו כת"י גובה

מנכסים ב"ח נהי נמי שיטעון קודם שלא לוה מעולם ואח"כ יוציא עליו הח"י מ"מ יהא יכול לומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ומצאה זה וכן הקשה מהא דכתב הטור בסי' ע"ט בטוען להד"ם ואח"כ הוציא עליו כת"י הוחזק כפרן ואמאי הא יכול לטעון שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ומצאה זה והרב בט"ז תמה מאוד ע"ז דעד כאן נאמן לומר שכחתי אלא היכא דיש לו מיגו בזמן טענתו כגון שטוען להד"ם ושכחתי וכו' נאמן במיגו דאי בעי היה טוען פרעתי אבל התם חיישינן שקודם שהוציא כת"י יטעון להד"ם דכאומר לא פרעתי דמי ואח"כ יוציא עליו הכת"י ושוב לא מהימן לומר שכחתי דהא ליתליה מיגו דפרעתי דהא כבר הודה מקודם שלא פרע ואי משום דאי בעי היה טוען מתחילה פרעתי הא ה"ל מיגו למפרע דלא אמרינן ודברי הטור כאן הוא בטוען תיכף להד"ם ושכחתי דיש לו מיגו דפרעתי וכן תי' הדרישה וכתבו שהדברים ברורים ולפענ"ד שגגו בנושא הדבר דע"כ לא אמרינן בכל דוכתי דמיגו למפרע לא אמרינן אלא כגון באשה שאמר' א"א אני ואח"כ אמרה גרושה אני דא"נ ולא אמרינן דמהימנא במיגו דאי בעי לא היתה אומרת מקודם א"א אני דהוי מיגו למפרע די"ל מתחלה לא רצתה לשקר ואמרה האמת ואח"כ לבשה רוח אחרת ומשקרת שנתגרשה וכן כל מיגו למפרע שבש"ס הוא בענין זה דמצ"ל שמתחלה אמר אמת ואח"כ רוצה לשקר אבל הכא כיון דחזינן דנאמן לומר להד"ם ושכחתי אף דשכחתי טענה גרועה הוא מהימנינן ליה במיגו דפרעתי וא"כ ה"נ בטוען להד"ם מתחלה ואח"כ הוציא עליו כת"י מהימנינן ליה אחר כך לומר שכחתי אף שטענה גרועה הוא מכל מקום יש ראיה שאומר עכשיו אמת שחתם בסוף המגלה ושכח וגם מתחלה אמר אמת להד"ם משום דאם תאמר שהוא משקר עכשיו אם כן ע"כ צ"ל שמה שאמר תחלה להד"ם היה גם כן שקר והוחזק כפרן ע"י הכת"י וא"כ למה היה לו לשקר בתחילה לומר להד"ם במה שיש כת"י עליו טפי היה לו לומר פרעתי שהיה נאמן א"ו דמתחילה אמר אמת להד"ם ועכשיו גם כן אומר האמת ששכח וחתם שמו בסוף המגלה והמיגו שהיה לו בתחילת טענתו הוא ראיה שמה שטוען בסוף הוא אמת והמדקדק היטב בתחילת התשובה של הרב מוהר"א מזרחי שהעתיק הב"י יראה עין בעין שכיון לדברים הללו והם דברים ברורים ונכונים בלי שום פקפוק וכן מוכח מדברי התוס' והרא"ש בספ"ק דגיטין שהוכיחו דהיכא שהודה לפני עדים א"נ לומר אחר כך טעיתי במיגו דפרעתי ממתניתין דשבועות מנה לי בידך אמר לו הן ובפני עדים ולמחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וא"נ לומר אין לך בידי ומה שאמרתי בפני העדים הן טעיתי במיגו דפרעתי דהוי כמיגו במקום עדים ומאי קושיא הא מתניתין מיירי שלא אמר בפני ב"ד רק אין

לך בידי וא"כ כשהוכחש על ידי עדי ההודאה שוב א"נ לתרץ דבריו ולומר טעיתי במיגו דפרעתי דהא כבר הודה שלא פרע ומיגו למפרע לא אמרינן כמ"ש התוס' בכמה דוכתי א"ו דזה לא הוי מיגו למפרע כלל דע"י המיגו שהיה לו מתחלה מוכח שאומר אמת לבסוף לתרץ דבריו הראשונים אך מ"מ לאחר העיון נראה דיפה תי' שני גדולי הדור הדרישה והט"ז והוא משום דהרא"ש כתב עוד טעם אחר דלכך נאמן לומר פרעתי בכת"י משום כיון דלית ליה קלא כיון שאין עדים חתומים בו פעמים שאדם שוכח שמסר לו כת"י ולכך לא נטלו וכ"כ הש"ך בשם הבעה"ת וא"כ לפ"ז שפיר י"ל דהוי מיגו למפרע דכיון דחזינן דהאי טענה מעלייתא היא אף בלא מיגו דפעמים שאדם שוכח שמסר לו כת"י וטענה דשכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה טענה גרועה היא וא"נ אלא במיגו וא"כ בכה"ג שטען להד"ם והודה שלא פרע ואח"כ הוציא עליו כת"י לא מהימנינן ליה לומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה שהוא טענה גרועה ודאי משקר ומיגו דפרעתי ל"ל עכשיו דהא כבר הודה שלא פרע ואי משום שמתחילה קודם שהוציא עליו כת"י היה לו מיגו דפרעתי זה לאו מיגו הוא דדילמא שכח שמסר לו כת"י וא"כ טענת להד"ם יפה לו כטענת פרעתי ועדיפא ליה שלא היה לו עמו דררא דממונא כלל וליכא מיגו כלל וכ"כ התוס' בפ' הכותב בעובדא דמלוגא דשטרי גבי מחיים תפיסנא לה דהוי מיגו למפרע כיון דסברא דמחיי' תפיסנא לה היא טענה מעולה ע"ש וזה נכון ומעתה האי דינא בטען להד"ם ואח"כ הוציא עליו כת"י לדעת רוב הקדמונים והמחבר מכללם שכתבו דלכך בכת"י נאמן לומר פרעתי שאינו חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור א"כ לא הוחזק כפרן ויכול לתרץ דבריו ולומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה משא"כ לטעמא דהרא"ש והבעה"ת דפעמים שאדם שוכח שמסר לו כת"י א"י לתרץ דבריו וע' בסמ"ע סי' ע"ט ס"ק ט"ו אבל בהוציא עליו כת"י וטוען להד"ם או לא לויתי לכ"ע יכול לפרש דבריו אח"כ ואף לאחר כ"ד שהכת"י היה אמנה או שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ולא הוי מיגו למפרע בכה"ג מה"ט דכתיבנא וז"ב ונכון לדינא אך בהיות כן יש להבין דברי הש"ך בס"ק י"א שהביא בשם הרשב"ץ דבהוציא עליו כת"י ואמר לא לויתי אע"פ שלא אמר ז"א כת"י הוחזק כפרן ואמאי א"נ לומר דמה שאמר לא לויתי היינו שהוא אמנה דנאמן במיגו דפרעתי וכן לפמ"ש הש"ך בסי' פ"א סק"ס דנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי ומתניתין דשבועות דאין לך בידי חייב מיירי שאמר להד"ם דוקא ע"ש וא"כ כיון דפסק רמ"א בסי' קכ"ו סי"ג בהגה דבכת"י נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי וכ"פ הש"ך שם א"כ אמאי א"נ לתרץ דבריו לומר לא לויתי וטעיתי בהכת"י במיגו דפרעתי והנה דברי הרשב"ץ יש ליישב דמיירי שאינו טוען אמנה או להתעסק אלא לא לויתי גרידא

ופשיטא דאנן לא טענינן ליה לתרץ דבריו ובזה מיושב ג"כ קושית מוהר"א מזרחי וכ"כ הב"ח אך הש"ך דתלי ליה בפלוגתא דאם אמר מזויף אם מתרצינן דיבוריה וכתב דבלא לויתי כ"ע מודים מוכח דהכא לא מתרצינן דיבוריה וקשה טעמא מאי ואפשר דהש"ך מיירי שחוזר בו וטוען אח"כ פרוע הוא לכך הוחזק כפרן שהודאתו שמקודם כמאה עדים דמי אך אכתי קשה כיון שיכול לתרץ דבריו ולומר לא לויתי ואמנה היא א"כ הוי כחוזר וטוען מפטור לפטור דיכול לחזור בו כמבואר לקמן בסי' ע"ט ס"ט דנאמן במיגו שהיה עומד בטענתו הראשונה וכעין זה הקשיתי בסי' ע"ט ס"י על הבעה"ת והטור גבי אין לך בידי סתם ע"ש ואפשר דהכ' גרע טפי די"ל דבוש לטעון אמנה או טעיתי שהוא טענה גרועה והוחזק כפרן כמו בקול לקמן סי' ע"ט ס"ט בהגה ועיין בש"ך שם:

ד או שטען אמנה היתה הודאתי. כבר כתבתי דנראין דברי הב"ח דאם טוען לא לויתי גרידא ואינו מתרץ דבריו לומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה או אמנה לא טענינן ליה אנן וחייב לשלם דלא כמוהר"א מזרחי אך לכאורה היה נראה דאם לא טען הלוה בב"ד כן רק שצוה ליורשיו לא לויתי חוב זה שבכת"י ומת שאין היורשים חייבים לשלם דאנן טענינן ליורשים שהיה שטר אמנה אך באמת יש ראיה גדולה להיפך מהא דכתב הרמב"ם בפי"ז מה"מ והט"ו לקמן בסי' ק"ח ס"ט וז"ל וכן מלוה שבא להפרע מיורשי הלוה ואמרו אמר לנו אבא לא לויתי חוב זה ה"ז גובה בלא שבועה אפילו האמינו בשטר כל זמן שאמר פרעתי שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ"ל ולכאורה תימה בשטר שיש בו נאמנו' ללוה נהי נמי דלא טענינן פרעתי משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי מ"מ הרי איהו גופיה היה נאמן בשטר כזה לומר אמנה היא במיגו דפרעתי דהיה נאמן כיון שיש בו נאמנות ללוה כמו בכת"י דנאמן לומר אמנה במיגו דפרוע וכן בשטר שאינו מקוים פסקו הרמב"ם והט"ו בר"ס פ"ב דנאמן לומר אמנה במיגו דפרוע ואפילו לשיטת הרא"ם דס"ל דא"נ בכת"י לומר אמנה במיגו דפרוע היינו משום דפרוע טענה גרועה הוא דמסתמא לא היה מניח כת"י אצלו כמבואר בדבריו טעם זה אבל הכא שיש בשטר נאמנו' מפורש להלוה א"כ פרעתי מצד עצמה טענה מעלייתא היא וא"כ כשטוען אמנה הוי מיגו מעליא להאמינו דאי בעי לשקר היה טוען פרעתי וא"כ כיון דהאב גופיה הוי מהימן נטעון נמי ליתמי הכי א"ו צ"ל דכיון שהאב גופיה לא טען רק לא לויתי גרידא ולא טען אמנה לא טענינן בשבילו לפרש דבריו כן והוחזק כפרן ע"פ השטר וחייבים היורשים לשלם אך לשון המ"מ לא משמע שם כן ע"ש וגם אלו הדברים מרפסין איגרי לכאורה דכיון דהאב אמר לא לויתי שטר זה וג"כ יש ראיה שאומר אמת דאי בעי לשקר היה טוען פרעתי מה"ת לא נטעון בשבילו אמנה לפרש דבריו שאמר

לא לויתי כיון שהוא בכלל דבריו ול"ד למ"ש התוס' בפ' שבועת הדייני' דלא מתרצינן דיבוריה ליתמי לומר דמה שאמר לא לויתי היה כוונתו לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי היינו משום דסתם משמעו' הלשון לא לויתי הוא כפשוטו משא"כ הכא טענת אמנה אינו מנגד הלשון של לא לויתי כלל ובא לתרץ דבריו שלא להכחישו ע"פ השטר מה"ת לא נתרץ דבריו שהאמת הוא שלא לוה והשטר הוא שטר אמנה ויש לטעון עבורו כן כיון שלא טען כן בב"ד רק שצוה לבניו כן וצ"ל דסברת הרמב"ם כך היא דכיון דאמנה טענה גרועה היא ולא טענינן ליתמי הכי כיון דמילתא דלא שכיחא הוא כלל כדמוכח מדברי הט"ו בס"ה דאם היתומים מודי' שהוא כת"י אביהם והוא ת"ז חייבים לשלם ולא טענינן להו אמנה שהיה אביהם נאמן במיגו דמזויף א"ו כיון דלא שכיח כלל לא טענינן ליתמי כמ"ש הש"ך שם לכך ה"נ אף שאמר להם אביהם לא לויתי מ"מ כיון שהשטר מכחישו לפנינו לא מתרצינן דבריו לומר שהוא שטר אמנה כיון דאמנה טענה גרוע הוא לא טענינן ליתמי ויש להביא ראיה לדברי הרמב"ם מדברי התוס' והרא"ש בפ' שני דייני גזירו' דף ק"ט ע"ב גבי ההוא דעשאה סי' לאחר ערער ושכיב ואוקי אפוטרופא אתא לקמיה דאביי א"ל עשאה סי' לאחר אבד את זכותו אמר אי הוה אביהן דיתמי קיים הוה טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך א"ל שפיר קאמרת דאר"י אם טען ואמר תלם אחד עשיתי לך נאמן זיל הב ליה מיהת תלם אחד א"ל אי הוי אביהן דיתמי קיים הוה טען ואמר חזרתי ולקחתי ממנו א"ל שפיר קאמרת דאר"י אם טען חזרתי ולקחתי ממנו נאמן והקשו התוס' והרא"ש שם תימה אמאי נאמן כיון שהודה דלאו שלו הוא האיך יכול לחזור ולטעון לקחתי ממנו ותי' דמיירי שאין כת"י העדים יוצא ממ"א לכך מהימן במיגו דאי בעי אמר מזויף הוא והא דלא קאמר אי הוי אביהן הוי טעין מזויף הוא משום דלא טענינן ליתמי מזויף שהוא לא שכיח מיהו חזרתי ולקחתי במיגו דמזויף טענינן עכ"ד והרי התם המעשה היה שהאב ערער מחיים על השדה שהוא שלו כדאמרינן ערער ושכיב א"כ הרי אמר מחיים שהשדה שלו הוא ומ"מ לא מהימנינן ליה בשביל הודאתו במה שעשאה סי' לאחר ולא מתרצינן דבריו לומר שהשטר מזויף ולא עשאה סי' לאחר כלל כיון שהוא מילתא דלא שכיחא אלמא דהיכא שיש הכחשה לדבריו בפנינו לא מתרצינן דבריו במילתא דלא שכיחא והוחזק כפרן ודוחק גדול לומר דדילמא ההוא תלם לא היה בכלל ערעורו שערער מקודם לכך לא טענינן עבורו מזויף לתרץ דבריו דזה ליתא כלל דאם זה התלם לא היה בכלל הערעור פשיטא דאף חזרתי ולקחתי ממנו לא הוי טענינן ליתמי דהאיך טענינן ליתמי להוציא ממון דבכל דוכתי לא טענינן להו אלא להחזיק ולא להוציא דדילמא לא הוי טעין אביהן כן וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב בפשיטות ואף הב"ח שם דלא ס"ל כן

היינו לחייב שבועה וגם התם ההלואה הוא ודאי משא"כ הכא אף שאביהן היה יכול לטעון כן והיה נאמן בטענתו מ"מ איך נטעון ליתמי להוציא ממון בספק היכא דלא טעין אביהן כלל וכלל וזה הוא פשוט וא"צ לראיה א"ו דערעור האב הוי על כל השדה כפשטא דמילתא וא"כ מוכח דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי אף לתרץ דבריו שלא יכחיש הודאתו שמקודם לכן אמנם לעומת זה יש ראיה להיפך מדברי התוס' בפג"פ דאמרינן התם אמר רבה שכ"מ שאמר מנה דפ' בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנין מ"ט אדכורי מידכר תנה מנה לפ' ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי אינן נאמנין דאם איתא דפרעיה לא הוי אמר תנו ופי' התוס' שם הא דאמר חזר ואמר לנו אבא פרעתי היינו פרעתי קודם לכן ונאמני' משום שהוא היה נאמן לומר פרעתי קודם לכן וטעיתי במיגו דפרעתי אח"כ משא"כ בתנו הוי כמיגו במקום עדים דכיון דאמר תנו מסתמא דייק שפיר הרי אף שאם לא היו אומרים שאמר להם אביהם פרעתי היו חייבים לשלם ולא טענינן להו דדילמא טעה אביהם משום דטעיתי טענה גרועה היא דלא שכיח למיטעי ואפ"ה כשאמרו שאמר להם אביהן פרעתי מקודם נאמנים ולא מכחישינן טענת אביהם בשביל מה שהודה מקודם לפני עדים שחייב ומתרצינן דבריו לומר שטעה אף שהוא מילתא דל"ש ודוחק לומר דמיירי שהיתומים אמרו שאמר להם אביהם פרעתי וטעיתי דפשט לשון הש"ס לא משמע כן דכל כהאי גוונא ה"ל להש"ס לפרושי כיון דעיקר דינא תליא בהכי וכן הר"ן בספ"ק דגיטין הוכיח דבהודה לפני עדים א"נ לומר טעיתי במיגו דפרעתי מהא דאמרינן כשאמר תנו א"כ היתומים לומר פרעתי ואע"ג דאיכא מיגו ומאי קושיא דילמא משום דלא מתרצינן דיבוריה במילתא דלא שכיחא דכיון שהאב לא אמר רק פרעתי קודם והוכחש במה שהודה מקודם לפני עדי' שהוא חייב הוחזק כפרן א"ו דכיון שטען פרעתי קודם מתרצינן אנן דבריו שלא יכחיש דבריו שמקודם אולם לפ"ז יסתרו דברי התוס' אהדדי שהרי כבר הוכחתי מהתוס' דכתובות דלא מתרצינן דבריו בכה"ג ודברי התוס' דכתובות ודס"פ ג"פ אידי ואידי בשם רבי הוא ע"ש והנ"ל בזה דס"ל להתוס' דדוקא כשאמרו היתומים אמר לנו אבא פרעתי דיש ראיה שהאב אמר אמת דאי בעי לשקר היה אומר פרעתי אח"כ לכך אף שיש להכחיש את דבריו במה שהודה מקודם לפני עדים יש לתרץ דבריו בכה"ג כמו דמתרצינן דברי העדי' שלא יכחישו זא"ז אף במשמעות רחוק כמבואר בסי' כ"ט וה"נ מיגו כעדים דמיא משא"כ בההיא דכתובות דמה שערער מקודם מחזקת אבות דשלו הוא יש ראיה להיפך במה דעשאה סי' לאחר אלא שאתה בא לתרץ דבריו לומר שהשטר מזויף הוא לכך לא מתרצינן דבריו במילתא דלא שכיחא כיון שאין שום ראיה לטענת הערעור ואמרינן דהוכחש בטענתו ולא תלינן

במילתא דלא שכיחא ובזה נתיישבו לי על נכון דברי הרא"ש בספ"ק דגיטין בעובדא דהנהו גינאי אשר דבריו שם תמוהים מאוד וקשה להבינם לכאורה שהביא שם דברי ר"י בעל התוס' שהוכיח שא"כ לומר טעיתי במיגו דפרעתי וכתב עליו הרא"ש וז"ל וקשה מהא דאמרינן בס"פ ג"פ שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי ואמרו יתומי' חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנים תנו מנה לפ' ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי א"נ דאם איתא דפרעיה לא הוי אמר תנו משמע דיתומים הוא דא"נ במה שאומרים שחזר ואמר להם האב פרעתי וטעה במה שאמר תנו אבל איהו גופיה הוי מהימן לומר טעיתי במה שהודיתי מיגו דאי בעי אמר פרעתי אח"כ דאי איהו גופיה נמי לא מהימן אמאי נקיט מילתא ביתמי וי"ל דאיהו גופיה נמי לא הוי מהימן מטעם מיגו דאי הוי מהימן יתומי' נמי להימני בהאי מיגו דאי בעי אמרי פרענו אח"כ או ראינו שאבינו פרע אח"כ אלא ש"מ האי שכ"מ גופיה אי הוי ידעינן שחזר ואמר שטעה מהימן לאו משום מיגו אלא משום דשכ"מ אין דעתו צלולה עליו ורגיל לטעות אבל אינש אחרינא א"נ לומר שטעה ואפילו במיגו כיון שהודה וליורשים נמי לא טענינן שטעה משום דלא שכיח עכ"ל והדברים מתמיהים מאוד דהיכי הוכיח דאביו לאו מטעם מיגו מהימן דא"כ יתומים נמי להימני בהאי מיגו גופה א"ו דאביהן מצד עצמו מהימן משום דשכ"מ אין דעתו צלולה דאכתי קשה דלהימני היתומי' שכך אמר האב במיגו דפרענו אח"כ כיון שהוא טענה מעלייתא שהאב מהימן בה אף בלא מיגו כלל וגם מ"ש הרא"ש הטעם דליורשין לא טעינן שטעה משום דלא שכיח הוא תימה גדולה דהא היורשים טוענים בעצמם בברי שכך צוה להן האב מה"ת לא נאמין להם בטענת ברי שלהם ונוציא מהן ממון בספק כיון שהאב נאמן בטענה זו מצד עצמו אף בלי מיגו והם אומרים בברי שכך טען האב אמאי לא נאמין להם במיגו דפרענו אח"כ ואף בלי מיגו יש להאמינם כיון שהם טוענים טענת ברי שכך אמר להם האב וכ"כ הרא"ש בפ' הכותב להדיא גבי עובדא דר' מייאשא דשכיב ולא פקיד דמפקינן מיתמי פקדון דיהיב המפקיד סימנא בגוויה כיון דר' מייאשא לא אמיד אע"פ שאם היה קיים היה נאמן לומר דשלו הוא מ"מ מילתא דל"ש לא טענינן ליתמי ודוקא היכא שהיתומי' טוענין שמא אבל אי טוענין ודאי אמר לנו אבינו שהוא שלו משתבעי דקושטא קאמרי ולא מפקינן מינייהו וכ"כ הטור והרב בסי' רצ"ז הרי להדיא דאף במילתא דל"ש דלא טענינן ליתמי מ"מ אם היתומים טוענין בברי שכך אמר להן אביהם נאמנים וא"כ ה"נ אמאי אינם נאמנים לומר שאביהם אמר להם פרעתי קודם לכן אך לפמ"ש בשיטת התוס' דס"ל דהיכא שיש מיגו מתרצינן דבריו אף במילתא דלא שכיח כמו דמתרצינן דברי העדים אף במשמעות רחוק משא"כ היכא דליכא מיגו דברי הרא"ש

נכונים דהוכיח שפיר דאם נאמנות האב היה מטעם מיגו א"כ אף היתומים להימני בהאי מיגו שכך אמר האב ומתרצינן דבריו דמה שאמר מקודם תני טעה א"ו דהאב לאו מטעם מיגו מהימן אלא משום דשכ"מ אין דעתו צלולה עליו ומירי בגוונא דליכא להאב מיגו ולכך אף שהיתומים אומרים שאמר האב פרעתי קודם לכן לא מהני כיון שהודה מקודם לפני עדי' שהוא חייב ולא מתרצינן דבריו שטעה דמילתא דל"ש לא טענינן ליתמי וזה נכון ליישב דברי הרא"ש בזה ומעתה כיון שהוכחנו מדברי התוס' והרא"ש דהיכא דאיכא מיגו וראיה שהאב אומר אמת טענינן ליתמי לתרץ דברי האב אף במילתא דל"ש א"כ דברי הרמב"ם והט"ו בסי' ק"ח ס"ט צ"ע במה שפסקו דאם אמרו יתומים אמר לנו אבא לא לויתי חוב זה ה"ז גובהו שלא בשבועה אפי' האמינו בשטר כ"ז שיאמר פרעתי והרי התם אם האב היה אומר אמנה הוי מהימן במיגו דפרעתי כמו בכת"י ושטר שאינו מקוים דנאמן לומר אמנה במיגו וא"כ כיון שהיתומים אומרים שהאב אמר לא לויתי ויש ראיה שאמר אמת דאי בעי לשקר היה טוען פרעתי כיון שיש נאמנות מפורש בשטר מה"ת לא נתרץ דבריו שהי' שטר אמנה וכמו שהוכחתי מדברי התוס' והרא"ש והר"ן ומהתימה שלא ראיתי שום א' מהמחברי' שנתעורר בכ"ז ואולי דמ"ש הרמב"ם והט"ו בסי' ק"ח אמר לנו אבא לא לויתי חוב זה כוונתם לא לויתי ומזויף הוא וקצרו בלשונם ובזה א"ש גם לשון הה"מ ודוחק וצע"ג:

ה אנו טוענים להם שהוא פרוע. וכתבו הסמ"ע והש"ך בשם הד"מ דאפי' כתוב בכת"י נאמנות לא מהני לגבי היורשים אם לא שכתוב נאמנות מפורש אף לגבי היורשים וכ"כ המרדכי בפ' הכותב בשם מוהר"מ ובתשו' מיימוני לס' משפטי' סי' ל"ה באריכות והטעם נראה דאע"ג דאביהן לא היה נאמן לומר פרעתי והיכי טענינן ליתמי מאי דלא מצי אביהן למיטען מ"מ כיון דהא דבכת"י נאמן לומר פרעתי משום שאינו חושש להניחו בידו כיון דלא גבי ביה ממשעבדי או משום כיון דלית ליה קלא י"ל דילמא שכחו אלא דמ"מ אם כתוב בו נאמנו' מהני משום דהא הימניה דכל תנאי שבממון קיים ואיהו דאפסיד אנפשיה כמ"ש הש"ך בס"ק י"ז וא"כ כיון דמטעם נאמנו' אתינן עלה י"ל דלא הימניה רק נגד עצמו שהיה בטוח בו שלא יעיז נגדו ולא נגד יורשיו ולכך לא מצי גבי מיורשין דאף שאביהן לא היה נאמן לומר פרעתי מ"מ לא מצי גבי מיורשין דחיישינן שמא פרע האב ושכח הכת"י עם הנאמנו' ומספיקא לא מפקינן מן היורשים וכן ומשמע להדיא בתש' מיי' עצמו והוא נכון בסברא ובעל כנה"ג לא דק בזה ולכן רצה להשיא דברי התשו' מיימוני לדיעה אחרת והעיקר כמ"ש אלא דיש להקשות ע"ז מדברי הט"ו סי' ק"ח ס"ד גבי שטר כיס היוצא על היתומי' דטענינן ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו וכתבו דאם האמין

לבעל העיסקא גובה מהיורשים ואמאי לא נימא גם התם דלא האמין לו רק נגדו ולא נגד יורשיו א"ו דלא אמרינן סברא זו רק לענין שבועה ולא לפסול השטר לגמרי ונראה דיש לחלק דדוקא התם בשטר פקדון דלא מהימן מצד עצמו לומר החזרתי דשייך גביה חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלא דנאמן במיגו דנאנסו וא"כ מן הסברא היה נראה דלא טענינן ליתמי כלל החזרתי דהא יש ראיה שלא החזיר מדלא נטל השטר ממנו אלא דאיהו גופיה הוי מהימן במיגו דנאנסו דהמיגו הוא ראיה שהחזיר דא"כ הוי טעין טפי נאנסו אבל ליתמי מה"ת נטעון להו החזרתי כיון דיש ראיה לפנינו שלא החזיר במה שהשטר בידו מה"ת נאמר שאביו היה טוען החזרתי נגד החזקה להאמינו במיגו אלא דצ"ל דמ"מ כיון דאנן טענינן ליתמי כל מה דהוה מצי אביהן למיטען חשיב כאלו האב לפנינו וטוען החזרתי כמ"ש הרא"ש בר"פ האשה שנתארמלה דמה שהב"ד טוענין עבור יתומים מיחשב נטענת ברי ע"ש ולכך שטר עסקא בנאמנות כיון דהאב עצמו לא הוי מהימן בטענתו תו לא טענינן ליתמי מה דלא מצי אביהן עצמו למיטען ולגבי יתמי לא שייך מיגו כלל דהא לא טענו מידי ויש ראיה לפנינו שלא נפרע מדלא נטל השטר משא"כ הכא בכת"י בנאמנות דפרעתי טענה מעלייתא הוא מצד עצמו לגבי יתמי מספיקא לא מפקינן מן היורשים ואמרי' דדילמא פרע אביהן ושכח הכת"י אצל המלוה וזה נכון ודוק.

אמנם אף דשיטת מוהר"מ במרדכי הוא נכון בסברא מ"מ נראה דשיטת הטור והרבה פוסקים אינו כן דהא הט"ו בס"ב כתבו ואם כתוב בו נאמנות וכו' א"נ לומר פרעתי שאילו פרעו לא היה מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות עכ"ל משמע דלאו טעמא הוא דכיון שהאמינו איהו דאפסיד אנפשיה אלא הטעם הוא דכיון דאית ביה נאמנות ודאי כת"י כזה לא היה מניחו בידו אף דאינו גובה ממשועבדים ולית ליה קלא וכ"כ הב"ח להדיא שהקשה דל"ל טעמא שאלו פרעו לא היה מניחו בידו ת"ל שהרי האמינו על עצמו ותי' דאיכא למימר דאע"ג דהאמינו לא היה חושש להניחו בידו כיון שאינו שטר גמור ולפיכך צ"ל הך טעמא כיון שכתוב בו נאמנו' לא היה מניחו בידו דכיון דא"נ לומר פרעתי דדבריו סותרים כתבו שהאמינו שלא יהא נאמן לומר פרעתי בשטר כזה ודאי חושש שלא להניחו בידו אף שאינו גובה בו ממשעבדי עכ"ד וכ"כ הפרישה בר"ס מ"ו וכן מוכח ג"כ בתשו' עה"ג שהבאתי בסי' נ"א וע"ש וא"כ כיון דהטעם דכת"י בנאמנות מהני הוא משום כיון דכתוב בו נאמנות ודאי לא היה מניחו בידו א"כ אף שלא כתוב בו נאמנות גם נגד יורשיו מ"מ גובה בו מן היורשים בשבועה מיהת דלא גרע משאר שטר דעלמא דגבינן ביה מיתמי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וה"נ כיון דשייך בו חזקה זו גובה אף מן היורשים מה"ט וכן מוכח בתשו' מוהר"ם מלובלין סי' ל"ה שפסק שם דכת"י בנאמנות

מהני אף נגד בע"ח אחרים שיש להם שטרות ע"ש וכמ"ש בסי' ע"א סי"ט באריכות מזה ע"ש גם יש עוד נ"מ לדינא מטעמים אלו אף בכת"י בנאמנות עליו ועל יורשיו ומת המלוה דאי אמרינן הטעם דכת"י בנאמנות מהני משום שאינו מניחו ביד המלוה א"כ מיחשב כשטר גמור דשייך ביה שטרך בידי מאי בעי ונשבעים יורשי המלוה שלא פקדנו אבא ונוטלים כמו בשאר שטר משא"כ לשיט' מהר"ם מרוטנבורג אינם נוטלים בשבועה כלל דהא הטעם דכת"י בנאמנות מהני הוא משום שהאמינו וכל תנאי שבממון קיים והרי לא האמין הלוה את יורשי המלוה כלל עליו וראיתי בתשו' מוהר"מ פדוואה סי' מ"ו מ"ז שהסכים שם בפשיטות להרבנים השואלי' דבכת"י בנאמנות ומת המלוה נשבעים היורשים שלא פקדנו אבא ונוטלים ע"ש ובאמת דין זה ליתא לפי דברי התשובת מיימוני והמרדכי בשם מהר"ם וכמ"ש. עוד נ"ל דמסתעף מזה האי דינא שכ' הש"ך בס"ק ח"י דאם כתב בכת"י שלא יהיה נאמן הלוה לומר פרעתי דצריך המלוה לישבע אף בלא אמר לו אשתבע לי דלא פרעתיך ונראה משום דאזיל לטעמי' דס"ל דאף בכת"י בנאמנות לא שייך שטרך בידי מאי בעי די"ל ששכח הכת"י עם הנאמנות אלא דמהני מ"מ דכיון שהאמינו עליו איהו דאפסיד אנפשיה ולכך בכה"ג שלא נכתב בכת"י רק שלא יהיה הלוה נאמן לומר פרעתי י"ל דלא כתב כן רק לענין שלא יהיה הלוה נאמן לגמרי ליפטר אבל מ"מ יצטרך המלוה לישבע עכ"פ אבל אי אמרי' דטעמא דכת"י בנאמנו' מהני הוא משום דכיון שכתוב בו נאמנות בפירוש אינו מניח שטר כזה ביד המלוה אף דלא גבי ביה ממשעבדי א"כ ה"נ בכתב בו שלא יהא הלוה נאמן לומר פרעתי נמי שייך טעם זה דשטר כזה אינו מניח ביד המלוה אם איתא דפרעו וא"כ הוי כשאר שטר דשייך ביה שטרך בידי מאי בעי ונוטל המלוה בלא שבועה אם לא שטוען הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך כנ"ל ודוק ולדינא אין בידי להכריע בין גדולי הפוסקים האלו:

ו הואיל ומודים שהוא כת"י אביהם וכו'. הרב הש"ך האריך לתמוה הא אלו היה האב קיים והיה טוען פרעתי בת"ז היה נאמן במיגו דמזויף א"כ אף ליורשים נטעון כן שפרע אביהם בת"ז כמו דטענינן בשטר עיסקא היוצא על היתומים החזרתי כיון דאביהן היה נאמן בטענה זו במיגו דנאנסו כמבואר בסי' ק"ח ס"ד ותי' הש"ך דהטור אזיל לטעמיה דס"ל דלא טענינן ליורשים נאנסו הואיל ולא שכיח וא"כ כ"ש פרעתי בת"ז דלא טענינן ליורשים כיון דל"ש ליפרע בת"ז דהא חזינן דמוציאין ממון בחזקה זו אבל לשיטת הסוברים והכרעת הש"ך דטענינן ליורשים מילתא דל"ש ה"ה הכא טענינן להיורשים מה דמצי אביהן למיטען שפרע שהוא נאמן במיגו דמזויף זהו תורף דבריו גם בסי' ק"ח ס"ד תמה הש"ך על הט"ו דפסקו שם בשטר עסקא והוא ת"ז דמחויבין היורשים לשלם

הא האב היה נאמן לומר בת"ז במיגו דנאנסו וא"כ נטעון ליתמי נמי הכי ותי' ג"כ דזה הוי מילתא דל"ש ליפרע ת"ז ולא טענינן ליתמי והנה זה שנים רבות בימי חורפי אמרתי לתרץ קושית הש"ך דלכך לא טענינן ליתמי החזרתי בת"ז במיגו דמזויף או נאנסו משום דהא חזינן דמשום חזקה דא"א פורע בת"ז מוציאין ממון כיון דא"א עשוי לפרוע בת"ז אלא היכ' דאיכא מיגו מהני אף בת"ז משום דיש ראיה שאומר אמת משום דאי בעי לשקר היה טוען טענה טובה מזו וא"כ לכך לגבי יורשים לא טענינן שאביהם פרע בת"ז דהא היורשים אינם יודעים כלל מהפרעון ולא שייך מיגו לגבייהו ומה"ת נטעון ליתמי פרעתי דהא יש ראיה שלא פרע דחזקה א"א פורע בת"ז וליכא כאן ראיה להיפך מכח מיגו לשבור החזקה כיון שאין אנו יודעין אם אביהם היה טוען כן ואדרבה אנו אומרים דמסתמא אם היה האב קיים היה מודה על האמת שלא פרע מה שאין כן בשטר עסקא היוצא על היתומים טענינן ליתמי שפיר החזרתי במיגו דנאנסי משום דכיון דעיקר מעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי והכא לא שייך חזקה זו די"ל דהניח השטר דסמיך א"ע אטענת המיגו או שיטעון נאנסו כמ"ש הרשב"ם והנ"י שם והסמ"ע בסי' ק"ח משא"כ בשטר עיסקא בת"ז דאיכא חזקה שלא פרע מצד עצמה דהלואי שיפרע אדם בזמנו לא טענינן להיורשים דאדרבה אמרינן שאביהן היה בודאי מודה על האמת שלא פרע כיון שיש ראיה שלא פרע דחזקה א"א פורע בת"ז ובזה מתורץ ג"כ קושית התוס' בב"מ דף י"ג ע"ב שהוכיחו לשיטתם דס"ל דבשטר שאינו מקוים דלא טענינן מזויף ליתמי ולקוחות כיון דל"ש דמ"מ טענינן להו פרוע במיגו דמזויף כמו דמצינו בשטר כיס היוצא על היתומים דטענינן להו החזרתי במיגו דנאנסו אף דנאנסו בעצמו לא טענינן להו כיון דלא שכיח ולפמ"ש ניחא דבשלמא בשטר כיס טענינן ליתמי החזרתי דלא שייך ביה החזקה דשטרך בידי מאי בעי די"ל דסמיך א"ע אמיגו דנאנסו אבל בשטר שאינו מקוים יש חזקה אלימתא שודאי לא פרע דא"כ שטרא בידיה מאי בעי דלא שייך לומר דסמיך א"ע שיטעון מזויף דהאיך הניח השטר לסמוך א"ע אספיקא שלא יהיו עדים מצוין לקיימו דדילמא יבואו העדים ויקיימו את חתימתן אלא דמ"מ השתא שאין עדים לפנינו לקיימו מהימנינן ליה במיגו דמזויף ואמרינן שודאי אומר אמת שפרע דאי בעי לשקר היה טוען מזויף כיון דעכשיו אין עידי קיום לפנינו ולא סמכינן אחזקה דשטרך בידי מאי בעי משום דמיגו עדיפא מחזקה וא"כ לכך לא טענינן ליתמי החזרתי במיגו דמזויף כיון דיש ראיה לפנינו שלא פרע מדהניח השטר ביד המלוה מה"ת נאמר שאביהן היה טוען פרעתי אדרבה נאמר מסתמא אם היה האב קיים היה מודה על האמת שלא פרע והדברים נכונים לכאורה אך כעת עיינתי בדבר ונ"ל עיקר כהש"ך משום דאי אמרת

דבשטר עסקא לא שייך כלל החזקה דשטרך בידי מאי בעי משום דסמיך את עצמו אמיגו א"כ קשה הא דפריך הש"ס בב"ב דף ע' אהא דפשיט רב חסדא דבשטר פקדון נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ופריך והא כי טעין נאנסו שבועה בעי ומשני דנאמן בשבועה וכ"פ הט"ו בסי' רצ"ו ס"ב דבשטר פקדון נאמן לומר החזרתי בשבועה בנק"ח במיגו דנאנסו ואמאי צריך שבועה כלל הא עיקר מעליותא דשטרא הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי והכא לא שייך חזקה זו כלל דסמיך אטענת נאנסו וא"כ הוי כמלוה ע"פ ולסגי בהיסת א"ו דאף בשטר פקדון שייך חזקה דמ"מ אינו מניח השטר אצלו דהא בעי שבועה בנק"ח אלא דהמיגו מהני לשבור החזקה והא דכתבו הרשב"ם והנ"י דהכא ליכא חזקה דסמיך א"ע שיטעון נאנסו היינו דלא הוי חזקה אלימתא כולי האי ואף דמבעיא לן אי אמרינן מיגו במקום חזקה מ"מ הכא מהני מיגו נגד החזקה כיון די"ל דסמיך אמיגו וא"כ כיון דחזינן בשטר עיסקא דטענינן ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו אף דאיכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ אמרינן דהוי כאלו אביהן קיים וטעין החזרתי א"כ ה"נ בת"ז טענינן ליתמי החזרתי במיגו דמזויף כשהשטר אינו מקוים דמה"ת לחלק בין חזקה לחזקה וכן הש"ך בסי' רצ"ז פסק בשם הרמב"ן דמי שהפקיד בעדים אצל איש אחד ומת ולא ראו הפקדון בידו טענינן ליתמי שאביהן לקחו דכיון שאביהן היה נאמן במיגו דהחזרתי טענינן הכי להיורשי' אלמא אף דכל היכא דאיכא עדים וראה מוציאין אף מיד האב משום דמוקמינן הפקדון בחזקת מ"ק אלא היכא דליכא ראה מהני המיגו להוציא מן החזקה ואפ"ה טענינן אף ליתמי הכי ולא אמרינן דאביהן היה מודה להחזקה וכן מוכח בר"פ האשה שנתארמלה והיא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך אם יש עדים כתובתה מאתים ופרכינן טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים בעל מהימן לימא תנן סתמא דלא כר"ג דאי ר"ג הא אמר הבעל מהימן משום דמוקמינן אותה אחזקה דגופה דבתולה נולדה ומשני התם ברי ושמא הכא ברי וברי וכתב הרא"ש ואלמנה נמי חשבינן טענת היורשין ברי כיון דטענינן להו כל מה דמצי אביהן למיטען אלמא אף דאיכא חזקה דגופה דבתולה נולדה מ"מ טענינן להיורשים דאלמנה היתה דחשבינן ליה כטענת ברי כאלו אביהן קיים וטוען לפנינו כן א"כ ה"נ בת"ז והשטר אינו מקוים כיון שאביהן היה נאמן לומר פרוע במיגו דמזויף ה"נ טענינן ליתמי הכי דחשבינן כאלו אביהן קיים וטוען לפנינו כן וכמ"ש הש"ך ושפתיו ישמרו דעת וכן עיקר ואדרבה גם מ"ש הש"ך לתרץ דברי הבעה"ת והטור דאזלי לטעמייהו דלא טענינן ליתמי מילתא דל"ש ופרעון בת"ז מילתא דל"ש הוא קשה ג"כ משטר כיס היוצא על היתומים דהתם נמי מילתא דל"ש שיפרע האב כיון דהשטר ביד המלוה ושטרא בידיה מאי בעי וצ"ל דשטר עסקא חשיב

שכיח כיון דאיכא למימר דפרע וסמך א"ע אמיגו דנאנסו כמ"ש הרשב"ם והנ"י אך לפ"ז קושית התוס' בב"מ שהקשו דנטעון ליתמי פרוע במיגו דמזויף בשטר שאינו מקוים והוכיחו כן משטר כיס לק"מ דבשטר שאינו מקוים איכא חזקה אלימתא שלא פרע דלא שייך לומר דסמך א"ע אמיגו דהאיך הניח השטר שמא יבואו עדים לקיימו וא"כ הפרעון הוי מילתא דל"ש ולא טענינן ליתמי משא"כ בשטר כיס די"ל דסמך א"ע אמיגו ובזה יש לתרץ גם קושית התוס' ברפ"ב דכתובות אהא דפריך התם וכיון דרוב נשים בתולות נשאות כי ליכא עדים מאי הוי וכתבו התוס' דלרב פריך דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דהא לשמואל דקיי"ל כוותיה אין הולכין בממון אחר הרוב ולפמ"ש ניחא דהא הש"ס משני לעיל מיניה דמתני' אתיא כר"ג משום דמתניתין בו"ב הוא והא דנתארמלה כיון שהב"ד טוענין ליורשים חשיב כברי וא"כ פריך שפיר וכיון דרוב נשים בתולות נשאות א"כ הוי מילתא דל"ש שתהיה אלמנה וא"כ אף בלא עדים נאמנת משום חזקה דגופה כיון דמילתא דל"ש הוא לא טענינן ליתמי וחשיב כשמא וא"ש סוף דבר העיקר לדינא כשיטת הש"ך דטעני' ליתמי החזרתי בת"ז במיגו דמזויף ואף להאומרים דמילתא דל"ש לא טענינן ליתמי מ"מ חזקה דת"ז י"ל דלא חשיב מילתא דל"ש כמו שנראה מדברי התוס' דב"מ ורפ"ב דכתובות דלאו כל דבר מדמינן למילתא דל"ש. אמנם נראה דאף שהוכחתי דהעיקר כהש"ך דכל היכא שאביהן היה נאמן מטעם מיגו טענינן נמי ליתמי כן אף שהוא נגד החזקה מ"מ בשטר עסקא והמלוה בא לגבות מהלקוחות לפי שיטת הטור וסייעתו דנאנסו לא טענינן ליתמי ולקוחות כיון דל"ש א"כ היה יכול לגבות מן הלקוחות אלא דטענינן להו החזרתי במיגו דנאנסו כמו ליורשים מ"מ היכא דהמתעסק מודה שלא החזיר נראה דבכה"ג יכול לגבות מהלקוחות ולא אמרינן דהמתעסק א"נ לחוב לאחרים דדילמא עשה קנוניא בכדי לטרוף מהלקוחות דמ"מ כיון דהחזרתי א"נ אלא במיגו דנאנסו א"כ בכה"ג שהוא מודה שלא החזיר ל"ש מיגו כלל ולא שייך הכא למיחש לקנוניא כיון דלא מהימן בטענת החזרתי אלא במיגו היכי שייך לומר כאן מיגו כיון שהוא מודה לפנינו להיפך וזה נכון מאוד בסברא אלא דהש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ב כתב בפשיטות להיפך גבי אם ראובן נתן לשמעון חפץ למכור ובא בע"ח של שמעון ולקחו בחובו דאם אינו ידוע בעדים שהחפץ של ראובן אע"פ ששמעון מודה שהוא של ראובן אין מוציאין מבע"ח וכתב הש"ך שם דבעינן שיהיו עדים שמסרו ליד שמעון וראו ג"כ ביד שמעון דאל"כ יכול לטעון לקוח במיגו דהחזרתי ע"ש משמע להדיא דאף דשמעון מודה א"נ לחוב לאחרים כיון שהיה נאמן במיגו לטעון לקוח הוא בידו אך לפעד"נ עיקר כמ"ש וראיה ברורה לזה מהא דאמרינן בב"מ דף י"ג ע"א לאביי דס"ל עבחז"ל מתניתין דקתני

מצא שט"ח אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר ואוקמינן כשחייב מודה ומשום דשמא כתב ללוות ולא לוה לאביי צ"ל דטעמ' משום דחיישינן לפרעון ולקנוני' ופריך הש"ס לשמואל דאמר המוצא שטר הקנאה יחזיר דלא חיישינן לפרעון אי ס"ל כאביי מאי איכא למימר ומשני דשמואל מוקי באין חייב מודה ור"מ לטעמיה דס"ל דשטר שאין בו אחריות אינו גובה לא ממשעבדי ולא מבני חורין ולכך אין בו אחריות נכסים יחזיר לצור בו ע"פ צלוחיתו של מלוה ויש להקשות דמאי פריך הש"ס לשמואל כיון דאף לאביי אי המלוה אינו מצוה ליתן אין נותנין את השטר דחיישינן דשמא כתב ללוות ולא לוה דהא אביי מודה דהיכא דלא מטא לידיה ל"א עבחז"ל וא"כ אף כשהלוה טוען פרעתי יש להאמינו במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי ואף לשמואל דהא שמואל מיירי בשטרי הקנאה דליכא מיגו וא"כ מאי פריך הש"ס לשמואל דכיון דנאמן לומר פרעתי במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי א"כ אף שהוא מודה חיישינן לפרעון ולקנוניא א"ו כיון דהלוה א"נ לומר פרעתי בשטר שנפל לשמואל משום דאם איתא דפרעיה מקרע הוי קרע ליה וא"נ אלא במיגו א"כ היכא שהוא מודה בדבר כיון דלא שייך מיגו לגביה דמיגו מתורת ראיה הוא והרי הוא אומר להיפך שוב לא מהימן מצד עצמו ול"ח לקנוניא והנה לפמ"ש התוס' בפ"ב דכתובות בטעמא דמ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ולא מהימן במיגו דמזויף הוא משום דליכא מיגו דירא לטעון מזויף דדילמא יבואו עדי' ויכחישוהו יש לתרץ קושיא זו די"ל דה"נ א"נ לומר פרעתי במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי דינא לטעון כן דשמא יבואו עדים ויאמרו שנתן לו המעות בפניהם או שיעידו שראו השטר ביד המלוה וא"כ פריך הש"ס שפיר לשמואל דס"ל בב"ב דף קנ"ד דרבנן דר"מ ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וא"כ ה"נ לא מהימן לומר פרוע במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי וא"כ קשה שפיר לשמואל דמ"ט דרבנן דר"מ במתניתין דס"ל בין כך ובין כך לא יחזיר אך זה לא יתכן אלא לטעם זה אבל לפמ"ש התוס' בשם רש"י ור"י וכ"כ רוב הקדמונים דטעמא דמ"ד מודה בשטר א"צ לקיימו הוא משום דקיום שטרות דרבנן ובכה"ג שהוא מודה בשטר שכתבו לא מהימן במיגו הקושיא במ"ע א"ו דהיכא דלא מהימן אלא במיגו כשהוא מודה בדבר מהני אף לגבי לקוחו' לחוב לאחרים ול"ח לקנוניא דלא כהש"ך וזה ראיה גדולה לדברינו שוב מצאתי בס' אס"ז שהביא דברי הר"י הלוי בן מיגא"ש בתשובה שכתב להדיא דאף לשמואל מודה בשטר דלאו הקנאה נאמן לומר פרעתי במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי ומפרש הא דמשני הש"ס לשמואל באין חייב מודה היינו בטוען פרעתי דמהימן במיגו ע"ש באריכות וא"כ לדבריו תימה דלוקמא נמי בחייב מודה וחיישינן לפרעון ולקנוניא א"ו דבכה"ג דלא מהימן אלא במיגו מהני כשחייב מודה ולא שייך למיחש לקנוניא וז"ב

ובזה נתיישב נמי לשון התוס' בכתובות דף צ"ב ע"ב שהביאו ראיה בשם רבי דלא טענינן מזויף ללקוחות מהא דפריך בב"מ לאוקימתא דשמואל דיחזיר לצור ע"פ צלוחיתו וניהדר ללוה לצור ומשני הא קאמר להד"ם ואת"ל דטענינן ליתמי ולקוחות מזויף יש בו אחריות נכסים אמאי לא יחזיר אי כשיכול לקיימו ויש לו למלוה עידי קיום א"כ . יחזיר דקושטא קאמר ובדין יגבה דלפריעה ליכא למיחש דהא קאמר להד"ם וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואם לא יוכל לקיים מה נפסיד בחזרתו דהא אף מיתומים ולקוחות לא יוכל להוציא א"ו דליתומים ולקוחו' לא טענינן מזויף עכ"ד והדברי' תמוהים מאוד דהיכי כתבו דלפריעה ליכא למיחש דהא קאמר להד"ם דהא אליבא דשמואל קיימינן השתא דלא חייש לפרעון וגם מאי תי' דהא קאמר להד"ם דמה מועיל הודאתו לחוב לאחרים להפסיד לקוחות דהא חיישינן לקנוניא אף לשמואל אלא דשמואל לא חייש לפרעון משום דמיקרע הוי קרע לשטרא א"ו דכוונת התוס' הוא דניחוש לפריעה אף לשמואל דהא נאמן במיגו דכתבתי ללוות ולא לויתי ולזה תירצו דכיון דאמר להד"ם הרי הודה שלא פרעו ובכה"ג שא"נ אלא במיגו מהני הודאתו אף לחוב לאחרים וז"ב ונכון בכוונת דברי התוס' ודלא כהש"ך אך לכאורה יש להוכיח כשיטת הש"ך מהא דהקשו התוס' שם דאכתי אמאי לא יחזיר באית בהו אחריות נכסים דנהי דלא נטעון ליתמי ולקוחות מזויף ור"מ נטעון להו פרוע במיגו דמזויף כמו בשטר כיס וכן הקשו התוס' בב"מ שם ומאי קושיא דילמא מש"ה לא יחזיר דחיישינן שמא יודה הלוה אח"כ לדברי המלוה שאינו פרוע ויעשה קנוניא כדי לגבות מלקוחות ובכה"ג לא נטעון להו פרוע דכיון שא"נ לומר פרוע אלא במיגו דמזויף והיכא שהוא מודה ל"ש מיגו ולכך לא יחזיר לידו משום חשש קנוניא דלהבא דהא אף לחשש קנוניא להבא חיישינן כדמוכח מתוס' ב"מ דף י"ט ע"ב ד"ה מצא שובר ובש"ע לקמן ר"ס רל"ח ע"ש אך כעין קושיא זו קשה בלא"ה לפי מאי דמסקי התוס' בב"מ ובכתובות בקושייתם דטענינן ללקוחות מזויף א"כ מאי קושיא דלמה לא יחזיר באית בהו אחריות נכסים דהא מוכח מדברי התוס' בב"מ דף ע"ב ע"א ד"ה אמר דאם הלוה מודה בשטר שאינו מזויף גובה ממשעבדי לכ"ע וכ"כ התוס' בשבת דף ע"ח ע"ב וכ"פ המבי"ט הביאו הש"ך בס"ס ר"ו וא"כ מאי קושיא דילמא לכך לא יחזיר משום דחיישינן שיעשה הלוה קנוניא על הלקוחו' ויודה למלוה שאינו מזויף ויגבה מהלקוחות שלא כדין וצ"ל דהתוס' סברי דכיון דעכשיו טוען הלוה מזויף לפנינו ל"ח שיעשה הלוה קנוניא אח"כ עם המלוה לחוב ללקוחות ועוד י"ל דא"כ אכתי תקשה דהא באין בהן אחריות נכסים ודאי ל"ש חששא זו וא"כ קשה דמאי פריך הש"ס באין בהן אחריות נכסים נהי דממשועבדים לא גבי מב"ח מגבי גבי הא לענין ב"ח ליכא שום

חששא אבל לפי סברת התוס' דליתומים ולקוחות לא טענינן מזויף פריך שפיר דאף באין בו אחריות ניחוש שיגבה מיתומים ושלא בפניו וכמ"ש בחי' הרשב"א פ"ק דגיטין דף ט' ע"ש ועדיין צריך ישוב ולדינא נראה עיקר דלא כהש"ך:

ע

א א"צ לפרעו בעדים. כתב בתשו' הרמ"ע סי' קי"ג דאע"ג דקיי"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי היינו למיגבי בי' מבנ"ח ולא ממשעבדי אבל מ"מ א"נ לומר פרעתי דהוי כמעשה ב"ד וקיי"ל דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום עכ"ד ולפ"ז בניזקין דהוי מלוה הכתובה בתורה אם יש עדים שהזיקו א"נ לומר פרעתי והנה אף שדברי טעם הן מ"מ מסתימת הפוס' לא משמע כן וכן מוכח מדברי הרמ"ה שהביא הנ"י בפ"ק דב"ק גבי מי שמכר לג' בני אדם כולן נכנסו תחת הבעלים ומוקי לה בניזקין וכתב הנ"י וא"ת הא ניזקין מע"פ הוא ואינו גובה ממשועבדים י"ל דמשכחת לה בדכתב ליה שטר בניזקיה א"כ בשקנו מידו א"נ בשעמד בדין ונתחייב לשלם ואח"כ מכר דהעמדה בדין כשטר דמיא והוא דאתברר דלא פרע א"ב דחייבוהו לשלומי ולא קבליה לדינא עילוייה דגלי אדעתיה שאין רצונו לפורעו הרמ"ה עכ"ל אלמא אף דניזקין מלוה הכתובה בתורה היא מ"מ צריך דוקא דאיתברר דלא פרע או שסירב בצווי ב"ד הא אי ל"ה חיישינן דפרע וכן מוכח מדברי המגדול עוז ספ"א מערכין שהביא הש"ך בר"ס ל"ט ע"ש ועוד ראיה לפענ"ד מהא דאיתא בס"פ השואל דף ק"ב בעי מיניה מר"י שוכר אמר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי על מי להביא ראיה ופריך הש"ס אימת אי בת"ז תנינא אי לאחר זמנו תנינא דתנן מת האב בתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראיה שנפדה לאחר ל' יום בחזקת שנפדה עד שיביאו לו ראיה שלא נפדה והנה לפי דברי הסמ"ע ע"כ צ"ל הא דלאחר ל' בחזקת שנפדה אף דפדיון הבן ודאי מלוה הכתובה בתורה היא הטעם הוא משום דאמרינן שודאי קיים המצוה בזמנו וא"כ קשה דהיכי הוכיח הש"ס לענין שכירות דבת"ז הוא בחזקה דלא פרע מההיא דבתוך ל' בחזקת שלא נפדה דילמא התם טעמא הוא משום דפדיון הוי כמעשה ב"ד וא"נ לומר פרעתי דכמאן דנקט שטרא בידיה דמי ובחזקת חיובא עומד עד שיביא עדים או שובר ולאחר ל' בחזקת שנפדה משום דודאי קיים המצוה בזמנו משא"כ שוכר דלאו מלוה הכתובה בתורה הוא אף בת"ז נאמן לומר פרעתי א"ו דאף במלוה הכתובה בתורה נאמן לומר פרעתי ודלא כהרמ"ע וכן עיקר:

ב הביאם והפטר. משמע שצריך להביא ב' העדים וכן הוא בש"ס בפג"פ האומר לחבירו פרעתיך בפני פ' ופ' צריך שיבואו פ' ופ' ויעידו והנה לפי שיטת הרמב"ם והמחבר

דהבירור הוא כדי ליפטר משבועת היסת ניחא דצריך שניהם דנהי שהביא ע"א שמעיד כדבריו מ"מ דילמא יכחישנו האחר ואוקי עד להדי עד וחייב היסת כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו ולכך צריך לברר להביא גם עד השני אבל לפי שיטת בעה"מ וש"פ והרב בהג"ה דצריך לברר משום דשמא יכחישוהו העדים ויהא מוחזק כפרן יש לתמוה דלמה צריך לברר להביא שני העדים דאף אם יביא ע"א שמעיד כדבריו נמי סגי דהא אף אם יכחישנו העד האחר מכל מקום לא יוחזק כפרן ע"פ ע"א וגם שבועה דאורייתא לא יתחייב על פיו כיון דיש ע"א שמעיד כדבריו אוקי עד להדי עד ופטור מש"ד כמבואר בסי' פ"ב סי"ב ע"ש וצ"ע:

ג אל תפרעני אלא בעדים. כתבו הסמ"ע והש"ך דמיירי דא"ל כן בפני עדים דאל"כ הוא נאמן במיגו דלא התנה עמו כן והכנה"ג חולק בזה דאם איתא לא הוי הפוס' שתקי מלחלק בהכי א"ו כיון דאנן סהדי דלא פרע אלא בעדים כיון שהתנה עמו כן הוי כמיגו במקום עדים ודבריו תמוהים דזה ניחא לפי שיטת הר"ן דכתב דלכך לא מהימן לומר פרעתי ביני לבינו במיגו דפרעתיך בפני פ' ופ' ומתו דהוי מיגו במקום עדים אבל הרא"ש דכתב דלכך לא מהימן במיגו זו משום דאין כאן מיגו שיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עדותו הרי דסובר דאף בכה"ג אמרינן מיגו וכ"כ הרא"ש פחז"ה והט"ו לקמן סי' קל"ג ס"ב להדיא דאם אמר לו בפקדון אל תחזיר לי אלא בעדים דנאמן לומר החזרתי לו ביני לבינו במיגו דנאנסו הרי דלא ס"ל סברא זו דהוי כמיגו במקום עדים ואף הש"ך דחולק שם מהאי טעמא דהוי מיגו במקום עדים וכן הוא שיטת הרמב"ם כמ"ש בסק"ה מכל מקום יש לומר דבאין עדים על התנאי דנאמן במיגו משום דמיגו זה אלים טובא דאי בעי היה כופר עיקר התנאי כמ"ש הש"ך סברא זו בסי' ע"א סק"ד לענין נאמנות ע"ש. שוב מצאתי כן בתשו' המיוחסת להרמב"ן סי' צ"ז להדיא דבאומר אל תפרעני אלא בעדים לא מהימן במיגו דפרעתיך בפני עדים והלכו למד"ה כיון שהתנה ותנאי ממון קיים משא"כ כשהתנה עמו שלא בפני עדים מהני המיגו דאי בעי היה כופר עיקר התנאי ע"ש ומ"מ נראה דאף אם א"ל אל תפרעני אלא בעדים רק לפני ע"א נמי א"נ לומר פרעתי דהוי משוי"מ כמבואר בסי' ע"ה סי"ג ע"ש:

ד צריך לפרעו בעדים. ואם מת הלוה לכאורה היה נראה דגובה המלוה מן היתומים ול"א דדילמא אי הוי אביהן קיים הוי מייתי ראיה שפרעו משום דכ"ז שאין הראיה לפנינו לא טענינן ליתמי כן וראיה לזה מהא דפרכינן בב"ב פחז"ה דנ"ב על הא דאמר התם באחד מן האחים שהיה אונות ושטרות יוצאין על שמו דאף שא"נ לומר שלי הן אם מת על האחין להביא ראיה ופריך וכי טענינן ליתמי מאי דלא מצי אביהן למיטען והא

רבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בלא ראיה בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וכתבו התוס' והרא"ש שם דלהמסקנא לאו קושיא היא דבזה כ"ע מודי דלא אמרינן אי הוי אביהן קיים הוי מייתי ראיה כדמוכח מבן אומן ואריס דאין להם חזקה ול"א דילמא הוי אביהן מייתי ראיה שקנאם ול"א הכי אלא באונות ושטרות היוצאות על שמו דוקא כיון דרגלים לדבר שהן שלו כיון שיוצאין על שמו ע"ש הרי להדי' דל"א דילמא הוי לאביהן ראיה כ"ז שאין הראיה לפנינו וא"כ ה"נ לא טענינן ליתמי הכי וכ"כ מלשון הרמב"ם פי"א מה"מ שכתב במע"פ שבא לגבות מן היורשים שאם באו עדים שאמרו בפנינו הלוהו אינו גובה מן היורש כלום שמא פרעו שהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים וכ"כ הטור בר"ס ק"ח משמע דאם א"ל אל תפרעני אלא בעדים גובה אף מן היורשים כיון שאין העדים לפנינו וכן דנין השתא שגובין בשטרי עסקא הנהוגין ע"פ תיקון מוהר"מ אף מן היתומים ול"א דדילמא אי הוי אביהן קיים היה מביא עדים שהפסיד הקרן א"ו דלא טענינן הכי ליורשים איברא כי דייקינן בהא מילתא שפיר נראה ברור להיפך לא מבעיא לפי שיטת הרמב"ם והמחבר דנאמן לומר פרעתי בעדים והלכו למד"ה דה"נ טענינן ליתמי דילמא אי הוי אביהן קיים הוי טען הכי שפרע בפני עדים והלכו למד"ה ול"ד לדברים העשוים להשאיל דל"א אי הוי אביהן קיים הוי מייתי ראיה דשא"ה דכיון שהן דברים העשוים להשאיל א"נ לומר לקוחין הן בידי מצד עצמו כיון שאין תפיסתן ראיה מוקמינן המטלטלין בחזקת מ"ק אלא דכשיש עדים לפנינו אתו עדים ומפקי מחזקה ולכך לא טענינן ליתמי דילמא אביהן הוי מייתי ראיה כיון שאין העדים לפנינו וגם האב גופיה לא הוי מהימן אם לא שיביא הראיה לפנינו אבל הכא כיון שהאב היה נאמן לומר שפרע בפני עדים והלכו למד"ה והיא טענה מעולה בעצמה שהוא אומר שקיים תנאו ופרע לפני עדים מה"ת לא נטעון ליתמי כן ול"ד גם לשטר עיסקא שגם האב גופיה לא הוי מהימן אלא ע"י בירור שיהיו עדים לפנינו ולכך לא טענינן ליתמי מה דלא מצי אביהן למיטען משא"כ הכא שהאב גופיה הוי מצי למיטען כן אלא אף לפי שיטת הרי"ף דס"ל דא"נ לומר פרעתי לפני עדים והלכו למד"ה מ"מ נראה דמודה בכה"ג דהא טעמא דהרי"ף דס"ל דא"נ לומר שקיים תנאו עכצ"ל כיון דהתנה עמו שלא יפרע לו אלא בפני עדים דוקא הוי כאמר לו בפירוש שלא יהיה נאמן לומר שפרע בפני עדים עד שיביאם דוקא כיון דחזינן דלא הימניה וא"כ לגבי יתמי כיון דחזינן דסתם נאמנות ל"מ נגד יורשים משום דאמרינן דלא הימניה אלא לגבי עצמו ולא נגד היורשים כמבואר בסי' ע"א וא"כ הכא נמי טענינן להו דילמא אביהן פרע בפני עדים ואף דלא הימניה אלא כשיברר היינו נגד עצמו ולא לגבי יורשיו ול"ש לומר כיון שהתנה עמו כן

אנן סהדי דלא פרע אלא בפני עדים דזה ליתא דאנן אמרינן דילמא באמת קיים תנאו ופרע בפני עדים אלא שהלכו למד"ה או מתו וראיה ברורה לזה מדברי הטור בסי' קל"ג שהביא בשם רבינו יונה גבי פקדון דאם א"ל המערער להמחזיק מה טיבו אצלך וא"ל אתה מכרתו לי וטוען המערער לפ' הפקדתיו ואמרתי לו אל תחזירהו לי אלא בעדים ולא החזירהו לי ונתנו לך שלא במצותי שהדין עם המערער שאין תפיסתו של זה ראיה שהרי י"ל מן הנפקד בא לידו הואיל ואנו חושדין את הנפקד שלא החזירו הוא מתחייב בדין לבעל החפץ וכתב עליו הטור ואני תמה אם כתבו כיון שהוא מוחזק בו ואומר שמכרו או נתנו לו מה טענה שיאמר אני מ סרתיו לפ' ואמרתי לו אל תחזירהו לי אלא בעדים כדי להוציא מיד המחזיק יאמר אני מודה שכך היה ואני אומר שהחזירו לך בעדים וקניתיו ממך שהרי אם היה הנפקד לפנינו גם הוא היה נאמן לומר החזרתי לך בפני פלוני ופלוני והלכו למד"ה עכ"ל וכ"ה לקמן בש"ע סימן קל"ג ס"ד הרי להדיא דטענינן להלוקח שהנפקד החזיר לו בפני עדים והלכו למד"ה א"כ ה"ה דטענינן ליתמי נמי הכי והנה הב"י תמה שם על הטור דמה זו תמיה על רבינו יונה דדילמא ס"ל כהרי"ף דא"כ ולפמ"ש ניחא דאף לשיטת הרי"ף מ"מ לא מפקינן מיד הלוקח דנהי דלא הימניה אלא כשיברר דוקא מ"מ לא מהני זה נגד הלוקח דהלוקח יאמר אני מאמינו שהחזיר לו דהא סתם נאמנות לא מהני נגד בע"ח מאוחר ולא נגד לקוחות לכ"ע כמבואר בסי' ע"א סי"ט מה תאמר אנן סהדי שלא החזיר לו אלא בפני עדים כיון שהתנה עמו זה ליתא דדילמא האמת הוא שקיים תנאו והחזיר לו בעדים אלא שהלכו למד"ה ובזה נדחה נמי מ"ש הט"ז שם דרבינו יונה מיירי שהנפקד לפנינו ואמר שהחזירו שלא בעדים דזה ליתא דכיון שבא להוציא מן הלוקח אין הנפקד נאמן בהודאתו לחוב לאחרים דהלוקח יכול לומר שודאי החזיר לו בעדים וקיים תנאו ובאמת נראה דזה הוא כוונת הרב ב"י בבד"ה שם ע"ש אך לפי טעם זה אם המפקיד א"ל אל תחזירהו לי אלא בפני פ' ופ' ואותן העדים אומרים שלא החזיר בפניהם יכול המערער להוציא מיד המחזיק אמנם הסמ"ע והש"ך שם כתבו טעם אחר דאף לפי שיטת הרי"ף אמרינן דדילמא הוי הנפקד מברר שהחזירו בפני עדים ומכח זה פסק הש"ך שם דאף שא"ל אל תחזירהו לי אלא בפני פ' ופ' ואותן העדים אומרים שלא החזיר בפניהם מ"מ אמרינן דילמא החזיר בפני אחרים ואלו היה הנפקד כאן היה מביאם ונפטר כמבואר בס"ד והנה לכאורה סברת הש"ך תמוה מאוד דמה"ת נטעון ליה שהיה מברר שהחזיר לו בעדים אחרים דהא חזינן דדברים העשוים להשאיל מפקינן מיתמי ולא טענינן להו דדילמא האב היה מברר בעדים שלקחו כמ"ש התוס' והרא"ש בפחז"ה וה"נ הרי ריעא טענתיה דכיון שהתנה עמו שלא יפרענו אלא

בפני פ' ופ' מסתמא אינו פורע אלא לפני עדים אלו כמ"ש הר"ן להדיא אלא דכשיש עדים אחרים לפנינו שפרעו אתו עדים ומפקי מחזקה וא"כ מה"ת נטעון ללוקח כן כיון דלא טענינן ליתמי הכי ומה שהביא הש"ך ראיה מפחז"ה דף מ"ה ליתא כלל דשא"ה דמיירי שהפקידו לפני עדים בסתם א"כ אף למ"ד דצריך להחזיר לו בעדים י"ל שהחזיר לו לפני עדים דעלמא והלכו להם וכמ"ש לעיל משא"כ הכא אך מ"מ לאחר העיון נראה דסברת הש"ך לא נפלאת היא די"ל דדוקא בדברים העשוים להשאיל לא טענינן דדילמא האב היה מברר שלקחן משום כיון דאין חזקתן ראיה שקנאם מוקמינן להו בחזקת מ"ק ואין מוציאין אותן מהבעלים הראשונים משא"כ בשאר מטלטלין כיון דחזינן דאף היכא שהם ידועים שהן של אחרים נאמן לומר לקחתי משום דתפיסתן מוכחת עליהן שקנאם לכך הכא שאתה בא להוציא ממנו משום דא"ל להנפקד אל תחזיר לי אלא בפני פ' ופ' טענינן ליה להלוקח דילמא היה הנפקד מברר שהחזירו בפני עדים אחרים והוי כמו אחד מן האחים שהיו אונות ושטרות יוצאין על שמו דאם מת על האחים להביא ראיה דטענינן ליתמי שהאב היה מברר כיון שיוצאין על שמו כמ"ש התוספות והרא"ש שם וה"נ כיון דתפיסתו. מוכחת עליו שהוא שלו טענינן ליה כן אך מ"מ אין זה מוכרח די"ל דעיקר הטעם באונות ושטרות הוא משום כיון דיוצאין על שמו מוכחא מילתא טפי שהן שלו והיא טענה מעולה מצד עצמה אלא שבחיים צריך להביא ראיה משום דמסתמא איכא סהדי דידעי בהכי וכי לא מייתי ראיה איתרע טענתיה ולכך ליתמי דליכא ריעותא סמכינן אמאי דיוצאים בשמו וכן משמע להדיא מלשון התוס' שם משא"כ הכא דגוף הטענה שפרע בפני עדים אחרים טענה גרועה היא דמסתמא אינו פורע אלא בפני העדים שיחד לו לא טענינן ללוקח שפרע בפני עדים אחרים אך מ"מ לשון הנ"י פחז"ה והריב"ש בסי' קס"ט משמע דעיקר הטעם דטענינן להו שהאב היה מברר כיון דמסייע ליה מה דיוצאין על שמו יע"ש גם י"ל כטעם האחר שכתב הש"ך דדילמא נתן לו כת"י שהחזיר לו וא"כ גוף הטענה מעליא היא מצד עצמה דלא פרע לו לפני אותן עדים שיחד לו כיון שנתן לו כת"י והודאת בע"ד כמאה עדים דמי אך מ"מ יש לפקפק בזה דמ"מ היה לו לפרוע באותן עדים שייחד לו בכדי שלא יצטרך לשמור שוברו לעולם וע"ק על הש"ך דהיכי טענינן ללוקח שפרע בפני אחרים או שנטל שובר דא"כ אמאי יכול המלוה לגבות מלקוחות בשטר שלא בפני הלוה כמבואר בסי' קי"ד ניחוש שמא אם היה הלוה בפנינו היה מברר שפרעו בעדים או שלקח שובר ממנו א"ו דמוקמינן השטר בחזקתו כ"ז שאין הראיה לפנינו וכ"כ הב"י בסי' קכ"ט להדיא דבמלוה בשטר נפרעין מן הערב כשהלוה במד"ה בלי הודעת הלוה משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ול"ח לשובר דחששא

רחוקה היא וע"ש וא"כ ה"נ כיון שיחד לו עדים אנן סהדי שאינו פורע אלא בפניהם וכמ"ש הר"ן וכשטר דמי ועדיף מיניה שגובה בלא שבועה א"כ מה"ת ניחוש לשובר ואפשר כיון דאמרינן בפ' הכותב דלכך נפרעין מן הלוה שלא בפניו ול"ח לשובר כדי שלא יהיה כ"א הולך למד"ה ואתה נועל דלת בפני לוין ולכך הכא גבי פקדון דלא שייך טעם זה חיישינן לשובר וא"כ לפ"ז אם הנפקד לפנינו מוציאין מן המחזיק אם יחד עדים להחזרה והם אומרים שלא החזיר בפניהם כ"ז שאין שובר ביד הנפקד כמו בכל שטר דטורפין מלקוחות ועדיין צ"ע לדינא. ותבנא לדינא דעכ"פ בא"ל אל תפרעני אלא בעדים סתם ולא יחדם אינו גובה מן היורשים אף לשיטת הרי"ף וכן לענין משועבדים בשטר אינו גובה אלא בשבועה כדמוכח מדברי הטור בסי' קל"ג גם בשטרי עסקא הנהוגין בזמנינו שמתנים שלא יהיה נאמן לומר הפסדתי אם לא בראיה בעדים שנוהגין לגבות אף מיורשים לפענ"ד צ"ע טובא מתרי טעמי חדא די"ל דאם האב היה קיים היה מברר בעדים שהפסיד כמ"ש הסמ"ע והש"ך בסי' קל"ג והכא עדיף טפי כיון שגוף הטענה שהיה לו הפסד היא טענה מעלייתא מצד עצמה אלא שהתנה שלא יהיה נאמן עליה אם לא שיברר בעדים א"כ יש לדמותו לאונות ושטרות היוצאין על שמו דאם מת על האחין להביא ראיה משום דדילמא האב היה מברר בעדים דשלו הן כיון שיוצאין על שמו וה"נ י"ל דאוקי ממונא בחזקת היורשים שהם מוחזקים בו ואמרינן דילמא האב היה מברר בעדים שהפסיד ול"ד לדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דמפקינן מיתמי דהתם ליכא חזקה דממונא גבייהו ואדרבה אוקי המטלטלין בחזקת מ"ק וכמש"ל ועוד כיון דקיי"ל בסי' ע"א דסתם נאמנות לא מהני נגד היורשים דלא הימניה אלא נגדו ולא נגד היורשים א"כ ה"נ נאמר דאף שהתנה שלא יהיה נאמן לומר הפסדתי אם לא בראיה היינו דוקא לגבי עצמו ולא לנגד יורשיו וכמ"ש מוהר"ם בתשו' מיי' סי' ל"ה שהביא הש"ך בסי' ס"ט בכת"י שכתב בו שלא יהיה נאמן לומר פרעתי כ"ז שהכת"י יהא יוצא מתח"י המלוה ומת הלוה שאינו גובה מן היורשים משום דדילמא פרע אביהן דאף שהאב לא היה נאמן כיון דהימניה למלוה מ"מ סתם נאמנות לא מהני נגד היורשים וטענינן להו שפרע האב אף דאביהן גופיה לא הוי מצי למיטען כן ע"ש וליכא למימר דע"כ לא מהני סתם נאמנות נגד היורשים היינו כשהתובע טוען ברי ומשום דלגבי עצמו הימניה שבטוח הוא שודאי לא יעיז נגדו ולא נגד היורשים כמ"ש הסמ"ע בסי' ע"א ס"ק ל"א משא"כ הכא שהתנה שלא יהיה נאמן לומר הפסדתי דבזה אין המלוה מכיר בשקרו ואפ"ה התנה עמו שלא יהיה נאמן אם לא בראיה א"כ אף נגד היורשים שלו לא האמינו זה ליתא דהא באה"ע סי' צ"ח ס"ד משמע להדיא דאם פטר את אשתו משבועת אפוטרופא יורשיו משביעין

אותה וכן מוכח בש"ס בפ' הכותב למ"ד דמוקי מתני' דכתב לה נדר ושבועה אין לי עליך דמיירי בשבועת אפוטרופסות שנעשית בחיי בעלה ואפ"ה קתני סיפא דיורשיו משביעין אותה הרי להדיא דאף שאביו פטר אותה משבועת אפוטרופסות דהיינו שלא העלימה שום דבר שהוא דבר שאין הבעל יודע בברי ואפ"ה אמרינן שלא פטרה רק נגדו ולא נגד יורשיו וא"כ ה"נ אף שחייב א"ע שלא יהיה נאמן לומר הפסדתי אם לא בראיה לא התחייב אלא א"ע ולא את יורשיו וגם הכא איכא טעמא למילתא די"ל דאת עצמו התחייב בזה משום דיכול להביא ראיה לדבריו ולא את יורשיו דלא ידעי במילי דאביהן ואפשר דשטרי עיסקא הנהוגין בזמנינו מתחלה כן נתקנו שיהא יכול לגבות בהן אף מהיורשים וצ"ע למעשה:

ה נאמן ונשבע שבועת היסת ונפטר. נראה דלפי שיטת הר"ן והה"מ דלכך א"נ לומר פרעתיך בינו לבינו במיגו דפרעתיך בפני פ' ופ' ומתו משום דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי דלא פרעו בינו לבינו צריך לישבע בפני' שפרעו בפני פ' ופ' כמו שאומר משום דאם יודה שלא פרעו בפני פ' ופ' יתחייב לשלם ולא יהיה נאמן בשבועה שפרעו א"כ בטענה זו תליא גוף הממון וצריך לישבע ע"ז וראיה לזה מהא דמבואר בסי' ע"ה סי"ג בע"א שמעיד שהלוהו והוא ת"ז והלוה טוען פרעתיך דהוי משוי"מ משום דצריך לישבע להכחיש את העד שאינו ת"ז וא"י לישבע כיון שמודה לדבריו לכך חייב לשלם הרי דצריך דוקא לישבע להכחיש את העד שאינו ת"ז ולא סגי שישבע בסתם שפרע לו דהא אם פרעו מאי נ"מ אם הוא ת"ז או לא אלא כיון דאם הוא ת"ז א"נ לומר פרעתיך שודאי לא פרעו בת"ז צריך לישבע להכחיש טענה זו א"כ ה"נ אם לא פרעו בפני עדים ודאי שלא פרעו בינו לבינו ויתחייב לשלם א"כ הוי כפירת ממון וחייב היסת ע"ז וכן מוכח בר"ס פ"א דמבואר שם שאם הודה לפני עדים ולא אמר התובע אתם עידי צריך הנתבע לישבע שאינו חייב לו וגם שכוונתו היה להשטות משום דאף שנשבע שאינו חייב לו מ"מ מהודאתו מוכח שחייב לו ולשקר נשבע אף שבהודאתו גרידא לא נשתעבד ויכול לחזור בו מ"מ מהודאתו מוכח שחייב לו מכבר בהלואה כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ב וא"כ ה"נ אם יודה שלא פרעו בפני עדים אנן סהדי שלא פרעו בינו לבינו ומשקר ודאי א"כ הוי כפירת ממון גמור וחייב היסת ע"ז אך לשיטת הרא"ש דס"ל דלכך לא מהימן לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דפרעתיך בפני עדים ומתו משום דהוי טענה גרועה דיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עידיו א"כ בכה"ג שטוען כן בב"ד פרעתיך לפני עדים ומתו אף שנשבע בסתם שפרעו נמי סגי דהא אף שלא ירצה לישבע ויודה עכשיו בב"ד שלא פרעו בפני עדים אלא בינו לבינו נמי נאמן בשבועה במיגו שהיה עומד בדבריו הראשונים

דל"ש לו' דבוש לטעון כן דהא כבר טען כן בב"ד ודוחק גדול לו' דאף שטען כן מ"מ בוש לישבע ע"ז והנה הרמב"ם שכתב בדין זה נשבע היסת ונפטר וכן כפל ושילש דבר זה בדינים אלו והוא לכאורה אך למותר דמילתא דפשיטא הוא וכי גרע משאר כופר הכל דחייב היסת ולפמ"ש ניחא די"ל דס"ל כשיטת הר"ן וההי"מ דהוי מיגו במקום עדים וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם בפי' המשניות שלו בפ' ש"ה שכתב בפקדון אם א"ל אל תחזירהו לי אלא בעדים א"נ לומר החזרתי לו בינו לבינו אבל במפקיד בשטר נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ע"ש ומשמע התם דלמד כן מפשטא דמתני' דסתמא קתני ומשמע דמיירי אפי' בפקדון ואדרבה מנה לי בידך משמע טפי פקדון כמ"ש הר"ן בסוגיא דשתי כסף ע"ש הרי להדיא דבאמר לו אל תחזירהו לי אלא בעדים א"נ במיגו דנאנסו משום דהוי מיגו במקום עדים ולכך כתב הרמב"ם שפיר בכל דינים אלו ונשבע היסת ונפטר לאשמועינן דצריך לישבע היסת על טענה זו עצמה שפרעו בפני עדים ומתו או לפני ת"ח אך הט"ו כתבו ג"כ האי לישנא דנשבע היסת והם ס"ל בסי' קל"ג ס"ב דבפקדון נאמן לומר החזרתי אף שא"צ אל תחזיר לי אלא בעדים במיגו דנאנסו ולדידהו נראה דא"צ לישבע אלא שפרעו סתם דהא אית ליה מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה וצריך ישוב:

ו וא"ל בפניהם פרעתיך. כ"ה לשון הרמב"ם ומשמע שאם אמר פרעתיך בפני עדים אחרים ומתו א"נ ואיכא למידק דלפי שיטת הרא"ש דס"ל דלכך א"נ לומר פרעתיך ביני לבינך במיגו דפרעתיך בפני עדים ומתו משום דבוש לטעון כן שיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עדותו וא"כ בכה"ג שטוען שפרעו בפני סתם עדים ומתו יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר שפרעו בפני עדים ששונים הלכות ומתו או הלכו למד"ה דהא השתא נמי מרחיק עדותו בשלמא על הרמב"ם לא קשיא דהוא ס"ל כהר"ן דהוי מיגו במקום עדים אבל המחבר דלא ס"ל הכי בסי' קל"ג ס"ב וכמ"ש לעיל קשה ואפשר לומר דכיון דעדים ששונים הלכות לא שכיחי כל כך אולי לא נמצאו לו עדים כאלו שמתו או שהלכו למד"ה או י"ל דס"ל כסברת הכה"ג דהיכי שאומר שזכר התנאי שפרעו בפני עדים ולא פרע בפני עדים שיחד גריעא טענתיה טפי וא"נ אף במיגו דהוי כמיגו במ"ע ודוחק ויותר נראה דהמחבר עיקרא דדינא נקט דנאמן שפרעו בפניהם ומתו וממילא מישתמע דה"ה באומר שפרע לפני אחרים דנאמן במיגו וכן צ"ל בסעיף שאח"ז לשיטת מוהרש"ף שהביא בכנה"ג שם דנאמן ג"כ לומר שפרעו בפני אחרים ומתו ואף לומר שפרעו בינו לבינו ג"כ נאמן לפמ"ש בס"ק שאח"ז ובזה נתיישב לי דברי הרי"ף שהוכיח מדקאמרינן בש"ס להכי א"ל באפי ראובן ושמעון כי היכא דלא נדחייה משמע דאפילו העדים האחרים לפנינו

ג"כ א"נ דפסל כל העדים לפרעון זה דליכא למימר דמיירי שהעדים אחרים אינם כאן דא"כ למה ליה למימר כי היכא דלא נדחייה ת"ל דבלא"ה א"נ לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה לשיטתו דגרס א"נ ועוד ראיה מעובדא דא"ל אל תפרעני אלא באפי תרי דתנו הלכתא ואזל ופרעי' באפי סהדי אחרינא ואמר ר"נ כיון דקמודית דודאי שקלתינהו מיניה פרעון מעליא הוא אלמא דבעינן דוקא מודה אבל בלא"ה א"נ אף דאיכא עדים לפנינו שפרעו ותמה הלח"מ דמאי אולמא ראיה שניה מראיה ראשונה דהא כאן נמי איכא למימר דמיירי שהעדים אינן לפנינו והאריך בקושיא זו בפט"ו מה"מ והניח בצ"ע והוא תימה באמת ולפמ"ש א"ש דהא ראיה ראשונה אינה ראיה אלא לשיטת הרי"ף דגרס א"נ אבל לשיטת הגורסים נאמן לאו ראיה הוא כלל ודיעות אלו היו קדמונים בזמן להרי"ף כמ"ש המרדכי בשם הגאונים ורב האי גאון דגרס נאמן ולזה קאמר הרי"ף דאף דלפי שיטת הסוברי' דנאמן ראיה הראשונה לאו ראיה היא כלל וכשיטת התוס' והרמב"ם מ"מ איכא ראיה מהא דקאמר כיון דקמודית דמוכח דאי לא הודה אף שהעדים לפנינו א"כ דפסלינהו לכולהו סהדי דליכא למימר דמיירי שאין העדים לפנינו א"כ למה ליה דקמודית תיפוק ליה דנאמן לומר דפרע בפני עדים דעלמא והלכו למד"ה במיגו שפרעו באפי תרי דתנו הלכתא והלכו למד"ה דנאמן לפי מה דס"ל השתא דנאמן לומר שהלכו למד"ה דהוי מיגו מעליא דהא השתא נמי מרחיק עידיו אלא ע"כ דמיירי שהעדים אחרים לפנינו שמעידים כדבריו דהשתא ליכא מיגו דפרעו לפני עדים דתנו הלכתא והלכו למד"ה דיאמרו הרוצה לשקר ירחיק עדותו וא"כ מוכח דאף שהעדים לפנינו בעינן דוקא מודה משום דפסלינהו לכולהו סהדי ומוכח ממ"נ או מראיה ראשונה או מראיה שניה דאף שהעדים לפנינו א"נ וא"ש ונכון:

ז פרעתיך בפני פ' ופ' שיחדת ומתו. הכנה"ג הביא בשם מוהרש"ף דה"ה אם אומר שפרע בפני אחרים ומתו נמי נאמן כשאותן עדים שיחד מתו לשיטת הרא"ש דס"ל דלא הוי מיגו משום דכל הרוצה לשקר ירחיק עדותו וא"כ הכא כיון דהשתא נמי מרחיק עדותו איכא מיגו מעליא דאי בעי אמר שפרע בפני העדים שיחד והכנה"ג פקפק בזה די"ל כיון שמודה שזכר התנאי ולא פרע בפני העדים שיחד גריעא טענתיה טובא והוי מיגו במקום עדים ואין ספיקו של הכנה"ג מוציא מידי ודאי של מוהרש"ף דמה"ת לומר כן ועוד דנ"ל ברור דכשאותן עדים שיחד מתו נאמן נמי לומר שפרעו בינו לבינו לשיטת הרא"ש במיגו דאי בעי אמר שפרעו בפני העדים שיחד ומתי דכאן לא שייך לומר דיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עידיו דבשלמא כשאמר לו סתם אל תפרעני אלא בעדים ולא יחד לו עדים כשיאמר שנפרע לפני עדים ומתו יאמרו שמשקר בשביל שמרחיק עידיו דהיכי

אתרמי מילתא דאותן עדים שפרע בפניהם דוקא מתו או הלכו למד"ה אבל כשיחד לו עדים מיוחדים דוקא והם מתו או הלכו למד"ה כשיאמר שפרע לפניהם לא יאמרו כלל דמשקר דהא הוצרך לקיים תנאו ומה היה לו לעשות ואינו מרחיק עדותו כלל וזה נכון בסברא וראיתי בט"ז שהסכים כן מטעם אחר וכתב דנראה פשוט דה"ה כשאומר שפרעו ביחידות דנאמן כיון דלא היה אפשר לו לקיים תנאו כיון שמתו ולא נהירא כלל לפענ"ד לפמ"ש הר"ן הטעם דא"ל אל תפרעני אלא בעדים שאין הלוה נאמן לומר פרעתי ביני לבינו משום דכיון שהלוה רואה שאין המלוה מאמינו אין הלוה פורע אלא בעדים כדי להוציא נפשו מהחשד וממחלוקת א"כ ה"ה כשיחד עדים ומתו אנן סהדי שאין הלוה פורע אלא בפני עדים אחרים להוציא נפשו מן החשד דהא לא יחד העדי' אלא שלא לדחותו לומר שפרעו לפני עדי' שהלכו למד"ה ואותן עדים שיחד מצויין עמו כמ"ש הרמב"ם אבל היכא שמתו העדים שיחד מסתמא אינו פורע אלא בעדים אחרים כדי להוציא נפשו מן החשד וכ"ש אם אותן העדים שיחד היו בחיים בזמן הפרעון דודאי היה לו לפרוע בפניהם אלא הטעם נכון דנאמן במיגו דאי בעי אמר שפרע לפני העדים שיחד ומתו אך לפ"ז אם

העדים מתו קודם זמן הפרעון תו ליכא מיגו שפרע בפניהם דהא א"נ לומר שפרע בת"ז משום חזקה דא"א פורע בת"ז כמבואר בסי' ע"ח אך כ"ז לשיטת הרא"ש אבל לשיטת הר"ן וסייעתו דהוי מיגו במקום עדים א"נ לומר שפרעו בינו לבינו בין שמתו העדים קודם הז"פ ובין שמתו העדים אחר זמן פרעון ודלא כהט"ז:

עא

א ה"ז נוטל בלא שבועה, ואם יש ע"א מכחישו דעת ר"ח והרא"ש בפ' הכותב דנוטל בלא שבועה דאמרינן מסתמא הימניה אף נגד ע"א ודעת הראב"ד והרמב"ן דצריך שבועה כדין ע"א מעיד שהשטר פרוע משום דאמרינן נהי דהימניה טפי מנפשיה טפי מע"א לא הימניה ואין בידינו להכריע בין אבות העולם ולדינא אין המלוה נוטל אלא בשבועה וכ"כ הש"ך אמנם הראב"ד והרמב"ן מיירי במלוה בשטר ולענין שבועה אף במלוה ע"פ בנאמנות סתם ויש ע"א שפרעו יש להסתפק לדעתם דס"ל דלא הימניה נגד ע"א אי נפטר הלוה לגמרי ע"פ הע"א דכיון דלא הימניה נגד ע"א הדר הוה ליה כשאר מלוה ע"פ דנשבע הלוה ופטור או דילמא נהי דאמרינן דלא הימניה נגד ע"א מ"מ לא עדיף הע"א מדין שאר ע"א דעלמא שאינו קם לממון אלא לשבועה בעלמא ונהי דלא הימניה נגד ע"א היינו שלא הימניה למלוה לבטל נאמנות הע"א במה שהאמינה אותו התורה לענין שבועה אבל

מ"מ אינו מועיל הע"א לבטל נאמנות המלוה לגמרי שאין ע"א קם לממון ומדברי הב"ש באה"ע סי' קמ"ד ס"ק י"ד מבואר דפשיטא ליה דמהני ע"א אף לענין פטור ממון לשיטה זו שכתב שם לענין גיטין כשבעל התנה עמה שלא תתגרש אלא כשיעבור מנגד פניה שלשים יום דאינה מגורשת אלא כשהתנה ואמר הרי היא נאמנת עלי שלא פייסתיה אבל אם לא האמינה חוששין שמא פייסה וכתב הב"ש שם וסתם נאמנות שנותן לה היינו לנגדו ולא נגד שני העדים ונגד ע"א תליא בדין סתם נאמנות אם מהני נגד ע"א כמ"ש בח"מ סי' ע"א עכ"ל הרי להדיא אף שלענין גיטין בעינן שני עדים בכל דוכתי שאין דבר שבערוה פחות משנים בין לאיסור בין להיתר מ"מ בנאמנות סתם אמרינן שלא האמינה רק נגדו ולא נגד ע"א ונאמן הע"א לבטל הנאמנות לגמרי והגט פסול וא"כ ה"נ לענין ממון מועיל הע"א לפטור את הלוה לגמרי אך מ"מ לפעד"נ יותר שאין הע"א מועיל לפטור את הלוה לגמרי משום דאי אמרת שלא האמין את המלוה רק נגדו לבד אבל אם יאמר ע"א שלא כדבריו לא האמינו כלל א"כ אף אנו נאמר דאף שיעיד ע"א קרוב או פסול שלא כדברי המלוה יבטל נמי הנאמנות שלו ונאמר שלא הימניה רק נגדו לבדו דוקא ולא אם יאמר ע"א אף שהוא פסול שלא כדבריו דכיון דאמרינן שלא הימניה נגד ע"א שהוא כשר אף שאין ע"א קם לממון מה חילוק בין כשר לפסול ואי משום דע"א כשר קם לשבועה הרי אף עד פסול האמינה התורה לכמה דברים באיסורין וסוטה וכיוצא בזה וא"כ נאמר נמי שלא האמין למלוה רק נגדו לבד ולא אם יאמר עד פסול שלא כדבריו ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא א"ו דלא אמרינן שבעדות ע"א יבטל הנאמנות לגמרי אלא דאמרינן טפי מסהדי לא הימניה ואף נגד ע"א לא הימניה לבטל הנאמנות שלו שהאמינה התורה אותו וגם י"ל דאמרינן דלא אסיק אדעתיה להאמינו נגד עדים ואף לא נגד ע"א ולא האמינו רק נגד עצמו וכעין מ"ש הבעה"ת בשער כ"ו בשם הרמב"ן דלכך אינו מועיל נאמנות נגד עידי הודאה ולא אמרינן דא"כ מה הועיל בתקנתו משום דאמרינן שלא העלה דבר אחר על דעתו שאין מצוים עדים להעיד אלא בפרעון ע"ש וא"כ ה"נ אמרינן שלא עלה על דעתו להאמינו נגד עדים ואף נגד ע"א וא"כ ממילא מוקמינן על דינא דאורייתא שאין ע"א קם לממון ובע"א כשר נשבע המלוה נגד הע"א ונוטל כדין ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע ובפסול גובה בל"ש וכן עיקר ודוק וע' בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' ס"א וס"ב:

ב אפילו הוא מע"פ. ואפילו בנאמנות סתם שלא אמר לו שיהא נאמן בלא שבועה מ"מ גובה בלא שבועה כ"כ הסמ"ע והב"ח וכ"כ הש"ך שכן מבואר בבעה"ת בשם הרמב"ן משום דסתם נאמנות בלא שבועה היא משא"כ מלוה שהאמין ללוה מסתמא לא האמינו

אלא לבטולי שטרא ולא לפוטרו משבועה עוד כתב הש"ך טעם אחר דהכא אנן סהדי דלא פרעו כיון דהתנה כן דהאיך יפרענו ויאמין למלוה ולא גרע מא"ל אל תפרעני אלא בעדים דהמלוה נוטל בלא שבועה מה"ט כדלעיל בסי' ע' עכ"ל והדברים נכונים בטעמן וכ"כ הבעה"ת בשער כ"ו והביאו הש"ך בס"ק ז' דנאמנות אף שלא בשעת הלואה לא בעי קנין דלאו שעבודא דנכסים איתא דליצטרך קנין אלא כמו התראה הוא שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר ובכל ענין שמה התראה כמו דאמר לו אל תפרעני אלא בעדים וע"ש אלא דקשה ע"ז מדברי תשו' הרא"ש שהובא בט"ו בסי' ק"ח ס"ה דאם מת המלוה ובאים יורשין לתבוע בשטר מהלוה והוא אומר פרעתי לאביהם והן אומרים לא ידענו אומרים לו זיל שלים ואם אמר השבע לי אם יש בשטר שהאמין המלוה ואת יורשיו עליו גובין בלא שבועה ואם לא האמין אותם עליו ישבעו בנק"ח שלא צוה להם אביהם וכו' משמע להדיא דבעינן דוקא נאמנות מפורש גם ליורשים עליו וכ"ה להדיא בתשו' הרא"ש שם דאם לא כתב בשטר נאמנות אלא להמלוה לבד צריכים היורשים לישבע וכן משמע מפשטא דמתניתין בפ' הכותב כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך אינו יכול להשביעה אבל משביע הוא יורשיה וכדפרש"י שם וע"ש ברא"ש בס"פ ולפי סברת הש"ך קשה דכיון שיש בשטר נאמנות להמלוה א"כ אנן סהדי שודאי לא פרעו הלוה והניח השטר בידו והוי כמו שא"ל אל תפרעני אלא בעדים דגובה בלא שבועה מה"ט א"כ אף היורשים יגבו בלא שבועה מה"ט גופיה דליכא למימר דיורשים גריעי טפי דזה ליתא כיון דאביהם גובה בל"ש אינהו נמי לא גריעי מיניה כמו במלוה בשטר דגובים היורשים בלא שבועה אם לא אמר להו הלוה אשתבעו לי כדפריך בפ' הכותב וס"פ כ"ה השתא אביהן שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה וא"כ ה"נ בא"ל אל תפרעני אלא בעדים כיון דאביהן שקיל בל"ש ה"נ יורשים דיליה שקלי בלא שבועה בשלמא הא דסתם נאמנות לא מהני לגבות מיורשי הלוה י"ל דלגבות מיורשים גרע טפי ועוד דטענינן ליתמי דילמא אי הוי אביהן קיים הוי טעין שפרע בפני עדים והלכו למד"ה כמ"ש בסי' ע' סק"ד אבל הא דיורשי המלוה צריכין שבועה כשבאין לגבו' מן הלוה עצמו קשה דאמאי יצטרכו שבועה כיון דאנן סהדי שודאי לא פרע הלוה לאביהם ולכאורה י"ל דהיינו טעמא דהא מבואר בר"ן בפ' שבועת הדיינים דלכך בא"ל אל תפרעני אלא בעדים א"נ לומר פרעתי משום דודאי אינו פורע לו בינו לבינו דכיון שרואה שהמלוה אינו מאמינו ה"נ אינו מאמין להמלוה ופורע בעדים כדי להוציא נפשו מהחשד ומהמחלוקת ע"ש א"כ בא"ל אל תפרעני אלא בעדים ומת המלוה נאמן הלוה לומר פרעתי להיורשים דהא היורשים לא גלו אדעתייהו שאינם מאמינים לו וא"כ לכך אף שאומר פרעתי לאביכם נאמן במיגו

דאי בעי אמר פרעתי לכם אך אכתי קשה דהא התם בשטר איירי ואין נ"מ אלא לענין שבועה ומיגו להשביע לא אמרינן כמ"ש הב"ש באה"ע סי' צ"ו וכן הוכחתי בסי' פ"ד סק"ג ואולי האי דבעי הרא"ש והט"ו בסי' ק"ח נאמנות מפורש גם ליורשי המלוה מיירי שהלוה טוען פרעתי לאביהם בפני עדי' והלכו למד"ה דלא ריעא טענתיה ודוחק ועמ"ש בסי' פ"ו סק"ו וסק"ח:

ג אבל אי ליכא עדי' והלוה מודה שהאמינו וכו' זה קאי דוקא אמלוה ע"פ אבל במלוה בשטר והלוה מודה שהאמינו בע"פ ופרעו ה"ל מיגו להשביע דלא אמרינן כמ"ש לעיל וגם במלוה ע"פ סגי אף דליכא אלא ע"א שהאמינו דכיון שהלוה מודה שהאמינו ופרעו ה"ל משוילי"מ כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ב וכן העליתי בסי' נ"א סק"ד אך יש לדון במלוה בשטר ויש ע"א שהאמינו בע"פ והלוה מכחיש את העד וטוען שפרע אי בעל השטר נוטל בלא שבועה דה"ל עד המסייע דפוטר משבועה אף בנשבע ונוטל כמבואר בסי' פ"ז או דילמא כיון שאין העד מעיד על גוף הפרעון רק שהאמינו לא מיחשב עד המסייע לפוטרו מהשבועה ויש לדמות זה למ"ש בתשו' מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א והב"ח ס"ס פ"ד לדחות דברי בעה"ת דלכך פסק הרמב"ם דהיכא שע"א מסייע להמחזיק הקרקע על חזקה ג"ש צריך המחזיק היסת ולא הוי עד המסייע משום דלאו אגוף הקנייה מסהיד ע"ש אך מ"מ אין ראיה משם דשא"ה דאף שיש שני עדים על חזקת ג"ש חייב היסת משא"כ הכא אילו היו שני עדים שהאמינו היה נוטל בלא שבועה לכך אף אם אין כאן רק ע"א שהאמינו מיחשב עד המסייע ונוטל בלא שבועה כדמוכח מדברי בעה"ת שם ועמ"ש סי' ק"מ ס"ב:

ד הדין עם הלוה. וכתב הסמ"ע דהיינו דוקא בסתם נאמונות אבל בנאמנות כבי תרי יכול לומר סטראי נינהו והש"ך חולק ע"ז דבכת"י פוסל כל עדים ומבטל הנאמנות דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכ"פ הב"ח והגיד"ת ול"נ עיקר כהסמ"ע כיון דאם היו כאן עדים שמעידי' שזה הכת"י נכתב על חוב אחר היו נאמנים א"כ כיון שהאמינו כשני עדים והוא אומר שעל חוב אחר הוא נכתב הוי כאלו עדים מעידי' כן ומהימן וכן מצאתי להדיא בתשו' הרי"ף דפוס ליוורני סי' רע"ח שנשאל דין זה בעצמו בנאמנות כבי תרי והלוה הוציא כת"י המלוה שנפרע והמלוה השיב סטראי נינהו והשיב הרי"ף בפשיטות דנאמן המלוה כיון שהאמינו כבי תרי ובסתם נאמנו' כתב בסי' רס"ד בפשיטו' דאם יש כת"י המלוה שנפרע אין המלוה יכול לומר סטראי דכת"י הוי כעדים הרי להדיא כדברי הסמ"ע אך מ"ש הרי"ף בסי' רע"ח שם דבנאמנות כבי תרי אפי' העידו עליו עדי' שכת"י מסך זה הוא מ"מ נאמן ויכול לטעון סטראי נינהו קשה לפי מה דמבואר בס"ג דנאמנו'

כבי תרי לא מהני אלא נגד עידי פרעון ולא לענין עדים שמעידים בפנינו הודה שפרעו והטור כתב שכ"כ רב אלפס בתשובה א"כ הכא שמעידים העדים שזה הכת"י נכתב על חוב זה א"כ הוי כמו עידי הודאה דלא מהני נאמנות לגבייהו ואפשר לומר דשא"ה דמיירי שאמר לו מהימנית עלי כל אימת דאמרת לא פרענא לכך אמרי' דלענין פרעון דוקא הימניה ולא לענין הודאה דמילתא אחריתא הוא משא"כ בתשו' הרי"ף דמבואר בלשון השאלה שנכתב בשטר והאמנתיו עלי בגביית הממון משמע שהאמינו בכל ענין שיהא נוגע לגביית ממון ואף נגד עידי הודאה אך מ"מ אף בנתן לו נאמנות כתרי כל אימת שיאמר שלא פרעו והלוה הוציא כת"י המלוה שפרע לו והמלוה טוען סטראי נינהו המלוה נאמן אף למ"ד דלא מהני נאמנות נגד עידי הודאה היינו כשעידי ההודאה לפנינו משא"כ הכא הרי המלוה אומר שמעולם לא הודה לו בכלום וסטראי נינהו א"כ הטענה בעצמה טענה מעלייתא היא כיון שיש לו נאמנו' כשני עדים לענין פרעון כמ"ש הש"ך בסי' נ"ח ס"ק י"א ומהימנינן ליה דהוי כאלו שני עדי' מעידים כן וז"ב ועיקר:

ה שאין מועיל לו הנאמנות. פי' ואם הלוה אומר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ולא יהא שטרי מונח בחנם צריך המלוה לישבע ואפי' יש נאמנות בשטר ואם לא ישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה וכן אם המלוה אומר ישבע לי הלוה היסת שפרע צריך הלוה לישבע היסת ואם לא יחזירו השטר למלוה בלא שבועה ואם זה אומר ישבע זה וז"א ישבע זה יתפשרו ביניהם או יהיה מונח עד שיבא אליהו כן מתבאר בתשו' הרא"ש שם עכ"ל הש"ך ודבריו תמוהים מאוד מ"ש ברישא דאם הלוה אומר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך דצריך לישבע ואם לא ישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה דהיכי מיירי אי הלוה אומר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך בנק"ח כדין שאר שטר דחייב המלוה שבועה בנק"ח כשאומר לו אשתבע לי א"כ אמאי כשא"ר לישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה דעכ"פ יתחייב הלוה היסת שכבר פרע דהא אף בשטר שיש ביד המלוה יכול המלוה לומר אי אפשי בתקנת חז"ל וישבע לי הלוה היסת כמבואר בסי' פ"ז סי"ב וא"כ הכא אף שהמלוה אינו רוצה לישבע שבועת אשתבע לי בנק"ח מ"מ יצטרך הלוה היסת עכ"פ ככל כופר הכל שב"ד משביעין אותו היסת אף שאין המלוה תובעו לישבע ובפרט דהכא איתרע שטרא לגמרי שאין גובין בו כלל ואי מיירי הכא שהלוה אומר למלוה אשתבע לי היסת דלא פרעתיך ואשלם לך ולכך אם אינו רוצה לישבע א"צ הלוה היסת דהוי ככל היפוך שבועה דעלמא שהלוה פטור כיון שמהפך השבוע' על התובע א"כ תקשה מה דמסיים הש"ך דאם ז"א ישבע זה וז"א ישבע זה יתפשרו ביניהם או יהיה מונח דמאי מעליותא מה שהמלוה אומר שישבע הלוה היסת הא מ"מ כיון שהלוה מהפך השבועה

על המלוה שישבע היסת ויטול ואינו רוצה לישבע הדין נותן דיחזיר השטר ללוה כמו ברישא ובע"כ צריך לפרש דמ"ש ברישא אם הלוה אומר למלוה אשתבע לי וא"ר לישבע דיחזיר השטר ללוה בלא שבועה היינו דהלוה אומר למלוה אשתבע לי בנק"ח שאתה מחשיבו כשטר מעליא וכשאינו רוצה לישבע יחזירו השטר ללוה בלא שבועה היינו דא"צ שבועה בנק"ח אבל היסת צריך לישבע כשאר כופר הכל ולכך מסיים הש"ך דאם ז"א ישבע זה וז"א ישבע זה דהיינו דהלוה אומר שהמלוה ישבע בנק"ח ויטול שהוא מחשיבו כשטר מעליא והמלוה אומר שהלוה ישבע היסת ככל כופר הכל כיון דכ"א א"ר לישבע כדינו השטר יהא מונח אך אכתי קשה לפי מ"ש הש"ך דאם המלוה אמר ללוה שישבע היסת וא"ר לישבע יחזיר השטר למלוה בלא שבועה וא"כ כיון דאף בשטר מעליא יכול המלוה לומר הריני כשאר התובעים וישבע לי הלוה היסת א"כ הרי מחויב הלוה היסת וכיון שא"ר לישבע יחזירו השטר למלוה בלא שבועה ועוד יש לתמוה טובא במ"ש הש"ך בשם הרא"ש דאם המלוה תובע ללוה היסת וא"ר לישבע דיחזיר השטר למלוה בלא שבועה ואמאי הא קיי"ל דבשבועת היסת לא נחתינן לנכסיה והש"ס בפ' שבועת הדיינין מדמי ליה לגזל מציאת חש"ו דאינה יוצאה בדיינין וא"כ היכא מחזירינן השטר למלוה דהא ילך לב"ד אחר ויוציא ממונו מידו בכפייה ואין לך מיחת לנכסיה גדול מזה דאל"כ אף מציאת חש"ו יהא רשות ליתן פס"ד בסתם להחש"ו שהגזלן חייב לו כך וכך ממון ויגבו ממנו בב"ד אחר ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא א"ו דאף בכה"ג חשיב מיחת לנכסיה אמנם המעיין בתשו' הרא"ש עצמו בכלל ק"ה סי' ח' יראה דהש"ך לא דקדק בדבריו וז"ל הרא"ש שם הלכך לא יוציא השטר מתח"י ויהיה מוכח עד שיתברר האמת או שיתפשרו ביניהם שיאמין האחד לחבירו בשבועה אבל אם יאמר המלוה ללוה אתה אומר שפרעת את השטר או כולו או מקצתו השבע שהוא כדבריך ואחזיר לך השטר צריך הלוה לישבע היסת שהוא כדבריו אם טוען שפרע כולו ואם אומר שפרע מקצתו ישבע ש"ד ואם א"ר לישבע יחזיר השטר למלוה וכן אם יאמר הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך צריך לישבע שלא פרעו ואפי' יש נאמנות בשטר דכיון דאין השטר בידו ויוצא מתח"י אחר אינו מועיל הנאמנו' ואם א"ר לישבע יחזיר השטר ללוה וזה הדין עצמו אם מצאו יורשים השטר בבית אביהם אחרי מותו כיון שאינן יודעים האיך בא ליד אביהם לכך הארכתי לבאר האיך הדין בין מלוה ללוה לפי שראיתי למפרשים שכתבו דאפי' שניהם מודים לא יוציאנו מתח"י אלא קרוע דחיישינן לקנוניא וזה אינו דל"ח לקנוניא ולשמא כתב ללוות ולא לוה אלא בשטר דאיתרע בנפילה וכו' עכ"ל והנה הש"ך הבין דמ"ש הרא"ש ברישא ואם א"ר לישבע יחזיר השטר למלוה קאי אכולה מילתא ובאמת

נראה דזה קאי אהא דסליק מיניה דאם אומר שפרע מקצתו ישבע ש"ד ובכה"ג אם א"ר לישבע יחזיר השטר למלוה דבש"ד נחתינן לנכסים אם א"ר לישבע אבל בהיסת פשיטא דלא נחתינן לנכסיה להחזיר השטר למלוה אלא דמשמתינן ליה כמבואר בסי' פ"ז וז"ב אך יש לתמוה על הרא"ש דאמאי כשאמר שפרע מקצתו חייב ש"ד הא לשיטת הרא"ש בשטר שנמצא ביד אחר והלוה מצוה ליתנו למלוה מחזירין לו וגובה ממשעבדי דל"ח לקנוניא א"כ אמאי חייב ש"ד הא במקצת שמודה הוי הודאה בשטר דהוי הודאת שעבוד קרקעו' ואין נשבעין ש"ד בכה"ג כמבואר בסי' פ"ח סכ"ח וא"ל דמיירי בשטר שאין בו אחריות דא"כ אף המפרשים שהביא הרא"ש מודים דמחזירים השטר כששניהם מודים דלא שייך קנוניא כיון דאין בו אחריות ודוחק לומר דבבא זו דאם פרע מקצתו לבד מיירי דוקא באין בו אחריות ואפשר דהרא"ש ס"ל דשטר שנפרע מקצתו אינו טורף ממשעבדי כדמשמע מדברי הרא"ש בנדרים שהביא הש"ך בסי' נ"ה סק"ה אבל לפי מ"ש הש"ך שם דאף בכה"ג טורף ממשעבדי קשה וצ"ע. ועתה נבוא לביאור דברי הרא"ש בשאר דבריו ומתוך זה יתבררו הדיני' שכתב הש"ך בשמו והנה מתחילה כתב הרא"ש דאם יאמר המלוה ללוה אתה אומר שפרעת השטר כולו או מקצתו השבע שהוא כדבריך ואחזיר לך השטר דצריך הלוה לישבע משמע מדבריו דדוקא כשאומר לו שישבע ויחזיר לו השטר הא אם אומר לו השבע לי שהוא כדבריך שפרעת לי והשטר יהיה מונח א"צ לישבע ואין המלוה יכול לומר נהי דהשטר איתרע מ"מ תשבע לי היסת עכ"פ כשאר תביעת בע"פ משום שאינו בדין שהלוה ישבע ואכתי יהיה מונח שטר עליו כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי סטראי דהיכא דהשטר איתרע ולא מגבינן ביה א"ל הלוה היסת שאינו בדין שישבע הלוה היסת ואכתי לינקוט מלוה שטרא עלוייה וה"נ אך לפי מ"ש הש"ך בר"ס פ"ב בהוציא המלוה שטר שאינו מקוים והלוה טוען פרעתי דצריך הלוה לישבע היסת תיכף והשטר יהא מונח ביד המלוה אולי יקיימנו ול"ד למ"ש הר"ן גבי סטראי דשא"ה שיהא מועיל תפיסה אף בעדים ע"ש וא"כ הכא שאינו מועיל תפיסה בעדים היה הדין נותן שהלוה צריך היסת אף שהשטר מונח אך לפמ"ש הט"ז בס"ס ע"ה דכל היכא דלית ליה תקנתא לשטרא לגבות בו א"ל הלוה לישבע עד שיחזיר לו שטרו וכן משמעות לשון הר"ן שם א"כ ה"נ א"ל הלוה לישבע עד שיחזיר לו שטרו שביד שליש וכמ"ש בס"ס ס"ג ע"ש אמנם בדין השני שכתב הרא"ש אם הלוה אומר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך לא ביאר הרא"ש אם ר"ל אשתבע לי דלא פרעתיך ואשלם לך או ר"ל אשתבע לי דלא פרעתיך כדי שלא יהא שטרי מונח בחנם ואף אחר השבועה יהיה מונח והנה לענין שבועה בנק"ח נראה דודאי א"ל המלוה לישבע והשטר עדיין יהא מונח דעד

כאן לא תקנו חז"ל שבועת אשתבע לי בנק"ח אלא כשבא ליטול אבל לא כשהוא מוחזק כמבואר בסי' פ"ז ס"י דהיכא דתפס לא מפקינן מיניה וכ"ש הכא שהשטר מונח ביד שליש בחזקת שניהם שאין מחייבין אותו לישבע בנק"ח דמי גרע מטוען לחבירו מנה לי בידך והלה כופר דפטור משבועה בנק"ח כיון שהוא מוחזק וא"כ ה"ה הכא הרי השטר מונח ביד שליש בחזקת שניהם ואין מחייבין המלוה לישבע בנק"ח אך מ"מ שבועת היסת נראה דהלוה יכול להשביע למלוה אם האמת הוא שלא נפרע בכדי שלא יהיה שטרו מונח בחנם וכמו דאיתא בסי' נ"ד ס"ב דהיכא דהמלוה רוצה ליתן שובר ללוה על הפרעון והלוה טוען ברי עתה הניח השטר בכיסו דצריך המלוה היסת משום דדבר זה ש"פ שלא יהא שטרו מונח ביד המלוה בחנם ע"ש בש"ך וה"נ יכול המלוה להשביע היסת ללוה בכדי שלא יהא שטרו מונח ביד שליש בחנם ול"ד להא דאיתא בסי' פ"ב ס"ג דהיכא שטוען הלוה אין לי במה לפרוע שא"צ המלוה לישבע שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך כיון שאינו גובה בשטרו ומשמע התם דאף היסת א"צ לישבע הרי אף דשטרו נשאר אצל המלוה א"צ היסת י"ל דשא"ה כיון דשטר מעליא הוא וגם אינו גובה בו לע"ע לא מחייבינן ליה היסת כיון שהוא מוחזק בשטרו וגם החזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע ליה וכן כתב בהג"א פרק חזקת הבתים דמי שיש לו שטר מכירה על שדה והוא מוחזק בו והמוכר טוען חזרת ומכרת לי א"ל היסת כיון שהוא מוחזק וגם חזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע ליה וע"ש משא"כ הכא כיון דשטרא איתרע חייב היסת על מה שמחזיקו בחנם ביד השליש ולפענ"ד ראיה ברורה לזה מדברי הרא"ש דפסק דאם הלוה אמר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך דאם א"ר לישבע מחזירין השטר ללוה ואי אמרת דאם השטר מונח א"צ המלוה היסת על עכוב השטר א"כ אף שאמר לו הלוה אשתבע לי וטול אמאי אם א"ר לישבע מחזירין השטר ללוה וכי כופין לאדם טובתו לישבע וליטול הלא המלוה יכול לומר אי אפשי בתקנה זו וא"ר לישבע אף על האמת ומ"מ יודע אני שלא נפרעתי וא"ר שיחזירו לו שטרי והאיך יכולין לכופו שיחזיר לו שטרו כיון שהוא מונח ביד שליש והוא כמוחזק בו א"ו דאף שהשטר יהא מונח יכול הלוה להשביע על עכוב השטר גופיה ולכך אם א"ר לישבע מחזירין השטר ללוה כיון שא"ר לקיי' תקנת חז"ל ולא חשיב כמו מיחת לנכסיה כיון דבלא"ה אינו גובה בשטר זה וגם הוא מונח ביד שליש אלא דיש להבין לפ"ז למה נקט הרא"ש אם הלוה אמר למלוה אשתבע לי דלמה ליה אמירת אשתבע לי אם לענין להשביעו בנק"ח וליטול כדין שאר שטר הא המלוה יכול לומר אי אפשי בתקנתי וא"ר לישבע בנק"ח ואמאי מחזירין השטר ללוה ואי ר"ל אשתבע לי היסת א"כ ל"ל אמירת אשתבע לי הא אף אם תובעו בסתם למה מונח

שטרי בחנם הב"ד משביעין אותו היסת כדין כל שבועת היסת שהב"ד בעצמן משביעין אותו וצ"ל הא דנקט הרא"ש אמירת אשתבע לי היינו השבע לי היסת וטול ולכך צריך האמירה כדי ליטול והיינו משום דאם לא א"ל השבע היסת וטול אף שהיה צריך היסת אף שהשטר יהא מונח מ"מ לא היו מחזירין השטר ללוה בלא שבועת היסת משום דנהי דשטרא איבטל מ"מ הרי תובע לו מעות וחייב היסת שפרע אבל השתא שא"ל הלוה השבע לי היסת וטול חייב המלוה היסת ואם א"ר לישבע מחזירין השטר ללוה בלא שבועה דהא הלוה היפך שבועתו על המלוה ונפטר כדין כל היפוך שבועה דעלמא וכיון דהלוה פטור משבועה והמלוה חייב שבועה מדינא וא"ר לישבע יחזיר השטר ללוה וז"ב ומוכרח בדברי הרא"ש ודוק היטב. ומעתה נבוא לדברי הש"ך דמ"ש דאם ז"א ישבע זה וז"א ישבע זה יתפשרו ביניהם או יהא מונח אף דדבר זה אינו מבואר בתשובת הרא"ש כלל דמ"ש הרא"ש דשטר שנמצא ביד שליש יהא מונח עד שיתברר האמת או שיתפשרו ביניהם שיאמין אחד לחבירו בשבועה י"ל דמיירי שכ"א רוצה לישבע וליטול השטר לכך יתפשרו ביניהם מרצונם הטוב שישבע א' מהם מ"מ לענין דינא הדברים נכונים באם כ"א אמר שישבע שכנגדו היסת ויטול השטר אזי פטור כ"א דהא כ"א מהפך שבועתו אשכנגדו ופטור משבועה והשטר יהא מונח כמקדם אך אם הלוה אומר למלוה אשתבע לי בנק"ח כדין שאר שטר וטול והמלוה אומר שהלוה ישבע היסת ויפטר בזה הדין עם המלוה דהא אף בשטר מעליא יכול המלוה לומר הריני כשאר התובעים וישבע לי היסת ויפטר ואם הלוה א"ר לישבע משמתינן ליה כדין שאר כופר הכל והשטר יהא מונח דלא נחתינן לנכסיה אך כ"ז אם הלוה כופר הכל וכן מ"ש הרא"ש דאם הלוה אומר למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך דצריך לישבע מיירי דוקא בכופר הכל אבל בכופר במקצתו כיון דהרא"ש פסק דחייב שבועה דאורייתא א"כ פשיטא שאין הלוה יכול לומר אשתבע לי כדין שאר שטר דלא גרע משאר מודה במקצת דלא מהפכינן שבועה דאוריי' ונחתינן לנכסיה אם א"ר לישבע כ"ז נ"ל ברור בדיני' אלו ומה מאוד תמיהני על הש"ך שכתב בזה דיני' שונים שלא בדקדוק אשר לא נתבארו כלל בתשו' הרא"ש גם מ"ש הש"ך דלפי שיטת הסוברים דבנמצא השטר ביד אחר אף שהחייב מודה לא יחזיר לא נ"מ מידי בדינים אלו ליתא דנ"מ בשטר שאין בו אחריות או בכת"י בנאמנו' דאף בנפל מחזירין לכ"ע בחייב מודה דל"ש בזה קנוניא כיון דאין גובין בו ממשעבדי וכמבואר בסי' ס"ה ס"ו וכך כתוב בתומי' ופשוט הוא ועמ"ש בסי' ע"ו סק"ב:

ו כפרן בדבר אחר בעדי', היינו אפי' לא הוחזק כפרן בשטר זה כי אם בדבר אחר כ"כ הסמ"ע והש"ך ומבואר בבעה"ת שער כ"ו דאף שיש בשטר נאמנות כשני עדים והוחזק

כפרן לא יטול אלא בשבועה ע"ש ואע"ג דקיי"ל דכופר במלוה כשר לעדות וא"כ כיון דהימניה כשני עדים אף ששני עדים יכחישו אותו יהא נאמן א"כ האיך פסלינן עדותו בשביל שהוחזק כפרן בד"א צ"ל דהיינו דוקא היכא שיש לו נאמנות מדינא תלינן דאשתמוטי משתמיט אבל היכא דחבירו הימניה אמרינן דלא הימניה רק בשביל שהוא בחזקת נאמן בעיניו אבל היכא דהוחזק כפרן לא הימניה ומה"ט נמי כתבו הבעה"ת והטור דל"ד להא דקיי"ל הוחזק כפרן לממון זה לא הוחזק כפרן לממון אחר דהיינו דוקא היכא שהוא נאמן מדינא משא"כ היכא דחבירו הימניה אמרינן דלא הימניה אלא משום נאמנות יתירה דחזא ביה וכשהוחזק כפרן לא הימניה ולפ"ז ה"ה במלוה ע"פ בנאמנות והוחזק כפרן נשבע הלוה ונפטר והפרישה כתב והא דאמרינן הוחזק כפרן לדבר זה לא הוחזק כפרן לד"א היינו דנאמן מיהא בשבועה אבל לענין שיהא נאמן בלא שבועה לא עכ"ל ולפי דבריו במלוה ע"פ בנאמנות נשבע המלוה ונוטל ולא נהירא כלל וע' בתשו' ח"ל סי' ל"א אך קשה לפמ"ש הש"ך בסק"ו דלכך בנתן למלוה נאמנות סתם נוטל בל"ש משום דאנן סהדי שודאי לא פרעו כיון שהתנה כן ולא גרע מאמר לו אל תפרעני אלא בעדים דהמלוה נוטל בל"ש מה"ט וכ"כ הבעה"ת הביאו הש"ך בסק"ז דלכך מהני נאמנות סתם אף שלא בשעת הלואה משום דהוי כמו התראה שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר והוי כמו א"ל אל תפרעני אלא בעדים בסי' ע' ס"ג דמהני אף שא"ל שלא בשעת הלואה וא"כ אף שהוחזק המלוה כפרן בדבר אחר אמאי בטל הנאמנות לא מבעיא בטוען הלוה שפרע קודם שהוחזק המלוה כפרן א"כ ודאי שקורי משקר שודאי לא פרעו כיון דהימניה למלוה אלא אף שטוען שפרעו אחר שהוחזק כפרן מכל מקום הא לאו משום נאמנות דמלוה אתינן עלה לומר דבכה"ג לא הימניה אלא משום כיון דהמלוה התנה עמו שיהיה לו נאמנות גלי אדעתיה דלא מהימן ללוה ואנן סהדי שהמלוה אינו פורע אלא בעדים להוציא נפשו מהחשד ומהמחלוקת כמ"ש הר"ן בפרק ש"ה וזה שייך נמי אף שהוחזק המלוה כפרן ואטו בא"ל אל תפרעני אלא בעדים והוחזק המלוה כפרן לא יהיה צריך לפורעו בעדים ודוחק לומר כיון דבנאמנות המלוה תלי ליה כשהוחזק כפרן שוב אינו חושש הלוה להנאמנות ופרעו אף בלא שובר וצ"ע

ז ובא לגבות מיורשיו לא מהני. הסמ"ע כתב הטעם דלא הימניה אלא נגדו דבטוח היה שלא יעיז כנגדו משא"כ כנגד היורשים ירא שיעיז נגדם ולפענ"ד אין זה טעם כעיקר דהא משמע להדיא באה"ע סי' צ"ח ס"ד דאף אם פטר הבעל לאשתו משבועת אפוטרופסות מ"מ יורשי הבעל משביעין אותה על אפוטרופסות שבחיי בעלה אם לא שפטרה בפירוש אף מיורשיו וכן מוכח בפ' הכותב דמוקי מתניתין דכתב לה נדר ושבועה אין לי עליך

באפוטרופא שנעשית בחיי בעלה ואפ"ה קתני סיפא דיורשי הבעל משביעין אותה אלמא אף דשבועת אפוטרופסות טענת ספק היא דדילמא העלימה איזה דבר ולא שייך לומר דבטוח היה שלא תעיז נגדו ואפ"ה לא מהני פטור דידיה לגבי יורשיו ואמרינן דלא פטרה אלא כנגדו ולא נגד יורשיו ועמ"ש בסי' ע' סק"ד:

ח אין נאמנות מועיל. זהו שיטת הרי"ף והרמב"ם דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות דא"נ להפסיד לאחרים בהודאתו כמו באומר שטר אמנה הוא וחב לאחרים דא"נ כדלעיל סי' מ"ז והראב"ד והרמ"ה חולקים דשאני התם שהחוב קודם לאמירתו משא"כ הכא שהנאמנות קדם ללקוחות לא פקע בשביל שמכר נכסיו לאחרים ופסק הש"ך דאי תפס המלוה מהלקוחות ואינו רוצה לישבע יכול לומר קים לי כהפוסקים דמועיל נאמנות אף לגבי הלקוחות והנה היכא דנתן לו נאמנות כב' עדים נגד לקוחות ויש שני עדים שפרע לו לא נתבאר אם מועיל הנאמנות נגד העדים די"ל דכאן כ"ע מודים דהלקוחות יכולין לומר אנן אעדים סמכינן אך הבעה"ת בשער ח' גבי טען הלוה על השטר שחציו פרוע והמלוה אומר שאינו פרוע כלל ושני עדים אומרים שכולו פרוע המלוה נוטל חצי מב"ח ולא ממשעבדי משום דיאמרו הלקוחות אנן אעדים סמכינן כדאיתא פי"נ וכתב הבעה"ת וז"ל ואי לית ליה ללוה ב"ח וקאתי מלוה למגבי ממשעבדי אע"ג דאית בשטרא נאמנות כשני עדים לדעת הרי"ף שפסק שאין הנאמנות מועיל לגבי לקוחות לא גבי מנייהו מידי דאמרי לקוחות אנן אעדים סמכינן ונאמנות לגבי דידן לא מהני ליה מיהו לסברא דשאר רבוותא דס"ל שאם קדם הנאמנות ללקוחות דמהני לגבייהו בודאי גבי ממשעבדי דהא הימניה ופסלינהו לסהדי ולא הארכתי כאן בדין זה לפי שאין זה מקומו ובשער כ"א אנו עתידין לבאר דין הנאמנות עכ"ל וכ"כ הטור בס"ס פ"ב דבנאמנות כבי תרי לענין לקוחות לדעת הראב"ד מהני ולדעת הרי"ף לא מהני וכ"כ הש"ך שם אמנם אנכי לא זכיתי להבין דבריהם בזה דלפעד"נ דבנאמנות כבי תרי אף הרי"ף מודה דיכול לגבות מלקוחות דהא הרמב"ן בס' המלחמות בפ' הכותב והרא"ש שם והבעה"ת שער כ"א כתבו דלכך סובר הרי"ף דאף שקדם הנאמנות ללקוחות לא מהני אף דמסתבר כהראב"ד ובעל המאור דכיון דשעבד עצמו אף נגד הלקוחות ואדם יכול לחייב א"ע אף בדבר שאינו חייב והן באים בגבולו שיועיל הנאמנות אף נגד הלקוחות מ"מ ס"ל להרי"ף דלא מהני משום דחיישינן לקנוניא דדילמא פרע והחזיר לו את השטר אלמא אף דמשום חששא זו אף בשבועה לא היה לו לגבות מהלקוחות אף דנקט שטרא דהא כל עיקר מעליותא דשטרא אינו אלא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ לגבי לקוחות ניחוש לקנוניא שפרע והחזיר לו השטר א"ו דל"ח לחששא זו אלא לענין חיוב שבועה ולא לענין הפסד ממון

וא"כ בכה"ג דהימניה כבי תרי אף נגד לקוחות והנאמנות קדם ללקוחות אמאי לא יכול לטרוף מלקוחות בשבועה כיון דיכול אדם לשעבד נכסיו אף נגד לקוחות ואינהו אפסידו אנפשייהו ואי משום חששא דילמא פרע והחזיר לו השטר אח"כ א"כ בכל מלוה בשטר ניחוש להכי א"ו דל"ח להכי לענין ממון וא"כ הכא נמי יגבה בשבועה מלקוחות וליכא למימר דהכא כיון שיש עדים שפרע גרע טפי דיכולין הלקוחות לומר אנן אעדים סמכינן ומסתמא קנוניא עשו דא"כ אמאי כתבו הבעל התרומות והטור דלהראב"ד והרמ"ה דס"ל אם הנאמנות קדם דמועיל אף נגד לקוחות ה"ה דמהני נמי אף לגבי נאמנות כבי תרי דילמא הכא אף הראב"ד והרמ"ה מודי כיון דאיכא שני עדים שפרע חיישינן טפי לקנוניא והנה דברי הבעה"ת יש לישב בדוחק דכתב כן לפ"מ שהבינו הראב"ד והרז"ה דברי הרי"ף כפשטן דאין הנאמנות מועיל כלל לגבי לקוחות שאינו יכול לשעבדם נגד עדים ולא משום חשש קנוניא ואף שבשער כ"א כתב לבסוף דברי הרמב"ן דהטעם הוא משום קנוניא קיצר כאן וסמך א"ע על מ"ש בשער כ"א כמו שסיים ולא הארכתי בדין זה וכו' אבל דברי הטור תמוהים מאוד שהם נגד דברי הרא"ש ואולי דהבעה"ת והטור לא מיירי אלא לענין שבועה דלהראב"ד א"ל שבועה נגד העדים ולהרי"ף צריך שבועה אך זה דוחק גדול דפשט דבריהם לא משמע כן דהא כתב הבעה"ת להדיא דהמלוה לא גבי מנייהו מידי וגם אין ענינו לשם כלל ופשט דבריהם משמע דמיירי לענין גוביינא ובזה נראה דאף הרי"ף מודה דגובה מהלקוחות בשבועה עכ"פ וצע"ג ותמיהני מאוד שלא נתעורר בזה שום אחד מהמחברים ז"ל ודע דכ"ז לא מיירי אלא שכתב נאמנות כבי תרי מפורש נגד לקוחות אבל נאמנות סתם כבי תרי לא מהני נגד לקוחות לכ"ע דלגבי דידיה הימניה ולא נגד לקוחות וזה אמרינן אף לענין פטור ממון כמ"ש בתשו' מיימוני לספר משפטים סי' ל"ה בשם מוהר"ם ע"ש וק"ק מסתימת לשון הטור בס"ס פ"ב בזה:

ט וה"ה למלוה המוקדם. בתשובת מוהר"ם מלובלין סי' ל"ה פסק בלוה שנתחייב להרבה נושים ומלוה אחד מוקדם לכלם אלא שאותו שט"ח אינו בעדים אלא ח"י הלוה והמאוחרים טוענים שמא פרוע הוא ואף שהלוה מודה אין אנו מאמינים לו כי שמא עשה קנוניא להפסיד שעבודינו ופסק דזה תליא אי בכת"י נאמן לומר פרעתי אך אפי' לאנן דקיי"ל דנאמן לומר פרעתי מ"מ אי כתוב בו נאמנות אין הלוה נאמן לומר פרעתי לכ"ע משום שאלו פרעו לא היה מניחו בידו כמ"ש הטור בסי' ס"ט א"כ הוי לכ"ע כמו שטר בעדים ואע"ג דגבי מלוה בשטר איכא פלוגתא אם מועיל נאמנות גבי לקוחות אפי' היכא דפירש היינו לענין דאין נפרעים מן הלקוחות אלא בשבועה דחיישינן לקנוניא שמא פרעו והחזיר לו השטר אח"כ ומ"מ בשבועה גבי ה"ה בנ"ד דמ"מ הנאמנות מועיל

דיכול לומר שטרך בידי מאי בעי כמו במלוה בשטר אלא דמשום קנוניא צריך שבועה עכ"ד וברור בעיני דאישתמיטתיה דברי התשו' מיי' לספר משפטים בסי' ל"ה והמרדכי בפ' הכותב בשם מוהר"ם מרוטנבורג והביאו הד"מ והסמ"ע והש"ך בסי' ס"ט דפסק בכתב יד בנאמנות סתם אינו גובה מהיורשים אא"כ פירש הנאמנות עליו ועל יורשיו והטעם מבואר מדבריו שם דס"ל כיון דהטעם דבכת"י נאמן לומר פרעתי משום כיון דליכא עדים דמפקי לקלא יש לומר ששכח אצלו הכת"י וא"כ אף שיש בו נאמנות שייך ג"כ לומר דשכח הכת"י עם הנאמנות אלא שלגבי הלוה עצמו מ"מ מהני משום כיון דנתן לו נאמנות איהו דאפסיד אנפשיה דהא הימניה אבל לגבי יורשים לא מהני נאמנות דיליה דסתם נאמנות לא מהני לגבי יורשים ע"ש וא"כ לפ"ז כ"ש דסתם נאמנות לא מהני נגד בע"ח מאוחר דהוי כלוקח דאפילו נאמנות מפורש לא מהני לגביה אמנם להרב מוהר"מ מלובלין רוח אחרת היתה אתו בזה דס"ל דהא דמהני נאמנות בכת"י הוא משום כיון דכתוב בו נאמנות ודאי לא היה מניחו בידו אף שאינו אלא כת"י לבד ושייך לגביה שטרך בידי מאי בעי כשאר שטר וכן הוא משמעות לשון הטור בסי' ס"ט וכ"כ הב"ח שם להדיא והארכתי בזה בסי' ס"ט והוכחתי שכן דעת הרב מוהר"מ פדוואה בתשובותיו וא"כ אף נאמנות סתם מהני נגד בע"ח מאוחר ונגד יורשים דאף דסתם נאמנות לא מהני נגד בע"ח מאוחר ויורשים היינו היכא דצריכין אנו לגוף הנאמנות כגון במלוה ע"פ או בשטר לענין שבועה אז אמרינן דלא הימניה לגבי יורשים ולקוחות אבל הכא מועיל הנאמנות בהכת"י דשייך ביה שטרך בידי מאי בעי דכה"ג אינו מניחו בידו והוי כשאר שטר גמור דמהני נגד בע"ח מאוחר ויתומים למיגבי בשבועה ולכך מהני בזה אף סתם נאמנות אך זה הוא דלא כשיטת מוהר"ם מרוטנבורג שהובא במרדכי ותשובת מיימוני והד"מ וסמ"ע וש"ך בסימן ס"ט דלדבריהם הדבר ברור דלא מהני סתם נאמנות נגד בע"ח המאוחרים ואף כת"י בנאמנות מפורש נגד בע"ח המאוחרים יש לדון הרבה אם מועיל לדידן דקיי"ל דנאמנות מפורש אינו מועיל לגבי בע"ח מאוחר לענין שבועה וא"כ ה"ה דאינו מועיל לענין ממון כדמוכח מדברי הבעה"ת והטור בס"ס פ"ב וכמ"ש בס"ק הקודם ואף שהנחתי דבריהם בצ"ע מ"מ וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה ועוד די"ל דאף לשיטת הראב"ד והרמ"ה דס"ל דמהני אם קדם הנאמנות ללקוחות היינו דוקא בנאמנות בשטר משום כיון דשטר בעדים קלא אית ליה הלקוחות המאוחרים אפסידו אנפשייהו במה שלקחו נכסים המשועבדים לבע"ח המוקדם וכן משמעות לשון הראב"ד בהשגות בפט"ו מה"מ ודברי ר"ח המובא בחי' רשב"א לכתובות בפ' הכותב ובס' המלחמות שם משא"כ הכא בכת"י בנאמנות נגד בע"ח המאוחרים דכת"י בלא עדים לית ליה קלא

אפשר דמדינא אינו מועיל הנאמנות דבע"ח המאוחרים יכולין לומר מה לנו לזה שהאמין למלוה המוקדם אנחנו אין מאמינים לו כלל וכן הטור הביא שיטת י"א אדברי ר"ח שכתב דאין מועיל נאמנות גבי לקוחות וי"א שאם קנו מידו וכתבו שטר זה מועיל אף נגד לקוחות משום דאית ליה קלא והראב"ד והרמ"ה מחלקים וכו' הרי להדיא שהטור הביא סברא זו בשם י"א ונראה שהוא מלשון ר"ח גופיה וא"כ י"ל דאף הראב"ד והרמ"ה שמחלקים בין קדם הנאמנות להלואה מיירי דוקא בשטר בנאמנות. שוב ראיתי להטור באה"ע סי' צ"ח שהביא מתחלה שיטת הרז"ה והרמ"ה שאם קדם הנאמנות ללקוחות דמהני וכתב עליהם וי"א דהיינו דוקא שכתב לה הנאמנות בשטר וקנו מיניה שאז מועיל אף גבי לקוחות משום דאית ליה קלא הרי להדיא דהראב"ד והרז"ה מיירי דוקא בשטר אבל בכת"י אינו מועיל נאמנות מפורש לגבי לקוחות לכ"ע וה"ה לגבי בע"ח מאוחר.

סוף דבר העיקר לדינא דלא כמהר"ם מלובלין דבכת"י המוקדם אינו מועיל אף נאמנות מפורש לגבי בע"ח מאוחר לשיטת מהר"ם מרוטנבורג וסייעתו ואף אם נאמר דהטור בסי' ס"ט פליג וכשיטת מהר"מ פדוואה מ"מ הוי ספיקא דדינא ולכאורה היה ראוי לחתוך הדין שבחלק הבע"ח שיש לו כת"י בנאמנות יחלוקו ביניהם בע"ח זה עם בע"ח האחר שיש לו שטר גמור כמבואר בסי' קי"ב ס"ד ובס"ס קל"ט דבדבר שהפוס' חולקים ולא תפיס חד מנייהו אם הוא דבר דשייך בו חלוקה חולקים ביניהם אך באמת נראה דזה דמי להא דאמרינן בפ' החולץ דף ל"ח גבי ספק ויבם בנכסי סבא ספק אמר אנא בר מיתנא אנא ואית לי פלגא ויבם אמר את ברא דידי ולית לך ולא מידי הוי ליה יבם ודאי וספק ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכתבו התוס' שם וברפ"ק דמציעא דל"ד לז"א כולה שלי וז"א חציה שלי דזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע דאין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני דבחצי השני מוחזק זה כזה משא"כ הכא היבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו והספק הוא ספק אם הוא יורשו כלל וא"כ ה"נ בשלמא בסי' קי"ב הוי שניהם בע"ח לכך חולקין שניהם החצי שחלוקין עליו משא"כ הכא הבע"ח שיש לו שטר גמור בעדים הוא ודאי בע"ח שלו וזה שיש לו כת"י בנאמנות הוא ספק אם הוא בע"ח שלו כלל דהא לשיטת מוהר"ם מרוטנבורג אמרינן דדילמא פרוע הוא ואינו חייב לו כלום א"כ אין ספק מוציא מידי ודאי ונוטל הבע"ה שיש לו שטר גמור והשני יפסיד ודמי ממש לספק ויבם בנכסי סבא וכן עיקר לדינא:

י ואין המלוה יכול לגבות בשטר זה מן היורשים. והיינו משום דאנן טענינן להו שאביהם פרעו דלא שייך בזה שטרך בידי מאי בעי די"ל דסמיך אנאמנות הכתוב בו ונראה פשוט דה"ה אם היורשים טוענים אנו פרענו לך אף דלא שייך בזה לומר דסמכו אנאמנות

הכתוב בו מכל מקום נאמנים במיגו דאי בעי היו שותקים או שהיו אומרים שהאב ציוה שהשטר פרוע ומיגו מהני אף נגד שטרא מעליא כמו בשטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בסי' רצ"ו והפרישה כתב בפשיטות דאם היורשים אומרים אנו פרענו לך לכ"ע לא מהימני ולא ידעתי למה ואולי דמיירי בגוונא דלית להו מיגו כגון שאביהן פקד לפני מותו שעדיין לא פרעו וקמ"ל דבכה"ג א"ב היורשים לומר אנו פרענו לך דכנגדן הוי שטרא מעליא כיון דלא הימינהו ושייך בהו החזקה דשטרך בידי מאי בעי ובאמת נראה דבכה"ג י"ל דהמלוה טורף אף מהלקוחות של היורשין דהא כנגדן הוי שטרא מעליא ואף דמה שאביהן פקד לפני מותו לית ליה קלא מ"מ כיון דמתחילה נכתב שטר מעליא אלא שאין טורפין בו מהלקוחות כיון שהלוה נאמן לומר פרעתי חיישינן לקנוניא א"כ בכה"ג שמת ונפלו הנכסים לפני היורשים לא ה"ל להלקוחות לקנות מן היורשים דה"ל לחוש דילמא פקד אביהן שלא נפרע ודמי למ"ש המחבר בסי' ס"א ס"ז ע"ש וע' בסי' ק"ט סט"ו ומ"ש בסי' ס"ט סק"ד:

עב

א מפני שהוא כמו רבית, וכ' הסמ"ע דאם עבר ושימש בו אם הוא דבר דלא קיימא לאגרא אפילו הוא גברא דעביד למיגר תלוי במחלוקת הרמב"ן והרמב"ם בי"ד ר"ס קס"ו דלשיטת הרמב"ן שם פטור מלתת לו שכרו אף לציי"ש ולהרמב"ם שם חייב ליתן לו שכר לציי"ש וכ"כ הש"ך ויש לדקדק לפי דבריהם אף אם הוא דבר דקיימא לאגרא מ"מ יש לפטור את המלוה מליתן שכר דהא מבואר בסי' שס"ג ס"י בהגה דהיכא שאין בעל החצר בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא וכן מבואר שם בישראל שברח מן העיר ולקח השר ביתו והשאילו לישראל אחר א"צ להעלות שכר לבעלים דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא ע"ש וא"כ הכא במשכון מטלטלין אף שהם קיימים לאגרא מ"מ הרי אין ביד הבעלים להשכיר לאחר דהא מצי המלוה לומר אין רצוני שיהא משכוני ביד אחר והוי כמו לא קיימא לאגרא ואם המלוה עבר ושימש בו יהא פטור מלשלם ואולי דלכך נקטי אם הוא דבר דלא קיימא לאגרא משום דרצונם לומר דפטור מלשלם אף לציי"ש לשיטת הרמב"ן והטעם דפטור מלציי"ש מבואר בראי"ש בפרק א"נ בשם הרמב"ן משום דאין תרבית בלא נשך והכא לא שקיל מיניה מידי ולא חסריה ממונא ע"ש וא"כ דוקא בדבר דלא קיימא לאגרא שייך ה"ט משא"כ בדבר דקיימא לאגרא אף שהלוה אינו יכול להשכירו מפני שהוא ממושכן ביד המלוה עבור חובו מ"מ כשהמלוה משתמש בו

אח"כ אף שלא התנה בשעת הלואה חסריה ממונא והוי נשך ותרבית וחייב לציי"ש לכ"ע אבל מדינא ודאי פטור מלשלם אף בקיימא לאגרא כנ"ל ודוק:

ב מקרי שולח יד בפקדון. ונ"מ דאם אומר הממושכן שכך וכך נתקלקל מחמת לימודו וזה שלמד אומר קריתי ושניתי בו אבל לא חסרתי מדמיו כלום אינו נאמן בשבועה לפטור נפשו אלא הממושכן נשבע על פחיתתו ונוטל ודוקא שיש עדים שלמד בתוכו אבל אם אין עדים נאמן לומר שלא חסרו בשבועה במיגו דלא למדתי בתוכו שאין אדם נעשה גזלן ע"פ עצמו כן מבואר במרדכי פרק אלו מציאות בשם ראב"ן והביאו הסמ"ע ויש להבין הא לפי מה שטוען זה שלמד מתוכו שלא חסרו כלום נהי דנפסל לשבועה ע"פ עדים שלמד בתוכו מ"מ אמאי הממושכן נ"ו הא החשוד על השבועה אין שכנגדו נ"ו אלא כשנתחייב ש"ד ולא בשבועת היסת כדאיתא בסי' פ"ז וצ"ב וא"כ הכא שאומר שלא חסרו מדמיו כלום הרי הוא כופר הכל ופטור לגמרי וליכא למימר כיון שיש עדים שלמד בתוכו נהי דלא חסרו כלום מ"מ צריך לשלם שכירות הלימוד והוי מודה במקצת וחייב ש"ד זה ליתא חדא דכבר העליתי לעיל דהיכא שלא נחסר מדמיו כלום פטור מלשלם משום דהוי כחצר דלא קיימא לאגרא ע"ש ועוד כיון שהלוה לו מעות על ספרים אלו מסתמא אינו שוה שכירות הלימוד יותר מדמי הלואה כיון שלא נחסרו כלום וינוכה השכירות עבור דמי הלואה וה"ל הילך ואפשר לומר שהטעם הוא כיון שיש עדים שלמד בתוכו אף שלא נחסרו כלום ה"ל גזלן דשואל שלא מדעת גזלן הוי אף בתשמיש שאינו מחסרו כדאיתא בר"ס רצ"ב ולכך שייך גביה דינא דנגזל דתקנו חז"ל שהוא נשבע ונוטל אף היכא דליכא הודאה במקצת כמבואר בר"ס צ' ואף דהתם בעינן דוקא שיש עדים שהוציא כלים היינו משום דאם לא הוציא אלא אבנים או צרורות לאו שם גזלן עליו משא"כ הכא כיון דעכ"פ שם גזלן עליו אף שלא חסרו כלום דשואל שלא מדעת גזלן הוא לכך נאמן הממושכן נמי לומר שנפחתו כך וכך ואע"ג דבפ"ק דמציעא בסוגיא דההוא רעיא דאתו סהדי דאכל תרי מינייהו משמע דשכנגדו אינו נ"ו אלא אם איתא לדר"ח קמייתא דהוי מודה במקצת והוא חשוד שכנגדו נ"ו אבל אי ליתא לדר"ח קמייתא אין שכנגדו נ"ו משום תקנת נגזל כבר הקשה קושיא זו באס"ז שם בשם מוהר"י כ"ץ ותירץ דשאני התם דאיכא הוכחה שחשוד באותו ממון עצמו כיון שנכנס למשכנו שלא ברשות משא"כ הכא דליכא הוכחה בשאר חיותא עכ"ל וא"כ הכא כיון שיש עדים שלמד בתוכו ואינם יודעי' אם נפחתו או לא הרי הוא חשוד באותו דבר עצמו ונאמן הממושכן לומר שנפחתו כך וכך מחמת אותו הלימוד עצמו אך לפ"ז אם העדי' מעידים שלא נפחתו

מחמת הלימוד שראו הם א"נ הממושכן לומר שנתקלקלו מחמת שלמד בהם אח"כ שלא בפני עדים דזה הוי דומיא דחיותא ועדיין צריך ישוב ועמ"ש סי' צ' סק"ב:

ג המלוה את חבירו על המשכון. ואם שנים הלוו על המשכון זה מנה וזה מאתים ונאבד המשכון משלמים בשוה כל אחד חצי ההפסד כ"כ מוהרש"ל בסוף תשו' בלקוטי דינים בשם מוהר"ם מינץ והביאו הכנה"ג ונראה דדין זה לא שייך אלא לשיטת המחבר דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י לכך חל עליהם חובת השמירה בשוה וחייב כ"א חצי ההפסד משא"כ לשיטת הרב בהגה דאינו אלא ש"ח ואינו מפסיד אלא כנגד המשכון משום דהוי כאלו פירש א"כ פשיטא דזה שהלוה מכה אינו משלם יותר מכדי חובו ואף דמהרש"ל גופיה ס"ל כהפוסקים דאינו אלא ש"ח כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ב בשמו מ"מ נ"מ בדין זה באם שנאבד בפשיעה דשניהם שוים בהפסד גם נרא' דאם נאבד שלא בפשיעה חלק מהמשכון כיון דהטעם הוא דמפסיד נגד המשכון משום דה"ל כאלו פירש שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו א"כ בכה"ג דזה הלוה מנה וזה מאתים הוי כאלו זה קיבל אחריות על מנה מהמשכון וזה על מאתי' וא"כ הוי ההפסד לפ"ע כמו בקיבל מעות מחבירו בפקדון בלא אחריו' וערבן עם מעותיו ונאבדו דההפסד הוא לפ"ע כמבואר בסי' רצ"ב ס"י בהגה אך מ"מ אם המשכון ביד מי שהלוה מאתים יכול לומר קים לי כמ"ד דמלוה על המשכון הוי ש"ש אף במותר דמיו משום פרוטה דר"י וא"כ הוי שניהם ש"ש על כל המשכון וההפסד על שניהם בשוה כנ"ל ודוק:

ד אבד המשכון אבד הכל. וכן אם הלוהו על שני קתות אלף זוז או על קתא עם משכון אחר אלף זוז ואבד הקתא או המשכון הפסיד חצי החוב אבד השני הפסיד חצי חוב האחר עכ"ל הטור וע' בתוס' והרא"ש ומ"ש בר"ס נ"ה ע"ש:

ה וי"א דמלוה על המשכון לא הוי אלא ש"ח. הש"ך הביא דברי הרא"ש והטור דאפי' הלוהו פירות לא הוי אלא ש"ח לסברא זו והקשה הש"ך דמנ"ל הא דע"כ לא ס"ל לי"א אלו דלא הוי אלא ש"ח משום דפסקו כרבה ולא כרב יוסף דס"ל דהוי ש"ש משום שכר מצוה אבל בהלוהו פירות דס"ל לר' יהודה במתניתין דהוי ש"ש משום דדרך פירות להתרקב ונהנה במה שמלוה אותן מ"ל לאפלוגי על סברתו ותי' כיון דס"ל לי"א אלו דאינו אלא ש"ח אלא דנגד מעותיו הוי ש"ש משום דהוי כפירש א"כ ע"כ הא דקאמר ת"ק הלוהו על המשכון ש"ש היינו נגד מעותיו דוקא ולמה לא אשמועינן בהלוהו פירות דהוי ש"ש אף במה שהמשכון שוה יותר מהחוב א"ו דת"ק פליג על ר"י בהא עכ"ד אך בתשובת שער אפרי' סי' קכ"ב האריך בזה ודעתו דמ"ש הרא"ש והטור דאין חילוק בין הלוהו מעות ובין הלוהו פירות הוא משום דמיירי בהיה משכונו נגד חובו אבל באמת

אם המשכון יותר מהחוב יש חילוק דהלוהו מעות ש"ח הלוהו פירות ש"ש ודבריו נראין עיקר דדוחק גדול לעשות פלוגתא בין ת"ק לר"י בשביל דקדוק קלוש מה דלא מחלק ת"ק בין מעות לפירות אם המשכון שוה יותר מהחוב ע"כ נראה עיקר דבהלוהו פירות לכ"ע הוי ש"ש אף במה שהמשכון שוה יותר מהחוב וגם אף במשכנו שלא בשעת הלואתו נראה דהוי ש"ש בהלוהו פירות אף במה שהמשכון שוה יותר מהחוב וכן מוכח בש"ס בפרק האומנין דאמרינן התם על מתניתין דהלוהו על המשכון ש"ש לימא מתניתין דלא כר"א וכו' ומשני כאן שמשכנו בשעת הלואה ומתניתין שמשכנו שלא בשעת הלואתו ואפ"ה קתני עלה במתניתין ר"י אומר הלוהו מעות ש"ח הלוהו פירות ש"ש אלמא אף במשכנו שלא בשעת הלואתו הלוהו פירות ש"ש ומה שתמה הגאון בפ"י בחידושיו שם דאטו מי שקיבל הנאה מחבירו ולאחר ימים רבים מסר לו הנותן דבר לשמרו נימא דהוי ש"ש משום אותו הנאה שקיבל ממנו זה ימים רבים דבר זה לא אשכחן בכולי תלמודא ובשום פוסק שיסבור כן ע"ש שכתב שזו קושיא עצומה מאוד ולפענ"ד לק"מ דהא התוס' כתבו דלכך מלוה על המשכון לא הוי ש"ש משום ההיא הנאה דתפיס ליה אחוביה כמו אומן דהוי ש"ש מה"ט משום דאומן נהנה משכירתו לכך הוי ש"ש בההיא הנאה דתפיס ליה אאגרי' משא"כ מלוה על המשכון אינו מרויח במה שהלוה ממה שלא היה מלוה ולא היה לו משכון והרא"ש בפ"ק דקדושין הוסיף דאף במשכנו שלא בשעת הלואתו לא הוי ש"ש משום ההיא הנאה דתפיס ליה אחובו כיון שאין מרויח מידי ע"ש וכן נראין דברי התוס' בס"פ האומנין ולפ"ז ניחא דלכך סבר ר"י הלוהו מעות ש"ח אף שמשכנו שלא בשעת הלואתו משום דלא הרויח מידי אבל הלוהו פירו' כיון דמרויח בהן משום דדרך פירות להתרקב א"כ אף במשכנו שלא בשעת הלואה הוי ש"ש משום ההיא הנאה דתפיס ליה אחובו ואף ביותר מדמי חובו נמי וז"ב:

ו דמי המשכון יתרים על החוב אין המלוה נותן ללוה היתרון אלא אבד מעותיו. הש"ך הביא בשם מוהר"י בן לב דאם נגנב חלק מהמשכון ובמה שנשאר יש בו כדי כל החוב אין מפסיד המלוה כלום דהא הטעם דאבדו מעותיו ולא יותר כתבו התוס' דה"ל כאלו פירש שאם יאבד המשכון יפסיד חובו והיינו משום דאנן סהדי שלא נתן המשכון שיהיה באחריותו אם יאבד ששה יתבע ממנו את חובו אח"כ וא"כ הכא כיון דבמה שנשאר עדיין יש בו כדי חובו וא"צ לתבוע כלום מן הלוה לא מפסיד מידי עכ"ד ונרא' לפ"ז דה"ה בנגנב חלק מהמשכון ובמה שנשאר אינו כנגד החוב א"צ המלוה להחזיר גוף החפץ הנשאר להלוה לפי מה דפסק הרב בס"כ בהגה דהמוחזק במשכון שיכול לטעון עליו עד כדי דמיו ואינו שוה אף החצי שהוא טוען עליו והמלוה אומר לדידי שוה כל חובי

שהדין עמו וא"צ להחזיר החפץ עד שיסלק לו כל מה שהוא טוען עליו ואף בתופס חפץ עכשיו הדין כן כמ"ש הש"ך שם וא"כ ה"נ כיון דחזינן דהיכא שנשאר כדי כל החוב אין מפסיד המלוה כלום כיון דא"צ לתבוע אותו כלל א"כ ה"נ אף שאינו שוה כדי כל החוב יכול המלוה לומר לדידי שוה הנשאר כדי כל החוב ואיני תובע את הלוה כלום והוי כמו שנגנב מה שהוא יתר על החוב וא"צ המלוה להחזיר לו גוף החפץ עד שיחזיר לו כל דמי ההלואה וזה ברור אך יש להסתפק בהלוהו סלע והמשכון שוה ג' דינרים ונגנב חלק מהמשכון אם בכה"ג צריך המלוה להחזיר גוף החפץ דכאן אינו יכול המלוה לומר לדידי שוה הנותר ג' דינרים דא"כ לא יהיה יכול לגבו' דינר הרביעי כיון שהנותר שוה ג' דינרים א"כ אבד אצלו המותר מג' דינרים או דילמא אף בכה"ג א"צ להחזיר גוף החפץ כיון דעיקר טעמא דאחריו' גניבה חל עליו היא משום דהוי כאלו התנה שאם יאבד אצלו לא יתבע את הלוה וה"נ הרי אינו תובעו ג' דינרים ומחזיק המשכון הנותר אצלו בעד ג' דינרים כמו שהיה מחזיקו מקודם ולא התחייב א"ע להחזיר המשכון עד שיחזיר לו הג' דינרים ודינר הרביעי מחויב הלוה לשלם לו בלא"ה דזה אינו תלוי בהמשכון והנה אם נאמר כן יש לתרץ בהא דפריך בפ' המפקיד דף ל"ד אהא דמשביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ממתניתין דסלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה וכו' מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון ואם אית' דמשביעין אותו שאינו ברשותו היכי מצי מפיק ליה ומשני רבה כשיש עדים שנשרפה ופריך א"ה מהיכא מייתי לה אלא אמר רב יוסף שיש עדים שנגנבה ויש לתמוה לרבה דמשני שיש עדים שנשרפה דקארי ליה מאי קארי ליה דא"ה מהיכי מייתי לה ולפמ"ש א"ש דרבה לטעמיה אזיל דס"ל דמלוה על המשכון אינו אלא ש"ח אלא דס"ל כשמואל דחייב בגניבה דה"ל כאלו פירש כמ"ש התוס' והרא"ש וא"כ י"ל דמתניתין איירי שיש עדים שנשרף חלק מהמשכון כגון שהלוהו על שני חפצים שוים והעדים מעידים שנשרף אחד מהם א"כ אין המלוה צריך לישבע שאינו ברשותו על חפץ השני דהא אף אם יש בידו יכול לתפוס אותו בעבור כל הג' דינרי' וחיישינן שפיר דילמא לאחר השבועה יוציא החפץ השני ויתברר כמה היו שוים דהא שני החפצים דומים זה לזה ממין א' אך הש"ס דפריך א"ה מהיכי מייתי לה משמע שרב יוסף פריך זה מדמשני עלה שיש עדים שנגנבה לטעמי' אזיל דס"ל דמלוה על המשכון ש"ש משום פרוטה דעניא א"כ אף שנגנב חלק מהמשכון צריך להחזיר המותר וצריך לישבע שא"ב ופריך שפיר וא"ש אך מ"מ לענין דינא צ"ע ודוק

ז ומספיקא לא מפקינן ממונא. ונראה דאף דמה שכנגד החוב הוי ש"ש לכ"ע מ"מ נ"מ טובא בין הטעמים דלטעמא דהוי ש"ש משום פרוטה דעניא א"כ אם נתן לו במשכון

שטרות ונגנבו לא הפסיד אף כנגד מעותיו דבשטרות אין בהם דין שומרי' ופטור בהן אף מפשיעה לרוב הפוסקי' כמבואר בסי' ס"ו ס"מ משא"כ אי אמרינן דהפסיד נגד מעותיו משום דה"ל כאלו פירש שאם יפסיד המשכון יפסיד מעותיו א"כ אף בשטרות נמי כיון דפירש הפסיד נגד מעותיו אע"ג דמבואר בסי' ס"ו שם דאפילו קיבל בפירוש אחריות על השטרות לא מהני אם לא שקנו מידו היינו משום שאינו יכול לחייב את עצמו בדברים בעלמא משא"כ הכא במשכון הוי כמחילה וא"צ קנין וכן מוכח להדיא בתוס' ס"פ ש"ה ד"ה שומר אבידה שהוכיחו דלענין חמץ בעינן דוקא שיקבל עליו אחריו' אונסין לענין שיעבור עליו בבל יראה דאי לאו הכי ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו יאסר בהנאה שהרי חייב בגניבה ואבידה מדשמואל דקיימא לן כוותיה כיון דקיימא לן כרבה אבל לר"י ניחא דפרוטה דר"י לא שייך בעכו"ם כיון דליכא מצוה ועוד דאפילו שומר שכר גמור לעכו"ם לא מחייב דגבי שומרים כתיב רעהו ואיכא למעוטי עכו"ם כמו הקדש עכ"ד אלמא דלשמואל אף בנכרי הוי ש"ש דהוי כאלו פירש שיפסיד נגד המשכון אף דבנכרי אין בו דין שומרי' מ"מ מהני מטעם מחילה וכן צ"ל ע"כ בש"ס דמוקי להא דשמואל דמיירי בדפירש אף דשמואל גופיה ס"ל בס"פ הפועלים אף במתנה ש"ח להיות כשואל אינו נקנה בדברים ובעינן קנו מידו דוקא א"ו דהכא מהני אף בלא קנין מטעם מחילה וכן נ"מ בשותפי' שהלוה אחד לחבירו על המשכון דמטעם פרוטה דר"י לא מחייב דהא ה"ל שמירה בבעלי' ואין בהן דין שומרי' משא"כ לטעמא דה"ל כאלו פירש אף בכה"ג הפסיד נגד מעותיו אך יש להסתפק בהא דקיי"ל בסי' קע"ו ס"ח דשותפים שמתעסקים ביחד הוי שמירה בבעלים ואם נגנב ביד א' מהן ההפסד על שניהם אם עשו שותפות ביניהם והטילו לכיס המעות ביחד והתנו שכ"א יחזיק בידו כפי מעותיו בכדי שיהיה כ"א בטוח במעותיו רק מה שירויחו יחלקו ביניהם אם בכה"ג נאמר נמי דכ"א הוי ש"ש משום דהוי כאלו פירש דהא כ"א הוי כתופס משכון עבור מה שיש לו ביד חבירו וה"ל כאלו פירש שבאם יאבד המשכון יאבד מעותיו שביד חבירו או י"ל דדוקא במלוה מעות על המשכון אמרינן הכי משום כיון דאחריות המעות על הלוה לבדו אמרינן דמסתמא התנה שבאם יאבד המשכון לא יצטרך לשלם לו מכיסו אבל הכא בשני שותפים כיון שהדבר נוגע לשניהם לא אמרינן דה"ל כאלו פירש אלא אדרבה אמרינן כיון שהוא טובת שניהם סברי וקבילו אהדדי שבאם יאבד אצל אחד מהן שההפסד יהא חל על שניהם וקצת משמע כן בפחז"ה דפריך על הא דשמואל דאמר השותפים ש"ש זה לזה הא הוי שמירה בבעלים ואמאי לא מוקי ליה בכה"ג דהתנה שיהיה כל אחד בטוח במעותיו

ושמואל לטעמיה דס"ל דהוי כפירש אלא ודאי דאף בכה"ג הוי שמירה בבעלים והדבר צריך הכרע:

ח על בגדי אשתו. הטעם מבואר במרדכי והביאו הסמ"ע דאע"ג דאין אדם יכול למכור בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ומסתמא אמרינן דברשותה משכנם עכ"ל ונראה דלפי טעם זה אם השכין בגדי אשתו שלא בשעת הלואה מוציאין מידו דנהי נמי שברשותה השכינם מ"מ כיון שהיא אינה חייבת לשלם הלואת בעלה א"כ מנה אין כאן משכון אין כאן כמבואר בפ"ק דקדושין ולקמן סי' ק"ץ ס"ט דהקונה קרקע מחבירו ופסק לו הדמים והניח משכון עליהם לא קנה אם לא שאמר לו תזכה בגוף המשכון ע"ש וא"כ ה"נ בשלמא בשעת הלואה עיקר סמיכת המלוה על המשכון וכיון שהאשה נתנה רשות למשכנם דמי לערב בשעת הלואה דחייב כיון שעל פיו הלוהו וה"נ ע"פ המשכון הלוהו ונכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה משא"כ שלא בשעת הלואה דאינו משתעבד אם לא בקנין כיון דלא על פיו הלוהו א"כ נהי דברשותה משכנם מנה אין כאן משכון אין כאן וליכא למימר דדילמא אמרה זכה בגוף המשכון זה ליתא דמה"ת נאמר כן דאטו כולהו נשי דינא גמירי ומספיקא האיך יכול להחזיק בשלה ויש לאוקמא המטלטלין בחזקת מרייהו ועמ"ש בסי' ע"ה ס"ט אך מדברי הח"מ והב"ש באה"ע ס"ס ע"ג מבואר דס"ל דאף בהשכין שלא בשעת הלואה אין מוציאין מיד המלוה ולפענ"ד העיקר דמוציאין מידו:

ט וגם הבגדים ההם. וכתב הסמ"ע דאם לא חזרה ונתנה הבגדים ביד שמעון היתה נאמנת בשבועה שלא משכנם ברצונה עכ"ל והביאו הש"ך ולכאורה נראה דטעמ' דנאמנת במיגו דלהד"ם או החזרתי וכן מוכח מדמצריכה שבועה והלא אין נשבעין על טענת ספק א"ו כיון דאינו נאמן אלא במיגו דלהד"ם צריכה שבועה אף בטענת ספק כמו אלו היתה טוענת להד"ם כמ"ש הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק נ"ו אך יש להבין דזה ניחא לטעם המרדכי דלכך א"י להוציא בגדיה משם דמסתמא ברשותה משכנם ולכך אם היא מוחזקת נאמנת במיגו שלא משכנם ברצונה אבל לפי מ"ש הב"י באה"ע ס"ס ע"ג בשם תשו' הרשב"א והביאוהו הח"מ והב"ש שם דלכך אינה יכולה להוציא בגדיה משום תקנת השוק א"כ אף שהיא מוחזקת וטוענת שהשכין שלא ברצונה אכתי תהא מחויבת לשלם משום תק"ה ומאי מיגו שייך כאן ואפשר לומר ע"פ מ"ש הש"ך בסי' שנ"ו סק"ד דאם בא דבר הגנוב אחר שנמכר ליד הבעלים הראשונים א"צ לשלם ללוקח הראשון מעותיו משום דלא תקנו תק"ה אלא כשבא להוציא מיד הלוקח ולא כשבא ליד הבעלים הראשונים וא"כ ה"נ כיון שהבגדים באו ליד האשה א"צ להחזיר משום תקנת השוק ועוד י"ל כיון

דטעמו של המרדכי הוא טעם נכון שאין האשה יכולה להוציא בגדיה שהשכין בעלה משום דמסתמא ברשותה משכנם א"כ שוב לא שייך תק"ה בבגדי אשה כלל דהא טעמא דתק"ה הוא משום דשום אדם לא ירצה להלוות על משכון דדילמא בגדי אשתו הוא וא"כ הכא כיון דמסתמא אמרינן שהשכין ברצונה וא"י להוציא מידו א"כ שוב לא יירא שום אדם להלוות עליהם ולא שייך בזה תק"ה ולכך כשבאו אח"כ לידה נאמנת דשלא ברצונה משכנם ובכה"ג לא עשו תק"ה כיון דמילתא דלא שכיח הוא שיבא אח"כ לידה לא עשו תק"ה בדבר דלא שכיח כמבואר בסי' ס' ס"א גבי שטרות ע"ש אך מ"מ י"ל דכוונת הסמ"ע דכשהיא מוחזקת נאמנת אף בלא מיגו משום דמשמעות תשובת הרשב"א שם דלא החליט דין זה אלא משום שהבע"ח מוחזק במשכון אבל כשהיא מוחזקת אין יכולין להוציא מידה ומה שצריכה שבועה אף דטענת ספק הוא י"ל כיון דאמרינן מסתמא ברצונה משכנם הוי כרגלים לדבר דמשביעין היסת בטענת ספק כמבואר בסי' ע"ה סי"ז בהגה ע"ש ועיין בב"ש באה"ע סי' ס"ק מ"ט ולענין מה שמחלק הש"ך דבגדי אשה שעשה לה הבעל בעצמו יכול להשכין אף לכתחילה ע' בב"ש שם בס"ק נ"ב שהשיג עליו בזה י אין לקהל ולא לנאמן דין ש"ש. בתשו' שער אפרים סי' קכ"ב פסק באחד שלוה מחבורה דג"ח מעות והניח בידם משכון ואח"כ בח"ה חג הפסח נברר גבאי חדש ונטל המשכון לידו ואח"כ המיר הגבאי ונטל המשכון עמו ופסק שמחויב הלוה לשלם כל החוב לחברה דג"ח אף שנאבד המשכון משום דאין לך אונס גדול מזה דאף אלו היו שם שאר הגבאים לא היו יכולים להציל מידו והוי כליסטים מזוין דחייב הלוה לשלם כמבואר בס"ב ואין לחייב בעל המשכון משום שומר שמסר לשומר דמה שמסר לגבאי אחר הוי כרגילים הבעלים להפקיד אצלו כיון שהמנהג הוא שבכל ח"ה פסח נעשו גבאים חדשים ולא מבעיא לשיטת הסוברים דבמסר ליד אשתו ובניו ואין להם לשלם דהנפקד פטור דה"נ פטורים אלא אפילו לשיטת הסוברים דבמסר ליד אשתו ובניו חייב הנפקד מ"מ הא מבואר במרדכי והג"א בפ' המפקיד דהיכא שידוע בודאי שאין הנפקד רגיל לשמור הפקדון בעצמו אלא מוסר למי שתחתיו ה"ל כאלו המפקיד גופיה מסר הפקדון לאחר ונסתלק הנפקד לגמרי ופטור לכ"ע וה"נ גלוי וידוע שהחבורה אינם משמרים המשכנות בעצמם אלא מונח ביד נאמן וא"כ בזה כ"ע מודים שאין להלוה שום דו"ד על החבורה ומחויב לשלם את חובו מאחר שנאבד באונס דלא שכיח אלו הן תורף דבריו ע"ש באריכות והנה הרב ז"ל ארכביה לדין זה אתרי ריכשי דכתב הטעם דהוי כאונס דליסטים מזוין וכתב גם כן דהוי כידוע שאין המלוה משמרו בעצמו דבזה כולי עלמא מודים דפטור המלוה לגמרי ולכאורה טעם זה מספיק לבד דכיון שידוע שאין המלוה

משמרו בעצמו הוי כנסתלק משמירת המשכון ופטור אף כשפשע בו האחר אך זה ליתא דעד כאן לא כתבו המרדכי והג"א דהיכא שידוע שאינו משמרו בעצמו דפטור לכ"ע היינו לענין פקדון שלא יצטרך הנפקד לשלם עבור הפקדון אבל הכא לענין משכון כיון דהטעם לשיטת ר"י והרב בהגה ס"ב דנגד המשכון לבד הוי ש"ש ולא יותר הוא משום דה"ל כאלו פירש שאם לא יחזיר לו המשכון לא ישלם לו מעותיו א"כ אף שידוע שהמלוה מוסר פקדונותיו ביד אחר מ"מ ה"ל כאלו פירש שאם לא יחזיר לו המשכון שלו לא ישלם לו מעותיו דמה לו ללוה בכך מה שהמלוה מוסר פקדונותיו ביד אחר מ"מ לא נתחייב לשלם לו עד שיבוא המשכון לידו דוקא ולכך הוצרך הרב ז"ל לומר דמה שהמיר הוי כליסטים מזוין והוי אונס גמור ומה שמסרו ליד אחר לא הוי כפשיעה כיון שיודע הלוה שאין המלוה מחזיק פקדונותיו בעצמו אך בהיות כן יש לדון בזה טובא דהיכי מדמי לי' לליסטים מזוין דה"ל אונס דאתא מעלמא לאונס המרה דה"ל פשיעה גמורה שאין הגבאי רוצה להחזיר לו המשכון דכיון דאמרינן דהוי כאלו פירש שבאם לא יחזיר לו הגבאי המשכון לא ישלם ואדעתיה דהכי הלוו לו החבורה שאם הגבאי יפשע או ישרוף המשכון לא ישלם המעות מה לי שאינו רוצה להחזיר מחמת המרה או שכופר במשכון מ"מ הוא לא נתחייב לשלם אלא כשיחזיר לו הגבאי המשכון ולא כשיופסד מחמת גיריה של גבאי דאל"כ אף אם הגבאי יאמר שכבר החזיר לו המשכון להלוה קודם הפרעון יהא צריך הלוה לשלם החוב ולא יהא נאמן בשבועה משום דאף אם האמת כדבריו הוי הגבאי כמו ליסטים מזוין לגבי החבורה דלא אסקי אדעתייהו שהגבאי יכפור במשכון א"ו דמ"מ הוא לא נתחייב לשלם כשהמשכון יופסד בגיריה של הגבאי וא"כ מאי עדיף מה שאינו רוצה להחזיר המשכון מחמת המרה ואפשר לומר דנהי דה"ל כאלו פירש שבאם יפשע בו הגבאי לא ישלם מ"מ כיון דהמרה הוא דבר דלא אסיק אדעתיה כלל לא נכלל זה בהתנאי ודמי להיא דנדונית חתנים באה"ע ס"ס קי"ח דה"ל כאלו פירש ע"מ שתהנה בתו ומ"מ בנהרגה או נשתמדה יורשה בעלה כיון דזה הוא דבר דלא סליק אדעתיה כלל לא נכלל בהתנאי ע"ש ועדיין אני נבוך בזה וצ"ע ודוק עוד ראיתי למי שהקשה על דברי הש"א דאמאי חייב לשלם הא יכול הלוה לומר מה אזיקתך הא אי הוה המעות ביד הגבאי ג"כ היה נאבד כמו המשכון ודמי להא דמבואר בסמ"ד דמי שהיה לו משכון אצל כותי והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות ונשרף המשכון בבית הכותי דהשואל פטור כיון דבלא"ה היה נשרף בבית הכותי ע"ש ולק"מ דשאני הכא כיון דבני החבורה אינן אלא ש"ש על המשכון ושומר שכר פטור באונסין אף דגם המעות היה נאבד אצל הגבאי ועל ידי המשכון ניצולו מ"מ יכולין לומר מזלא דידך גרם והוי כמבריח

ארי מנכסי חבירו לבד משא"כ בסמ"ד דגוף המשכון של המשאיל ובלא"ה היה נשרף בבית הכותי א"כ לא הפסיד השואל להמשאיל כלום ופטור מלשלם וראיה ברורה לזה מפרק המפקיד דף מ"ג ע"ב גבי האי גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה והוה לדידיה נמי כריא דכשותא וא"ל לסרסיא מהאי רמא ואזיל רמא מאידך ואמר רב עמרם דסרסיא פטור כיון דלא א"ל מהאי לא תרמי והנפקד פטור כיון דא"ל מהאי רמא ופריך הש"ס מאי פסידא איכא והא קא משתרשי ליה ומשני דהוי שכרא חלא דלא נהנה מידי ולכאורה אכתי קשה אמאי פטור הנפקד משום דה"ל אונס דא"ל מהאי רמא הא אי הוי רמא מדידיה הוי דידיה נפסד והשת' ניצול שלו בפקדון דחברי' א"ו דזה הוי כמבריח ארי מנכסי חבירו ואמרינן מזליה גרם ופטור הנפקד וה"נ כיון דמה שלקח הגבאי שהמיר את המשכון הוי כאונס אף דמכח זה ניצול מעות החבורה ה"ל מבריח ארי ובני החבורה פטורין והלוה חייב לשלם וכן מוכח מתשובת הר"ן שהביא הסמ"ע והש"ך בס"ג בראובן שהשאיל ספר לשמעון ושמעון הניח ספר למשכון ביד ראובן ובאו שוללים בבית שניהם ונטלו שניהם לימים החזירו לראובן ספר של שמעון ופסק דראובן חייב להחזיר המשכון לשמעון דשמעון פטור מספר של ראובן דאונס הוא ולא נתחייב משום שואל דאין כל הנאה שלו דהמשאיל מצוה קעביד ואכתי קשה דמאי הפסד יש לו לשמעון הא אי הוי ספר שלו בידו היה ג"כ נפסד כמו שנפסד ספר של ראובן שבידו ויהא ראובן מחזיקו בעד ספרו א"ו דאמרינן מזליה גרם וכן מוכח מתשובת הר"ח א"ז שהביא הש"ך בסי' רצ"ב ס"ק כ"ט ע"ש וכ"פ בתשובת ח"צ סי' קל"ב בשיירא שהלכו ביחד ובא אנס ונטל משל א' מהן דאין חבירו חייב ליתן לו חלק בשביל ההיזק יע"ש וז"ב:

יא ואבדו ושואל ממנו ממון הרבה. פשט לשון המחבר משמע שכותי מעליל על הישראל ורוצה ממנו יותר משויו א"צ המלוה לשלם לו אלא דמי שויו דאם הכותי מעביר עליו את הדרך אין לחייב לזה ואפילו בהיזק בידים פטור מעלילה וכ"כ הסמ"ע והש"ך ויש לי מקום עיון בהשכין לו משכון של נכרי והודיעו שהוא של נכרי והמשכון שוה פחות מכדי חובו ונאבד אצל המלוה והנכרי מעליל על הלוה אם הלוה צריך לשלם להמלוה יתרון החוב משווי דמי המשכון שנאבד אצלו ומן הסברא נראה דבכה"ג עכ"פ א"ל הלוה לשלם למלוה יתרון החוב כיון דלפי שיטת ר"י וסייעתו הא דמלוה על המשכון מפסיד נגד חובו ולא יותר משום דה"ל כאלו פירש שאם לא יחזיר לו המשכון לא ישלם לו את חובו עכ"פ אם כן ה"נ כיון שהודיעו למלוה שהוא משכון של עכו"ם הוי כפירש שאם לא יחזיר לו המשכון והכותי יעליל עליו שעכ"פ לא ישלם לו דמי חובו ויש לדמות זה למ"ש הטור בסי' קל"א בשם תשובת הרא"ש דהיכא דשמעון יצא ערב לנכרי בשביל

ראובן והלך ראובן והוצרך שמעון לפרוע בשבילו וכשבא ראובן א"ל לא היה לך לפורעו כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו חייב ראובן לפרוע כל מה ששמעון מברר שנתן לעכו"ם ואפילו שהעכו"ם תבע ממנו ממון שלא כדין ואנסו ליתן כי הדבר ידוע שידם תקיפה עלינו וצריך ליתן לו כל מה שתובעו וזה ידע ראובן ששם אותו ערב לעכו"ם וקבל עליו שעבוד זה לפצותו ולסלקו מכל היזק שיבוא לו מהנכרי אף על פי שלא פירש כן בפירוש ע"ש אלמא דמסתמא כשנתערב נגד הנכרי קיבל עליו הלוה לפצותו מכל וכל א"כ ה"נ כיון דאמרינן דה"ל כאלו פירש שאם לא יחזיר לו משכונו לא ישלם לו א"כ כיון דהמלוה ידע שהמשכון של עכו"ם אמרינן נמי דמסתמא קיבל עליו המלוה שאף אם יגיע ללוה עלילה ע"י המשכון יפסיד חובו אם לא ישמור המשכון כראוי ויש להביא ראי' ברורה לזה מהא דפסק בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קצ"ג ובתשובת צ"ל סי' י' דמי שלוה מחבירו בממר"ם ונאבד הממר"ם מיד המלוה דאין הלוה צריך לשלם להמלוה אף שיתן לו המלוה שובר משום דיש לחוש דילמא ימצא השטר איש אחר ויחזור ויוציא ממנו לכך א"צ לשלם לו עד שמקבל עליו המלוה כל אחריות הפסד של הלוה אע"פ דמה שאבד השט"ח לא הוי אפילו גרמא בניזקין דהא לא עביד מידי בידים וגם לא ברי היזקא דמי יימר שימצאנו אחר מ"מ א"צ הלוה לשלם לו עד שמקבל עליו המלוה האחריו' באם שימצאנו אחר ע"ש הרי להדיא אף דהתם אם ימצאנו האחר יגבה ממנו בגזל שלא כדין מ"מ א"צ הלוה לשלם למלוה דה"ל כאלו התנה שבאם לא יחזיר לו שטרו ויהא יכול לבוא לידי הפסד אף ע"י עלילה שלא ישלם לו עד שיסלק ממנו כל נזק שיבוא מחמתו אף ע"י עלילה וא"כ ה"נ במשכון של נכרי נמי נאמר כן כיון שהודיעו שהוא של נכרי ה"ל כאלו פירש שבאם לא יחזיר לו משכונו ויגיע לו היזק מהנכרי שעכ"פ לא ישלם לו את חובו אמנם אם באנו לדמות משכון לשטר יש להקשות מהא דאמרינן בפ' ג"פ דף קע"א דר' יהודה דמכשיר שטרי חוב המאוחרין לטעמיה אזיל דס"ל אין כותבין שובר ולא נפיק מיניה חורבא ע"ש הרי מוכח דר"י ס"ל דאף אם המלוה בא ואומר אבד שטרי ואני נותן לו שובר אפ"ה א"צ הלוה לשלם לו דנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים דאל"כ אכתי ניחוש לחורבא שיבא ויאמר אבד שטרי ויתן לו שובר ואח"כ יוציא שטר המאוחר ויגבה בו אלא ודאי דאף בכה"ג א"צ לשלם לו וא"כ תקשה כיון דר' יהודה ס"ל במתניתין דפ' האומנין דהלוהו על המשכון ש"ח אם לא בהלוהו פירות אלמא דלא סבר כשמואל דה"ל כאלו פירש שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו וא"כ קשה מה"ת יגרע משכון משטר כיון דחזינן דמלוה על המשכון ש"ח ובאם נאבד המשכון ישבע שנאבד ויטול מעותיו הרי אף שיש היזק בפנינו נאמן המלוה לישבע שנאבד ממנו

ויטול מעותיו כדס"ל לר' אליעזר בברייתא וכן לדידן נשבע שנאבד באונס ויטול מעותיו כמבואר בס"ב א"כ כ"ש בנאבד השטר מיד המלוה והוא נותן לו שובר שאין כאן היזק כלל אלא מה שיצטרך הלוה לשמור שוברו שלא יאבד ואולי יגיע לידי היזק דיש להאמין למלוה שנאבד השטר בשבועה ויטול וגם כיון דאין דין שומרים בשטרות אפילו שבועה א"צ ואמאי יתחייב באביד' השטר יותר מאבידת המשכון כיון דאינו אלא ש"ח בעלמא וגם בשטרות אין בהן דין שומרים וגם קשה לפי מ"ש התוס' והרא"ש בס"פ שבועת הדיינין דרב דס"ל בפ' הזהב דערבון כנגדו הוא קונה לא ס"ל כשמואל לענין משכון דה"ל כאלו פירש והרי בס"פ ג"פ אמרינן דרב ושמואל סברי תרווייהו דאין כותבין שובר היכא דהמלוה טוען אירכס לי שטרא יע"ש וא"כ תקשה דרב אדרב מה"ת יגרע שטר שעדיין אין לו שום פסידא כלל אלא חששא בעלמא ממשכון דאית ליה ודאי פסידא דאינו אלא ש"ח וישבע ויטול מעותיו ובשטר יש לו ליטול בל"ש שאין בהם דין שומרים וזו קושיא עצומה וצע"ג ודוק:

יב לא ישלם לו אלא דמי שויו. והיכא דשמעון יכול לפטור עצמו מן הכותי בדבר מועט אם ראובן צריך לשלם כל דמי שויו או לא לא נתבאר כאן ולכאורה יש לדמותו להא דאמרינן בפ' מרובה דף ע"ח ע"ב דהאומר הרי עלי עולה והפריש שור לנדרו ובא אחר וגנבו דאמר רבא דגנב מצי למיפטר נפשיה בכבש לרבנן ובעולת העוף לראב"ע יע"ש וה"נ כיון דשמעון יכול למיפטר נפשו מן הכותי בדבר מועט אין ראובן צריך לשלם לו יותר ובאמת מצאתי בש"ג בפ"ק דב"ב דף קנ"ט שהוכיח כן מסוגיא זו דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר היה שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב עם השואל בדבר מועט שאין הגנב חייב לשלם לו רק כפי מה שנתפשר עם השואל רק דמפקפק שם אם היה אותו הדבר מכותי דאפשר כיון דאף אם העכו"ם שואל יותר משויו פטור הגנב ה"ה אם יכול לפטור עצמו בפחו' מן הכותי שייך המותר להנגנב ואין בפקפוקו ממש אך אף אם היה אותו דבר מישראל ג"כ נלפענ"ד דצריך הגנב לשלם כל דמי שויו וראיה ברורה לזה ממתניתין דפ' המפקיד השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אר"י כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים הראשונים וא"כ תקשה לרבא דסבר בפרק מרובה דגנב מצי למיפטר נפשיה בכבש אמאי ס"ל לת"ק דישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר ואמאי צריך השואל לשלם לשוכר כיון דהשוכר פטור לגמרי מן המשכיר א"כ יאמר השואל מה אפסדתיך ודוחק לומר דדין זה תליא בפלוגתא דת"ק ור"י וסוגיא דפרק מרובה אזלא אליבא דר"י דקיימא לן כוותיה דתחזור הפרה לבעלים הראשונים

משום דס"ל דשואל שומר דבעלים הוא א"כ ה"ה אם מי שהפקידו אצלו יכול ליפטר מבעלים שלו בזול אין צריך הנפקד לשלם יותר דהא בע"ד דבעלים הוא אבל לת"ק דס"ל דהשואל בע"ד דמשאיל הוא צריך לשלם לו הכל אף שהמשאיל נפטר לגמרי מן המשכיר זה ליתא חדא דא"כ הוי ליה להש"ס דפרק מרובה לאתויי מתניתין דהמפקיד ועוד דהתוס' והג"א בפרק המפקיד והגמי"י פ"א משכירות סבירי להו דטעמא דר"י משום דמצי למימר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל ולכך היכא דהמשכיר יודע שמתה כדרכה השואל ישלם לשוכר יע"ש וא"כ תקשה יפטר השואל לגמרי כיון דהשוכר שהוא הבעלים שלו פטור לגמרי כמו בגנב שור עולה דמצי פטר נפשיה בכבש א"ו דל"ד להתם כלל דשא"ה דהשור הקדש הוא ואין בו הנאה לבעלים כלום והגנב אינו חייב לשלם אלא מפני שהבעלים חייבים באחריותו לכך כיון דמצי למיפטר נפשיה בכבש א"צ לשלם

אלא כבש משא"כ היכ' שיש להמפקיד שלו הרווחת ממון אף דהוא מצי למיפטר נפשי' בפחו' מהבעלי' שלו מפסידינן זכותו כיון שהמפקיד בעל דבר של הנפקד הוא ולכך ס"ל לת"ק דהשוכר פטור והשואל ישלם לשוכר וא"כ ה"נ בהשאיל לו חפץ של עכו"ם אף דהוא מצי פטר נפשיה מן העכו"ם בדבר מועט מ"מ השואל וכן הנפקד צריך לשלם להמפקיד שלו כל דמי שוויו וז"ב לענ"ד וע' תשובת ח"צ סי' ק"כ ובמ"ל פט"ז מהל' מעשה הקרבנות ע"ש:

יג וכולל בשבועתו ששני דינרים היה שוה. וכתב הה"מ ובדין היה שיטול המלוה בלא שבועה אבל מתוך שיש לו לישבע שאינו ברשותו מדין גלגול יש לו לישבע כמה היה שוה ויש להקשות דהא בסי' צ"ד ס"ב מבואר דאין מגלגלין טענת ספק של התובע אא"כ יש רגלים לדבר כמו בשבועת השותפו' וא"כ הכא אמאי מגלגלין על התובע שלא היה שוה אלא שני דינרים כיון שהלוה טוען שמא וליכא רגלים לדבר וצ"ל דה"נ רגלים לדבר דמסתמא היה המשכון שוה נגד כל חובו דאין דרך ליטול משכון ששוה פחות מהחוב ולפ"ז אם הלוה טוען דשמא היה שוה שלשה דינרים כיון דאף לפי דבריו לא היה שוה כדי כל החוב א"כ שוב ליכא רגלים לדבר לטענתו ואין מגלגלין בטענת ספק אך לפי מה שהעליתי בסי' צ"ד שם דאף היכא דליכא רגלים לדבר מגלגלין א"כ אף בכה"ג מגלגלין כיון שהוא מילת' דשייך לספוקי וצריך התובע לישבע ע"י גלגול שלא היה שוה אלא שני דינרים:

יד וישבע שלא היה שוה יותר מה' דינרים. הש"ך בס"ק ח"י הביא תשובת רש"י ראובן שמשכן חפץ לשמעון ושמעון ללוי ולוי נתנו במתנה ליהודא כי אמר שמעון ללוי שקבל

אותו משכון מראובן על אותו זמן ואם יעבור הזמן שוב לא יפדנו ועכשיו בא ראובן ותובע משכונו משמעון ופסק רש"י דזה הוי אסמכתא ולא קניא ולכך צריך יהודא להחזיר החפץ לראובן וראובן ישלם ליהודא מה שחייב לשמעון ואם יטעון יהודא שאין המשכון בידו שכבר מכרו או פשע בו ישבע שאינו ברשותו כדאמרינן בפ' המפקיד ועוד ישבע כמה היה שוה ואע"ג דקיי"ל כרב אשי דאמר גבי מלוה חבירו על המשכון ומלוה אומר סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלה אומר ג' דינרים היה שוה דשבועה גבי לוה הוא דמודה במקצת וקאמר ר"א זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כמה היה שוה משום דלא קים ליה למלוה בגויה כמה היה שוה לפי שלא היה שלו מ"מ כיון דיהודא היה סבור שיש בו מתנה גמורה קים ליה בגויה כמה היה שוה ונשבע כדין כל הנשבעין שבתורה שנשבעים ולא משלמים עכ"ד בקצרה והעתיקוהו המרדכי ותשובת מיימוני ותמה הש"ך דמשמע מדבריו דאם היה לוי ממשכן החפץ אצל יהודא לא היה נשבע משום דלא קים ליה בגויה והא בכולה סוגיא דהמפקיד ופרק שבועת הדיינין מוכח להדיא דהיכא דהלוה תובע למלוה כמה היה שוה דנשבע המלוה וכן מסיק רב אשי גופיה התם ולא קאמר ר"א התם דלא קים ליה בגויה אלא אהא דמשני התם דמיירי במאמינו ופריך הש"ס ולהימניה נמי לוה למלוה כמה היה שוה ואהא משני התם דהלוה אינו מאמינו משום דסובר דלא קים ליה בגויה אבל בשבועה מיהא מהימן ולכך הניח דברים אלו בצ"ע ובאמת שהוא תמיה גדולה והדבר חוב עלינו ליישב דברי רבינו הגדול רש"י ז"ל שחלילה שיעלים עיניו מפשטא דסוגיא והנראה בזה דהנה הפ"י בחידושיו בפ' המפקיד הקשה על הא דמשני ר"א זה נשבע וזה נשבע לפי שיטת הפוס' דאמרינן מיגו להוציא א"כ יהיה המלוה נאמן בשבועה דשקל היה שוה במיגו דאי בעי היה טוען שנאנס המשכון שהיה נוטל כל חובו בשבועה דבשלמא לפי מאי דמשני שיש עדים שנגנבה יש לומר דמיירי שהעדים יודעים שלא נאנס וליכא מיגו אבל לשנויא דר"א דזה נשבע שאינו ברשותו אלמא דליכא עדים שנגנבה א"כ להימן בשבועה דשקל היה שוה במיגו דנאנסו ע"ש שהאריך בקושיא זו וכבר קדמו הדרישה בסי' זה להקשות כן ומה שתי' בדרישה דאין זה מיגו ברירא לטעון שמא ראוהו בידו היום או יראוהו עוד היום או מחר ליתא דא"כ היכי מהימנינן בכל דוכתי לטעון לקוח במיגו דהחזרתי נימ' נמי שיר' לטעון החזרתי שיראוהו בידו אחרי כן אך באמת לפי סברת רש"י מתורץ קושיא זו בט"ט די"ל דהמלוה לא קים ליה בגויה וסובר דאינו שוה אלא שקל וא"כ לא שייך מיגו גביה דהא אינו רוצה לשקר כלל אלא דסובר שהאמת כן הוא שאינו שוה אלא שקל ואפ"ה בסיפא נשבע המלוה כמה היה שוה משום דע"י השבועה מידק דייק וכמו דאמרינן בפ'

הכותב בטעמא דפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמי רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק ולא מהימנא במיגו דלא היתה פוגמת משום דא"ר לשקר כללי כמ"ש התוס' שם וליכא למימר דאכתי ברישא להימן בשבועה דשקל היה שוה דמידק דייק במיגו דנאנסו זה ליתא דהא התוס' בכתובות וכל הפוסקים הסכימו דמיגו למפרע לא אמרינן והיינו דלא אמרינן שיהא נאמן במה שהוא טוען עכשיו במיגו דאי בעי לא היה מודה אתמול משום די"ל דאתמול לא היה רוצה לשקר ועכשיו נשאו לבו לשקר וא"כ ה"נ כשטוען המלוה דשקל היה שוה כיון דמקודם שנשבע י"ל דלא קים ליה בגויה ולא שייך מיגו גבי' כיון דאין רצונו לשקר כלל א"כ אף דאח"כ כשנשבע רמי אנפשיה ומידק דייק מ"מ י"ל דנזכר עכשיו ומשקר בכוונה והשתא לית ליה מיגו כיון שכבר הודה מקודם שלא נאנס המשכון מידו ובשעת הודאתו לא נתכוין לשקר כלל והוי מיגו למפרע דלא אמרינן וא"ש ובהיות כן דברי רש"י ז"ל עולים יפה דהנה רש"י כתב דיהודא ישבע שאינו ברשותו וגם ישבע כמה היה שוה ומשמע דגם שמעון אומר כמו יהודא דאל"כ אלא שמודה שהיה שוה יותר א"כ אמאי לא מתחייב שמעון לשלם דהא הוי כשומר שמסר לשומר אלא דהשתא פטור כיון דיהודא משלם מכיסו כמ"ש הש"ך וא"כ כששמעון מודה ויהודא כופר פשיטא דצריך שמעון לשלם א"ו מיירי דגם שמעון טוען כמו יהודא אך אכתי קשה אמאי לא יוכל ראובן להשביע לשמעון דהא לענין זה מצי למימר ליה אנת מהימנית לי בשבועה הך לא מהימן לי בשבועה אך יש לתרץ ע"פ מה דמבואר בס"ס רצ"א גבי שומר שמסר לשומר דאם יש עדים שהשומר השני שמר כראוי אזי נפטר שומר הראשון וא"כ הכא נמי כיון שיהודא מפסיד מכיסו היתרון מהחוב ואין שום אחד מסייעו בתשלומין כמ"ש הש"ך א"כ כשנשבע יהודא אנן סהדי שנשבע באמת שאם היה רוצה לשקר היה טוען שנאנס החפץ מידו והיה פטור מתשלומין ולכך לא מצי ראובן לומר שיהודא לא מהימן ליה בשבועה משום דכשנשבע אנן סהדי דנשבע באמת דמיגו כעדים דמי ולפ"ז מה מתקו דברי רש"י ז"ל דרש"י כתב שיהודא נשבע שאינו ברשותו וג"כ ישבע כמה היה שוה ולא ישבע שמעון כמה היה שוה משום כיון דצריך יהודא לישבע בלא"ה שאינו ברשותו יכלול ג"כ בשבועתו כמה היה שוה כדי שלא ירבה בשבועות כמ"ש הסמ"ע ס"ס פ"ז ולא מצי ראובן למימר דיהודא לא מהימן לי' בשבועה משום כיון דאית ליה מיגו הוי כעדים שהאמת אתו וע"ז הקשה רש"י ואע"ג דקיי"ל כר"א דזה נשבע וזה נשבע ולא נשבע המלוה כמה היה שוה במיגו דנאנסו משום דלא קים ליה בגויה וא"ר לשקר כלל ואף שנשבע אח"כ הוי מיגו למפרע וא"כ ה"נ ליכ' מיגו גבי יהודא די"ל מתחילה לא רצה לשקר ואף שנשבע אח"כ שוב ליכא

מיגו גביה והוי מיגו למפרע וא"כ יהא יכול ראובן לומר יהודא לא מהימן לי בשבועה ויהיה שמעון צריך לישבע לזה מתרץ רש"י כיון דיהודא היה סובר שיש בו מתנה גמורה קים ליה בגויה והוי מיגו מעליא ודי בשבועת יהודא וא"צ שמעון לישבע כלל זהו מה שנ"ל לתרץ דברי רש"י ז"ל והדברים נכונים ונ"מ טובא לדינא ודוק אמנם בעיקר קושית הדרישה והפ"י דלהימן המלוה בשבועה דשקל היה שוה במיגו דנאנסו לפענ"ד לק"מ די"ל דאיכא נמי מיגו להלוה דאי בעי אמר לא נתחייבתי לך כלום או פרעתיך ומ"ש הפ"י דא"כ היה לנו להאמין הלוה בלא שבועה במיגו זו אלא ע"כ כיון שמודה במקצת לא מהימן במיגו דכופר הכל משום דהוי מיגו דהעזה זה ליתא לפי מה שהסכים הש"ך בכללי המיגו דהא דלא אמרינן מיגו דהעזה היינו ליפטר משבועה דוקא אבל ליפטר מממון אמרינן מיגו דהעזה וא"כ הכא כיון שאתה רוצה להאמין את המלוה להוציא ממון מן הלוה במיגו א"כ מהני מיגו של הלוה לפוטרו מממון זה אף דהוי מיגו דהעזה דהא לענין פטור ממון אמרינן מיגו דהעזה וז"ב אך מ"מ י"ל דרש"י לא ס"ל האי כללא

טו ישבע המלוה שא"ב וכו' וגובה חובו מהלוה. וצ"ע אם המלוה חשוד על השבועה אי גובה חובו בל"ש כיון דהא דגובה המלוה חובו כשטוען נאנס הוא משום דה"ל הלוה כטוען א"י אם החזרתי לך והא דצריך המלוה שבועה אע"ג דבא"י אם החזרתי לך גובה התובע בל"ש כדאיתא בסי' ע"ה ס"ט מ"מ צריך הכא שבועה מדין שבועת השומרים דחייביה רחמנא אף בטענת ספק וא"כ כיון דמבואר בסי' צ"ב ס"א דאם היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון דפטור כיון שאין שכנגדו יכול לישבע א"כ הכא נוטל המלוה בלא שבועה או דילמא דש"ה שהוא לפטור את השומר אמרינן כיון שאין שכנגדו יכול לישבע הוא פטור אבל הכא כיון דהשומר בא ליטול וחייב ש"ד וא"י לישבע אינו נוטל כיון דאיכא ריעותא לפנינו שאינו מחזיר את המשכון להלוה אינו יכול ליטול ודמי קצת להההיא דסל"ד ביורש שהוציא שטר שיש למורישו כך וכך ממון בשטר ויש לו משכון וטוען היורש דשמא נאנס דאינו יכול לגבות בשבועת היורשין כדין שטר דעלמא משום דכל שטר החוב הוא ודאי והפרעון ספק אבל הכא שהגיע ליד המוריש משכון נגד החוב וספק נאבד באונס או בפשיעה השטר בטל כמ"ש הסמ"ע שם וה"נ כיון שהגיע משכון נגד החוב ביד המלוה ואינו יכול לישבע אם נאבד באונס אינו נוטל ולזה הדעת נוטה ובפרט דבלא"ה בהיה החשוד שומר דעת הרמ"ה ורבינו ישעיה בטור סי' צ"ב דהוי החשוד משויל"מ וא"כ הכא כיון שהלוה מוחזק בממון ותפס ברשות יכול לומר קים לי כוותייהו כנ"ל ודוק:

טז ואם היה דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק. הטעם כיון דמצוי בשוק לקנות כמותו לא חשדינן ליה דעיניו נתן בו ונראה דאף אם היו מחולקים בשווי החפץ כגון שהלוה תובע את המלוה שהיה שוה יותר מדמי החוב והמלוה כופר שלא היה יותר מ"מ בכה"ג שהוא מצוי לקנות בשוק כמותו א"ל המלוה לישבע אלא שבועת היסת שאינו שוה יותר ולא שבועה בנק"ח כדין שבועה שא"ב וכן לדין המשנה דלא היה כלל שבועת היסת פטור לגמרי דלא שייך הכא שא"ב כיון דמצוי בשוק לקנות כמותו ואע"ג דאין מצוי לקנות שוה שלש בעד שנים מ"מ זה לא תליא מידי בשבועה שא"ב אלא דחשדינן ליה שהוא כופר ממון וכיון דהימנוהו חז"ל בשבועת היסת וכן לדין המשנה היה פטור לגמרי משבועה כיון דכופר הכל הוא וחזקה אין אדם מעיז א"כ א"צ לישבע ג"כ שא"ב דהא מצוי בשוק לקנות כמותו ואם אתה חושדו ששוה יותר וכופר כדי להרויח א"כ אתה חושדו בכופר ממון וזה לא תליא מידי במה שנשבע שא"ב וכיון דחכמי המשנה פטרוהו משבועה וגם השתא אינו חייב אלא היסת ממילא מהימן ג"כ שא"ב כיון דמצוי בשוק לקנות כמותו ואנן לא חשדינן ליה בכופר ממון וז"ב ובתומים שגה בזה ע"ש וע' תשובת ח"צ סי' ק"ט:

יז או ליפטר אז לא ינצל המלוה וכו'. ונראה דאף דשבועה שא"ב הוא שבועה בנק"ח כדמוכח סי"ב ומבואר ר"ס רצ"ה מ"מ בכה"ג דמצוי בשוק לקנות כמותו אלא דצריך שבועה משום כיון דהלוה נשבע חיישינן שמא יוציא הלה את המשכון ונמצא ש"ש מתחלל א"כ היכא דהלוה אינו נשבע רק היסת לא מחמירינן על המלוה לישבע שבועה חמורה יותר משבועת הלוה וסגי ליה לישבע היסת שא"ב וראיה לזה מההיא דלעיל בסעיף י"ב דאם היו הלוה והמלוה תובעים זא"ז שאמר המלוה סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והמלוה אמר שלא היה שוה אלא שקל דנשבע הלוה היסת שלא היה שוה פחות מסלע והמלוה נשבע שא"ב ויכלול בשבועתו שלא היה שוה יותר מסלע ואם היה הלוה מאמינו שנאבד או שיש לו עדים גם הוא לא ישבע אלא היסת שלא היה שוה יותר מסלע והקשו הסמ"ע והב"ח והש"ך שם הא כל היכא שהלוה צריך לישבע לא ינצל המלוה לעולם משבועה שא"ב אפילו מאמינו ותי' כיון דהטעם הוא משום דחיישינן שמא יוציא המלוה את הפקדון ונמצא ש"ש מתחלל א"כ הכא כיון דהמלוה נשבע עכ"פ היסת שלא היה שוה יותר מסלע אם איתא שהיה המשכון בידו היה מוציאו מיד כדי שלא יצטרך לישבע עכ"ד ואכתי קשה כיון דחזינן דשבועה שא"ב היא שבועת המשנה בנק"ח ולא האמינוהו בלא נק"ח א"כ אמאי מועיל הכא מה שנשבע היסת כמה היה . שוה להוכיח מיניה שא"ב א"ו צ"ל כיון דא"צ לישבע שא"ב מצד תביעת הלוה דהא מאמינו אלא דמצריכינן לו לישבע משום שבועת הלוה שלא יוציא הפקדון ויתחלל ש"ש

לכך לא מחמירינן ביה יותר משבועת הלוה גופה וסגי בהיסת וא"כ כיון דמועיל היסת כמה היה שוה להוכיח מיניה שא"ב א"כ כ"ש דמהני שבועת היסת על הא דאינו ברשותו גופה היכא דא"צ שבועה מצד עצמו אלא משום שבועת הלוה לא מחמירינן ביה יותר משבועת הלוה גופה ולפ"ז היכא דאין המלוה רוצה לישבע שאינו ברשותו יכול לומר ללוה תקבל אתה בחרם וגם אני אקבל בחרם שא"ב אף לפמ"ש בס"ק שאח"ז ע"ש:

יח ונמצא ש"ש מתחלל. וכתב הש"ך או יהיה שבועה לבטלה כדפירש ר"ח ולא כפירש"י דיפסל לעדות ולשבועה ולפ"ז יכול המלוה לומר לא אשבע שאינו ברשותי כיון שהוא מצוי בשוק ותקבל אתה בחרם כמה היה שוה מה שאין כן לפרש"י שהרי אפילו בעובר על החרם פסול לעדות ולשבועה כדלעיל סי' ל"ד ולקמן סי' צ"ב וכן מוכח לק' ס"ס ע"ה הטעם כפי' ר"ח ע"ש ובבעה"ת שער כ"ד כתב דמסתברא כפי' ר"ח שפירש שכשיוציא נמצא שבועת הלוה לבטלה ובזה ש"ש מתחלל עכ"ל א"כ גם דברי הרי"ף והמחבר שכתבו ש"ש מתחלל יש לפרש כן ודלא כב"ח עכ"ל הש"ך והנה הש"ך נטה לשיטת ר"ח דהטעם הוא משום דכשיוציא המשכון וימצא שכדברי הלוה כן הוא יהיה שבועה לבטלה ופי' כן גם דברי הרי"ף והמחבר וכמשמעות לשון בעה"ת ובאמת בחי' הריטב"א פ' המפקיד וחי' הרשב"א בפ' ש"ה מבואר מדבריהם להדיא דפירשו דברי הרי"ף דלא כפי' ר"ח אלא שהטעם הוא דדילמא יתברר להיפך מדברי הלוה ונמצא ש"ש מתחלל במה שנשבע לשקר ואף דאנן לא עבדינן תקנתא לרשיעי מ"מ שמא לא ידקדק בשומא ויהא ש"ש מתחלל דסבורין שנשבע לשקר גם העיקר מה שהכריח הש"ך כפי' ר"ח משום דההיא דס"ס ע"ה משמע כן והנה הדברים ההם הוא מדברי הרמב"ם והטור שם ובאמת מדברי הרמב"ם בפ"ה מטוען והביאו הטור בסימן צ"ה יש להוכיח להיפך דכתבו שם האומר לחבירו שטר מסרתי לך ועשרה דינרין היה לי בו ראיה וזה אומר להד"ם ישבע היסת הפכה עליו ה"ז נשבע היסת שהי' לו בו ראיה עשרה דינרין ואבד לו באבידת השטר ויטול והקשה הפרישה שם דאיך ישבע התובע דילמא אחר השבועה יוציא הלה את שטרו ויראה דלית ביה ראיה כ"כ כמו שנשבע ונמצא ש"ש מתחלל כמו בסי' ע"ב לענין משכון ותירץ דכאן אין לחוש להכי דהתובע יודע בודאי ובבירור כמה יש לו בו משא"כ במשכון דתלוי בשומא יע"ש שכתב שכ"כ הכ"מ פ"ה מטוען ובאמת בכ"מ שלפנינו לא מצאתי זה אך מ"מ הענין מוכרח וא"כ מוכח דלא כפי' ר"ח דלשיטתו יקשה ג"כ התם דדילמא יתברר בשטר כדברי המלוה ונמצא שנשבע לבטלה והאיך יכול להפך עליו א"ו דעיקר החשש הוא שיתברר להיפך ממה שנשבע והוא לא דקדק בשומא וש"ש מתחלל וכן יש להוכיח מדברי הרב באה"ע סי' צ"ו סט"ו בהג"ה גבי היא אומרת בתולה

נשאתני וכתובתי מאתים והוא אומר אלמנה נשאתיך וכתב רמ"א שם דבמקום שאין כותבין כתובה חייב הבעל היסת אבל במקום שכותבין כתובה ונאבדה חייב ש"ד דהרי מצי לכפור הכל ולומר פרעתי ולכן מקרי מודה במקצת והתם ע"כ מיירי דליכא עדים שנאבדה דאי יש עדים שנאבדה א"נ לומר פרעתי כמ"ש הרב בסי' ק' ס"ו בהגה ובב"ש שם וא"כ תקשה האיך כתב בסתם דחייב הבעל לישבע ואמאי לא תצטרך האשה לישבע מתחלה שהכתובה אינה ברשותה דדילמא תוציא הכתובה אח"כ ויתברר כדברי הבעל ויהיה שבועה לבטלה א"ו דעיקר החשש הוא שיתברר להיפך מדברי הנשבע ודוקא במשכון חיישינן לזה דשמא לא ידקדק בשומא משא"כ בשטר אך ראיה זו יש לדחות די"ל דעד כאן ל"ח להכי אלא במשכון דחיישינן דמתחלה סבר המלוה להחזיק במשכון בפחות מכדי שויו ולאחר שישבע הלוה כפי האמת מה ששוה יחזיר המלוה המשכון ויתבע דמי הלואתו ונמצא שיהי' שבועה לבטלה משא"כ גבי כתובה אי האמת כדברי הבעל למה תוציא הכתובה אח"כ להכחיש דבריה הראשונים בדבר שאין לה מזה שום תועלת אך מ"מ מדברי הרמב"ם והטור דסימן צ"ה הוא ראיה גדולה דלא כפיר"ח וא"כ לפ"ז אף לענין קבלת חרם י"ל דאם המלוה יוציא המשכון והלוה לא ידקדק בשומא יתחלל ש"ש במה שיהא נראה בעיני הבריות שקיבל בחרם לשקר שהיא עבירה חמורה ופסול לעדות ולשבועה על ידה וכמ"ש הריטב"א:

יט בשבועה בנק"ח ואם הוא חשוד על השבועה נראה דלא מבעיא לשיטת הסוברים בסי' פ"ב ס"ח דפוגם שטרו והוא חשוד נוטל בל"ש משום כיון דמן הדין הוא נוטל בל"ש לא הפסיד דינו מפני שהוא חשוד א"כ ה"נ כיון דמן הדין א"צ שבועה כלל דהא אית ליה מיגו מעליא אלא שהגאונים אמרו כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין הוי כנשבע ונוטל דהוא שבועת המשנה וא"כ כשהוא חשוד נוטל בל"ש אך אף לדעת הרי"ף והרמב"ם שם דס"ל דפוגם שטרו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר מ"מ י"ל דהכא עדיף טפי כיון שהוא מוחזק במשכון דהא מה"ט ס"ל להרמב"ם והמחבר הכא במשכון אף דמת לוה בחיי המלוה נוטלים יורשי המלוה בשבועה שלא פקדנו אף שאינם יכולים לישבע שבועת אביהם אף דבשטר בכה"ג הפסידו היורשים מ"מ הכא כיון שהם מוחזקים במשכון עדיף טפי א"כ ה"ה בחשוד נמי דחשוד דמי למת לוה בחיי מלוה וגרע מיניה כמבואר בסי' צ"ב ס"ט וי"ב ע"ש אך בתשו' הרי"ף החדשים סי' פ' משמע להדיא דס"ל דמלוה על המשכון והוא חשוד שכנגדו נשבע ונפטר ע"ש ואולי פליג על הרמב"ם גם בדין מת לוה בחיי מלוה משא"כ להרמב"ם נראה ברור דה"ה חשוד גובה בלא שבועה:

כ אבל תפס מעות. התומים כתב דפשטא דמילתא משמע אפילו מעות בפקדון וזה אינו דמקור הדין הוא מהבעה"ת שער מ"ט ח"ד ושם לא נאמר אלא ביש בידו מלוה שלא ניתן ליהדר בעינא ולכך לא הוי אלא חושבנא בעלמא משא"כ כשיש בידו מעות פקדון דניתן ליהדר בעינא כגון מעות צרורין דלא ישתמש בהן והרי הן ברשותו של מפקיד והוי כשאר חפצים ונשבע ונוטל בנק"ח עכ"ד הנה הוא הבין דמקור דין זה הוא מדברי בעה"ת שער מ"ט ח"ד בשם רב האי גאון לחלק במי שתופס פקדון בידו עבור חובו אינו יכול לישבע שאין בידו כלום אבל במלוה שתח"י חושבנא בעלמא הוא שאין בידו כלום וכ"כ הב"ח שמכאן מקור דין זה ואשתמיטו להו דברי בעה"ת שער מ"ט סוף חלק י"ז שהביא שם שני דיעות במי שתפס מחבירו בלא עדים וטוען שמגיע לו ממנו ממון דאיכא מ"ד דנשבע כעין דאורייתא בנק"ח שהרי הוא כנו"נ וכשבועת משכון דמיא ולא מהפכינן לה ואיכא מ"ד דשבועת היסת הוא ואיכא מ"ד אי מאי דתפיס איתנייהו זוזי דמחשב נגד חובו ונפטר דמיא למאן דטעין מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום דלא מחייב אלא היסת בלחוד אבל תפס חפץ מחבירו הואיל והוא צריך להחזיר אותו חפץ לבעלים והוא יתן לו את מעותיו ודאי דמי למשכון שנשבע עליו כעין דאורייתא עכ"ל וזו היא שיטת הטור כאן וכן בסי' פ"ז בט"ו סעיף ל' דאם התובע תפס שלא ברשות לאחר שבועת הנתבע דנשבע היסת ומחזיק במה שבידו וע"כ מיירי התם בתפס מעות דאל"כ לא גרע ממשכון אלמא משמע להדיא דאף בתפיסה גמורה שלא ברשות דהוי כמעות צרורין דהא לא נתן לו רשות להשתמש בהן אינו חייב אלא היסת וז"ב ודע דמוכח מדברי בעה"ת שהבאתי דשבועה שעל המשכון לא מהפכינן לה משום דהוי כמו כל שבועות הנוטלין דלא מהפכינן להו כמבואר בסי' פ"ז סי"א אך לפמ"ש הש"ך שם דאם תפס התובע יכול לומר קים לי כהפוסקים דיכול להפך אף בנוטלים א"כ כ"ש במשכון שהוא מוחזק בו מעיקרא דיכול להפך:

כא משעת העמדה בדין ואילך. הש"ך כתב ע' בריב"ש שם שכתב דהיינו לאחר שומת ב"ד כדלקמן סי' ע"ג סט"ו וע"ש שהאריך עכ"ל ועדיין לא ביאר כל הצורך דהיינו דוקא בשומת ב"ד והב"ד מכרוהו לו אבל מפני השומא לבד אינו עומד ברשותו כלל ואף שנתנו לו רשות למכרו אינו יכול ליקחו לעצמו באותה סך מידי דהוי אשליח מהבעלים בסי' קפ"ה ס"ב וכמ"ש בסי' ע"ג ס"ק ט"ו יע"ש וכ"ז לשיטת הריב"ש דב"ד מומחים יכולים למכור אף לעצמו וכמבואר בסי' ע"ג סט"ז אבל להחולקים שם כפי מה שהכריע הש"ך שם דאף בדיעבד לא מהני המכירה פשיטא דאף לענין יוקרא אינו עומד ברשותו ותמה

אני מהרב רמ"א והש"ך שסתמו בזה ונתנו מכשול לפני המעיינים כי לא נמצא בריב"ש כלל מדבריהם ע"ש:.

כב י"א דלא בעינן שראו העדים בידו וכו'. מפני שהרב רמ"א קיצר בזה במקום שהיה לו להאריך והסמ"ע בסי' קל"ג ס"ג והש"ך כאן לא ירדו לסוף דעתו בענין זה לכן הוצרכתי להאריך בזה והנה דין זה נובע מתשו' ר"י בעל התוספו' שבתשו' מיימוני לספר משפטים סי' ל"ב וז"ל ופתרון ראה נ"ל אפי' אין עדים רואים אותו בידו בשעת תביעה בב"ד אם בשעה אחרת ראוהו אצלו בעדים ותבעו מה טיבו אצלך וטען אתה מכרתו לי או טענה אחרת כיוצא בה שראוי לעכבו ואין ראוי להחזירו לפי אותה טענה נ"ל דחשיב ראה ואין לו מיגו שיכול לומר החזרתי לך שאפי' אם היה טוען בפירוש החזרתי לך נראה שלא היה נאמן כדאמרינן בשנים אוחזין מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי והעדים מעידים שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון יצחק ב"ר שמואל זללה"ה עכ"ל והנה ראיה זו תמוה טובא דהיכי מדמי לה להוחזק כפרן דהרי מפטור לפטור קיי"ל בסי' פ' דטוען וחוזר וטוען והוא הסכמת כל הפוס' בלי שום חולק ועוד שמתחלה כתב הטעם משום שאין ראוי להחזירו לפי אותה טענה ובסוף סיים טעם אחר דהוחזק כפרן ובאמת ראיתי בתשו' מוהרי"ט בחח"מ סי' ל"ז שעמד בכל זה ונדחק שם מאוד בישוב דברים הללו וסיים שעדיין צריך תלמוד והנראה לי בזה דדעת ר"י הוא דודאי אם מחזיק בטענתו שלקוח הוא בידו ומ"מ החזירו לו בזה ודאי אנן סהדי דשקר הוא דכיון דהאמת הוא לפי דבריו דשלו הוא מסתמא אינו מחזיר לו אלא ע"פ ב"ד אבל אם אומר דמה שטען מתחלה לקוח הוא בידי היה שקר ולכך החזיר לו בזה היה הסברא נותנת דשומעין לו דבזה לא שייך אנן סהדי דכיון שידע האמת דשקר טען מתחלה מה"ת לא יחזיר לו בלא ב"ד וכן מוכח להדיא מדברי בעה"ת והט"ו בסי' ע"ט ס"ט שפסקו באם התובע תבעו לפני עדים ואמר לא לויתי ואמר אתם עידי ובאו עדים שלוה ממנו וחזר ואמר פרעתי קודם לכן א"נ משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אבל אם אמר פרעתי אח"כ נאמן שלא הוחזק כפרן כיון שלא כפר בב"ד ולא אמרינן כיון שאמר לפני עדים שלא לזה הרי שאינו ראוי לפרעו לפי טענתו אלא אמרינן כיון שהאמת הוא דטענת שקר היה הרי ידע אינש בנפשי' ולכך חזר ופרע לו והנה מדברי ר"י הנ"ל מוכח דס"ל דאף שכבר לפני עדים הוחזק כפרן וא"נ לומר פרעתי שוב אח"כ וכ"ה דעת רבינו יונה בטור סימן ע"ט ע"ש וזה הוא כוונת ר"י שאם עדים ראוהו בידו בשעה אחרת וטען אז שהם מכורים בידו בגוונא שאז לא היה נאמן בטענתו דהא מיירי בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או שיש עדי פקדון כמ"ש הש"ך אם כן לכך אף שבא לפני ב"ד ועומד בטענתו א"נ דהא אין כאן שום

מיגו דאם יטעון החזרתי לך ויהיה עומד בטענתו הראשונה דלקוח הוא בידו א"כ נהיה אנן סהדי דמשקר כיון שאינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה ובאם שיטעון דשקר טען מתחלה ולכך החזיר הרי הוחזק כפרן כדאיתא בפ' שנים אוחזין דהיכא דהוחזק כפרן שוב א"נ לומר שפרע אח"כ ואף דמפטור לפטור יכול לחזור בו הא הטעם הוא משום דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה כמ"ש הטור בסי' פ' בשם הר"י הלוי והרמב"ם והרי הכא בטענה הראשונה חייב הוא כיון שהם דברים העשוים להשאיל ולהשכיר וראה מוקמינן להו בחזקת מ"ק וא"נ אלא במיגו דהחזרתי אח"כ וטענת החזרתי גופה טענה גרועה היא כיון שהוחזק כפרן לא מהימנינן ליה דחזקתו דמשקר אלא דנאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הא' וא"כ הכא כיון ששתי הטענו' גרועות נינהו דבטענה דלקוח יש עדים וראה וטענת החזרתי אח"כ הרי הוחזק כפרן א"כ לא שייך מיגו כלל כיון דבשתי הטענות לא מהימן אלא במיגו דטענה אחרת וכיון דלא מהימן בכל טענה וטענה לבדה א"כ לא הוי מיגו כלל ואין להקשות דאף בלא טעם דאינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה הוחזק כפרן במה שטען מקודם לקוח בפני העדים כיון דאינו נאמן בטענה זו זה ליתא דאף דא"נ לומר לקוח בעדים וראה היינו משום דמוקמינן החפץ בחזקת מ"ק וא"נ להוציא ממנו אך מ"מ לא הוחזק כפרן בשביל זה שיהא א"נ לטעון אח"כ החזרתי וגדולה מזו כתב הרא"ם הביאו הב"י בסי' ס"ט באריכות דאף בטוען לפני הב"ד על שטר שהוא אמנה לא הוחזק כפרן בשביל זה ונאמן לומר פרעתי אח"כ ע"ש וכ"ש הכא שאינה טענה גרועה כלל אלא שא"נ להוציא הדבר מחזקתו דפשיטא דיכול לומר החזרתי אח"כ ולכך הוצרך לומר הטעם שאינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה וכמ"ש וז"ב ונכון מאוד בס"ד אך כ"ז לפי שיטת ר"י בעל התוס' דס"ל כרבינו יונה דאף בכופר לפני עדים הוחזק כפרן ושוב א"נ לומר פרעתי אח"כ אבל לדידן דפסקינן בסי' ע"ט דע"פ עדים לא הוחזק כפרן כלל א"כ פשיטא בטען מתחלה לפני עדים לקוח הוא בידי ואח"כ טוען לפני הב"ד ששקר אמר מתחלה והחזרתי לך נאמן דהוא דומה ממש לטוען מתחלה לא לויתי בפני עדים שנאמן לומר שפרע אח"כ כמ"ש הבעה"ת והט"ז בסי' ע"ט דלא הוחזק כפרן מחמת העדים אך מכל מקום בטוען אח"כ לפני הב"ד לקוח כמו שטען מתחלה א"נ דליכא מיגו כלל דאם יטעון החזרתי והטענה הראשונה היתה אמת א"נ דאנן סהדי דלא החזיר ואי שיטעון ששקר טען מתחילה ולכך החזיר זה הוא טענה גרועה וגרע מקול דלא הוי מיגו משום דבוש להכחיש הקול וכ"ש דבוש לומר דמה שטען מתחלה לפני עדים היה שקר וכ"כ הכנה"ג בכללי המיגו שלו בסי' קצ"ד בשם משפטי שמואל ע"ש ועוד דהא כתבו התוס' והרא"ש בפחז"ה בעובדא דרבה בר שרשום

דלא אמרינן מיגו דאי בעי היה משים א"ע רשע וא"כ הכא אי יטעון דמה שאמר לפני העידי ראה לקוח הוא בידי הוא שקר והחזרתי לך אח"כ הרי הוי רשע גמור דהכופר בפקדון וראו העדים אותו בידו נעשה עליו גזלן וחשוד על השבועה כמבואר ר"ס רצ"ד והא דהוצרך ר"י בתשו' מיימוני לומר דלא הוי מיגו דא"נ לומר החזרתי ולא אמר דלא הוי מיגו מה"ט דכתיבנא י"ל דעדיפא מיניה קאמר דאף החזרתי גופיה א"נ משום דהוחזק כפרן דנקט האי טעמא דאף דחוזר וטוען עכשיו דמה שאמר מקודם לקוח היה שקר אלא דכך וכך ליתי עליו אח"כ מ"מ א"נ במיגו דהחזרתי אף דהשתא נמי משים עצמו רשע מ"מ החזרתי גופיה א"נ והמעיין במרדכי בס"פ המקבל ירא' מבואר להדיא בדברי ר"י גופיה דמיירי בחוזר וטוען אח"כ יש לי עליו כך וכך ע"ש וזה הוא כוונת הרב רמ"א שהשמיט הדין דאם טוען החזרתי א"נ משום דכבר העליתי בראיה ברורה דלדידן בודאי נאמן בטענת החזרתי אלא דבטענת לקוח א"נ במיגו דהחזרתי וכן אף שטוען אח"כ שהטענה הראשונה היתה אמת וגם בלא"ה מגיע לו כך וכך א"נ במיגו משום דלא הוי מיגו כלל וגם אף היכא שטוען אח"כ שמה שטען מתחילה היה שקר אלא שהיה משכון בידו אפשר ג"כ שא"נ במיגו דהחזרתי דאם יטעון החזרתי יצטרך לומר שהי' שקר גמור מעיקרא והוי גזלן גמור משא"כ כשטען מעיקרא לקוח והאמת הוא שהיה משכון בידו אפשר דלא מיחשב גזלן בהכי כ"כ וא"כ לא הוי מיגו מעלי' ולא מהימנינן ליה בטענה זו וא"כ לפ"ז מה שהעתיק הש"ך בס"ק צ"ב דברי ר"י שאפילו בטוען בפירוש החזרתי א"נ ליתא כלל והרב רמ"א השמיטו בכוונה ואפשר דהש"ך מיירי בעומד בטענתו שהיה לקוח בידו ומ"מ החזירו דבכה"ג א"נ כיון דלפי טענתו ודאי לא החזירו אך ר"י הוצרך לומר הטעם דהוחזק כפרן אף בחוזר ואומר ששיקר מתחלה והחזירו אח"כ אך לפ"ז לא ה"ל להש"ך לסתום אלא לפרש ולדינא העיקר כמו שהעליתי וברור הוא. גם מה שעלה בדעת החכם השואל מוהר"י בנבנשתי בתשו' מוהרי"ט שם דאם טען בתחלה בשעת ראיית העדים כך וכך יש לי עליו ואח"כ טוען כן בב"ד דנאמן במיגו דהחזרתי ולא שייך כאן לומר דהרי אינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה דזה לא שייך אלא בטענת מכירה אבל כאן יכול לומר נתפרעתי והחזרתי אח"כ וקלסי' הרב מוהרי"ט שם בזה וכן מוכח דעת הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ג שכתב שם על הא דאיתא שאם ראו העדים החפץ ביד המחזיק דאפי' אמר קודם שראו כך וכך יש לי עליו קרינן ביה שפיר עדים וראה ויתרה בו בפני אותם העדים שלא יחזירנו לו אלא בפני עדי' כדי שלא יוכל לטעון החזרתי לך וכתב הסמ"ע שם דצריך שיתרה בו כן דאל"כ יהא נאמן במיגו דהחזרתי לך ודחק שם מאוד במה שכתב הרא"ש בתשובה לשון וטוב שיתרה בו והטור השמיטו לגמרי הרי

אף דלפי טענתו שיש לו עליו כך וכך אין ראוי להחזירו לו מ"מ איכא מיגו דיכול לומר נתפרעתי והחזרתי אף לשיטת הרב רמ"א כאן דהא הסמ"ע גופיה הביא שם בסק"ה דברי הרמ"א כאן וכן לפמ"ש הש"ך כאן דאף החזרתי גופה א"נ בטען לקוח לפני העדים מקודם והרי שם מבואר בש"ע דנאמן לומר החזרתי אף שטוען מקודם יש לי עליו כך וכך וע"כ צ"ל דיכול לומר נתפרעתי והחזרתי אך לפי דבריהם לשון הרב רמ"א כאן בהגה זו תמוה מאוד שסיים בסוף דינים אלו ואפילו אמר בשעה שראו העדים שחייב לו כך וכך כמו שטוען עכשיו בב"ד לא מהימן וא"כ ע"כ צ"ל שא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי דליכא למימר דמיירי במפורסם שהוא בידו א"כ בלא"ה ליכא מיגו כלל וא"כ צ"ל דעיקר הרבותא דא"נ במיגו שלא היה מראהו וא"כ מאי לשון ואפי' שכתב הרב דמה ענין זה להדינים שמקודם לזה דשם מיירי לענין ראה שא"נ במיגו דהחזרתי וה"נ בטוען יש לי עליו כך וכך נאמן ג"כ במיגו דהחזרתי אח"כ אלא דאשמועינן כאן דא"נ במיגו דלא היה מראהו וזה אינו ענין להדינים שמקודם לזה כלל ועוד דה"ל לאשמועינן רבותא יותר דאפי' אם קודם שראוהו כלל אמר שיש לו עליו כך וכך ואח"כ ראוהו העדי' א"נ כמבואר בסי' קל"ג ס"ג לכך נלפע"ד עיקר דאף שטוען נתפרעתי והחזרתי אח"כ ג"כ א"נ כיון דהטעם דהיכא דיש עדים וראה א"נ לומר לקוח הוא בידי וכן יש לי עליו כך וכך הוא משום דאוקי החפץ בחזקת מרא קמא וא"נ אלא היכא דאית ליה מיגו דאיכא הוכחה וראיה שאומר אמת א"כ כל טענה המסתעף מזה ג"כ א"נ דאף שיטעון נתפרעתי והחזרתי אמרינן דשקורי משקר וגם יש לו לחבירו טענה על גוף המעות דלמה נטל ממנו המעות בחנם דכיון דאיכא עדים וראה אנן סהדי שודאי אין מגיע לו עליו מעות כלל דאוקי החפץ בחזקת מרא קמא וחזקה דכל מה שיש ביד האדם הוא שלו וא"כ אנן סהדי שלא פרע לו חבירו כיון שאינו חייב לו כלל א"כ ודאי שאינו פורע לו אם לא ע"פ ב"ד ובאם שפרעו מחמת כפיית התובע שלא רצה להחזיר לו החפץ עד שיפרע לו הרי יש לו טענה על גוף המעות דלמה נטל ממנו מעות בחנם ואי שהחזירו בחנם הרי לפי טענתו שטען מקודם לפני עדים שמגיע לו כך וכך בודאי לא החזיר לו בחנם והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ומהימנינן ליה בזה שלא החזירו בחנם ומה שטוען שמגיע לו כך וכך לא מהימנינן ליה ודמי להא דקיי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואף שבאו עדים שלוה ופרע חייב לשלם כמבואר בר"ס ע"ט ע"ש ודוק וראיה ברורה לזה דאל"כ אף שטען מקודם לפני עדים לקוח הוא בידי יהיה נאמן אח"כ במיגו דהחזרתי דהיינו שהמוכר לו חזר ולקחו ממנו במעות ולכך החזיר לו א"ו דא"כ איכא טענה אגוף המעות שנטל ממנו בחנם וא"כ ה"נ היכא שטען מקודם יש

לי עליו כך וכך א"נ לומר נתפרעתי והחזרתי ועוד ראיה מהא דכתב הרא"ש בתשובה והש"ע סי' קל"ג ס"ג דצריך שיתרה בו שלא יחזיר לו אלא בפני עדי' כדי שלא יהא יכול לטעון החזרתי ולכאורה אכתי קשה אף שמתנה כן מ"מ יהא נאמן במיגו דנאנסו כמו שפסק הרא"ש בפ' חז"ה דבפקדון נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף כשאמר לו אל תפרעני אלא בפני עדים וכ"פ המחבר שם בס"ב וא"כ דברי המחבר סותרי' זא"ז וכן קשה אהאי דינא דס"ל לר"י בעל התוס' דהיכא שטען מקודם לפני עידי ראיה לקוח דא"נ במיגו דהחזרתי כיון שאינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה ואכתי להימן במיגו דנאנסו א"ו כיון דהכא מיירי שיש עדי' וראה ולא מהימנינן ליה לומר לקוח או שמגיע לו עליו כך וכך כיון דלית ליה מיגו א"כ אף שיטעון אח"כ נאנסו חייב לשלם דהכופר בפקדון וראוהו בידו נעשה עליו גזלן וחייב באונסין כמבואר בר"ס רצ"ד וה"נ כיון דלא מהימנינן ליה בטענתו בחזקת גזלן הוא עליו וצריך לשלם אף שנאנס בידו אח"כ הגע עצמך החוטף דבר לפני עדים וטוען דידי חטפתי ואח"כ נאנס ממנו פשיטא דבחזקת גזלן הוא וחייב באונסין וכן מוכח ממקצת הפוס' דמוקמי האי דנסכא דר' אבא אף בליכא עידי ראה משום דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר דידי חטפתי ונאנס מידי אלא ודאי דכיון דלא מהימן לומר דידי חטפתי ממילא מיחשב גזלן וחייב באונסין ואם כן הכא נמי באיכא עדים וראה כיון דאינו נאמן לומר שמגיע לו עליו כך וכך ממילא חשבינן ליה ככופר בפקדון וחייב באונסין וה"נ לא מהימנינן ליה לומר נתפרעתי והחזרתי מה"ט כיון דמחזיקינן ליה למשקר בטענתו שוב לא מהימן נמי בכל דבר שמסתעף מטענה זו ומה"ט נראה נמי דלכך מצריך הרא"ש דוקא עידי ראיה שראו החפץ בידו והיה טוען שמגיע לו עליו כך וכך ולא מהני נמי עידי הודאה בלבד ובאמת הש"ך בסי' קל"ג סק"ו ס"ל דאף עידי הודאה מהני וחולק על המבי"ט דס"ל דבעי עידי ראיה דוקא דמה לי עידי הודאה ומה לי עידי ראיה ולפמ"ש דברי המבי"ט נכונים דבעידי הודאה בלבד נאמן אח"כ בפני ב"ד שמגיע לו עליו כך וכך במיגו דנאנסו דאף דאנן מחזיקינן טענתו בשקר מה שהיה טוען לפני עדים שמגיע לו עליו כך וכך מ"מ הרי הכופר בפקדון ולא ראו העדים בידו אינו חייב באונסין משום דאמרי' אשתמוטי קמשתמיט כמבואר ר"ס רצ"ד וא"כ אם טוען אח"כ נאנסו היה פטור וא"כ נאמן השתא שהאמת הוא שחייב לו כך וכך במיגו דנאנסו שהיה פטור משום דאמרינן דגם מה שאמר מעיקרא לפני העדים שחייב לו כך וכך אשתמוטי הוי משתמיט ליה עד דמשכח ליה והא דמחזיק בטענתו שמגיע לו עליו כך וכך הוא משום דבוש לחזור מטענתו הא' וזה נכון ודוק ולפ"ז יפה כתב הרא"ש בתשובה וטוב שיתרה בו וכו' כדי שלא יהא יכול לומר

החזרתי והטור השמיטו לגמרי משום דס"ל דבמיגו דההחזרתי לא מהימן משום דאי יטעון נתפרעתי והחזרתי ג"כ א"נ ואי דיטעון החזרתי בחנם זה לאו מיגו הוא דיצטרך לעשות עצמו רשע שהיה טוען שקר מקודם אך כשהוא חוזר מדבריו וטוען מה שאמרתי לפני העדים כך וכך יש לי עליו היה שקר והחזרתי לו אח"כ נאמן בההיא טענה גופה ומש"ה כתב הרא"ש וטוב שיתרה בו והטור השמיטו לגמרי מפני שהוא מלתא דלא שכיחא לחזור מדבריו הראשונים שאמר בפני העדי' ולעשות עצמו רשע וזה הוא כוונת הרב רמ"א בהגה זו שסיים ואפי' אמר בשעה שראוהו העדים שחייב לו כך וכך כמו שטוען עכשיו בב"ד לא מהימן והיינו מפני שכתב מקודם טען לקוח מקודם בפני העידי ראיה א"נ משום דשוב אינו יכול לומר החזרתי ולא תימא דדוקא בלקוח הדין כן מפני שאינו ראוי להחזיר לפי אותה טענה משא"כ בטוען יש לי עליו כך וכך יכול לומר נתפרעתי והחזרתי קמ"ל דאף בכה"ג לא מהימן ג"כ מה"ט דכתיבנא וכדמוכח מתשו' הרא"ש שכתב וטוב שיתרה בו משמע דאף בלא התראה א"נ לומר כך וכך יש לי עליו במיגו דההחזרתי ולכך ניחא נמי דלא אשמועינן הרב כאן רבותא דאף באומר קודם שראוהו עדים יש בידי חפץ מפלוני ומגיע לי עליו כך וכך א"נ משום דהרב רמ"א לא בא כאן לכתוב דין זה דכבר נתבאר זה לקמן בסי' קל"ג רק דעיקר הרבותא שלו דא"נ במיגו דההחזרתי בכה"ג זהו מה שנ"ל בדעת הרב רמ"א ז"ל וכל זה ברור ונכון ובזה יש ליישב ג"כ דברי הט"ו בסי' ס"ד שכ' דמי שהפקידו בידו שטרו' א"נ לומר מחיים תפסתי אותם ע"י תביעת הבע"ד שלא רציתי ליתן לו והוא שיש עדים שהפקידם בידו וראו אותם עתה בידו דאל"כ נאמן במיגו דנאנסו או להד"ם ומדקדקים הסמ"ע והב"ח והש"ך שם דלמה לא נקטו מיגו דההחזרתי ולפמ"ש א"ש דלענין החזרתי הוי מהני אף שראו העדים אותן מקודם לכן בידו וטען אז שמגיע לו עליו כך וכך דשוב אין לו מיגו דההחזרתי משום שאינו ראוי להחזירו לפי אותה טענה שטוען שמגיע לו כך וכך ומחיים תפסתי אותם ע"י תביעת הבע"ד לכך נקטו בלשונם דנאמן במיגו דנאנסו דבהאי מיגו אף שראו העדים קודם לכן בידו וטען אז שמגיע לו כך וכך מ"מ נאמן עכשיו בטענה זו לפני הב"ד במיגו דאי בעי היה טוען שנאנסו אח"כ והיה פטור דאף דמחזיקינן דמה שטען מקודם לפני עדים שתבעם ממנו מחיים שהוא שקר מ"מ הא שטרות אינן נגזלין ואף שגזלן אינו חייב באונסין כמו שהוכיח הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק י"ג באריכות ע"ש וא"כ הוי מיגו מעליא ולכך בעינן דווקא שראו העדים עתה בידו וא"ש ונכון אמנם יש לי מקום עיון לפ"ז במה שכתב הש"ך בסי' צ' סק"ד בשם בעה"ת דאף בנכנס לבית חבירו למשכנו נאמן לומר שמגיע לו עליו כך וכך במיגו דההחזרתי ומה מיגו איכא הא אין ראוי להחזירו לפי אותה טענה דהא משמע

התם שאמר לפני העדים מקודם שהוא נכנס למשכנו ודוחק לומר שהבעה"ת יחלוק על כל הני פוס' והנה באמת הט"ו שם לא כתבו דבעינן ראה אלא בדברים העשוים להשאיל ובע"ה טוען שאולים והיוצא טוען לקוחים דנאמן הבע"ה במיגו דאי בעי אמר שאולים היו והחזרתי' אבל בנכנס למשכנו י"ל דס"ל דלא בעינן ראה כלל משום דליכא מיגו ואפשר לומר כיון דבנכנס לבית חבירו למשכנו אף שמגיע לו ממון מיחשב גזלן א"כ איכא מיגו מעלי' דאי בעי היה אומר שמעיקרא שקר היה ונטלן בגזילה והחזרתי' אך מ"מ עדיין יש לפקפק בזה די"ל דבכה"ג לא מיחשב לאינשי גזלן בהכי כמ"ש הש"ך בסי' שנ"ט סק"ה דיש מחלוקת בין הרמב"ם להראב"ד בזה ע"ש ועוד דאכתי אפשר לומר דלא הוי מיגו דבוש לחזור מטענתו הראשונה שאמר להעדים שנכנס למשכנו בעבור חובו וכמ"ש לעיל בשם הכנה"ג בכללי המיגו וביותר קשה על מה שהקשה הר"ן ס"פ כל הנשבעין והרמב"ן בחידושיו לב"ב פחז"ה והה"מ בפ"ה מהלכות טוען בעובדא דנסכא דר"א דגברא חטף נסכא מחברי' ואמר אין חטפתי ודידי חטפתי והיה ע"א שחטף וקאמר ר"א דהוי משוי"מ והקשו דלהימן במיגו דהחזרתי ומאי קושיא הא החזרתי גופה לא מהימן כיון שלפי דבריו דידי' חטף אנן סהדי שלא החזיר לו ואי שיטעון שחטפם בגזילה הלא אין אדם משים א"ע רשע ולא אמרינן מיגו כי האי אבל עכשיו שטוען דידי חטפתי דמשמע דשלו היה מעיקרא כמו שפירש"י בפ' שבועת העדו' דידי חטפתי שלי חטפתי שאתה גזלת ממני ובכה"ג ודאי לאו רשע הוא כלל דהא קיי"ל בסי' ד' דבדבר שגזל עביד אינש דינא לנפשיה בתפיסתו בעלמא אף בלי בירור שהוא שלו ואף לפמ"ש הסמ"ע שם בסק"ד דהיכא שטוען שהוא גזל אסור לתופסו בלי בירור מ"מ בכה"ג י"ל דלכ"ע לא משמע לאינשי איסורא בהכי וכ"ש הכא שלא תפסו אלא בפני ע"א וכי מהימנינן ליה לא עשה שום איסור כלל כמ"ש הסמ"ע שם בסק"ב וא"כ היכי תהימניה במיגו דכי להימן א"כ יהא מותר לתופסו וליכא שום מיגו כלל וגם אף שטוען שתפסו בחובו מ"מ לא משמע לאינשי איסורא בהכי כמו שכתב הש"ך בסי' שנ"ט סק"ה וליכא מיגו כלל ואפשר דפוס' אלו לית להו האי סברא דאין ראוי להחזירו לפי אותה טענה ובפרט לפי מה שהוכחתי בסי' ע"ה סק"ד דטענת מתנה נתת לי טענה מעלייתא היא אף בלא מיגו ונאמן בטענה אחרת במיגו דמתנה ע"ש וא"כ ה"נ י"ל דהחזרתי לו בחנם ומתנה נתתי לו ולשיטת ר"י צ"ל דהכא גרע טפי כיון שהיו מחולקים עליו מתחילה הוא מילתא דלא שכיח כלל שיחזירו לו אח"כ בתורת מתנה וטענה גרועה היא וא"נ או י"ל דשאני היכא שהוא אומר מתנה נתן לי נאמן דחזקתו מוכיח עליו אבל לומר שהוא נתן מתנה לאחר א"נ דאין דרך ליתן מתנה אבל הפוס' האלו י"ל דלא ס"ל סברא זו ואיכא מיגו מעליא

דאי בעי אמר דידי חטפתי והחזרתי לו אח"כ במתנה ולכך כתב הרב רמ"א דיעות אלו בשם י"א ודלא כהש"ך בס"ק צ"ב ועדיין צ"ע בזה ועמ"ש עוד מענין זה בסי' ע"ח ס"ק ג' ובש"ך סי' רצ"ב סק"ה ובתשו' רדב"ז ח"א סי' ר"ב:

כג אינו נאמן לומר לקוח. כתב הש"ך דהיינו דוקא בדאיכא עידי ראיה אבל היכא דליכא עידי ראיה נאמן לטעון לקוח או משכון הוא בידי במיגו דלהד"ם או החזרתי ובתומים הקשה עליו ממ"ש הר"ן בפ' הכותב בעובדא דבקרא דאמר מחיים תפיסנא ליה ואמר ר"נ אית לך סהדי דלאחר מיתה תפסיה דלכך צריך עדים דלאחר מיתה תפסיה דאם אין עדים רק דתפסיה לחוד נאמן לומר מחיים תפסתיה במיגו דהחזרתי עכ"ד וא"כ מאי פריך התם מההיא דגודרות אין להן חזקה הא במקום דליכא עידי ראיה נאמן אף בגודרו' במיגו דהחזרתי א"ו כיון דגודרו' בחזקת הבעלי' קאי ה"ל מיגו להוציא ולק"מ כיון דר"נ אמר דנאמן במיגו דלקוח הוא בידי א"כ ע"כ ליכא עדי' דתפס כלל ופריך שפיר דהא הגודרו' אין להן חזקה ואי דנאמן במיגו דהחזרתי א"כ למה לו כלל למיגו דלקוח הא לקוח גופיה א"נ אלא במיגו דהחזרתי א"כ בפשיטות ה"ל למימר דנאמן במיגו דהחזרתי לחוד ובזה נדחה גם ראייתו השניה ע"ש גם מה דס"ל דהוי מיגו להוציא מוכח מדברי הט"ו להיפך דא"כ למה כתבו אלא כשיביא האחר עדי' שהם שלו יחזיר לו הא אף היכא דליכא עדים שהם של המערער מ"מ כיון שהמחזיק מודה שהם של המערער וטוען לקוח הוי מיגו להוציא וא"נ א"ו דליתא לסברא זו וכ"פ בספר ת"ח בפחז"ה וכ"ה להדיא ברשב"ם פי"נ ריש דף קכ"ח ע"א ע"ש:

כד ואם היה שוה פחות נשבע שמשכונו היה שוה כך וכך וישלם השאר. דין זה אף שהוא מהטור בשם בעל העיטור וכ"כ הבעה"ת בשמו מ"מ לפענ"ד צ"ע בזה טובא דהא ודאי אם היה המשכון בעין תח"י המלוה אף שהוא שוה פחות מכדי חובו א"צ הלוה לשלם לו כלל עד שיחזיר לו משכונו דיכול הלוה לומר המשכון חביב עלי כנגד כל החוב וא"כ כיון שהמלוה כופר במשכון שלא הניחו בידו כלל א"כ הרי מודה שלא נאבד ממנו דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכמ"ש הסמ"ע והש"ך בס"ק פ' בשם כל הראשונים ע"ש וא"כ כיון שהלוה טוען שהניח בידו משכון אף שהוא פחות מדמי חובו ישבע שכדבריו כן הוא ויפטר אף מהמותר דיכול לומר בעינא משכוני בדוקא וראיתי להר"ן בפ' ש"ה שהקשה בשם הרמב"ן אמתניתין דסלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה אומר ג' דינרין היה שוה דחייב הלוה ש"ד ונפטר והקשה הרמב"ן דכיון דאם היה המשכון ביד המלוה לא היה הלוה צריך לשלם לו כלום עד שיחזיר לו משכונו וא"כ כיון דלא ידעינן אם נאבד המשכון אם לא הוי ליה כאומר חמשין לא ידענא וחמשין

לית לך ויפטר אף מדינר הרביעי ולא הוי מודה במקצת כלל ותי' הרמב"ן דכיון דהמלוה נשבע שאינו ברשותו וגם הוא מודה לו מ"מ במעות דאף שהמשכון בידו מ"מ הוא חייב לו באותו עודף שעל כדי דמיו ואם אבד נמי חייב לו בהם אע"פ שאם לא אבד אינו גובה ממנו עד שיחזיר לו המשכון מ"מ כיון שהמלוה נאמן בכך בשבועה מודה במקצת הוא דתרתי מילי נינהו והודאה דיליה הודאה היא והר"ן האריך להשיג עליו ותי' דאף שהמשכון בעין תח"י המלוה מ"מ חייב הלוה לפרוע לו העודף ואע"פ שאין ב"ד נזקקין לו להוציא חובו ממנו מ"מ היינו משום דכופין אותו עד שתצא נפשו שלא יעבור עבירה זו אבל אין הלוה נפטר מחיובו בכך זהו תורף דבריו וא"כ י"ל דהעיטור והבעה"ת והט"ו ס"ל כשיטת הר"ן דאף דהמשכון בעין מ"מ חייב לפרוע לו העודף ואינו יכול הלוה להחזיק במעות עבור טענה זו כשהמלוה מכחישו דדוקא הב"ד היו יכולין לכופו אם היה ידוע שעובר עבירה זו אבל הלוה, א"נ בזה למיעבד דינא לנפשיה בדבר שאינו של ממון אולם באמת מה שהשיג שם הר"ן על הרמב"ן בזה אין דבריו מוכרחי' כלל להמעיין וכמ"ש מוהר"ם מטיקטין בגליון שם וכן הרשב"א בחידושיו לשבועות העתיק דברי הרמב"ן בפשיטות בסתם וכן הר"ן גופיה בתשו' סי' ח"י הקשה קושית הרמב"ן ותי' דהטעם הוא משום שהמלוה נאמן בשבועת השומרי' שנאבד ממנו וגובה את חובו כמו בטוען שנאבד המשכון באונס דנשבע וגובה חובו לעיל בסי"ד וא"כ פשיטא דבכה"ג שהלוה טוען ברי שמשכונו הוא אצל המלוה אף שהמלוה מכחישו מ"מ הלוה המוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ן והרשב"א והר"ן בתשובה דהיכא שהמשכון בעין תח"י המלוה ואינו רוצה להחזירו דפטור הלוה מן הממון העודף מכדי משכונו ונשבע שכדבריו כן הוא ונפטר ובאמת לפענ"ד מסתבר טפי כשיטתם דאמאי לא יהיה הלוה יכול לומר לדידי שוה משכוני כנגד כל חובי דהא בס"כ מבואר דהרבה פוסקים ס"ל דהמלוה יכול לומר לדידי שוה המשכון כנגד כל החוב וכן הכריע הרב רמ"א שם בהגה וכ"ש הכא דהלוה יכול לומר כן ואולי י"ל דהבעה"ע והבעה"ת מיירי בדבר שמצוי בשוק לקנות כמותו דא"י לומר לדידי שוה כל חובי כמ"ש הט"ז בס"ב אבל בדבר שאינו מצוי אף הם מודים דיכול לומר לדידי חשיב לי כנגד כל החוב ועוד נלפע"ד דהיכא דהשכין בעה"ב כלי תשמישו אצל המלוה ואינו רוצה המלוה להחזיר לו משכונו בזה אף העיטור ובעה"ת והטור והר"ן מודי' דיכול הלוה לומר לדידי שוה יותר מכדי דמיו וא"צ לשלם לו המותר אף לצי"ש כדאמרינן בפ' הזהב דבלוקח כלי תשמישו מבעה"ב לית בהו אונאה משום דמאני תשמישו יקירי עליו ולא מזבין להו אלא בדמי יתירי וכ"ה לקמן סימן רכ"ז סכ"ג וא"כ פשיטא דהיכא דהמשכון בעין יכול הלוה לומר לדידי שוה כלי תשמישי

הרבה ואינו חייב לשלם המותר וכן משמע במרדכי בב"מ פרק המקבל בשם ראבי"ה ע"ש בשלמא היכא שנאבד המשכון כיון דמתורת שומרי' נתחייב המלוה מסתמא לא קבלו עליו אלא בכדי שויו וכן לשיטת ר"י דנגד החוב הוי כפירש מסתמא לא קיבלו אלא בכדי שויו אבל היכא שהוא בעין ביד המלוה יכול הלוה לומר לדידי שוה כלי תשמישי הרבה וא"צ לשלם המותר מכדי שויו וא"כ בכה"ג היכא שהלוה מכחיש את המלוה בברי שהניח משכון כזה בידו נשבע היסת ונפטר ואין מוציאין ממנו המותר ובאמת לפי דברי הר"ן בפ' ש"ה שם בכה"ג אף אם המלוה אומר סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה אומר ג' דינרין היה שוה פטור הלוה מש"ד וכמ"ש הר"ן שם בהשיגו על הרמב"ן אך אין דבריו מוכרחים בזה כמ"ש המהר"ם מטיקטין אך מ"מ בנידון זה מ"ש נ"ל עיקר לדינא:

כה שנפחתו דמיו ביד המלוה. ויש להסתפק במשכון שנפחת מחמת שנרקב או כיוצא בו והמלוה טוען איני יודע דדילמא זה הקלקול היה אצלך מקודם אם המלוה נשבע שאינו יודע ונפטר או דילמא כיון שזה הקלקול נמצא אצל המלוה אמרי' השתא הוא דאיתרע ומדברי הש"ך בס"ק קט"ו וסמ"ע ס"ק כ"ז מבואר דס"ל בפשיטות דהמלוה נשבע שא"י ונפטר ובאמת שכ"ה להדיא בש"ס בנדה פ' הרואה כתם דף נ"ח ע"א דאיתא התם תניא אידך בדקה חלוקה והשאילתה לחברתה היא טהורה וחברתה תולה בה אמר רב ששת ולענין דינא תנן אבל לענין טומאה היא טהורה וחברתה טמאה ופרש"י ולענין דינא דכיבוס הכתם מן החלוק תנן דחברתה תולה בה דאמרה אחרינא לא מהימנית לי דאת בדקתיה עכ"ל הרי להדיא דאף שנמצא הריעות' אצלה פטורה מלכבס. אמנם התוס' הקשו שם דמדינא נמי תתחייב השניה לכבסו כדאמר בפ' המדיר כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה ותי' כיון דאינו לשניה אלא בתורת שאלה אינו ממש ברשותה ועוד תי' דהתם קאמר שאם ירצה להוציא יביא ראיה אבל הכא לא תתחייב האחרונה לכבסו והנה התירוץ השני ליתא לדינא דהא אנן קיי"ל כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה לחייב אף לשלם לשכנגדו כמבואר בסי' רכ"ד ס"ב וע"כ העיקר כתי' הראשון וכן תי' התוס' בחולין דף נ"א ע"א וא"כ ה"נ המלוה פטור מלשלם דיכול לומר דילמא זה הפחת היה מקודם שבא לידי אך מ"מ צל"ע בדין זה דהא אין הכרח לסברת התוס' אלא מכח קושייתם דאמאי פטורה מכיבוס החלוק הא הספק נולד ברשותה וע"כ הוכרחו לסברתם דדוקא היכא שקנה הדבר אמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ולא לענין שאלה וכיוצא בה והנה הטור בסי' רל"ב בשם תשו' הרא"ש והמחבר שם בסט"ז פסקו בראובן שמכר לשמעון גבינות ולאחר ג' ימים

מצא בהם רקבון ושאלו לעושי הגבינות אם יאמרו שנעשה בבית המוכר הוי מקח טעות ואם הדבר ספק הממע"ה וכ' הסמ"ע שם ממילא אם המעות עדיין ביד הלוקח והמוכר בא להוציא המעות עליו הראיה ול"ד למוכר בהמה לחבירו ונמצאת טריפה וא"י אם קודם הקניה או לאחר הקניה דעל הלוקח להביא ראיה ואם אין לו ראיה מוציאין המעו' מידו דשא"ה דסתם בהמה אינה נטרפת וברשות הלוקח נעשה הספק אמרי' כ"נ כ"ה ונתהוה המום משא"כ גבי גבינות דאין להם חזקה דרוב גבינות כשנתיישנו דרכן להתליע וכדומה לזה בשכר שהחמיץ אין אומרים שנעמיד על החזקה דכל שכר עומד להחמיץ כשמשהין אותו עכ"ד וא"כ לפ"ד אין אנו צריכין לתי' התוס' דקושייתם מעיקרא לק"מ דגבי כתם נמי רוב נשים מצוין בכתמי' ועלולין לראות ודרך החלוק בכך לכך אין מחייבין אותה לכבס אף שנולד הספק ברשותה דדילמא הכתם היה קודם לכן וא"כ במשכון שנפחת מחמת שאכלוהו עכברי' או עש וכן בשואל חפץ מחבירו ונפסד בכה"ג כיון שאין דרך הבגדים בכך ונולד הספק ברשותו י"ל דאמרינן בכה"ג כאן נמצא כאן היה ונתחייב המלוה או השואל לשלם כמו בבהמה שנמצאת טריפה בבית הלוקח דחייב לשלם למוכר כדקיי"ל בסי' רכ"ד ס"ב וכקושית התוס' וצ"ע לדינא:

כו ונשבע היסת שהוא כדבריו. הסמ"ע והש"ך הקשו בזה דאמאי אינו מחויב לישבע שבועת השומרי' דאוריי' והמחוור בזה דלשיטת הבעה"ת והמחבר לק"מ דאזלי לשיטתייהו בסי' רצ"ד דעיקר שבועת השומרי' הוא שאינו ברשותו ואינך שבועו' הם ע"י גלגול והכא כיון שנראה הפחת לא שייך שא"ב וכ"כ הפרישה והח"צ בהגהות הט"ז ואף לשיטת הרא"ש והטור והרב שם דס"ל דשבועה שלא פשעתי חייב אף בלא גלגול מ"מ הא אינהו ס"ל דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה והא דחייב שבועת השומרים בכל דוכתי ולא מהימן במיגו דלהד"ם הוא משום דהוי מיגו דהעזה כדאיתא בסי' רצ"ו ס"א וא"כ הכא דמיירי שהלוה טוען ברי דפשע א"כ השתא נמי מעיז והוי מיגו מעליא וכ"כ התומים וזה פשוט וע' סי"ג:

כז ואם לא נתרצו שניהם נשבעין. דין זה תמוה בעיני מאוד כיון דטעמא דשבועת היסת מהפכינן הוא משום כיון דמן הדין אין מגיע לו שבועה כלל אלא שהוא מתקנת חז"ל יכול לומר איני רוצה לישבע אי ניחא לך אשתבע ושקול כמ"ש הסמ"ע סי' פ"ז ס"ק כ"ד וכן מבואר בראב"ן דף צ"ב דשבועת היסת אינו אלא כדי להפיס דעתו של תובע דחזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו וכשאמר לו השבע וטול מפויס ועומד הוא ע"ש וא"כ הכא כיון שכ"א רוצה להפך על חבירו שישבע ויטול כדבריו א"כ מן הסברא שכ"א יפטר משבועתו כיון שהוא מוחזק בממון ומהפך השבועה על שכנגדו שיטול ואינו רוצה דין

הוא שיפטר כ"א בלא שבועה כיון שמן הדין פטור כ"א משבועה כיון שהוא כופר הכל וא"כ עכשיו שאומר לחבירו השבע שכדבריך כן הוא וטול פטור אף מהיסת וגם יכול להיות שהאמת כן הוא שאין מגיע מאחד לחבירו כלום בין שהיה במשכון ובין שהיה במכירה אפשר שקיבל ממנו דמי המכירה ואין להם זע"ז כלום ולולי דמסתפינא הייתי אומר דטעות נפל בספרים וצ"ל ואם לא נתרצו שניהם אינן נשבעים אך המעיין בפרישה יראה שגם לפניו היה הגירסא שניהם נשבעין וע' ש"ך וט"ז וצ"ע:

כח והלך שמעון ומשכנו ללוי. הב"י מחודשי' י"ח הביא תשו' הרשב"א על ראובן שמסר משכון לשמעון שימשכן אותו בסלע ואחר זמן כשתבע ראובן משכונו משמעון השיב שמשכנו ביד נכרי ואותו נכרי מכרו שלא ברשות ופסק הרשב"א דשמעון פטור אפי' משבועת היסת כיון שאין הנכרי מכחישו ואפי' אינו מראה לו הנכרי שהוא האמינו ואילו היה הנכרי מכחישו היה צריך שבוע' כדין חנוני על פנקסו עכ"ל והב"י סי' קפ"ה הביא לשון תשובה זו בביאור יותר ושם מבואר שראובן נתן לשמעון זוז בשכרו ע"ש ולפענ"ד דין זה צ"ע טובא כיון דראובן נתן לשמעון משכון שימשכנו וגם נתן לו שכרו עבור זה אמאי מהימן לומר שמשכנו ביד נכרי והנכרי אבדו ואינו מראה את הנכרי בלא שבועה ואמאי לא יתחייב שבועת השומרים שאינו ברשותו ככל שומר דעלמא שאומר שנאבד ממנו הדבר המופקד אצלו דצריך לישבע שאינו ברשותו וה"נ כיון דשמעון נעשה שומר על המשכון ובפרט כשקיבל שכר אמאי מהימן שמסרו לנכרי והנכרי אבדו ניחוש דדילמא לא משכנו ביד נכרי כלל או שחזר ופדאו והמשכון אצלו וליכא למימר כיון שראובן צוהו למשכנו ביד נכרי עדיף טפי כיון שהאמינו לכך ולכך נאמן לומר שהנכרי מכרו שלא ברשות וכדמשמע מלשון הרשב"א אכתי קשה מהא דאיתא בפ' המקפיד דף מ"ב גבי האי גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אשלמינהו לאימיה ואותבינהו בקרטליתא ואיגנב ופסקינן התם דמשתבע איהו דהנהו זוזי אשלמינהו לאימי' ומיפטר דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ומשתבע' אמי דהנהו זוזי אותבינהו בקרטלית' ותיפטר וכן הוא בסי' רצ"א סכ"ג הרי אף דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ומתחילה האמינו המפקיד ונתנו לו ע"ד למסרו לאמו ואמו נשבעת שקיבלה מעות מבנה ונגנבו מ"מ צריך הבן לישבע שאותו המעות עצמן שקיבל בפקדון מוסר לאמו ולא מהימן בלא שבועה שמסרן לאמו והוא משום דחייב שבועת השומרים שאינו ברשותו כמ"ש הרא"ש שם להדיא וא"כ ה"נ אמאי לא ישבע שמעון שמסר המשכון לנכרי ובפרט שאינו מראה לו את הנכרי כלל וצ"ל דס"ל להרשב"א לחלק דשא"ה דאף דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד מ"מ הוא לא מסר לו לכתחילה למוסרו ביד אשתו ובניו לכך חיישינן

שפיר דילמא לא מסרו כלל והואיל דהוא נעשה שומר צריך לישבע שמסר הפקדון לבני ביתו משא"כ הכא שמסרו בתחילה ע"ד שימשכנו ביד נכרי אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו וכיון דלא אתייליד ריעותא גבי' מהימנינן ליה שמשכנו ביד הנכרי והנכרי אבדו ואף שהנכרי לפנינו ומכחישי אין האחר נאמן יותר ממנו לפטור משבועת השומרים ויש להביא ראיה להרשב"א מהא דאיתא בפ' האיש מקדש הן הן שלוחיו הן הן עידיו ונאמנים השלוחים לומר שפרעו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה ומסיק התם דהשתא דתקון רבנן שבועת היסת ליכא מיגו דאי אמרו אהדרינה ללוה צריכי לאשתבועי לכך משתבע מלוה דלא שקיל ופרע לוה למלוה ולא מהימני בשבועה במיגו דעד שצריך שבועה אינו עד כמ"ש התוס' שם ואי אמרת דאף היכא שטוען הנפקד שעשה צווי המפקיד צריך שבועת השומרים א"כ אף קודם שתיקן ר"נ היסת אמאי נאמנים השלוחים שפרעו למלוה הא הם נוגעי' בעדותן דהא חשדינן להו שעכבו המעו' לעצמם וחייבים שבועת השומרים ועד שצריך שבועה אינו עד ואף את"ל אדרבה כיון דמהימני מתורת עדים א"כ הלוה לא מצי לאשבועי להעדים כיון שנפטר מן המלוה וגם המלוה א"י להשביעם כיון שלא נעשו שומרים אצלו כמבואר ר"ס רצ"א מ"מ קשה הא דפסק הרמב"ם בפ"א משלוחין וש"פ דאף לאחר שתיקן ר"נ היסת דהלוה צריך לשלם למלוה לא משתבעי הני עדים אלא היסת ואמאי לא יצטרכו לישבע שבועת השומרים בשלמא לשיטת הרא"ש והטור בסי' רצ"ב דס"ל דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה אלא דבשבועת השומרי' ל"מ מיגו דלהד"ם דהוי מיגו דהעזה דנאנסו אינו מעיז ולהד"ם מעיז א"כ י"ל דלכך אינו מגיע להם ש"ה דאית להו מיגו דאהדרינהו ללוה דמה להו שמעיזים נגד המלוה או נגד הלוה אבל לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דל"א מיגו לאפטורי משבועה קשה דאמאי אינם צריכים ש"ה א"ו כיון שהלוה צוה לפרוע להמלוה והם אומרים שעשו כן נאמנים בל"ש כיון דליכא ריעותא לגבייהו דמה"ת להאמין למלוה יותר מהם אך לפמ"ש הש"ך בס"ק קט"ו דבטענת ברי לא חייבה התורה שבועת השומרים משום חזקה א"א מעיז יש לומר דהכא נמי כיון שהמלוה טוען ברי שלא נפרע חזקה דאין השליח מעיז ופטור מש"ה וא"כ אין ראיה משם ומההיא דקרטליתא משמע דלא כדברי הרשב"א והחילוק שכתבתי הוא דחוק ואולי י"ל דההיא דקרטליתא שאני דהתם רגלים לדבר שהמעות שנתן לאמו אינו של פקדון מדלא אמר לה כן אע"ג דאמר התם דסבר כשלא יאמר לה מזדהרא ביה טפי מ"מ איכא ריעותא דטפי ה"ל לומר לה כן אלא דלא מיחשב פשיעה בהכי אבל ש"ש חייב מה"ט דה"ל לומר לה כן כמ"ש הנ"י בשם הר"ן שם ובזה ניחא נמי מאי דקשיא לי מהא דכתב הטור בסימן רצ"ד בשם הרמ"ה והמחבר

שם ס"ד דהיכא שהפקידו ביד אחד גלימא והביא עדים שנאנס אצלו גלימא אף על פי שאינם יודעים שהיא גלימת המפקיד פטור משבועה כיון שאלו היתה הגלימא ומפקיד אומר לא זו היא היה הנפקד נאמן בהיסת דזו היא ואם המפקיד אומר שמא והנפקד אומר ברי אפי' היסת א"צ והכא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי דידיה הוא או לא נפקד מהימן ע"ש ואם כן קשיא בעובדא דקרטליתא כיון דאמו נשבעת שנגנב ממנה מעו' שנתן לה הבן כסך זה למה לא מהימן הבן לומר שזה הוא המעות המופקד אצלו ולפמ"ש ניחא די"ל דשאני התם דאיכא רגלים לדבר שאין זה מעות המופקד מדלא פירש לה אך באמת מדברי המרדכי בשם מוהר"מ בס"פ האומנין מוכח דלא כסברא זו דכתב שם שאין האם צריכה לישבע שלא אמר לה הבן שהוא פקדון משום דהוא טענת ספק ואין מגלגלין אלא היכא דאיכא רגלים לדבר ע"ש אלמא דזה לא נחשב רגלים לדבר לומר דמסתמא פירש לה ודברי הרמ"ה וט"ו בסימן רצ"ד יש ליישב דעובדא דקרטליתא שאני כיון די"ל שלא הפקיד ממון זה אצל אמו כלל לא מהני הריעותא שנעשה אצל אמו לפוטרו משבועה משא"כ היכא דאתייליד ספק גביה דאיכא עדים שנאנס אצלו גלימא בזה לא חייבה רחמנא שבועת השומרים ונאמן לומר דחפץ זה נאנס ונראה דהרמ"ה למד כן ממתניתין דפ' השואל דקתני השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור ז"א שאולה וז"א שכורה ישבע משמע דברישא א"צ לישבע מדין שבועת השומרים כמ"ש התוס' שם ושאר מחברים באס"ז והיינו משום כיון שידוע שנאנס אצלו פרה אחת נאמן לומר דזו מתה ובזה לא חייבה רחמנא שבועת שומרים ובחנם נדחק הב"ח בזה בסימן רצ"ד ע"ש ועדיין צ"ע בכ"ז ודוק ועיין בסימן קכ"א סי"א בהגה:

כט ונפטר שמעון. הש"ך כתב בשם הב"ח דמ"מ אין ראובן חייב לשלם מה שלוה ע"פ שבועת לוי כיון שאין שמעון טוען ברי והש"ך נסתפק בזה והניח בצ"ע והדבר מבואר בבעה"ת שער מ"ט ח"ג שכתב שם וז"ל ונשאל ה' יצחק ז"ל יורש שהוציא שטר שיש למורישו אצל פ' כך וכך זהו' ויש לו אצלו בהם משכון כך וכך וטען היורש שהמשכון אבד מן מורישו והורה תלמיד א' שתשבע אשת המוריש שהמשכון אבד שלא בפשיעה ויטול היתום מה שבשטרו והביא ראיה מן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד תשובה ראיה זו אינה נכונה שאין אומר כל המפקיד וכו' אלא כשהיה אותו האיש שניתן לו המשכון קיים ואמר שנתתיו לאשתי ואבד אבל הכא איך נאמר דבר זה מי יימר שמסרו לה שנשביעה מספק אבל הדין כך הוא שאין על הנתבע לפרוע משטר זה כלום וכו' עכ"ל הרי להדיא דאם היה קיים וטוען שמסרו לאשתו היה נוטל ע"פ שבוע' אשתו וה"ה לכל מי שדרך הבעלים להפקיד אצלו:

ל [ואם] עיין בתשובת ש"א סי' קכ"ב ומ"ש לעיל סק"ו:

לא כיון שלוי היה יודע מלשון זה משמע דוקא כשלוי היה יודע שהספרים של ראובן אבל אם לא היה יודע שהם של ראובן פטור מלשלם וכן הוא להדיא בתשו' הרא"ש שהביא הטור וז"ל מה שטוען לוי לאו בע"ד דידי את כי ממי שקבלתי הוא הרשני ללמוד בהן טענה זו היה מועיל לו אלו היה סבור שהספרים של שמעון אבל הוא היה יודע שהספרים היו של ראובן וכו' ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את אין לך דין אלא עם שמעון דה"ל כגוזל ומאכיל לאחר רצה מזה גובה רמ"ג עכ"ל הרי להדיא דאם לוי היה סבור שהספרים של שמעון טענה מעלייתא הוא מה שטוען דשמעון הרשהו דהוי אונס גמור ואע"ג דכתב הרב המגיד בפ"ה מה"ג והביאו הב"י בסי' שס"א דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה רצה מזה גובה הוא אף שהאכילו הגזלן בעצמו הדין כן י"ל דהה"מ מיירי בידע השני שהוא גזול כדמשמע מלשון הרמב"ם שם ואף דהט"ו בסי' שס"א כתבו דאף בלא ידע גובה מהשני היינו משום דמיירי בנטל מן הגזלן שלא ברצונו ומא"ח ומא"ח ולא פליגי דלא כהש"ג ר"פ הגוזל בתרא ע"ש ועוד י"ל דמ"ש הה"מ דאף שהאכילו הגזלן עצמו צריך לשלם היינו מה שנהנה לבד דכיון דלא נתייאשו הבעלים ברשות הבעלים עומד ומשלם מה שנהנה כמו בהניח להם אביהם פרה שאולה וסברו שהיא של אביהם דמשלמין מה שנהנו לבד כמבואר בסי' שמ"א ס"ד וה"נ אף שלא ידע לוי שהם של ראובן צריך ג"כ לשלם מה שנהנה רק דא"צ לשלם כל הפחת. שוב מצאתי כן להדיא בחי' הרשב"א לכתובות דף ל"ד גבי הניח להם אביהם פרה שאולה דמשלמין דמי בשר בזול שהקשה מהא דגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה דלגמרי משמע ותי' דהתם מיירי שבא אחר וגזלו ואכל אבל האי דברשית נחית דסבורים שהוא של אביהם אין צריך לשלם אלא דמי בשר בזול והתם נמי אם בא אחר ואוכלו ברשותו דסבר דשלו הוא דמי בשר בזול הוא דמשלם וכ"כ בחי' הריטב"א שם בשם התוס' דהא דגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה הוא דמיירי שידע השני דגזולה היא בידו של ראשון ואפי' לא ידע הרי גוזל הוא מהראשון משא"כ בהניח להם פרה שאולה אין כוונתם לגזול אלא לאכול משלהם ולכך אינם משלמים אלא דמי בשר בזול ע"ש הרי להדיא כמ"ש והוא שיטת הרא"ש והט"ו כאן אך מדברי הב"ח שהביא הש"ך בי"ד ס"ס קע"ז ס"ק ס' גבי מתעסק שנתן מתנה מטלטלים או מעות של העסק לאחרים מבואר שם דס"ל דאף אם המקבל מתנה הפסיד המתנה חייב המקבל מתנה מן המקבל עסקא לשלם להנותן אף שלא היה יודע דמשל עסק נתן לו והש"ך הסכים עמו בזה גם הש"ך בנקודת הכסף שם השיג על הפרישה ודעתו שם דאם המקבל מתנה נתנו

לאחר ואינה בעין ביד המקבל מתנה השני דאף אם המקבל מתנה השני לא ידע דשל עסק הוא יכול הנותן לגבות מיד מקבל מתנה השני כמבואר בח"מ סי' שס"א בגזל את חבירו ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה אף שהאכילו השני ולא ידע שהוא גזול ע"ש ובאמת אינו מבואר כלל בסי' שס"א דאף שהאכיל בעצמו להשני ולא ידע שהוא גזול דגובה מהשני ולפענ"ד אשתמיטו להב"ח והש"ך בי"ד שם דברי הפוסקים שהבאתי ומסתבר טעמייהו דכיון שלא ידע שהוא גזול הוי אונס גמור דפטור בו אף אדם המזיק כמבואר ר"ס שע"ח ואינו משלם אלא מה שנהנה. אמנם יש תנא רבא דמסייע להם ה"ה בתשו' רש"י שהובא במרדכי ותשובת מיימוני והביאו הש"ך בס"ק ח"י בראובן משכן חפץ לשמעון ושמעון משכנו ללוי וכן אמר לו שמעון ללוי שקיבל אותו משכון מראובן על אותו זמן ואם יעבור הזמן שוב לא יפדנו והלך לוי ונתנו במתנה ליהודא ועכשיו בא ראובן ותובע משכונו משמעון ופסק רש"י דראובן ושמעון מוציאין המשכון מיהודא דכיון דאסמכתא לא קניא ה"ל כגזל ולא נתייאשו הבעלים דרצה מזה גובה ורמ"ג ואם טוען יהודא שאינו ברשותו ישבע שאינו ברשותו וגם ישבע כמה היה שוה ואע"ג וכו' כיון דיהודא היה סבור דמתנה גמורה היא קים ליה בגויה כמה היה שוה ע"ש הרי להדיא דיהודא צריך לשלם אף שנאבד אצלו דליכא למימר דמיירי שמכרו א"כ למה צריך לישבע כמה היה שוה לישבע בכמה מכרו וגם דילמא מכרו ביותר משויו א"ו דמיירי שטוען שנאבד ממנו בפשיעה כמ"ש הש"ך שם אכן הדבר תמוה מאוד דמ"ש מהניח להם אביהם פרה שאולה וכסבורים שהיא של אביהם דא"צ לשלם אלא מה שנהנו וא"כ כיון שיהודא לא היה יודע שהחפץ אינו של לוי אמאי צריך לשלם אם נאבד הא אף במזיק פטור בכה"ג ודוחק לומר דמיירי שלוי אמר ליהודא שאין החפץ שלו אלא ע"פ תנאי באם שלא יפדנו לאותו זמן ולכך לא חשיב אונס גמור דה"ל למיגמר דיני אסמכתא דזה לא נזכר בתשו' רש"י כלל שלוי היה מודיע ליהודא שהחפץ אינו שלו וכן הש"ך בר"ס שנ"ו הוכיח מתשו' רש"י דבמתנה לית ביה משום תקנת השוק אלמא דמיירי שיהודא לא היה יודע שהחפץ אינו של לוי וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דמ"ש מהניח להם אביהם פרה שאולה ועוד יש לתמוה מההיא דס"פ המפקיד בההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אשלמינהו לאימיה ואותבינהו בקרטליתא ואיגנוב ואמר רבא דאימיה פטורה מלשלם דמצי אמרה לא אמר לי דלאו דידיה הוא דאקברינהו וכדלקמן סי' רצ"א סכ"ג אלמא אף דאין לכספים שמירה אלא בקרקע ופשיעה הוא בשומר חנם מ"מ מציא למימר דסברה דשל בנה הוא והוא לא יקפיד כיון שלא ניתן לה בתורת שמירה וכמ"ש הש"ך בסי' קל"ג שם וא"כ כ"ש הכא כיון דיהודא היה סובר שהוא שלו לגמרי ומתנה גמורה היא ואדם

רשאי לעשות בשלו מה שירצה דפטור מלשלם אף שנאבד בפשיעה והנראה בישוב שיטת רש"י והאחרונים בי"ד שם ע"פ מה דאמרינן בסנהדרין דף ע"ב ע"א לענין גזלן דכי אוקיניה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותא דמרייהו קיימי מידי דהוי אשואל ופרש"י דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמיניה רחמנא ברשותיה לשלומי אם נאנס הוא נמי כל הנאה שלו ומחויב לשלומי ע"ש וא"כ י"ל דלכך כי מכרו או נתנו לוי ליהודא חייב יהודא לשלם אף שנאנס מידו דכיון דלוי לא קנאו הוי כגזל ואף דיהודא לא ידע מזה וסבר דשל לוי הוא מ"מ כיון דגזלן חייב באונסין מטעם דכל הנאה שלו הוא כמו שואל דאף במתה כדרכה חייב אף דמלאך המות מה לי הכא מ"ל התם מ"מ חייביה רחמנא וא"כ כיון דגזלן חייב נמי באונסין משום דכל הנאה שלו הוא א"כ אף דיהודא היה סבור דשל לוי הוא מ"מ לא גרע משאר אונס דחייבי' רחמנא הואיל וכל הנאה שלו אף דהוא לא עביד מידי א"כ ה"נ אף שלא ידע שהוא גזול מ"מ לא עדיף מאונס גמור דהואיל וכל הנאה שלו חייביה רחמנא בהשבה גמורה דליתחייב אף באונסין משא"כ בהניח להם אביהם פרה שאולה כיון דירושה ממילא קאתיא וסבור דשלו הוא ולא נתכוין כלל להוציאו מרשות אחרים בכה"ג לא מיחשב גזלן כלל ופטור מאונסין וכדומה לזה כתבו התוס' בב"מ דף צ"ו ע"ב ד"ה אמר רבא מאן נימעול לענין מעילה דאינו מועל אלא כשבא להוציאו מרשות בעלים כגון גונב או גוזל הקדש מרשות חבירו אף שלא ידע שהוא הקדש מעל משא"כ בגזבר שמעות ההקדש ברשותו הוא ונטלן דסבור שהן שלו לא מעל כיון דלא נתכוין להוציאן מרשות בעלים ע"ש וכ"כ התוס' בקדושין דף נ"ה ע"א ד"ה אין מועל והביאו ראיה מהניח להם אביהם פרה שאולה ע"ש ויש עוד להמתיק סברא זו ע"פ הא דקיי"ל דגנב אינו חייב באונסין אלא במשיכה מרשות בעלים כמבואר במשנה בפרק מרובה דף ע"ח היה מושכו ויוצא ומת ברשות בעלים פטור הגביהו או הוציאו מרשות בעלים ומת חייב ע"ש וא"כ בשלמא כשאחר נתן לו במתנה דבר הגזול כיון שנתכוין לזכות בו אף שלא ידע שהוא גזול מ"מ קנאו להתחייב באונסין הואיל וכל הנאה שלו ובעי השבה מעלייתא משא"כ בהניח להם אביהם פרה שאולה וכסבורים הוי דשל אביהן היא וטבחוה כיון דלא נתכוונו לזכות בהם כלל לא קנאוה וכדאמרינן ביבמות העודר בנכסי הגר וכסבור דשלו הן לא קנה כלל וכדלקמן סי' ער"ה סכ"ה וא"כ אינן נחשבים גזלנים להתחייב באונסין כיון דלא זכו בהן כלל ובזה ניחא נמי ההוא דקרטליתא דהתם כיון דאמו לא נעשית אלא שומר בעלמא פטורה כיון דסבורה דשל בנה הוא א"כ חשיבא אונס גמור ופטורה זהו מה שנ"ל בזה והדברים נכונים ודוק היטב אך מ"מ לענין דינא יש להביא ראיה דלא כשיטה זו מדברי

הרמב"ם בפ"ב מה' שאלה והט"ו בסי' שמ"ו סי"ז שכתבו שם באשה ששאלה ואח"כ נישאת הרי הבעל כלוקח ואין לו דין שומר לפיכך אם היתה בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה אפי' פשע בה מפני שהוא כלוקח ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה והיינו כשנשתמש בה בעלה אחרי שהודיעתו כמ"ש הה"מ והרב בהגה שם אלמא דאף אם הודיעתו שהיא שאולה חייב אף באונסין כיון שגוף הפרה הוא של המשאיל מ"מ כשלא ידע הבעל פטור מאונסין כיון דלוקח הוא אצל אשתו ובתורת לקוח בא לידו אף דנתכוין לזכות בה בשעת הנשואין ונשתמש בה כדין שואל מ"מ כיון שלא ידע שהוא שואל פטור מאונסין וה"ה לענין גזילה נמי היכא דסובר דשלו הוא פטור מאונסין וכן יש להביא ראיה משיטת התוס' והרא"ש והט"ו בסי' ש"ג ס"ב דפסקו דש"ש שחייב בגניבה ואבידה אף שנגנבה ממנו באונס גמור כגון שבא עליו חולי של טירוף דעת מ"מ חייב כיון דשם גניבה עליו והוא דבר שיכול להציל אם היה יודע ע"ש וא"כ אכתי קשה מהניח להם אביהם פרה שאולה וכסבורים דשל אביהם היא וטבחוה ואכלוה דאינן משלמים אלא דמי בשר בזול ואמאי כיון דהיורשים חשיבי כש"ש אף שלא נשתמשו בה כמבואר סי' שמ"א ס"ג א"כ אף שלא נודע להם מ"מ כיון שטבחוה בידים יתחייבו לשלם מדין ש"ש כמו חולי של טירוף דעת דחייב כיון דשם גניבה עליו והיה יכול להציל וכ"ש הכא שהזיק בידים ולשיטת התוס' והרא"ש בפ' השואל שומרים לא צריכי משיכה אלא כיון שנסתלקו הבעלים משמירתן חייבין עליהם א"ו דכל היכא שלא בא לידו בתורת שמירה ואינו יודע אם הוא שומר כלל גרע מאונס גניבה ופטור לגמרי וא"כ ה"ה לגבי שאלה וגזילה כל היכא דסובר דשלו הוא פטור לגמרי וגרע מאונסין וכשיטת הרשב"א והריטב"א והרא"ש והט"ו כאן וכן עיקר. והנה מכלל דברינו אלה יש סתירה גדולה לדברי הלח"מ בפ"ב מה"ש שהקשה לשיטת הרמב"ם דאם הודיעה את בעלה חייב באונסין א"כ כולה סוגיא דב"מ איירי בלא הודיעה א"כ מאי בעי התם בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי והוצרך לומר דלוקח הוי נהי נמי דשואל הוי אמאי חייב מ"ש מההיא עובדא דקרטליתא דאמרינן דאמו פטורה כיון דלא אמר לה שהוא פקדון וא"כ ה"נ לימא הבעל אי הוי ידענא שהיא שאולה ביד אשתי הייתי שומרה יותר ע"ש ולק"מ דדוקא בעובדא דקרטליתא דאמו היתה שומרת חנם יכולה לפטור עצמה בטענה זו משא"כ הכא אי הבעל חשיב כשואל לגבי אשתו לא מצי למיפטר נפשיה בטענה זו שאלו ידעתי שהיא שאולה בידה הייתי שומרה יותר דהא שואל חייב אף באונס גמור דמתה כדרכה ומ"ה מ"ל הכא ומ"ל התם וז"ב. גם מ"ש הלח"מ שם דמסתימת דברי הה"מ בפ"א מה"ש דבהניח להם אביהם פרה שאולה

הוי היורשים ש"ש אף בלא הודיע להם אביהם שהיא שאולה הוא תמוה מאוד דכיון דסבורים שהיא של עצמם אין לך אונס גדול יותר מזה דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה וכ"כ הש"ג בפ' השואל דף קס"א בפשיטות אך י"ל כמ"ש לעיל כיון דש"ש חייב בגניבה אף באונס של טירוף דעת כיון דמ"מ יכול להציל א"כ ה"נ י"ל דהוי כאונס זה אך מ"מ העיקר כהש"ג מדקאמר דבטבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול ואי היורשים הוי ש"ש אף כשלא ידעו דשל אביהם היא א"כ כ"ש בטבחוה הם בעצמם שהוא היזק בידים והיו יכולים להציל דיתחייבו לשלם כל דמי שווי הבהמה א"ו דכל היכא שלא ידעו שהם שומרים כלל גרע טפי ובזה מיושב קושית התוס' בפ' השואל דהקשו שם על הא דמסיק דבעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי דאמאי לא אמר דיורש הוי דהא כל היכא דאיכא פסידא לאחריני הוי יורש והכא איכא פסידא דהא בהניח להם פרה שאולה הוי היורשים ש"ש ולפי שיטת הרמב"ם דכולה סוגיא מיירי בלא הודיעה את בעלה שהיא שאולה ניחא דבכה"ג אף אי הוי כיורש לא הוי ש"ש כיון דסבר שלו הוא וז"ב אך קשיא לי בהא דפסק הרמב"ם דכששאלה פרה והודיעה לבעל דנכנס תחתיה וחייב באונסין אם נשתמש בה וכתב הה"מ דטעם הדבר כיון שהבעל בא מכחה לא יפה כחו מכחה ויש לתמוה כיון דהש"ס בעי אי בעל בנכסי אשתו שואל הוי או דשוכר הוי משום שנתחייב בפרקונה וספק זה לא איפשט אלא דמסיק דלוקח הוא וא"כ אף שהודיעה לבעל שהיא שאולה מ"מ אמאי יתחייב באונסין כשואל הא כיון דנתחייב בפרקונה עבורה אין כל הנאה שלו והוי כשוכר וצ"ל דאף דהבעל הוי כשוכר מן האשה מ"מ כיון שיודע שהיא שאולה בידה ובא מכחה לא יפה כחו מכחה וחייב באונסין ולפ"ז יש ללמוד מכאן דשואל שהשכיר דבר השאול לאחר וידע שהוא שאול חייב השוכר באונסין דכיון שבא מכח השואל לא יפה כחו מכח השואל אך אפשר לחלק בין לוקח לשוכר דלוקח כיון דבתורת לקיחה בא לידו וקנה זכותו עומד במקומו ממש משא"כ שוכר אינו עומד במקום הבעלים ותורת שוכר עליו ופטור מאונסין וע' סי' רי"ב ס"ו והדבר צריך ישוב ואין כאן מקומו. ותבנא לדינא דבנידון המבואר בש"ע כאן בעינן דוקא שלוי יודע שהספרים של ראובן אבל כשלא ידע א"צ לשלם אלא מה שנהנה כשיטת רוב הקדמונים והרא"ש והט"ו ואולי אף תשובת רש"י מיירי שלוי הודיע ליהודא שהחפץ אינו שלו לכך חייב בפשיעה דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא גמיר דיני אסמכתא אבל כשנאנס ביד יהודא ודאי דפטור מלשלם וכן עיקר:

לב נשבע הנתבע היסת שלא החזיר לו המשכון. הקשה הש"ך דהא כאן מיירי שהיורש אינו טוען ברי א"כ אמאי צריך הנתבע לישבע היסת דהא אין נשבעין על טענת ספק ותי'

דלצדדין קתני דאם אין היורש טוען ודאי החזיר א"צ שבועה ואם טוען ודאי החזיר צריך הנתבע היסת והקשה התומים דאם היורש טוען ודאי החזיר חייב הלוה לשלם להיורש דהיורש נאמן במיגו דנאנסו ולא הוי מיגו להוציא דהא כי איכא שטרא אמרינן מיגו להוציא ויפה הקשה שכן פסק הט"ז להדיא בס"ס מ"ח בשטר שכתוב בו משכון ונפל חילוק ביניהם אם זה הוא המשכון דנשבע המלוה ונוטל משום דנאמן במיגו דנאנסו וע"ש שכתב שקצת דיינים היו טועים בזה ומדברי הש"ך כאן מוכח כדבריהם ולכאורה י"ל דשאני הכא כיון שאין דרך להחזיר משכון בלא מעות לכך לא מהימנינן להיורש בזה דהוי כמיגו במקום חזקה ואע"ג דקיי"ל בסימן ע"ח ס"ה דאמרינן מיגו במקום חזקה היינו משום כיון דהוא אבעיא דלא איפשטא בפ"ק דב"ב מספיקא לא מפקינן ממונא מיד המוחזק משא"כ כאן שהוא להוציא והוי מיגו במקום חזקה פטור הנתבע אך בתשובת הרא"ש כלל צ' ס"א מבואר דחזקה זו ל"ד לחזקה דא"א פורע בת"ז דדרך הוא לפעמים להחזיר המשכון בלא מעות ע"ש אך מ"מ י"ל דדברי הש"ך נכונים דמה דפשיטא ליה להט"ז דזה לא הוי מיגו להוציא כיון דהוי שטרא מעליא ליתא לפי מה שכתבו הט"ו בסי' פ"ב סי"ב דהיכא שטען הלוה שהשטר נעשה על תנאי דאם הודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה דעל המלוה להביא ראיה ואין המלוה נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא כיון דהשטר נעשה על תנאי לאו שטרא מעליא הוא כמ"ש הש"ך שם וא"כ בשטר שיש משכון עליו ונכתב בשטר אין לך תנאי גדול מזה שהלוה לא נתחייב לשלם לו אא"כ יחזיר לו משכונו וא"כ כשהמלוה אומר שהחזיר לו משכונו וקיים תנאו עליו הראיה וא"נ במיגו דנאנסו דהוי מיגו להוציא ועוד י"ל לפמ"ש הסמ"ע בס"ק י"ג והט"ז בסק"ט דהיכא דהלוה טוען ברי שלא נאנס מיד המלוה נשבע הלוה ופטור וא"כ ליכא להמלוה מיגו דנאנסו דהא יש להלוה מיגו כנגדו דאי בעי היה טוען ברי שראה המשכון ביד המלוה קודם שירדו לדין וכן מצאתי סברא זו בט"ז בסי' צ"ה ס"ד והט"ז סתר משנתו מס"ס מ"ח לסי' צ"ה. שוב ראיתי בתשובת הרי"ף סי' נ"ט שכתב להדיא וז"ל ואפי' אמר היורש לנתבע אני החזרתי לך את המשכון אפילו הכי השטר בטל אלא שמתחייב הנתבע היסת שלא הגיע המשכון לידו עכ"ל הרי להדיא כדברי הש"ך והיא היא התשובה שהעתיק בבעה"ת בשם הר"י אלא שבבעה"ת דפוס שלוניקי נשתבש הלשון בדפוס ע"ש ומוכח דלא כהט"ז דס"ס מ"ח ויפה דנו הדיינים:

לג ונ' האחרים יתן ביד השליש עד שיגדלו. כ"כ הטור והוא מהבעה"ת מלשונם משמע שכופין היורשים להחזיר המשכון והמעות יניחו ביד שליש ולפענ"ד יש לתמוה בדין זה לפמ"ש בס"ק י"ט דהיכא שהוא חשוד על השבועה ויש בידו משכון נוטל בל"ש דהא

אף במת לוה בחיי מלוה מוציאין ביש בידו משכון דלא מפסידינן להמוחזק במשכון עבור שבועת הגאונים וא"כ הכא אמאי מצריכינן להיתומים להמתין המעות עד שיגדלו כדי שיהיו יכולין לישבע דהא המתנת הזמן ממון גמור הוא כמבואר בסי' ע"ג דחייב ש"ד על כפירת זמן וכן בסי' ס"ו סכ"ד במוכר שט"ח לחבירו והמוכר האריך לו הזמן פרעון להלוה חייב לשלם ללוקח מה שהזיקו ואם כן אמאי מפסידינן להיורשים להמתין הממון עד שיגדלו כיון שהם מוחזקים במשכון ואע"ג דבשטר שמוציא הקטן על אחרים צריך להמתין עד שיגדיל כמבואר בסי' ק"ח אף דחשוד שיש בידו שטר גובה בל"ש כדאיתא בסימן פ"ב כבר הקשיתי זה בסימן פ"ב סק"ד ותרצתי שם דמכל מקום כיון דלא הוי הפסד ממון גמור החמירו חז"ל בזה להמתין עד שיגדיל אך מכל מקום כ"ז הוא בשטר כיון דמצריכינן להוציא ממון מיד הנתבע והחמירו בו חז"ל במת לוה בחיי מלוה וכן כשבא לגבות מן היורשים והוא חשוד משא"כ במשכון דגובה מן היורשים במת לוה בחיי מלוה ובחשוד מנא לן לאחמורי כולי האי להוציא המשכון מיד היורשים וכ"ש לתי' השני שתרצתי שם דלכך לא רצו חז"ל להוציא ממון מן הנתבע משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי דדילמא כשיגדיל לא ירצה לישבע ויצטרך להחזיר המעות ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן וכ"ז שייך בשטר משא"כ במשכון שהיורשים מוחזקים מה"ת להפסיד ממון יורשים עבור שבועה זו דהא מדינא א"צ לישבע כלל כיון דאית להו מיגו דלקוח ואי לאו דמסתפינא מרבינו הטור הייתי אומר דהבעה"ת שהעתיק דין זה בשם תשו' ר' יצחק ז"ל וכמדומה שהוא הרי"ף שהתשובה שהעתיק שם לפני זה ולאחר זה בשמו הם המה בתשובת הרי"ף שלפנינו והרי"ף לטעמיה אזיל שכתב בתשובה סי' פ' דהיכא שהוא חשוד ותופס משכון צריך להחזיר המשכון וכמ"ש בס"ק י"ט בשמו ולכך הכא כיון שהיורש קטן וא"י לישבע מפסיד אלא דמ"מ לטובת היתום מצריכינן להניח המעות ביד שליש אבל לדידן דס"ל דחשוד נוטל בל"ש מסתברא דאין היורש צריך להחזיר המשכון עד שישלם לו ולכשיגדיל ישבע וצל"ע ועמ"ש בסי' פ"ט סק"ד:

לד חייב להשיבו לישראל. הטור מסיק בזה וז"ל לפי שגוף המשכון הוא שלו ולא היה לכותי עליו אלא שעבוד וכיון שנפל ממנו ומצאו ישראל אחר פקע שעבודו דאסור להחזיר אבידה לכותי ואם בא לומר לשם קידוש השם אחזירנו לכותי יקדש השם בשלו ולא יקדש השם בשל אחרים בלא דעתם עכ"ל וכ"כ הרא"ש בפרק הפרה והב"ח פלפל בזה אם החזיר המשכון להכותי אם חייב לשלם והש"ך פסק דאם החזיר לכותי חייב לשלם לישראל ולפענ"ד נראה עיקר דאין צריך לשלם לישראל משום דיש. להקשות על האי דינא דחייב להחזירו לישראל ואסור להחזירו לכותי מהא דאמרינן בפרק

הגוזל בתרא האי בר ישראל דידע סהדותא לנכרי ואזיל ואסהיד ליה בדיני עכו"ם על ישראל חבריה משמתינן ליה מ"ט משום דאינהו מפקי ממונא אפומא דחד ולא אמרן אלא חד אבל בתרי לא וכתבו התוס' והרא"ש שם ואע"ג דהפקעת הלואתו שרי וא"כ מפסידים אותו הרבה דהא הישראל יכול לכפור לו מ"מ כיון שאין מפסידים לו משלו דהא אינו משלם אלא מה שחייב לו יכולים להעיד לו וכ"כ הרב רמ"א בסי' כ"ח ס"ד בהגה דשני עדים יכולין להעיד שהרי גם בדין ישראל יתחייב על פיהם ע"ש וא"כ אמאי אסור לו לישראל להחזיר המשכון לנכרי הא אינו מפסיד את הישראל מידי דהא האמת שהישראל חייב מעות להנכרי ואף שנאבד המשכון מהנכרי מ"מ כיון שנמצא המשכון ויבוא ליד הישראל פשיטא דהישראל יהא מחויב לשלם להנכרי אלא משום דהפקעת הלואתו מותר רשאי לכפור לו א"כ מה לי ששני עדים מותרים להעיד שישלם הישראל לנכרי היכא דישראל מותר לכפור לו ומה לי להחזיר המשכון ביד הנכרי ודוחק גדול לחלק בין עדות שהוא דיבורא בעלמא להחזרת המשכון שהוא מעשה גמור דהא התוס' והרא"ש ס"ל בכל דוכתי דדיני דגרמי דאורייתא ובע"כ צריכין אנו לחלק דמ"ש הרא"ש והרב בסי' כ"ח דשני עדים יכולים להעיד לכתחילה היינו כשהנכרי תובעם להעיד לו דאיכא קצת חילול השם בדבר משא"כ הכא גבי משכון כיון שאין הנכרי יודע מזה אסור להחזיר לו ויותר נראה ע"פ מ"ש הט"ז בסי' כ"ח בהשמטות בשם מהרש"ל דהא דמשמע בתוס' בפ' הגוזל שם דשני עדים לא משמתינן להו אבל מ"מ לכתחילה אסורין להעיד ובהרא"ש שם משמע דיכולין להעיד אף לכתחילה דהרא"ש מיירי במקום שאין היתר לישראל להפקיע הלואתו כגון במקום שיש חילול השם בזה מותר להעיד אף לכתחילה והתוס' מיירי במקום שאין חילול השם כגון שתובע יורש הנכרי לישראל אבי הלוה לך והוא טוען פרעתי לאביך ואין העכו"ם יודע שהישראל משקר לכך בכה"ג לכתחילה אין להם להעיד אבל מ"מ לא משמתינן להו כיון שלא הפסידו אותו כלל ע"ש וא"כ לפ"ז ניחא הכא בפשיטות דלכך אסור לישראל להחזיר המשכון לכתחילה לנכרי כיון דישראל הלוה בדין לא ישלם לו כיון שנאבד המשכון ממנו והוי הפקעת הלואתו שלא יודע לעכו"ם לכך אין להחזיר לו המשכון כמו לענין עדות ולפ"ז ממילא משתמע דהיכא שעבר והחזיר לעכו"ם כיון שלא הפסיד לישראל מידי דהא אף שנאבד המשכון מ"מ חייב לשלם לו אלא דרשאי לכפור לו בכה"ג כיון דהוי הפקעת הלואתו שלא יודע לעכו"ם וא"כ כיון דלענין עדות לא משמתינן להו כ"ש שא"צ לשלם לישראל דאי הוי צריך לשלם לישראל מדינא פשיטא דהוי משמתינן להו כיון שהפסיד לו ממון גמור כמו בע"א דאזיל ומכסהיד ומעתה גם בההיא דסי' קפ"ב ס"ח בשלח לפרוע לנכרי מה שחייב לו והנכרי

שכח החוב דחייב להחזיר המעות לישראל מ"מ אם עבר והחזיר לנכרי א"צ להחזיר לישראל מה"ט דהא לא הפסידו מידי ובהאי דינא אף להב"ח חייב לחזור ולשלם לישראל ולפמ"ש אין חילוק וכן נ"ל עיקר ודוק:

לה זה קנה כנגד מעותיו וכו'. הרשב"א בחי' בפ' הפרה כתב וז"ל ומסתברא לי דה"ה אם אין לו משכון אלא שיש לו מלוה על גר זה גובה מנכסיו כנגד חובו ואע"ג דכשמת הגר נעשו כל נכסיו הפקר אין שעבודו של זה נפקע דלא עדיף הפקר מהקדש ובהקדש אמרי' בערכין דמוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים וכן נ"ל אפילו אין לו אלא מטלטלין והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל משום דקא בעי למימר ובא ישראל אחר והחזיק בו קנה השאר אע"פ שהמשכון ביד ישראל חבירו ותדע לך דאי לא כיון דאוקימנא בדלית' בחצירו אפילו כנגד מעותיו למה קנה דאי משום שעבודו הא אמרת דפקע עם מיתתו של גר דהוי כל נכסיו הפקר ואי משום דקני ליה למשכון אי משכנו בשעת הלואתו למ"ד לא קני מאי איכא למימר אלא כמ"ש ואינו דומה למטלטלי דיתמי דהתם משום דיורשין הן ד"ת ומשעת מיתה קמו להו ברשות היורשין ואפילו הן מופקדין ביד אחרים ואין בע"ח גובה מהן כדברי ר"ע שאמר בפ' הכותב ינתנו ליורשין וכדמפרש בירושלמי שהן יורשין ד"ת עם גמר מיתה אבל כאן כשמת הגר עד שלא יזכה בהן אחר כבר קדם שעבודו של זה ובזה אפי' ר"ע מודה לר"ט וכו' עכ"ל והעתיק דברים אלו בקצרה הה"מ בפ"ב מה"ז וכ"פ הרב בסי' ער"ה סכ"ח בהגה ואיני מבין דברים אלו דמה שהביא ראיה מהא דקונה במשכון כנגד מעותיו ולא אמרינן כיון דהוי הפקר מפקיע מידי שעבוד וכן הביא ראיה זו בתשובה המיוחסת להרמב"ן סי' ס"ט תמיה לי טובא דמאי ראיה היא זו דנהי נמי דנאמר דהמטלטלין שזכה בהן אחר נחשבין כמטלטלי דיתמי מ"מ במשכון לא שייך לומר כן דהא אמרינן בס"פ המקבל במשכנו שלא בשעת הלואתו דמחזירין כלי יום בלילה וכי מאחר שמחזירין למה ממשכנין כדי שלא יעשו מטלטלין אצל בניו ע"ש וא"כ כ"ש במשכנו בשעת הלואתו דלא שייך לומר בהו מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח דהא עיקר סמיכתו עליהם דהא אפילו בתפס מחיים לשם חובו מבואר בפ' הכותב גבי מלוגא דשטרא דלא מיחשב מטלטלי דיתמי וכ"ש במשכון ואף אם נאמר דזה ס"ל להרשב"א לסברא פשוטה דלא מיחשב כמטלטלי דיתמי אלא דהוצרך להביא ראיה ממשכונו של גר דלא תימא דזכיה בנכסי הגר חשיב כלוקח כיון שזוכה מן הפקר ומלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות ולכך הוכיח ממשכונו של גר דאמאי זכה המלוה נגד מעותיו נימא דמיחשב כלוקח ומלוה ע"פ אינו גובה ממנו א"ו דלא חשיב כלוקח דא"כ אכתי תקשה דכל מי שימשכן מטלטלין אצל חבירו יהא יכול למוכרן לאחר בקנין מטלטלין

אג"ק ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא ואדרבה אמרינן פחז"ה עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו משום דלית ליה קלא וכדלקמן סי' קי"ז ולמה לא אשמועינן רבותא טפי דאפילו בהרהינו אצלו ושאר משכון מטלטלי מהני נמי המכירה דמלוה ע"פ אינו גובה מלוקח א"ו כיון שהם ממושכנין ביד אחר אית ליה קלא ועוד י"ל כיון דהא דלית לי' קלא אינו גובה מלוקח הטעם הוא משום תקנת השוק וכה"ג שהוא מתחילה ביד מי שהוא משועבד לו ע"פ הדין כיון דעיקר סמיכתו עליהם מתחילה לא אמרינן ביה תקנת השוק דהא גם אצלו שייך תק"ה דהא במשכן הגניבה חייבים הבעלים להחזיר דמי ההלואה משום תק"ה כמבואר בסי' שנ"ו ס"ז ע"ש בש"ך סק"ד וא"כ גם ראיית הרשב"א אינה כלום גם מה שדימה הרשב"א דין ההפקר למאי דאמרינן בערכין דמוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים ומשמע מדבריו דהתם גובה אף ממטלטלין ובאמת כ"כ התוס' בפ' שום היתומים דף כ"ג ד"ה משום דר"א אך הב"י והב"ח לקמן סי' קי"ז כתבו ממשמעות לשון הטור דדוקא היכא דשעבד לו מטלטלי אג"ק גובה מן הקדש דמים אבל בלא שעבד לו אינו גובה דלא גרע כח ההקדש מכח הדיוט ע"ש וכן הוא להדיא בבעה"ת שער מ"ג ח"ג וכן מצאתי בחי' הרמב"ן ליבמות דף מ"ו ע"ש ומה שהביא בתשו' המיוחסת להרמב"ן עוד ראיה מהתוספתא דגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ויצא עליו כתובת אשה ובע"ח גובין מן האחרון אלמא דגובה אף ממטלטלין לא הבנתי מנ"ל דהתוספתא איירי במטלטלין דילמא מיירי במקרקעי דוקא סוף דבר דברי הרשב"א שגבו ממני:

לו במה שהמשכון יותר על החוב. משמע דבמה שהוא כנגד החוב פשיטא דלא זכה שמעון ולכאורה קשה לפמ"ש בס"ק שלפ"ז בשם הרשב"א דאף במה שכנגד החוב נמי לא זכה במשכון אלא משום דמלוה ע"פ טורף ממי שזוכה בנכסי הגר והנה הרשב"א בתשו' המיוחסת להרמב"ן כתב הא דלא חייב א"ע איסור גיורא לרב מרי בנו בפ' מי שמת בחוב גמור ויטרוף הני זוזי מרבא הוא משום דמלוה ע"פ אינו גובה אלא ממי שזכה בנכסי הגר לאחר מיתה משום דקודם שזכה בו האחר חל זכייתו של הבע"ח אבל בעובדא דאיסור גיורא כיון שהמעות היו מופקדים ביד רבא א"כ זכה בהם תיכף לאחר מיתתו ולא חל עליו זכיית המלוה כלל ע"ש וא"כ הכא שהמשכון היה מופקד ביד שמעון י"ל דזכה בו שמעון תיכף לאחר מיתתו אף נגד מעותיו של ראובן ולא זכה בו ראובן כלל אך זה לק"מ דטעמא דהתם כיון דהנפקד זכה בהם תיכף הוי כמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבע"ח וזה הוא לדינא דהש"ס אבל השתא דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח א"כ אף אם הם מופקדים ביד אחר טורף מהם בע"ת ולפי מש"ל דבמשכון לא שייך כלל לומר מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ניחא הכא

בפשיטות ולענין יתר על החוב הסכים הש"ך דזכה שמעון ואין כאן מקום ספק וכך פסק מוהרש"ל ועיקר:

לז לא מחייב אלא בפשיעה. משמע דבפשיעה חייב בכל גווני אף שלא בא להזמן שקבע לו וע' בש"ך בסי' ש"ו סק"ב דיש לעיין בזה ע"ש ודוק:

לח פטור שמעון. דהא לא עשה שמעון משיכה במשכון ובמאי יתחייב באחריות המשכון דהא תקנו משיכה בשומרין ועוד טעם אחר לפוטרו דהא בלא"ה היה המשכון ממושכן בעבור ראובן והיה נשרף בבית הכותי כ"כ מוהר"ם במרדכי ובתשובת מיימוני ונ"מ מהני טעמי' דאם א' שלח שלוחו ללוות לו מעות על משכון ובקש השליח מהמשלח שירשהו ללוות לעצמו ג"כ על משכון זה דבכה"ג לא שייך טעם הראשון דהא משך לשם כך וחייב לשלם כשנאבד המשכון ולפי טעם השני פטור אף בכה"ג אך לכאורה טעם השני תמוה מאוד דנהי נמי דבלא"ה היה נשרף בבית העכו"ם מ"מ כיון דחזינן דשואל חייב בכל דוכתי אף במתה כדרכה אף דמלאך המות מ"ל הכא ומ"ל התם ובלא"ה היתה מתה בבית המשאיל מ"מ חייביה רחמנא וא"כ ה"נ כיון דראובן השאיל לו משכונו ללוות עליו ה"ל שואל גמור וחייב באונסין אף היכא שאונס הזה היה אירע בבית המשאיל ג"כ וליכא למימר דטעמא דשואל חייב באונסין הוא משום דכל הנאה שלו ולכך הכא לא מיחשב שואל שאין כל הנאה שלו דהא גם המשאיל נהנה בו כיון שגם הוא לוה עליו מהכותי וכמ"ש הר"ן בתשובה י"ט גבי שואל ספר ע"ש זה ליתא דהמעיין בתשובת הר"ן שם יראה דדוקא היכא דהמשאיל נהנה מן השאלה עצמה לא מיחשב שואל דהוי כנותן לו שכר וכמו השאילני ואשמור לך דאינו אלא ש"ש משא"כ הכא אף דהמשאיל נהנה בהמשכון ג"כ במה שלוה עליו מ"מ דבר זה אינו בא מחמת השאלה ולגבי השואל הוי כל הנאה שלו והוי שמעון שואל גמור וחייב באונסין ונראה דמוהר"מ סובר דהשואל משכון ללוות עליו לא מיחשב כשואל ודמי למאי דבעי הש"ס בפ' השואל שאלה לראות בה ופרש"י ויהא נראה עשיר ויתנו לו באמנה ובאשראי מהו ממונא בעינן והא איכא או דילמא בעינן ממונא מיניה דשאלה גופא והא ליכא והוא איבעיא דלא איפשטא ופטור השואל כמבואר בסי' שמ"ו ס"י וא"כ ה"נ בשואל משכון ללוות עליו לא מיחשב שואל דהא אינו נהנה מן המשכון עצמו אלא במה שילוה עליו ולא מיחשב אלא כש"ש כמ"ש הרא"ש שם אלא דהוה אמינא כיון דהנכרי א"נ בשבועה שנאנס אצלו יתחייב שמעון בתשלומין דהוי כמו שומר שמסר לשומר ורגילין הבעלים להפקיד אצלו ואין השני רוצה לישבע דחייב הא' לשלם דכל שומר צריך לישבע בבירור שנאנס כמ"ש הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד לכך קאמר כיון דבלא"ה היה נשרף בבית הכותי והוא לא עביד

כלום הוי כידוע שנאנס דהא שאמר כדרך השומרים ולא היה יכול להציל לכך פטור אף ממה שנגד חובו ואף שנפטר מן הכותי משמיא רחימו עליה וזה נכון ולפ"ז יצא לנו מזה דין חדש דהשואל מחבירו משכון ללוות עליו ולוה עליו לא מיחשב שואל אלא ש"ש ולכך אם נאנס ביד מי שלוה עליו פטור ואם אינו ידוע אם נאנס ביד האחר או לא ואינו רוצה לישבע לשיטת הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד חייב השואל לשלם בעד כל המשכון אף ששוה יותר על הלואתו דהא הוא ש"ש על כולו ודילמא לא נאנס ביד האחר וש"ש צריך לישבע בבירור ואף דהכא הוי כרגילין הבעלים להפקיד אצלו דהא המשאיל ידע שימשכנו ביד אחר מ"מ גרועי גרעיה לשמירתו דהוא ש"ש והשני אינו ש"ש אלא נגד הלואתו לדידן וזה הוא לפי שיטת הש"ך שם בשם הרמב"ן אבל לפי שיטת תלמידי הרשב"א בשם רבם פטור השואל לגמרי דיכול לומר דדילמא נאנס ביד השני וה"ל א"י אם נתחייבתי לך דהא זה הוא כרגילין הבעלים להפקיד כיון שהמשאיל ידע שימשכנו ביד אחר וא"צ לשלם אלא כפי מה שהשני הלוה לו ומה שדחה הש"ך שם שיטה זו מהא דאמרינן דאפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב משום דא"ל אנת מהימנית לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה אלמא דאפילו אם רוצה השני לישבע חייב הא' כיון שא"י לישבע וכ"ש כשאין השני רוצה לישבע דחייב הא' לפענ"ד לק"מ דאף רבם סובר דכל שומר צריך לישבע בבירור ש"ה דאי לא"ה ה"ל משויל"מ אלא היכא דמסרו לאחר א"כ לא ה"ל למידע אם נאנס ביד אחר או לא ובכה"ג לכ"ע לא אמרינן משויל"מ בין דהמפקיד יודע שהשומר אינו יודע כיון שלא היה אצלו כמ"ש הש"ך בס"ק נ"א אך מ"מ בשומר שמסר לשומר שלא היו רגילין הבעלים להפקיד אצלו הוי פשיעה קצת במה שמסרו ליד אחר דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ולכך כשא"י לישבע בבירור ה"ל משויל"מ משא"כ ברגילין הבעלים א"כ לא פשע השומר כלום ל"א ביה משויל"מ ופטור לגמרי דה"ל א"י אם הלויתני דדילמא נאנס אצל השני ובאמת בנידון זה דהמשאיל השאילו מתחלה ע"ד שימשכננו ביד אחר אפשר דאף הרמב"ן והש"ך מודים דהשואל פטור זהו מה שנ"ל בדינים אלו ודוק:

לט מלשלם לראובן דמי המשכון ואין ראובן יכול לטעון לשמעון הא קא משתרשית שנפטרת מחובך ע"י משכוני זה תן לי כי למה יתן לו זה אם כשנשרף המשכון פקע ליה שעבודיה דכותי בדיניהן מאי איכפת ליה לראובן בשמעון אי משמיא הוא דרחימו עליה דשמעון עכ"ל מוהר"ם שם וקשיא לי טובא מהא דאמרינן בר"פ הכונס נפלה לגינה באונס ונהנית משלם מה שנהנית ומפרשינן לה בש"ס דף נ"ח ע"א דאף בנחבטה והיא נהנית שלא לקתה מן הקרקע חייב לשלם ולא הוי כמבריח ארי מנכסי חבירו ומה

שנהנית נמי לא משלמת דכיון דשלא מדעת בעל השדה הוא וגם אית ליה פסידא חייב בעל הבהמה לשלם מה שנהנית וכמ"ש התוס' והרא"ש שם בפירושא דשמעתא הרי להדיא דאף שע"י אונס נפלה הבהמה לגינה מ"מ כיון שנהנית במה שלא לקתה בקרקע וניצולה מההיזק חייב בעל הבהמה לשלם מה שנהנה וא"כ ה"נ אף דהמשכון נשרף באונס והוא פטור ע"ז מ"מ כיון דע"י היזק זה הוא נפטר מחובו אף דפורע חובו של חבירו חשיב מבריח ארי מ"מ הכא כיון שיש לו פסידא לבעל המשכון ונשרף שלא מדעתו יש לו ליטול מה שנהנה שמעון שנפטר מחובו ומשתרשי ליה וכעין זה אמרינן ג"כ בחולין דף קל"א ע"א גבי הרי שאנסו בית המלך גורנו אם בחובו חייב לעשר אף דמזיק מתנות כהונה פטור מלשלם מ"מ הא משתרשי ליה שנפטר מחובו וכאלו הוא בעינא וחייב לעשר ע"ש וכ"ת דשאני כל הני דהוי זה נהנה וזה חסר משא"כ הכא כיון דבלא"ה היה נשרף בבית הכותי אף דמשתרשי ליה מ"מ ה"ל זה נהנה וזה לא חסר דהא בלא"ה היה לו היזק זה זה ליתא דהא התוס' בפרק המניח דף כ' ע"ב ד"ה הא אתהנית הקשו על הא דאמר התם זה נהנה וזה לא חסר פטור מהא דאיתא בפ' אלו נערות גבי תחב לו חבירו תרומה בבית הבליעה דחייב האוכל לשלם מה שנהנה ואמאי הא זה נהנה וזה לא חסר הוא שאם היה מחזיר הוא נמאס ותירצו דשאני התם דמ"מ זה נהנה מחמת החסרון שיש לחבירו מתחלה וכ"כ המרדכי שם בשם ר"י וא"כ ה"נ כיון דשמעון נהנה מחסרונו של ראובן חשיב זה נהנה וזה חסר ול"ד למה דמבואר בסי' שס"ג ס"י בהגה דאם שר העיר לקח ביתו של ראובן ודר בו שמעון דפטור מלשלם משום דראובן לא חסר כיון דבלא"ה דר בו הכותי שא"ה שהחסרון היה מכבר וההנאה בא לו אחר זמן רב משא"כ היכ' שההנאה בא לו לזמן קרוב ועוד י"ל דש"ה גבי בית דשם לא הוי חסרון גמור דהא אפילו בחצר דקיימא לאגרא וגרשו מביתו ולא דר בו פטור מלשלם דמבטל כיסו של חבירו פטור דאינו אלא גרמא בעלמא וכמ"ש התוספות והרא"ש שם ולכך היכא דבלא"ה לא היה יכול להשכירו חשיב כחצר דלא קיימא לאגרא ותדע דבע"כ צריכין אנו לחלק בהכי דהא ההוא דינא דסי' שס"ג הוא מדברי המרדכי בפ' המניח ולעיל מיניה הביא המרדכי בפשיטות דברי ר"י דנהנה מחסרונו של זה חייב א"ו כמ"ש ואפשר דמוהר"ם לא ס"ל כשיטת ר"י שבתוס' בפ' המניח דהא התוס' בפ' אלו נערות מתרצי שם קושייתם בע"א אבל לפי שיטת התוס' ומרדכי בפ' המניח י"ל דה"נ חייב שמעון לשלם לראובן כפי מה שנהנה במה דמשתרשי ליה וע' בסי' קכ"ח ס"א בהגה וס"ב ובש"ך שם סק"ח וס"י ע"ש וצ"ע ודוק. אחרי כתבי זאת ימים רבים מצאתי בתשובת מוהרי"ט ח"א סימן

קכ"ד שפסק בנפקד שנטלו ממנו הפקדון באונס עבור חובו של הנפקד דהנפקד חייב לשלם מה שנהנה שנפטר מחובו והביא ראיה מההיא דפרק הכונס שהבאתי ע"ש:

עג

א ולא קבע לו זמן. מדברי הב"ח נראה דה"ה אם אמר לו סתם הלויני לזמן דדינ' הכי דסתם הלואה שלשים יום ע"ש ולפענ"ד אינו מוכרח די"ל כיון דסתם הלואה שלשים יום והוא אמר הלויני לזמן לישנא יתירא לטפויי אתא וא"צ לשלם לו עד זמן שירצה הלה ועיין סי' שמ"א ס"ו וס"ז:

ב יש לו זמן ל' יום. ונראה דמי שהפקיד מעות אצל חבירו ואמר לו אם תרצה יש לך רשות להשתמש בו בכה"ג אף אם נשתמש בהן אין לו זמן שלשים יום וראיה לזה מהא דכתב הרא"ש בפ' המפקיד בשם הראב"ד לתרץ דברי הרי"ף דפסק גבי מפקיד מעות אצל שולחני מותרין ישתמש בהן דאינו חייב באונסין כ"ז שלא נשתמש בהן אע"ג דבדמי אבידה פסק הרי"ף כרב יוסף דהוי שואל עלייהו כיון שיש לו רשות להשתמש בהן משום דהנאת שימוש של מעות מותרין גרע מהנאת שימוש של דמי אבידה לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו אבל בדמי אבידה יודע שישתהא אצלו ימים רבים ע"ש והביאו הסמ"ע בסימן רצ"ב ס"ק ט"ז ואי אמרת דבכה"ג נמי סתם הלואה ל' יום אמאי יהא ירא לקנות בהן סחורה הא יש לו זמן ל' יום דהא מפקיד מעות אצל שולחני הוי כנתן לו רשות להשתמש בהן א"ו דבכה"ג אין לו שום זמן אלא דכ"ז שיתבע פקדונו מחויב להחזיר לו וטעמו של דבר נ"ל דדוקא הלואה שבאה ע"פ בקשת הלוה וגילה דעתו שצריך להמעות אמרינן דמסתמא כוונתו היתה ללוות על ל' יום וגם דעת המלוה היתה לזה מה שאין כן במפקיד ונתן רשות להנפקד להשתמש בפקדון בלתי בקשת הלוה אמרינן הא דנתן לו רשות להשתמש בו הוא כ"ז שלא יצטרך להמעות אבל בכל עת שיצטרך להמעו' יסלק לו תיכף ובזה יש לדחות ראיית הב"ח בסי' ס"ז שהוכיח שם דאע"ג דקיי"ל המלוה את חבירו לעשר שנים אין שביעית משמטתו מ"מ בסתם הלואה אע"ג דזמנה ל' יום אין הדין כן והוכיח כן ממתניתין דשביעית ופסקה הרמב"ם ז"ל דהשוחט את הפרה וחילקה בר"ה של מוצאי שביעית אם היה החודש מעובר ונמצא שהוא סוף שביעית משמט ואבד הדמים אע"ג דסתם הלואה ל' יום מ"מ אין לו דין מלוה לזמן עכ"ד ולפמ"ש אין כאן ראיה דנראה דבהקפת י"ט לא אמרינן דזמנה שלשים יום דהא הכא ליכא גילוי דעת מהקונה שהוא צריך להמעות דהא דנטל בהקפה י"ל דהוא משום דאסור ליתן מעות בי"ט א"כ המלוה

יכול לומר שלא היה בדעתו להמתין לו רק אחר י"ט וכיון דאגלאי מילתא דלאו י"ט הוי והיה יכול לתובעו לאלתר שביעית משמטתו כמ"ש בפירוש הר"ש שם ע"ש אך מ"מ נראה דאף בי"ט אם א"ל בלשון הלואה צריך להמתין לו שלשים יום דהא בשבת ר"פ שואל אמרינן בטעמא דמתניתין דשואל אדם מחבירו כדי יין ובלבד שלא יאמר לו הלויני ומפרש התם דהשאילני לא אתי למיכתב והלויני אתי למיכתב ופרש"י ותוס' והרי"ף והרא"ש שם דהלואה לזמן מרובה משמע דזמנה ל' יום משא"כ שאלה שהוא בעין וזמנה לאלתר אלמא משמע להדיא דלשון הלויני משמע לזמן מרובה אף בי"ט אך מ"מ לשון שאלה או תן לי שמבואר שם בר"ן ובש"ע א"ח סי' ש"ז סי"א דמותר לומר בשבת משמע התם שיכול לתובעו תיכף לאחר שבת ע"ש בר"ן וחידושי הרשב"א ונראה שהוא מטעמא דפרישית וסוף סוף ראיית הב"ח נדחית בטוב דהא אסור לומר בי"ט לשון הלויני כמו בשבת דגזרינן שמא יכתוב ואינו מותר אלא בלשון שאלה או תן לי ובכה"ג זמנו תיכף לאחר י"ט:

ג הלוה נשבע היסת. דין זה הוא מדברי הרמב"ם פי"ג מה"מ והוא משום דכפירת זמן דמי לכפירת גוף הממון דחייב היסת בכופר הכל וש"ד נגד ע"א ויש להקשות מדברי הרמב"ם והמחבר בסי' קכ"ג ס"ז דאיתא התם ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע ללוי ואמר להד"ם אבל ישבע שמעון ויטול מוציאין הממון מיד לוי ויהא מונח ביד ב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול וכן וכו' ויש לראובן להחרים על מי שטוען טענת שקר כדי לעכב הממון ולאחרו וא"א דכפירת זמן ככפירת גוף הממון א"כ יכול הנתבע להפך השבועה על התובע הא מכח ההיפוך ישתהא הממון ביד ב"ד וע"ז גופה חייב לוי שבועה דכפירת הזמן ככפירת גוף הממון וא"כ היאך יכול להפך חצי התביעה דהא התובע תובע לשלם לו הממון מיד וע"י ההיפוך לא ישלם לו מיד והוי כמהפך רק חצי תביעתו הגע עצמך מי שתובע לחבירו מנה ונתחייב הנתבע היסת על הכל היוכל להפך על התובע ולומר לו השבע וטול נ' או שאפטר מן השבועה פשיטא דהנתבע צריך לישבע על הכל או להפך הכל וא"כ ה"נ היאך יכול להפך על התובע ולשלם לו לאחר זמן הא על הזמן גופה חייב הנתבע שבועה ודוחק גדול לומר דהתם מיירי בגוונא דשהיית הזמן אינו שוה פרוטה דא"כ אמאי כתב דיש לו לראובן להחרים ללוי על מי שטוען טענת שקר לעכב הממון ולאחרו הא אין בטענה זו שוה פרוטה וכ"ש דקשה טפי לשיטת הט"ז בסימן פ"ז סכ"ב דבהיפוך שבועה אין על הנתבע חרם סתם שקודם השבועה שתקנו הגאונים וא"כ אמאי מגיע התם לראובן להחרים על מי שטוען שקר כיון דלוי מהפך השבועה על שמעון וע"כ צ"ל דלכך יכול להחרים משום דשהיית הזמן הוי טענה בפני עצמה וא"כ

הדרא קושיא לדוכתה דיצטרך לוי שבועה על זה כמו הכא דחייב שבועה על כפירת זמן ולא שייך בזה היפוך כלל וכמ"ש וצל"ע:

ד או שהיום סוף הזמן שקבע לו. זה הלשון אינו ברמב"ם והמחבר הוסיפו מדעתו וכתב הש"ך דמיירי שהוא אחר שלשים יום או שלא נכתב זמן ההלואה בשטר והמלוה טוען שהוא לאחר ל' יום דאל"כ אף בשטר סתם הלואה ל' יום כדלעיל ס"א ואף אם המלוה טוען אני התניתי עמך שתפרע לי קודם ל' נראה דהלוה נשבע היסת כיון דסתם הלואה ל' יום ופורע לו לאחר שלשים מזמן הלואה הכתוב בשטר עכ"ל והנה מ"ש דכשלא נכתב זמן ההלואה בשטר והמלוה טוען שהוא לאחר ל' יום דהמלוה נאמן לא ידעתי אמאי יהא נאמן המלוה כיון דסתם הלואה ל' יום אף בשטר והלוה טוען שעדיין לא נשלם הזמן יד בעהש"ט על התחתונה והלוה שהוא מוחזק נאמן לומר שעדיין לא נשלם הזמן ועד כאן לא אמרינן בב"מ בפ' השואל דהאי מאן דאוגר ביתא לחבריה לעשר שנין וכתב ליה שטרא בלא זמן וא"ל המשכיר נקיטת חמש שנין דמהימן המשכיר וכן כשאומר כבר עברו ושלמו כל שני השכירות כמבואר בסי' שי"ז ס"ב היינו משום דהקרקע בחזקת בעליה עומדת על כל דבר ספק הבא לפנינו כדפרש"י התם וא"כ הכא לענין מלוה בשטר שהלוה מוחזק אמאי לא יהיה נאמן לומר שעדיין לא נשלם הזמן כמו התם דהמשכיר מוחזק שהוא נאמן לומר שכבר נשלם הזמן בשלמא כשאין בשטר זמן כלל והלוה טוען שקבע לו זמן יותר משלשים יום לא מהימן כיון דסתם הלואה הוא ל' יום אמרינן מסתמא זמן הפרעון הוא לאחר שלשים דכיון שלא נכתב זמן בשטר מסתימא היתה הלואה בלא זמן אבל כשהלוה טוען שעדיין לא נשלמו השלשים יום אמאי לא יהיה נאמן כיון שהיא מוחזק ויד בעהש"ט על התחתונה ובאמת נראה דהש"ך נמשך בזה אחר סברת הראנ"ח שהביא במ"ל פט"ו מטוען דס"ל דאף במטלטלין כל מילתא דלחזרה קאי כל ספק דאתייליד ביה מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא והביא ראיה משטר דהכא דהמלוה נאמן לומר שכבר הגיע זמן ע"ש ולכך ס"ל להש"ך דהמלוה נאמן לומר שכבר נשלמו השלשים יום אך הרב בעל מ"ל השיג עליו שם מדברי התוס' בס"פ השואל אהא דאמר רבא התם האי מאן דאמר לחבריה אושלן לי מרא למירפק פרדיסי דרפיק ואזיל כל פרדיסי דאית ליה והקשו התוספות דהא בפ' המוכר את הבית אמרינן דארעתא תרי משמע ותירצו דהתם המוכר מוחזק ויד לוקח על התחתונה והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק וכ"ת לא מקרי שואל מוחזק כיון שסופו לחזור כדאמרינן גבי קרקע דאפילו בא בסוף החודש כולו למשכיר לא דמי דהתם הוא קרקע שאינו יכול לשומטו אזלינן בתר מרא קמא אבל במטלטלין אזלינן בתר מאן דתפיס עכשיו ע"כ הרי

להדיא דלא כסברת הראנ"ח ומה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם גבי שטר אינה ראיה כלל דהתם איירי בשטר סתם שכתוב בו סך ההלואה ולא הזכיר הזמן דהתם ליכא מידי לספוקי לטענת הלוה אחר עבור ל' יום דסתם הלואה אבל כל היכא דמתוך השטר איכא צד לסייע ללוה הממע"ה אלו הן תורף דברי המ"ל ומעתה היכא שהלוה טוען שעדיין לא נשלמו השלשים יום הדין ברור דישבע הלוה היסת ויפטר כיון דנולד ספק בתוך השטר עצמו ואף שבתוס' בפ' המוכר את הבית דף ס"א ע"ב מסקי בשם ר"י כסברת הראנ"ח מ"מ הא הרמב"ן בחי' שם והנ"י והרא"ש בס"פ השואל והנ"י שם כתבו בפשיטות כדברי התוס' שבס"פ השואל ומעתה הדבר ברור דלא כהש"ך אך לכאורה יש להוכיח כסברת הראנ"ח דכל מידי דלחזרה קאי מוקמינן בחזקת בעלים הראשונים דאל"כ קשה לפי מה שהעלה הש"ך בסק"ה דהרחיב לו זמן אחר ההלואה א"ל קנין דמחילה א"צ קנין ודבריו ברורים בזה ובקנין ודאי מהני לכ"ע א"כ תקשה בכל שטר ליהוי הלוה נאמן לומר הרחבת לי הזמן דהא כל מעליותא דשטרא דא"נ לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ולענין הרחבת הזמן לא שייך חזקה זו ואף אם נאמר דאף בהרחבת הזמן מ"מ היה לו להחליף השטר או לכתוב על גביו שזמן הפרעון הוא אח"כ מ"מ קשה לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' ס"ט ס"ב דבכת"י נאמן לומר פרעתי והטעם כתבו רוב הגאונים כיון דבשטר זה אינו גובה ממשועבדים אין מפקידין עליו ומניחים אותו ביד המלוה אבל בשטר בעדים כיון שגובין בו ממשעבדי זילי נכסי ואין מניחים אותו ביד המלוה וא"כ בשטר גמור והרחיב לו זמן הפרעון כיון דסוף סוף גובין בו ממשעבדי מה לו להקפיד להניחו בידו וליהוי הלוה נאמן לומר הרחבת לי הזמן ולא שייך לומר בזה מחילה טענה גרועה היא דהלואת אדם לחבירו מילתא דשכיח הוא שאדם גומל חסד לחבירו וכ"ש הכא דחזינן שהלוה לו מקודם אמאי לא יהיה נאמן לומר שהרחיב לו עוד זמן וליכא למימר דאה"נ דנאמן זה ליתא דא"כ ליהוי הלוה נאמן לומר קבעת לי זמן בשטר שאין בו זמן במיגו דהרחבת לי זמן אח"כ ועוד אוכיח כן לקמן מספ"ב דכתובות א"ו כסברת הראנ"ח דכל מילי דלחזרה קאי מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא ולכך המלוה נאמן בזה אך מ"מ אף לסברת הראנ"ח יש להקשות כן מהא דאיתא בס"פ בתרא דכתובות שנים שהוציאו שט"ח זע"ז אדמון אומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני וחכ"א זה גובה שטר חובו וזה גובה שט"ח ומוקי הש"ס התם בלוה ראשון לחמש ושני לעשר ופריך עלה התם ה"ד אי דמטא זימניה מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זימניה מ"ט דאדמון ומוקי לה לא צריכא ביומא דמישלם זימניה מ"ס עביד אינש דיזיף ליומא ומ"ס לא עביד אינש דיזיף ליומא וכ"פ בסי' פ"ה ס"ג דאם הגיע זמן הפרעון של חוב הראשון אזי השטר

הראשון בטל ואם הלואת השני קודם ז"פ של השטר הראשון זה גובה וזה גובה ואם כן אי אמרינן הא דאין הלוה יכול לטעון על מלוה בשטר הרחבתי לי הזמן הוא משום דאוקי ממונא בחזקת מרא קמא א"כ אמאי כשהגיע זמן פרעון שטר הא' והמלוה לוה ממנו אמרי' דהשטר הא' בטל דודאי פרוע הוא משום אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני אמאי אין המלוה הא' יכול לומר הרחבתי לך זמן הפרעון אחר הלואה ולכך לא הייתי יכול לתבוע ממך קודם הז"פ והוצרכתי ללוות ממך ואף שאין המלוה הא' טוען כן מ"מ יהיה נאמן במיגו דאי בעי היה טוען כן דהא לענין טענת כיצד אתה לוה ממני מהני מיגו כמבואר בסי' פ"ה ס"ג בהגה ובש"ך ר"פ פ"ה שם וליכא למימר כיון דאיכא ריעותא בשטרא דהרחיב לו הזמן אמרי' נמי דילמא נפרע כולו זה ליתא כיון שהוכחנו דמן הדין היה הלוה נאמן לומר בשטר הרחבת לי הזמן דליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלא הא דא"נ הוא משום כיון דלחזרה קאי אוקי ממונא בחזקת מ"ק ונאמן המלוה בזה וא"כ כיון דחזינן בכל דוכתי דשטרא מהני להוציא ממון מחזקתו משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ בשנים שהוציאו שט"ח זע"ז יהא נאמן המלוה הא' לומר שהרחיב לו הזמן נגד חזקת מ"ק בכדי להעמיד גוף השטר על חזקתו שלא נפרע משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"ו ע"כ צ"ל דגוף הטענה דהרחבת לי זמן היא טענה גרועה מצד עצמה בלא חזקת מ"ק ולכך כיון דע"כ איכא ריעותא בשטרא חיישינן נמי דילמא פרוע היא וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דלמה לא יהא הלוה נאמן בטענה זו ואפשר לומר לפי שיטת רבינו ישעי' בטור סי' י"ב דבנקט המלוה שטר בידו לא מהני מחילה דה"ה דלא מהני נמי הרחבת הזמן שהוא מתורת מחילה אך עדיין קשה דהא קנין ודאי מהני וא"כ יהיה הלוה נאמן לומר שקנו מידו על הרחבת הזמן ועוד דהא הרב רמ"א בסי' רמ"א ס"ב בהגה פסק דאף בדנקט שטרא מהני מחילה וצ"ע. גם הפי' הא' שפי' הש"ך דמיירי שהוא לאחר ל' יום מזמן הלואה א"כ צ"ל דמיירי שהמלוה מודה שהרחיב לו זמן יותר משלשים יום אלא שאומר שכבר נשלם הזמן והלוה אומר שעדיין לא נשלם יש להקשות דאמאי נאמן המלוה בזה הא הט"ו בסי' פ"ב סי"ב פסקו דאם הודה המלו' שהשטר נעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה והלוה מכחישו שהלוה נשבע היסת ונפטר וא"כ ה"נ הא המלוה מודה שהשטר נעשה על תנאי שימתין לו ההלואה לזמן פ' והלוה אומר שעדיין לא קיימו המלוה שלא נשלם הזמן א"כ ישבע הלוה היסת ונפטר וצ"ל כיון דטעמא דהתם דלא מהימן המלוה במיגו הוא משום דמיגו להוציא לא אמרי' א"כ י"ל דהכא כיון שאין הטענות ביניהם אלא בענין אריכות הזמן לא מיחשב מיגו להוציא כיון דסוף סוף הדרי המעות להמלוה ואף דכבר העליתי דאף היכא דלחזרה קאי מ"מ מיחשב

הלוה מוחזק מ"מ י"ל דלא מיחשב מיגו להוציא מה"ט ועוד י"ל כיון דליכא ריעותא אלא בענין הזמן מיחשב שטרא מעליא ואמרינן ביה מיגו להוציא כמ"ש הש"ך שם ובלא"ה הש"ך חולק שם בס"ק כ"ח על הט"ו בזה ובכה"ג אפשר דכ"ע מודי':

ה ישבע המלוה היסת. הש"ך השיג ע"ז ודעתו דדוקא במלוה בשטר סגי בהיסת כיון שאין השטר עומד לכך והוי כמו שטוען על השטר שהוא אמנה או רבית שא"צ המלוה לישבע אלא היסת כדאיתא בסי' פ"ב ס"י אבל בטוען על המשכון חייב לישבע בנק"ח כמו בשאר טוען על המשכון בסי' ע"ב אך לפ"ז לשיטת הסוברים בסי' פ"ב ס"י דהיכא שטוען הלוה מחלת לי החוב שבשטר דחייב המלוה שבועה בנק"ח א"כ ה"ה בטוען הרחבת לי זמן דהוי נמי כמחילה חייב בעל השטר שבועה בנק"ח אבל לפי שיטת הראנ"ח שהבאתי בס"ק שלפ"ז דס"ל דאף במטלטלין כל מידי דלחזרה קאי כל ספק דאתייליד ביה מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא דהוי כמו קרקע דאזלינן ביה בתר חזקת מ"ק א"כ הוי בעהש"ט כמו מוחזק בהמעו' ואינו חייב אלא היסת כמו שמבואר בסי' ק"מ דקרקע ידוע לראובן ושמעון מחזיק בה ואוכל פירותיה וטוען שלקחו וראובן מערער דגזולה היא בידו דישבע ראובן היסת ויוציא הקרקע מיד שמעון וה"נ ובאמת לפי שיטה זו נראה דאף במלוה על המשכון נמי סגי בהיסת דל"ד לשאר מלוה על המשכון דכיון דלאו אגופא דמשכון קטעין הוי כמוציא מחבירו וחייב שבועה ליטול משא"כ הכא כיון שאין מחולקים אלא על הזמן א"כ בעל המשכון הוי כמוחזק בהמעות אף בלא המשכון דמוקמינן להמעות בחזקת מ"ק אלא שאם לא היה המשכון בידו היה הלוה נאמן על הזמן במיגו דלהד"ם או פרעתי אבל כשיש משכון ביד המלוה א"כ ליכא מיגו להלוה ואדרבה המלוה אית ליה מיגו והוא מוחזק בהממון ממילא כיון דלחזרה קאי ואינו חייב אלא היסת וזה טעם נכון לדברי המחבר דאינו חייב אלא היסת אף במשכון ואין אנו צריכי' לסברת הסמ"ע ולפ"ז לפמ"ש בס"ק שלפ"ז דהש"ך ס"ל כסברת הראנ"ח וכאן פוסק במשכון דחייב שבועה בנק"ח הוא סותר משנתו ומ"ש נ"ל נכון ועיקר ודוק:

ו ומכין עליה מכת מרדות. הסמ"ע והש"ך נתנו טעם למה אין לוקין עליה מלקות דאורייי' והט"ז כתב דאין לוקין בשב ואל תעשה כי לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו והגאון ח"צ בהגהות השיג עליו כיון דבשעת שבועה הוא נשבע לשקר והיא שבועת שוא א"כ לוקין עליו דהא אמרינן בכמה דוכתי כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם ואני אומר שדברי הט"ז נכונים ות"ח שאמר דבר אין מזניחין אותו דהא הרמב"ם בפ"ד מה' שבועות כתב דנשבע שאוכל ולא אכל אין לוקין עליו מפני שלא עשה מעשה ומפני מה לוקה אם נשבע שאכל והוא לא אכל אע"פ שלא עשה מעשה

מפני שמעת שבועתו לשקר נשבע אבל נשבע שיעשה והוא לא עשה אינו שבועת שקר משעת שבועה עכ"ל ובתשו' מוהרי"ק סי' קל"ד ביאר דבריו משום דשבועת שקר אי לאו דרבינהו קרא למלקות לא הוי לקי דעקימת שפתים לא הוי מעשה ולכך דוקא בלשעבר לוקה משום דאיכא קצת מעשה בעקימת שפתים וכדגלי קרא אבל נשבע שיאכל ולא אכל דאין כאן עק"ש באיסור כלל שהרי בעת השבועה היה באפשר בידו לקיים ואינו עובר על השבועה אלא בשב וא"ת עכ"ד וא"כ ה"נ שנשבע שנית לפרוע לשמעון לזמן פ' אין לוקין עליו משום דלאו שאין בו מעשה הוא דהכא אין כאן עקימת שפתי' לאיסור דהא יכול להיות שיפרע לו במעו' בעין אלא דאמרינן כיון שדעת המלוה שהלוהו היה ע"ד שיפרע לו בכל ענין אף למכור משלו א"כ ודאי ע"ד כן נשבע וכלל בשבועתו כל ענייני הפרעון והוי שבועת שוא כמ"ש הב"ח אבל מ"מ אין כאן עקימת שפתים באיסור דהא יכול לקיים שבועתו במעו' בעין אלא דמחשבתו ניכרת מסתימת דבריו שדעתו אף למכור משלו וא"כ ה"ל לאו שאין בו מעשה ואין לוקין וכדומה לזה אמרינן בסנהדרין דף ס"ה דלכך עקימת שפתיו דמגדף לא הוי מעשה משום שישנו בלב ופרש"י משום דאם מברך השם כל היום ואין לבו כלפי מעלה אלא לדבר אחר ומכנהו בשם המיוחד אינו חייב ע"ש וכ"ש הכא דאין רמז בלשונו למכור משלו אלא דמחשבתו ניכרת מסתימת דבריו ודוק ועמ"ש סי' ל"ד ס"ק ג':

ז עדיין השבועה במקומה עומדת. הסמ"ע הביא בשם התה"ד דאם נכתב בכת"י שנשבע לשלם לחבירו ואח"כ אמר שלא נשבע אלא שכתב לו כך אם התובע מודה פשיטא דאין לחוש לשבועה זו ואם אינו מודה לענין ממון דינו כשאר שטר דלית ביה שבועה עכ"ל ובאמת מ"ש דאם אינו מודה לענין ממון דינו כשאר שטר דלית ביה שבועה המעיין בתה"ד יראה דלא ברירא ליה האי דינא וכן נסתפק בזה מוהר"ם פדוואה בתשובה סי' נ' והרב רמ"א בד"מ בסי' ר"ז והגהת ש"ע שם סי"ט הכריע דאם כתב לו בשטר שקיבל עליו בח"ח ובש"ד מהני כמו אם כתוב בשטר שקנה בבד"ח דמהני אף שידוע שלא קנה בבד"ח וכמ"ש הסמ"ע שם וכבר תמה בזה הרב בעל נחלת שבעה בדיני תנאי' ראשונים סי' ח' ומ"ש שם בישוב דבר זה הוא דחוק מאוד ואינו מוכרח כלל לדינא ע"ש וע' בט"ז וש"ך:

ח וישומו אותו ויתננו לו בתורת פרעון. בתשו' הרא"ש מסיים בזה דלא גרע ממה דמשדכין התינוק בשבת ומשכירים אותו אפי' לאומנות וכתב הסמ"ע דנראה מזה ללמוד שהתיר אפי' לאחרים שיעסקו בשומא זו כדי שיקיים זה מצותו דומיא דשידוך התינוק דשידוך ע"י אחרים הוא והשיגו עליו הט"ז והש"ך דל"ד לשידוך דהתם עושה מצוה בעצמו במה שמשדך את התינוק משא"כ הכא דמונע עבירה מחבירו והוי כמו הדביק פת

בשבת בתנור דאמרי' בפ"ק דשבת דאין אומרי' לאדם חטא כדי שיזכה חבירו ולפענ"ד יש לתרץ קושיא זו ע"פ מה דאמרי' בר"פ שבועת הדיינים גבי איום שבועה דאומרים לו דכל עבירות שבתורה נפרעים ממנו וכאן ממנו ומכל העולם כולו שנאמר אלה וכחש וכו' ופריך עלה וכל עבירות שבתורה מכל העולם לא והכתיב וכשלו איש באחיו איש בעון אחיו מלמד שכל ישראל ערבי' זה בזה ומשני התם שיש בידם למחות ולא מיחו אבל בשבועה אף שאין בידם למחות ערבים זה לזה וכ"כ הט"ו בסי' פ"ז ס"כ וא"כ י"ל דע"כ לא אמרינן א"א לאדם חטא בשביל שיזכה חבירו אלא בשאר עבירות דהיכא שאין בידו למחות אינו בכלל הערבות לכך אין לאדם לחטוא אפי' איסורא זוטא בכדי שלא יעשה חבירו איסורא רבה משא"כ הכא לענין שבועה שאם יעבור חבירו על השבועה כל העולם נענשים אף שאין בידם למחות מטעם ערבות א"כ הוי כאלו הוא עושה האיסור בעצמו ולכך אמרינן מוטב שיעשה הוא איסור קל בכדי שלא יעבור חבירו על השבועה שהוא איסורא רבה ובאמת נראה דמה"ט כתבו התוס' בשבת דף ד' ובעירובין דף ל"ב דע"כ לא אמרינן א"א לאדם חטא בשביל שיזכה חבירו אלא היכא שלא נעשה האיסור על ידו משא"כ היכא שהאיסור בא על ידו אמרינן מוטב דליעבד איסורא זוטא ולא ליעבד חבריה איסורא רבה ע"ש והוא מה"ט שכתבתי דכיון שהאיסור יהא נעשה על ידו א"כ הוי כמו יש בידו למחו' ולא מיחה דחל עליו חיוב הערבו' והוי כאלו עושה האיסור בעצמו לכך מוטב שיעשה איסורא זוטא וזה נכון בסברא אך בתשו' המיוחסת להרמב"ן סי' רנ"ב והביאו הב"י בי"ד סי' רכ"ח והש"ך בס"ק כ"ח שם בנשבע שלא לשחוק בקוביא לא משמע כן ע"ש:

ט דכל שפטור מדין הפרעון אינו חייב לשלם מכח השבוע'. דאמרי' שלא נשבע אלא בשביל חיוב הפרעון אבל היכא דלא נתחייב בפרעון פטור מן השבועה כ"כ מוהרי"ק בסי' פ"א בשם הרשב"א ואיכא למידק מהאי דאיתא בש"ע י"ד סי' רכ"ח סל"ט דהנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' יכול להתירו שלא ע"פ חכם שיאמר הריני כאלו התקבלתי אבל להאריכו ושיעמוד בחיובו לאו כל כמיניה ודין זה הוא מתשובת הרשב"א כמבואר בב"י שם וא"כ לפי מה שהעלה הש"ך בסק"ה דאם מרויח לו זמן הפרעון אחר ההלואה א"ל קנין דהוי כמחילה דא"צ קנין א"כ אמאי לא מהני אם המלוה האריך לו הזמן לפטור מן השבועה דה"נ נאמר דלא נשבע לו אלא בשביל חיוב זמן הפרעון אבל כשהאריך לו הזמן דאז פטור מדין הפרעון אדעתא דהכי לא נשבע וצ"ל דשם איירי שנשבע לפרוע לזמן קודם לזמן שקבע לו המלוה בשעת הלואה או דאף בשעת ההלואה לא קבע לו המלוה ז"פ אלא שהוא מעצמו נשבע לפרוע לו לזמן פ' א"כ לא נקבע זמן פרעון אלא

מחמת שבועתו ולא שייך לומר דנשבע אדעתא דחיוב ז"פ דהא הוא בעצמו קבע הזמן ע"ש בב"י בשם תשו' הרשב"א בראובן שנשא בת שמעון והתנו ביניהם בשעת נשואין לעשו' לו שטר מתנאי אחד שהוא לתועלת שמעון לזמן פ' ונשבע ע"ז שא"י להאריך הזמן ע"ש ודוק:

י צריך להוליכו אחריו וכתב הש"ך דאיירי כשתובעו דאל"כ כבר נתבאר דאפי' הוא בעיר אינו חייב על השבועה כשאינו תובעו וכ"ש אם אינו בעיר וכן משמע להדיא בסמ"ע ס"ק כ"ג עכ"ל ולפענ"ד דבריו אינם מסתברי' כלל דהא הטעם דצריך להוליכו אחריו מבואר בתשובת מוהרי"ק סי' י"ז דכיון דהמלוה דר במקום אחר ודאי לא נתכוין המלוה שיצטרך ללכת אחריו לבקשו וטפי מאומדנא דמוכח הוא ואפי' בלא שבועה הדין כן וכ"ש הכא שנשבע עכ"ד וגם הרב רמ"א שהעתיק האי דינא לענין שבועה ודאי דסבירא ליה דאף בלא שבועה דינא הכי דודאי חומר השבועה אינו מחייבו יותר מחיוב הפרעון וכמו שהוכיח מוהרי"ק בתשו' סי' פ"א מהאי דינא שכתב המחבר ע"ש וא"כ כיון דטעם אומדנא הוא א"כ פשיטא דכה"ג שהמלוה במקום אחר לא נתכוין שיצטרך לתובעו דאולי לא יזדמן לשלוח לו לתובען ובודאי כוונתו היה שהלוה ישלח לו מעותיו בלי שום תביעה כלל דדוקא כשהם דרים בעיר אחת אמרינן דלא נשבע אלא ע"ד שיתבענו דמסתמא כשהוא בעיר תובעו משא"כ אם בשעת הלואה אינם דרי' בעיר אחת מסתמא הלוה לו ע"ד שהלוה ישלח לו מעותיו בלי שום תביעה כלל ולפ"ז גם מה שכתב שכן משמע להדיא בסמ"ע ס"ק כ"ג אינו מוכרח וק"ל וכנ"ל עיקר:

יא חייב לפרוע ביום החודש הא'. משום דשני ימים נקראים ר"ח וספיקא דאוריי' לחומרא כ"כ הרשב"א והובא בש"ך ונראה דמיירי שאינו אומר מה היה בלבו אלא אומר כך נשבעתי כמו שפרשוהו חכמים או ששכח מה היה בלבו אבל באומר ברי שכוונתו היה ביום ר"ח השני נאמן לפרש דבריו בכה"ג כמ"ש הש"ך בי"ד ר"ס ר"ח וברי"ס רל"ו ע"ש ומדכתב הרשב"א הטעם משום דספיקא דאורייתא לחומרא משמע דבשטר דלית ביה שבועה אמרי' דהממע"ה וא"צ לפרוע אלא ביום השני דר"ח וכ"כ הכנה"ג בשם מוהר"ש הלוי להדיא אך באמת לפי שיטת הראנ"ח והש"ך שהבאתי בסק"ד דס"ל כל מילתא דלחזרה קאי אף במטלטלין מוקמינן בחזקת מ"ק ואף במלוה ע"פ א"נ אלא מדין מיגו אבל בלא מיגו המלוה נאמן וא"כ כיון דבברי וברי המלוה נאמן אם כן ה"ה היכא ששניהם טוענים שמא נמי מוקמינן להו בחזקת מ"ק וחייב לפרוע לו ביום הראשון דמה לי ברי וברי ומה לי שמא ושמא ואף במלוה ע"פ נמי הדין כן דהא הכא לא שייך מיגו כיון שאין הלוה יודע אך לשיטת המ"ל שחולק ע"ז אזי לענין דין ממון בל"ש א"צ לפרוע

אלא ביום השני אך היכא שהמלוה טוען ברי שהתנה עמו ביום הראשון והלוה א"י וכן בכל קביעת ז"פ שהמלוה טוען ברי והלוה מסופק צ"ע אם יש לדמותו לא"י אם פרעתיך דחייב לשלם כיון דהחיוב ודאי והפרעון ספק ומ"ל שהספק בגוף הפרעון או בקביעת זמן הפרעון כיון דקביעת ז"פ חשוב כממון גמור לענין שבועה והנה לפי מ"ש הט"ז ס"ס ע"ה דטעמא דא"י אם פרעתיך חייב לשלם משום דמוקי הממון בחזקה קמא קודם שנולד הספק ואז בודאי היה לו ונשאר החוב בתקפו אם כן ודאי דזה לא שייך במסופק בזמן פרעון דאדרבה אם ניקי החוב בחזקתו הראשונה עדיין לא הגיע זמנו ופטור מלשלם אך הש"ך בסי' רל"ב ס"ק ט"ו כתב בשם מוהרשד"ם דלא כהט"ז ומשמע דלא סבירא ליה כסברת הט"ז ואם כן הכא במסופק בקביעת הזמן יכול לומר דהוי כאיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כיון שהחיוב ודאי והפטור ספק דאף כשספק הפרעון הוא קודם ההלואה חייב מהאי טעמא כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז או דילמא דהכא הוי כא"י אם הלויתני דקביעת הזמן בשעת הלואה הוי נמחל לו המלוה עד אותו זמן וא"כ הוי כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך כלל עד אותו זמן המאוחר אך לפי מה שכתבתי לקמן סי' ע"ה סק"ו דאף באומר קבלתי ממך מעות ואיני יודע אם במתנה בא לידי או בהלואה דחייב לשלם אם כן הוא הדין הכא חייב לשלם ע"ש:

יב שהלוה מבזבז נכסיו. הש"ך כתב בשם מוהרש"ל דדוקא מבזבז נכסיו הדין כן כיון שעושה שלא כדת אבל אם אינו מבזבז אע"פ שמתמוטט מידי יום יום ולא יהא יכול לשלם להזמן אף במטלטלי לא יכול המלוה לעכב תה"ז וכן הסכים הש"ך ונראה דדוקא להוציא מיד הלוה הדין כן אבל אם באו מעות הלוה ליד המלוה עצמו תה"ז אין מוציאין מיד המלוה להחזירו ללוה וראיה לזה מדברי הריב"ש בסי' ק"ט שהסכים לדברי הרמב"ן והרשב"א שאין המלוה יכול לגבות חובו בת"ז אע"פ שהלוה מבזבז נכסיו ומ"מ כתב שם בשם הרשב"א שאם באו מעות הלוה ליד המלוה תוך הזמן אין מוציאין מיד המלוה ליתן ללוה דבמקום פסידא חוששין והריב"ש הביא סעד לזה מהא דקיי"ל סי' פ"ה ס"ה דאע"ג דקיי"ל כר"נ דזה גובה וזה גובה אם מת האחד והניח יתומים קטנים שאינם בני גוביינא עד שיגדלו זה עומד בשלו וזה עומד בשלו דכיון דתפס תפס אלמא כל היכא דאיכא פסידא מבוארת אין מוציאין מיד התופס ע"ש ואם כן ה"ה לדידן במתמוטט מידי יום יום אע"פ שהלוה לא פשע מידי מ"מ כשתפס המלוה אין מוציאין ממנו ליתנו ללוה דבמקום פסידא חוששין דומיא דמת והניח יתומים קטנים שהביא הריב"ש ראיה:

יג חייב לפרוע כמו שהיה שוה בשעת המכירה. וז"ל הריב"ש בסי' שצ"ו ואיברא אם היו החטים פקדון בידו ומכרן בלא רשות ב"ד ובלא שומא והיה בענין שאי אפשר לבטל

המכר אז היה מן הדין שלא ישלם כי אם כשעת הזול ואף אם עשה שלא כדין וטעמא משום כיון דמכר מה שאינו שלו ה"ל גזלן וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אלא שהיה צריך לעדים שיעידו שמכרו אז אבל שנאמינהו לומר אני מכרתים בשעת הזול אני אומר שאין להאמינו במיגו לשווויי נפשיה רשע כדאמרינן בפ' האשה שנתארמלה גבי העדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון דאינן נאמנים אף באין כת"י יוצא ממקום אחר ואע"ג דלא משמע להו לאינשי דליהוי רשע בשביל מכירת משכון או פקדון בלא שומת ב"ד בשביל חובו מ"מ כיון דלית ליה למיעבד הכי לא מהימנינן לי' במיגו וכו' עכ"ל והדברים הללו המה תמוהים מאוד ואינם מובנים כלל לכאורה דמ"ש דא"נ לומר אני מכרתים בשעת הזול שאין להאמינו במיגו לשווויי נפשיה רשע הא אף אי מכרו עכשיו בשעת היוקר משוי נפשי' ג"כ רשע במה שמכרו בלי שומת ב"ד דמה חילוק יש אי מכרו בעת הזול או בעת היוקר וגם למה צריך מיגו לטענה זו שמכרה בעת הזול דאמאי א"נ בטענה זו מצד עצמה דמה גריעותא איכא בטענה זו שיצטרך לה טעם מיגו והנראה בזה דהריב"ש אזיל לטעמיה דפסק בסי' רס"ו והביאו הרב רמ"א בסי' ל"ד סכ"ג בהגה דמי שהעיד בב"ד ואח"כ באו עליו עדים שעבר עבירה דנפסל בה לעדות מן התורה וא"י אם עבר קודם שהעיד או אח"כ מוקמינן גברא אחזקתו דכל מה שהעיד הוא כשר דאמרינן השתא הוא דאיתרע ע"ש והנה לענין א"א משים עצמו רשע קיי"ל דא"נ למשוי עצמו רשע אף שעה אחת כמבואר בט"ו סי' מ"ו סל"ז דאין עדים נאמנין לומר אנוסים היינו מחמת ממון ואח"כ עשינו תשובה וא"כ יפה כתב הריב"ש כיון דעכשיו החיטים ביוקר אינו נאמן לומר מכרתים בעת הזול דא"נ לשווויי נפשיה רשע דמוקמינן ליה בחזקת כשרות ואמרינן דהשתא הוא דאיתרע ואינו נאמן למישם את עצמו רשע אף שעה אחת וה"ט נמי דא"נ לומר מכרתים בעת הזול אם לא במיגו דא"נ למיפטר נפשיה מממון בטענה דמשים א"ע רשע לכך הביא הריב"ש ראיה דאף במיגו לא מהימן לעשות א"ע רשע וכ"ש דלא מהימן בטענה זו מצד עצמה זה נ"ל נכון בכוונת דברי הריב"ש ז"ל ותמיהני מהב"י והאחרונים שהשמיטו דברים אלו אך כ"ז אי אמרינן א"א משים א"ע רשע אף לפטור א"ע מממון ואף במיגו לא מהימן וזהו שיטת הסמ"ג שהביא המחבר בי"ד סי' קע"ב סי"ב וכמ"ש הש"ך שם אך הש"ך בי"ד ס"ס קס"ט ס"ק ע"ט הוכיח מדברי הרב שם והב"י והב"ח והעט"ז דכל היכא שהלוה מוחזק נאמן אף לשווויי נפשיה רשע למיפטר מממון ע"ש וכ"כ בתשובת הרב רמ"א סי' פ"ו דמדברי הרא"ש והטור בסי' קס"ב משמע להיפך מדברי הסמ"ג דכל היכא שהלוה מוחזק נאמן לפטור עצמו אף דמשוי נפשיה רשע א"כ כ"ש הכא דהמלוה נאמן לומר אני מכרתים בעת הזול ודלא כהריב"ש:

יד ואם א"י כמה היה שוה. העיקר כמ"ש הב"ח דמירי שטוען א"י אם היה שוה יותר כלל ואפ"ה נשבע הלוה ונוטל משום כיון דמכרו בידים ה"ל כגזלן ומשום תקנת נגזל נגעו בה שישבע ויטול ומה שהקשה הש"ך כיון דבטוען ברי לא חשיב גזלן למה יחשב גזלן בטוען שמא יפה תי' הט"ז בט"ט דבטוען ברי לא מיחשב גזלן דלא מיחשב לאינשי איסורא בהכי למכור משכון בלי שומת ב"ד עבור חובו אבל כשאינו יודע שויו ה"ל גזלן גמור דכיון שא"י שויו האיך מוכר דבר שאינו שלו וזה נכון:

טו יש מי שאומר שרשאי ללקחו לעצמו. הטעם מבואר בריב"ש דבמומחים מקרי הם המוכרים לו וליכא חשדא אבל בהדיוטות לא מקרי רק שמאים והוא המוכר לעצמו ונראה דאף במומחים דוקא כשהם מכרו לו בפירוש אבל בשומת ב"ד מומחים והם נתנו לו רשות למוכרו א"י אח"כ להחזיקו לעצמו דלא עדיף משליח הבעלים עצמו דמבואר בסי' קפ"ה ס"ב דאין שליח יכול לקנותו לעצמו אפי' באותם דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו והוא מדברי הרשב"א שהביא הטור שם וכ"כ הרא"ש והר"ן בפ' א"נ גבי אלמנה שמכרה לעצמה לא עשתה ולא כלום משום דאמרינן לה מאן שם לך ופירשו משום דאין אדם מקנה לעצמו דאין מכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות ע"ש וא"כ כ"ש דמה שנתנו לו ב"ד מומחים רשות למכרו דא"י לקנות לעצמו כמו באלמנה אף דאית לה רשות ב"ד למכור דהא אלמנה מוכרת שלא בב"ד ואפ"ה אין לה רשות לקחת לעצמה אף בשומת ב"ד הדיוטות אלא שיחליטו לה ב"ד מומחים דוקא וע' בריב"ש ובתשובת מוהרי"ט חח"מ סי' צ"ג ועמ"ש בסי' ע"ב ס"ק כ"א:

טז וכן אם דחקו המלוה לפרוע וכו'. לשון הרב מגומגם דנראה מדבריו דהאי דינא דומה לדין הקודם שאמר לו צא ומכרו דאם המלוה קדם ומכרו מכירתו קיימת וה"ה באמר לו המשכון יהיה שלך אם קדם ומכרו המכירה קיימת ובאמת אין טעם לדין זה כיון דאמרינן דמה שא"ל המשכון יהא שלך דחויי קמדחי ליה א"כ אף בעבר ומכרו נמי המכירה בטלה והא דכשאמר לו צא ומוכרו המכירה קיימת היינו משום דכשא"ל צא ומכרו ודאי לאו לדחויי קמכווין או דמירי שלא היה דוחקו לפרוע וכבר עמד בכל זה הכנה"ג בס"ס ע"ב ע"ש ואולי י"ל כיון דשורש דין זה נלמד מהא דסוף ב"מ גבי פועל שא"ל טול מה שעשית בשכרך דיכול לחזור בו וכן במי שהי' כותלו סמוך לגינת חבירו ונפל וא"ל פנה אותם ויהיה שלך דלא קנה חצירו אא"כ פינה אותם שלא כיון אלא לדחותו כמבואר בסי' קס"ו ודעת הסמ"ע והב"ח שם דבפינה אותם אף שלא בפניו מהני כיון שעשה מעשה אין מוציאין מידו ע"ש וא"כ ה"נ כשהמלוה מכר את המשכון הוי כפינה אותו שא"י לחזור להוציא המשכון מיד הלוקח אך לדעת הש"ך שם דבעינן דוקא

שפינה בפני ה"נ בעינן שמכר המלוה בפניו דוקא כנ"ל וע' בתשובת הרדב"ז ח"א סי' כ"ב דכתב דאם לא היה דוחק אותו וכ"ש אם לא הגיע זמן הפרעון ואמר לו קני המשכון קנה כיון שהוא ברשותו עכ"ל משמע דאם לא הגיע זמן הפרעון אף אם תובעו לא קני ולפענ"ד ש"ס ערוך הוא בפא"נ דף ס"ו ע"ב להיפך דאמר התם גבי אסמכתא דהלוהו על שדהו וא"ל אם לא תתן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי דלא קנה משום דהוי אסמכתא ובעי התם למימר דאם אשכחיה בגו זימניה וא"ל קני קנה בתר זימניה וא"ל קני לא קנה מ"ט מחמת כסופא אמר ליה ומסיק ולא היא דאפי' בגו זימניה נמי לא קנה והאי דקאמר ליה קני קא סבר כי מטי זימניה לא ליתי לטרדן ופרש"י ולדחייה בעלמא משום כסופא אלמא אף בתוך הזמן שייך נמי לומר דלדחייה בעלמא א"ל כן כי היכא דלא לטרדו ובאמת לכאורה מסוגיא זו ראיה להאי דינא דהכא דאם א"ל המשכון יהיה שלך דלא קנה משום דלדחויי אמר כן כמו דאמרינן גבי משכון דמקרקעי דאם א"ל בסוף הזמן לא קנה משום דמחמת כסופא אמר לו כן אף דגם במשכון קרקע מהני האמירה דלאחר הלואה דליקני כיון שהוא מוחזק בקרקע דהא בגו זימניה קני להס"ד אף דלאחר הלואה א"ל כן ואפשר לחלק דהתם גרע טפי כיון שהתנה בשעת הלואה שאם לא יתן לו בזמנו יהא שלו איכא כסופא טפי או דשאני התם כיון דגזים דהמשכון שוה יותר מחובו אמרינן טפי דלדחויי קמכווין ומשום כסופא א"ל כן וע' בש"ך שהניח עיקר דין זה בצ"ע:

יז אבל שכר טרחו לא ישלם לו כיון דבלא"ה אית ליה אורחא להתם. מפשטא דלישנא משמע דמחלק בין הוצאות לשכר טרחא ואין שום טעם לזה דאם היה צריך להוצאות אלו בשבילו לבדו אף מהוצאות יש לפטור את הלוה וכ"כ הרב רמ"א בסי' רס"ד ס"ד בהגה להדיא דמי שהציל ספריו וספרי חביריו אם לא הוצרך להרבות בהוצאה בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום וצ"ל דהכא מיירי שהוצרך לשכור עגלה בשביל המשכון לכך צריך לשלם ההוצאות דבשבילו לבדו לא היה צריך לזה אבל טרחת ההליכה לא הוסיף בשביל המשכון כלל דהא בלא"ה הוצרך ללכת שמה וכן מצאתי בפרישה שכתב על הא דכתב הטור לשכור חמור להוליכו פירש והוצרך להרבות בשכר החמור בשביל הוליכו משכון זה עכ"ל ולכך פטור משכר טרחו דהא לא הוסיף טרחא עבור המשכון כלל אך לפ"ז בהלך מתחלה למדי לצרכו ולצורך המשכון צריך הלוה לשלם להמלוה ג"כ עבור טרחתו לפי מה שנהנה כמ"ש הרב רמ"א ס"ס רס"ד שם בירר מתחלה על דעת שניהם ע"ש:

עד

א אם יש לו כדי סיפוקו עד שיגיע לישוב וכדי וכו'. אבל אם אין לו כדי סיפוקו אינו חייב ליתנם לו שאף בישוב מסדרים ונותנין לו מזון הראוי לו כ"כ הטור בשם הרמב"ן ולפ"ז אם חייב לו שכירות דאין מסדרין לו לפי דעת י"א בסי' צ"ז סכ"ט או שחייב לו משום גזילה דנראה דלכ"ע אין מסדרין לו אף שאין לו כדי סיפוקו צריך לשלם לו אך י"ל כיון דמקום מדבר הוא ואין לו כדי סיפוקו הוי כמו סכנת מות ובמקום סכנת מות מותר אף לגזול מחבירו בכדי להציל את נפשו כמ"ש הט"ו בסי' שנ"ט ס"ד וכ"ש הכא שהממון הוא תח"י שא"צ לשלם לו וצ"ע:

ב והוא בזמן. הסמ"ע כתב שהוא בתוך הזמן אבל בסוף הזמן ואמר לו הנה מעותיך צרורים ומונחים בתוך ביתי ונגנבו פטור אם המלוה סירב מלקחתם והש"ך בסי' ק"כ מחלק בין אם אמר לו שהם צרורים לבין לא אמר לו שהם צרורים אף שהאמת שהם צרורים חייב והב"ח והט"ז כתבו שהרב סמך א"ע אסימן ק"כ שכתב שני דיעות בזה אך נ"ל דכל זה מיירי שהמלוה מודה שהלוה אמר לו כן והוא סירב בזה אבל אם אין המלוה מודה אין הלוה נאמן בטענה זו כיון שאין דרך לסרב ליטול המעות לא מהימן בטענה גרועה זו אם לא היכא דאית ליה מיגו דלהד"ם או החזרתי דאל"כ אף במלוה בשטר יהא נאמן הלוה לומר אני רציתי להחזיר לך המעות ואתה סרבת לקחתם ונגנבו ממני דהא בכה"ג ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא המלוה לא רצה לקחתם ואם הלוה היה נאמן בטענה זו א"כ יהא נאמן בכל שטר לטעון פרעתי במיגו שהיה טוען דהמלוה סירב לקחתם ונגנבו כמו בשטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בסי' רצ"ו א"ו דא"נ לטעון כן אך יש לדחות דמיגו כי האי לא אמרינן שאינו רוצה לטעון שהמלוה סירב מליקח המעות שהיא טענה גרועה ביותר וכעין זה כתבו הפוסקים לדחות ראיית ר"מ במרדכי בפ"ק דב"ב שהוכיח דא"נ בטענת מחילה אלא במיגו מהא דא"נ לומר פרעתי בת"ז ולא מהימן במיגו דמחילה ודחו די"ל דמיגו גרועה היא שאינו רוצה לטעון כן אבל אם טען כן טענתו טענה וא"כ ה"נ י"ל כן אך מ"מ הדעת נוטה יותר דא"נ לטעון כן דלא אישתמיט בשום דוכתא שיהא הלוה נאמן לבטולי שטרא בטענה זו אך מ"מ במלוה ע"פ נאמן במיגו כמו בטענת מחילה דנאמן במלוה ע"פ במיגו דלהד"ם או פרעתי כמבואר בסי' ע"ה ס"ז ובר"ס ע"ח ע"ש וכן נ"ל

ג אם הגיע הזמן א"צ לקבל המעות בפרוטרוט. יש לי מקום עיון היכא שקיבל לאחר הזמן מחצית הפרעון בסתם אי הוי המעו' באחריות המלוה או לא ומה שהביאני לידי הספק הזה הוא משום דאמרינן בפ"ק דקדושין דף כ' ע"ב על הא דבעי הש"ס התם עבד עברי

הנמכר לנכרי נגאל לחצאין או אינו נגאל לחצאין אמר אביי את"ל נגאל לחצאין משכחת לה לקולא ולחומרא משכחת לה לחומרא זבניה במאתן ויהיב מאה פלגא דדמי ואיכסף וקם על מאה אי אמרת נגאל לחצאין יהיב ליה חמשין ונפיק ואי אמרת אין נגאל לחצאין הנך מאה פקדון נינהו גבי' יהיב ליה ניהליה ונפיק וכתב הרשב"א בחי' תמיהא לי היכי הוי פקדון והא איהו לפרעון קבלינהו דאף כשת"ל דאינו נגאל לחצאין היינו שאינו יכול לכוף את האדון לקבל פדיונו לחצאין אע"ג דבעלמא הוי פרעון כדאמרי' במציעא פרעיה זוזא זוזא פרעון הוי אבל אי ארציה ואתרצי וקבל לפרעון אמאי לא הוי פרעון כיון דקבליה קבליה ותירץ דאיכא למימר דהכא בקבל סתם וכאותה שאמרו במסכת שבועו' אל תפרעני אלא באפי תרי דתנו הלכתא אזל ופרעיה בין דיליה לדיליה וכו' ואיתנסו ואמר אין קבלתינהו מיני' מיהו אמינא ליהוי פקדון בידי עד דמייתי תרי דתנו הלכתא ומקיים תנאיה והכא כיון דקבלינהו בסתם ומדינא לא הוי פרעון דבר תורה חשבינהו להו כפקדון עד דפרע ליה דמי כוליה אבל אי אתני בפירוש שיהא פרעון בין שת"ל נגאל או אינו נגאל פרעון הוי ויהיב ליה מאי דאישתאר עליה ונפיק עכ"ל הרי להדיא דאי אמרינן אינו נגאל לחצאין כי יהיב ליה והוא קיבל בסתם מיחשב כפקדון א"כ ה"ה בהלואה והגיע הז"פ כיון דאינו יכול לפרוע לו לחצאין כי קיבל המלוה המעות בסתם הוי כפקדון גביה והוא באחריות הלוה אך י"ל דדוקא התם את"ל אינו נגאל לחצאין דיליף לה משדה אחוזה דכתיב ביה ומצא כדי גאולתו ולא לחצאין א"כ גלי קרא דלענין גאולה גאולת חצאין לא מקרי גאולה כלל דדוקא כולה נתנה התורה רשות לגאול אחר המכירה ולא חציה א"כ לא מיחשב פרעון כלל וכי קבליה בסתם הוי כפקדון משא"כ לענין הלואה כיון דקיי"ל דפרעון זוזא זוזא מיחשב פרעון אלא דכשהגיע הזמן יכול המלוה לומר כיון שמגיע לי כל המעות ביחד איני רוצה לפרוע בפרוטרוט א"כ כשהלוה נתן לו לפרעון והמלוה קיבל בסתם אמרינן דמסתמא לפרעון קבליה כיון דפרעון לחצאין פרעון מעליא הוא וכי איתנסו ברשותו איתנסו ויש להוכיח כן דאי אמרת דכל היכא דלא מצי הלוה לכופו לקבל הפרעון והמלוה קיבלו בסתם לא מהני עד שיקבלו בפירוש לפרעון א"כ תקשי מקדושי אשה דהא אשה אינה מתקדשת אלא לרצונה ואפ"ה אי אחד נתן לה מעות לקדושין והיא קיבלה בסתם הוי קדושין דדוקא שתיקה לאחר מתן מעות לא מהני בקדושי אשה כדאיתא בפ"ק דקדושין דף י"ב אבל שתיקה בשעת מתן מעות מהני ומקודשת כיון שקיבלה בסתם א"כ לענין פרעון הלואה נמי כיון שהלוהנכתן לו לפרעון והוא קיבלו בסתם מסתמא לפרעון קבלינהו כיון דפרעון מעליא הוא משא"כ לענין גאולה גאולת חצאין לא הוי גאולה כלל ובזה יובנו דברי הרא"ש בפ' האומנין שכתב על

הא דאמרינן פרעון זוזא זוזא הוי פרעון וז"ל וקמ"ל שאין המלוה יכול לומר איני רוצה ליקח מעות אלא בבת אחת והך מילתא שמעינן ליה מהא דקאמר לעיל במכר לו שדה ונתן לו חמש מאות זוז דקנה ומחזיר לו השאר לאחר כמה שנים אלמא פרעון הוי אע"ג דלא פרעיה בבת אחת עכ"ל ולכאורה הדברי' תמוהים מאוד דמאי ראיה מהתם דפרעון זוזא זוזא הוי פרעון הא התם קיבל המוכר המעו' לאחדי' ברצונו הטוב דהא היכי דעייל ונפיק אזוזי אינו קונה השדה וא"כ לכך הוי התם פרעון מעליא אבל לכופו לקבל המעו' זוזא זוזא אין ראיה משם כלל ולפמ"ש ניחא דהכי אזיל הוכחת הרא"ש מדנקט ונתן לו ה' מאות זוז קנה ומחזיר השאר אחר כמה שנים משמע אף דקיבל המוכר המעות בסתם קנה ואי אמרת דפרעון זוזא זוזא לא מיחשב פרעון כלל א"כ היכא דקיבלם בסתם אמאי קנה הא המעות הוי כפקדון כדאמרינן בקדושין דאי אינו נגאל לחצאין הוי המעות פקדון א"ו דמיחשב פרעון גמור וא"כ ממילא מוכח דבתוך הזמן יכול הלוה לכוף את המלוה לקבל הפרעון לחצאין כיון דפרעון מעליא הוא והוא קודם הזמן וע' בש"ך ונכון הוא אך מ"מ קשה לפי החילוק שחלקנו דמנ"ל להש"ס דאי אינו נגאל לחצאין לא מיחשב פרעון כלל דדילמא באמת הוי פרעון וגאולה אלא דגלי קרא דא"י לכופו בגאולת חצאין אבל מ"מ כי קבלינהו בסתמא אמרי' דנתרצה והוי גאולה. שוב מצאתי בב"י בי"ד סי' קע"ב שכתב בשם תשו' הרשב"א שהממשכן סתם יכול לפדו' לחצאין ומ"מ כל שגואל לחצאין אין המלוה נגרע מן הפירות כלום אלא אוכל הוא כל הפירות של המשכונא עד שיפרענו פעם אחרת דכולה משכונא אשתעבידא ליה לכולה מלוה ואנו רואים המעות כאלו הם פקדון עד שיפרע הכל והביא ראיה מדאמרינן בפ"ק דקדושין אמר אביי עבד עברי נגאל לחצאין משכחת לחומרא וכו' ואם איתא דכל שפורע חצי המלוה נוטל חצי הפירות א"כ אף שת"ל שאין ע"ע נגאל לחצאין ה"מ שא"י לכוף את רבו לקבל כסף מקנתו לחצאין אבל אי ארציה ואיתרצי ונגאל חציו והרי זה עובד את רבו יום אחד נמצא שזה פרעון גמור בחציו והאיך אמר אביי שהוא פקדון אלא מכאן אע"פ שגואל לחצאין עדיין אינו יוצא מכלל שעבודו לפיכך אנו רואים את המעות כאלו הם פקדון עד שיפרע הכל עכ"ל משמע להדיא דאף בהלואה שפרע מכזה מיחשב כפקדון ומשמע התם דמיירי בפרעון תה"ז דבהגיע הזמן מבואר כאן שא"י לכופו לקבל הפרעון לחצאין גם משמע התם דאף שקיבל המעות בפירוש לשם פרעון הדין כן ובאמת לא ירדתי לסוף דעתו כלל בזה חדא דהא הרשב"א גופיה מוקי לה בחי' דהסוגיא איירי שקיבל המעו' בסתם וביותר תימה על הרשב"א בחידושיו שלאחר שכתב דהסוגיא איירי שקיבל בסתם הוכיח שם ג"כ דין זה דבמשכנתא שפרע מחצה אין המלוה נגרע מן הפירות כמו שהוכיח בתשו' ובאמת אינה

ראיה כלל דכיון שקיבלו סתם אמרינן שלא קיבלו לפרעון כלל וגם תימה היכי הוכיח מהש"ס דקדושין לענין משכנתא דנגאל לחצאין דהא הסוגיא אזלא אי אמרי' דאינו נגאל לחצאין לכך מיחשב המעות כפקדון סוף דבר דברי הרשב"א נפלאו ממני מאוד בענין זה וצע"ג לדינא וע' סמ"ע ס"ק ח"י:

ד שהתנה ליתן לו מעות. ר"ל שאמר לו ע"מ שתשלם לי מעות וה"ה אם מכר לו סחורה בתנאי ג"כ מהני כמ"ש הש"ך בשם התוס' ונראה פשוט דהיכא שהפקיד אצלו מעו' מותרין בגוונא דמותר להשתמש בהן ונשתמש בהן ונפסל המטבע דמשלם לו מעות שהפקיד אצלו כיון שלא התנה עמו לשלם לו במעות דוקא ומהתימה על הש"ך בסי' רצ"ב סק"ט שכתב בפשיטות בדברי הרי"ף דאם היה הנפקד שולחני ונשתמש בו ונפסל המטבע דצריך לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה ע"ש ואפשר דהש"ך כתב שם כן לישב דברי הרי"ף וס"ל כמ"ש הה"מ שהביא הסמ"ע בס"ק ט"ו דלהרמב"ם אין חילוק בין התנה או לא אבל לדידן דבעינן התנה ודאי דא"צ לשלם אלא מעות שהפקיד אצלו כיון דלא התנה עמו כלל וכמ"ש הרב כאן:

ה נותן לו מטבע שהלוהו בכל ענין. דעת מוהרש"ל דהיכא שהלוה לו לזמן ידוע ובאותו זמן עדיין לא נפסל המטבע ובא זה ותובעו וזה היה מדחהו בלך ושוב עד שנפסל דצריך לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה והש"ך בס"ק ך"ז חולק עליו ולי נראה עיקר כמהרש"ל וראיה ברורה לדברי מירושלמי שהביאו הרא"ש והר"ן בר"פ הנושא את האשה ופסקה עמו שיזון את בתה ה' שנים חייב לזונה חמש שנים ואיתא בירושלמי תני זנה ה' שנים הראשונו' בין ביוקר בין בזול היה ביוקר והוזלו אם הוא גרם נותן ביוקר ואם היא גרמה נותן בזול היה בזול והוקרו בין היא גרמה בין שהוא גרם נותן בזול וכתבו הרא"ש והר"ן דה"פ אם היה המטבע ביוקר בה' שנים הראשונו' ולא נתן לה ואח"כ הוזלו אם הוא גרם שעיכב מליתן לה צריך ליתן לה כשעת היוקר ואם היא גרמה נותן כשעת הזול אבל אם הראשונות היו בזול והוקרו אינו חייב לשלם ביוקר אלא דמי אותן שני' כעין שגזל עכ"ל וכ"פ הט"ו באה"ע סי' קי"ד ס"א ואי אמרת כדברי הש"ך דבלא התנה אף שהעיכוב היה מן הלוה מ"מ א"צ לשלם לו מטבע שהלוהו והוא מטעם שכתבו התוס' בפ' הגוזל דנפסל הוי כהוזל דמשלם כזולא דהשתא כדאמרינן בפ' א"נ מלוה אדם כור חיטין הוזלו נותן לו חיטין הוקרו נותן דמיהן א"כ התם נמי כי חייב עצמו במזונות ה' שנים אמאי אם הוא גרם נותן לה כשעת היוקר וכי מי עדיף מה שחייב א"ע לזונה והוא בזמן היוקר ממה שלוה ממנה חיטים בעינייהו בזמן היוקר והוזלו דנותן לה כשער הזול א"ו כיון שהוא גרם שלא שילם לזמנו גרע טפי וחייב לשלם כשעה שחייב א"ע וכ"ש

אם לוה מעות לזמן והעיכוב היה ממנו שלא שילם לזמנו ואח"כ נפסל המטבע דצריך לשלם מטבע היוצא באותה שעה ובאמת מירושלמי הזה יש ראיה לשיטת התוס' שהיא שיטת הרב כאן דבלא התנה נותן לו מטבע שהלוהו בכל ענין מדקתני אם היא גרמה נותן בזול ואמאי כיון דסתם ה' שנים כוונתו לראשונים אמאי לא ישלם חיובו וכי משום שלא רצתה לקבל מעותיה לזמנם תפסיד מעות שלה א"ו דדינא הכי הוא דכיון דלא התנה א"צ לשלם אלא דבר שנתחייב בו אלא דכשהוא גרם להפסיד שלא שלם לזמנו חייב ולפ"ז ה"ה בהלואת חיטי' לזמן ועבר הזמן ואח"כ הוזלו חייב לשלם כזמן ההלואה וזה דין חדש וברור

עה

א צריך לברר דבריו דשמא טועה. ונראה דאף אם הנתבע רוצה להפך השביעה על התובע מ"מ צריך לברר טענתו דכיון דחיישינן דילמא טועה הוא למה ישבע התובע בחנם דילמא הנתבע חייב לשלם לו בלא שבועת התובע ול"ד למ"ש הסמ"ע בסי' רל"ב ס"ק ל"ז בביאור דברי הט"ו שם בראובן שמכר לשמעון נאד שמן ולא פתחו אלא סמך על המוכר שאמר לו שהוא טוב וכשפתחו מצאו עכור דישבע המוכר שנתן לו שמן טוב כמו שהתנה עמו ואם לא ירצה לישבע ישבע הלוקח שהתנה עמו לתת לו שמן טוב ושזה הוא השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן ופי' הסמ"ע שם דמיירי שלא בירר המוכר טענתו אם טוען שלא הבטיחו מעולם להיות צלול או אם טוען שהבטיחו בצלול ונתן לו צלול והוא החליפו בשמן עכור ולכך אם נשבע המוכר לפטור עצמו א"צ לפרוט בשבועה אלא שנתן לו כמו שהתנה עמו ובזה נפטר ממ"נ משא"כ כשבא הלוקח לישבע על טענתו ולהוציא אז אם ראובן סתם טענתו צריך הוא לישבע על שני הפרטים שהבטיחו בצלול ושהוא לא החליפו אלמא דאף אם היה המוכר מברר טענתו לא היה הלוקח צריך לישבע אלא על דבר אחד אפ"ה כשסתם טענתו ומהפך השבועה צריך התובע לישבע על שני הפרטי' מ"מ יש לחלק דשא"ה דטענת המוכר טענה ברורה היא לפטור א"ע שנתן לו שמן כמו שהתנה עמו אלא שטענתו כולל לשני דברים כשמהפך השבועה יפה כחו בזה שהלוקח צריך לישבע על שני הפרטים משא"כ הכא שאין הנתבע מברר טענתו כלל ואיכא למימר דטועה לגמרי והוא חייב לשלם להתובע בלא שבועה כלל בזה מסתבר דא"י להפך השבועה על התובע כלל דלמה ישבע בחנם דדילמא חייב לשלם לו בל"ש כלל כנ"ל:

ב חייב לישבע מן התורה. בש"ס ריש ב"מ וכמה דוכתי אמרי' מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח והאי בכולי בעי דליכפריה והאי דלא כפריה משום דא"א מעיז פניו והאי בכולי בעי דלודי ליה והאי דלא אודי ליה אשתמוטי הוא דקמשתמיט מיניה סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה ורמי רחמנא שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכולי ופירשו התוס' דקושית הש"ס היא דאמאי מ"מ הטענה חייב שבועה להימן במיגו דאי בעי כפר הכל ומשני דליכא מיגו דאינו רוצה להעיז והא דקאמר ובכולי בעי דלודי ליה הוא כלומר מאחר דאינו מעיז א"כ אמת הוא שאינו חייב לו יותר ולמה ישבע יהא נאמן במיגו דכופר הכל ומשני דאין זה העזה דאשתמוטי קמשתמיט ויש להקשות ע"ז מדברי התוס' ס"פ המניח ובפ' ש"ה שהקשו לרבה בר נתן דס"ל בטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים תקשה ליה ממתני' דקתני טענו חיטים והודה לו בשעורים פטור ור"ג מחייב שבועה ואי פטור מדמי שעורים אמאי חייב שבועה לר"ג הא אין כאן הודאה במקצת כלל כיון שפטר ממה שהודה ומנ"ל לרב"נ דרבנן פליגי עליו בזה דילמא לא פליגי אלא לענין פטור שבועה אבל בשעורין חייב לכ"ע ותי' דר"ג סבר אף דפטור מדמי שעורים מ"מ מיחשב הודאה במקצת ותי' זה ס"ל להרא"ש ג"כ בס"פ המניח שם ע"ש וא"כ התם קושית הש"ס הדרא לדוכתה דלהימן במיגו דכופר הכל דליכא למימר דהוי מיגו דהעזה דהא השתא נמי מעיז הוא כיון שפטור ממה שהודה וליכא למימר דאכתי מיחשב מיגו דהעזה דלכפור הכל לגמרי הוא העזה גדולה אבל עכשיו שמודה בשעורים אף שפטור מהודאתו מ"מ לא הוי העזה כ"כ זה ליתא דאכתי קשה בטענו כור חיטים והודה לו בלתך שעורים אמאי חייב שבועה לר"ג להימן במיגו דכופר הכל דליכא למימר שאינו רוצה להעיז לגמרי אבל השתא שמודה בשעורים אף שפטור מהודאתו לא הוי העזה כ"כ זה ליתא דא"כ למה כופר בהמותר ה"ל להודות בכור שעורי' ויותר בכדי שווי החיטים בכדי שלא יעיז בהמותר ולא שייך אשתמוטי דאף אם יודה בהם יפטור מלשלם השעורים וא"כ למה ירא מהודאת שעורים אלא ודאי שאינו משקר כלל והאמת אתו ואולי יש לומר דהא דפליגי בטענו חיטים והודה לו בשעורים מיירי שהודה בשעורים בכדי שווי החיטים ולכך לא נקט שיעורא במתניתין שהודה לו בלתך שעורים ולכך מחייב ר"ג שבועה דליכא מיגו דכופר הכל דעכשיו שהודה בשעורים בכדי שווי החטים אינו מעיז אף שפטור מהודאתו אבל כשיכפור הכל מעיז ולכך חייב ש"ד דהוי כמו הודאה במקצת דאף שהודאת שעורים עולה כדמי החטים מ"מ כיון שהוא דבר אחר לגמרי וגם הוא פטור ממנו מיחשב מודה במקצת וכן משמע מהברייתא שהביא הש"ס ס"פ ש"ה דף מ'

ע"ב טענו שור והודה לו בשה שה והודה לו בשור פטור דלא הוי ממין הטענה משמע דלר"ג דלא בעי ממין הטענה אף בטענו שה והודה לו בשור דמסתמא שוה יותר מ"מ חייב שבועה ובזה מתורץ קושית התוס' בפ' ש"ה דף מ"א ע"א ד"ה אין לך בידי אלא ליטרא כסף פטור והקשו דמהשתא ה"ל לר"ג לאפלוגי כמו דפליג בסיפא בטענו חיטים והודה לו בשעורים ולשמואל אף ברישא דטענו שתי כסף והודה לו בפרוטה דפטור משום דלא הוי ממין הטענה לדידיה ולפמ"ש ניחא דהא בכל הבבות דקתני ברישא נקט שיעורא שההודאה הוא פחות מהתביעה כמו ליטרא זהב והודה לו בליטרא כסף וכן בטענו ב' כסף והודה לו בפרוטה וכן בשאר הבבות ולכך בכה"ג אף ר"ג מודה דפטור משבועה דכיון דפטור מהודאה אית ליה מיגו דכופר הכל משא"כ בסיפא דלא נקיט שיעורא אלא נקיט סתמא טענו חיטים והודה לו בשעורים ומיירי שהודאת שעורים עולה כדמי חיטים ולכך פליג שפיר ר"ג דחייב שבועה משום דהוי מיגו דהעזה דבוש לכפור הכל וכמ"ש וזה נכון מאוד ובזה יש לתרץ גם כן קושית התוס' בפי"ב דכתובות דף ק"ח ע"ב שהקשו שם אהא דפריך הש"ס התם אמתניתין דהטוען את חבירו כדי שמן ש"מ טענו חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור לימא תיהוי תיובתא דרחב"א אר"י דחייב והקשו התוס' מאי קושיא דילמא רחב"א סבר כאדמון דמחייב שבועה דכוותיה פסקינן לקמן ע"ש שנדחקו מאוד בזה ולפמ"ש א"ש דהא בש"ס משני התם דמיירי בטענו מדה ופריך עלה א"ה מ"ט דאדמון והקשו התוס' דילמא אדמון כר"ג סבירא ליה דלא בעי הודאה ממין הטענה ותי' הש"ך בסי' פ"ח דלק"מ לפי הגרסאו' דגרסינן אדמון אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע משמע להדיא דבעי הודאה ממין הטענה דלא כר"ג ולפ"ז פריך הש"ס שפיר מדפטרי רבנן לימא תיהוי תיובתא דרחב"א דליכא למימר דסבר כאדמון ז"א כיון דמוכח דרבנן סברי דטענו חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן לא מיחשב הודאה ממין הטענה מנ"ל דאדמון פליג בזה דילמא אדמון סובר כר"ג דלא בעי הודאה ממין הטענה כלל והא דאמר הואיל והודה ממין הטענה היינו משום דאם לא היה הודאה ממין הטענה היה פטור משבועה אף לר"ג דכיון שפטור מן הקנקנים שהודה הוא נאמן במיגו דכופר הכל דהא ודאי הקנקנים אינם שוים כדמי השמן וא"כ מדלא הודה לו בקנקנים כשווי דמי השמן אית ליה מיגו מעליא ופטור משבועה אף לר"ג ולכך קאמר הואיל והודה ממין הטענה משום דיש בלשון הזה לשון קנקנים ותבעו גם הקנקנים וא"כ ודאי דחייב בקנקנים שהודה דלא שייך כאן הודאה או מחילה כיון שתבעו שניהם וא"כ ליכא מיגו דכופר הכל דכיון דחייב במה שהודה ה"ל מיגו דהעזה ולכך אף דלא מיחשב הודאה ממין הטענה מ"מ חייב שבועה כיון דס"ל כר"ג דלא בעי הודאה ממין הטענה

לענין שבועה אבל לרבנן דס"ל דבעי הודאה ממין הטענה ופטרי בטענו חיטים והודה לו בשעורים ה"ה בטענו ב' והודה לו באחד מהן נמי פטור משבועה כיון שההודאה אינו ממין הכפירה כחכמים דאדמון ותיובתא דרחב"א ופריך שפיר והדברים נכונים ועמ"ש בסימן פ"ח סכ"א:

ג כשתבעו מלוה אבל אם תבעו חפצים וכו'. משמע דבמלוה אפי' ראו עדים בידו מעות בשעה שכפר לא הוחזק כפרן די"ל דהיה צריך המעות לעסק אחר וכן מוכח בש"ס רפ"ק דמציעא דמוקי הא דאמר רב חסדא הכופר במלוה כשר לעדות בפקדון פסול לעדות דמיירי שראו הפקדון בידו בשעה שכפר בו אלמא דבמלוה אף בכה"ג כשר לעדות ובאס"ז שם כתב בשם מורו והוא הרדב"ז ז"ל וז"ל וא"ת גבי מלוה נמי אי אתי סהדי דאית ליה זוזי דידיה ליכא לאשתמוטי ואמאי כשר וי"ל דלעולם איכא אשתמוטי דדילמא מלוה אחרת יש לו עליו שדוחק אותו יותר וא"ת אכתי איכא לאוקמי כגון שהודה בפני עדים שאין עליו מלוה אחרת והמעות אלו הם שלו ממש בגוונא דליכא אשתמוטי כלל וי"ל דבכה"ג פסול ור"ח מיירי בסתם מלוה דאיכא אשתמוטי ובסתם פקדון דלא ניתן להוצאה ונקט ליה בידיה דליכא אשתמוטי עכ"ל ויש לתמוה עליו כיון דכופר במלוה כשר לעדות משום דאמרינן אשתמוטי אף שהמעות בידו א"כ מה מועיל הודאתו שלא כיון לאשתמוטי הא א"א משים א"ע רשע ופסול ע"פ עצמו וליכא למימר דכיון דאיכא ריעותא לפנינו שהוא כופר במלוה מהימנינן ליה טפי זה ליתא דמ"מ אינו נפסל ע"פ עצמו כדמוכח מדברי הרשב"א והר"ן בר"פ כל הנשבעין שהקשו דאמאי העובר על שבועת העדות הוא פסול לשבועה דמנא ידעינן שעבר הא יכול לומר שכחתי ואי שהודה מעצמו שלא שכח הא א"א משים עצמו רשע הרי להדיא דאף היכא דאיכא ריעותא אינו נאמן לפסול א"ע ואולי יש לחלק דהתם כי אמרינן דשכח ליכא ריעותא כלל הילכך לא מהימנינן ליה שלא שכח משא"כ הכא דאף אי אמרינן דמשתמיט אכתי מוחזק שקרן במה שאומר להד"ם לכך מהימנינן ליה אך אכתי לא ידעתי מנ"ל להרדב"ז סברא זו וע' בתשו' מ"ב סי' נ"א ובמ"ל פ"ד מהל' מלוה ד"ו ואולי כוונת הרדב"ז שהודה בפני עדים שהמעות הן קודם תביעה בב"ד דבכה"ג מהני ההודאה אף לפסול א"ע כדמוכח בתשו' הרא"ש שהביא הב"י והמחבר בסי' ל' ס"ה דמי שכופר בממון ועדים מעידים שהודה בפניהם מקודם שניתן לו ממון להשביחם לו דלא שייך בזה אשתמוטי נעשה חשוד ע"פ עצמו והיינו טעמא שהדבר שהוא מחזיק א"ע בו קודם ביאת העדים לפסול אותו נאמן הוא בכך ונעשה חשוד אחר כך על פי עדים וכמ"ש בסי' צ"ב סק"ז יע"ש ואם כן הכא נמי היכא שהודה מקודם שהממון שבידו הוא שלו ממש מהימנינן לו ונעשה אחר כך חשוד

כשכופר במלוה שהוא חייב לאחר אך אכתי לא נהירא לי דבשלמא התם מהימנינן ליה במה שהודה מקודם דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואמרינן שאחר כך נעשה חשוד ופסול משא"כ הכא שאמר שקר בשעה שאמר שהמעות שלו ממש ואינו חייב לשום אדם דהא נתברר אח"כ שחייב להתובע שתבעו וא"כ דילמא חייב נמי ג"כ לאיש אחר ובשעה שכפר נתכוין לאשתמוטי ועוד דבמה שאמר מקודם שהמעות הם שלו לא יתכן לומר עליו הודאת בע"ד להיות הוחזק פסול על ידו כיון שלא חייב עצמו בזה לשום אדם ושמא להשביע את עצמו אמר כן וצ"ע אך מ"מ זה נראה פשוט דהכא לענין שבועה אם הודה אחר כך שהיה המעות בידו ולא נתכוין לאשתמוטי אם התובע רוצה נשבע ונוטל כמו במי שהודה שהוא חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל אם רוצה כדאיתא לקמן בסי' צ"ב סעיף ה' וכן בכופר בפקדון ולא נקיט לי' בידו מהני הודאתו שכוונתו היתה לכפור בו לגמרי ושכנגדו נשבע ונוטל אם ירצה אלא דקשה לפי זה מההיא דב"ק דף ק"ה ע"ב דפרכינן לרב ששת דס"ל דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן ממתניתין דשכנגדו חשוד על השבועה כיצד אחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון ואם איתא משעת כפירה הוא דאיפסל ליה ומשני דקיימא באגם וא"כ לפי מ"ש הר"ן בפרק כ"ה דהא דשבועת העדות נעשה חשוד וא"י לומר שכחתי מיירי במודה מעצמו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי לענין דשכנגדו נ"ו אם ירצה א"כ אכתי קשה למה נקט שבועת הפקדון הא משכחת לה דמיפסל במודה מעצמו משעת כפירה אף בלא שבועה ואולי איידי דנקט שבועת העדות נקט נמי שבועת הפקדון להורות דע"י שבועת הפקדון נפסל אף באינו מודה מעצמו וקיימא באגם:

ד אבל אתה מחלתו לי או נתתו לי במתנה וכו'. וכתב הש"ך דמשמע דא"כ לטעון יש לי בידך כנגדו או מחלתו לי או נתתו לי במתנה אלא במיגו דלהד"ם או פרעתי וכ"כ המרדכי בפ"ק דב"ב בשם מוהר"ם והעלה הש"ך שכ"ד הרמב"ם ובאמת שכ"כ המרדכי שם להדיא דלכך א"נ לומר פרעתי בתוך זמנו במיגו דמחלת לי משום דטענת מחילה טענה גרועה היא וא"נ אלא במיגו דפרעתי ובת"ז דא"נ לומר פרעתי א"נ ג"כ לומר מחלת לי וכ"כ הרב רמ"א בר"ס ע"ח בהגה והנה הש"ך משוה טענת אתה נתתו לי במתנה מתחילה לטענת מחילה דא"נ עליו אלא במיגו וכן נראה לכאורה דכיון דא"נ בטענת מחילה אלא במיגו משום דטענה גרועה היא שאין דרך למחול חובו וא"כ ה"ה מתנה נמי ויש להקשות מדברי הר"י הלוי והרמב"ם והמחבר בסי' נ"ח ס"ב גבי סטראי דאם יש עדים שנתן לפניהם מעות בסתם ולא ידעי אי בתורת פרעון או בתורת מתנה נאמן לומר סטראי במיגו דמתנה והוכיחו כן מפ' שבועת העדות דאמרינן התם האומר לחבירו

מנה מניתי לך בפני פ' ופ' דאי אמר במתנה יהבינהו ניהלי' כי אתי עדים מאי הוי ע"ש והרי התם ליכא מיגו כלל דהא מהימנינן ליה בטענת סטראי במיגו דמתנה ואפ"ה מהימן לומר מתנה הוא ולא אמרינן שאין דרך ליתן מתנה ובודאי לשם פרעון קיבלם ואף הרמב"ן דפליג היינו משום שאין דרך ליתן מתנה כשהוא חייב לו אבל בלא"ה היה נאמן לומר מתנה הוא כיון שהוא מוחזק במעות ולאו אגופא דשטרא קמסהדי כמבואר בהרא"ש בפ' ש"ה ואפשר לומר דטעמו של הר"י הלוי וסייעתו הוא משום כיון דנתן לפני העדי' בסתם מסתמא לשם מתנה נתן כמ"ש התוס' בפחז"ה דף מ"ה ע"א דהנותן חפץ סתם לפני עדים מסתמא לשם מכר או מתנה נתנו כיון שלא פירש דלשם פקדון הוא ע"ש וה"נ כיון דיש שטר ביד המלוה והוא נותן מעות בסתם לפני עדים מסתמא לשם מתנה הוא מדלא פירש דלשם פרעון הוא אבל באומר מתנה נתתו לי ביני לבינך מתחילה א"נ אלא במיגו דמסתמ' אין אדם נותן שלו בחנם ולפ"ז גבי סטראי כשנתן לו בסתם לפני עדים והם לא ראו את העדים אף הר"י הלוי מודה דא"נ לומר מתנה הוא ודוחק ויותר נראה דהא דא"נ בטענת מחילה אלא במיגו היינו משום כיון דאיכא עדים שהלוהו ועדיין לא פרע לו הוי כמו מטלטלין ואיכא עידי פקדון וראה דא"נ לומר שחזר ולקחם אלא במיגו כמבואר בסי' ע"ב וקל"ג והוא מטעם כיון שידוע שבתורת פקדון אתא לידו מוקמינן ליה בחזקת מ"ק דבשלמא כשאינו ידוע שבתורת פקדון בא לידו נאמן לומר שמתחילה במכר אתא לידו דכיון שהוא מוחזק בו חזקתו מוכחת עליו דחזקה כל מה שיש תח"י אדם הוא שלו אבל כשידוע שבתורת פקדון אתא לידו א"כ ליכא ראיה כלל שהוא שלו במה שהוא תח"י לכך א"נ לומר שחזר ולקחם כמו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואומן וגודרות דאין להם חזקה כיון דאין חזקתם מוכחת עליהם וא"כ ה"נ לכך א"נ לומר מחלתו לי משום כיון שידוע שהיה חייב לו אוקי ממונא בחזקת מ"ק ואף דלענין הלואה לא שייך גביה כ"כ חזקת מ"ק דלהוצאה נתנה ובחזקת הלוה קאי מ"מ כיון דאין ג"כ שום חזקה להלוה וטענת מחילה טענה גרועה היא דלא שכיחא מוקמינן החוב בחזקה קמיית' שעדיין חייב לו ומה"ט בא"י אם פרעתיך חייב לשלם דמוקמינן החוב בחזקה קמייתא כמ"ש הט"ז בס"ס זה ע"ש ולכך כשטוען שמעיקרא בתורת מתנה אתא לידיה נאמן בלי שום מיגו דכיון שהוא מוחזק חזקתו מוכחת עליו ואין מוציאין מידו דהממע"ה כמו במטלטלין דנאמן בהיסת שלקחם או שבמתנה באו לידו כמבואר בר"ס קל"ג וכעין זה צ"ל לפי שיטת מהר"ם בתשובה שהובא במרדכי ובתשו' מיי' לס' נזיקין סי' י"ב וכמו שאכתוב בס"ק שאח"ז ע"ש ודוק והא דנקטי הט"ו אתה מחלתו לי או נתתו לי במתנה לאו בחדא. מחתא נינהו דטענת מחילה א"נ אלא במיגו וטענת

אתה נתתו לי במתנה מעיקרא נאמן אף בלא מיגו וכ"כ הש"ך בשיטת הרמב"ם שכתב לענין כופר במטלטלין אתה מחלתו לי או נתתו לי או מכרתו לי או החזרתי דלאו בחדא גוונא נינהו דמחלתו לי א"נ אלא במיגו והחזרתי נאמן בלא מיגו אך מ"ש הש"ך דפשיטא דגם מכרתו או נתתו לי במתנה א"נ אלא במיגו כמבואר בסי' ע"ב וכמה דוכתי והתפלא על מוהראנ"ח בזה תמיהני מאוד דבטענת מכרתו לי מעיקרא א"צ שום מיגו כלל אלא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אבל בשאר מטלטלין נאמן לומר שבא לידו בתורת מכירה או מתנה אף שיש עדים שהחפץ היה של המערער וראו עתה החפץ ביד המחזיק כמבואר בט"ו סי' קל"ג ס"א וס"ב ע"ש. שוב מצאתי בתשו' מוהרי"ט בחאה"ע ס"ס כ"א שמחלק להדיא כן דבטענת אתה מחלתו לי א"נ אלא במיגו וטענת דמתחילה במתנה ניתן לי מהימן אף בלא מיגו והביא ראיה מסטראי לפי שיטת הר"י הלוי וסייעתו ע"ש אלא שלא ביאר טעם הדבר והטעם נכון כמ"ש ועיקר ועמ"ש בסי' ע"ח סק"ב:

ה או מחלתו לי. וכ"פ הרמב"ם ובעה"ת והטור והמרדכי בפ"ק דב"ב בשם מהר"ם דנאמן בטענת מחילה במלוה ע"פ ולפ"ז נראה דה"ה שני שותפים שהיו להם חוב על אחר והלך שותף אחד ופטרו מן החוב דאם אין עדים שפטר אותו דנאמן לומר דברשות שותפו פטר אותו במיגו דלא פטרו כלל וכ"פ הרב רמ"א לקמן בסי' קע"ו סי"א בהגה דאם ראובן הלך ופטר חובות של שמעון חבירו ואמר שברשות שמעון פטרו דאם יש עדים שפטרו א"נ לומר דשמעון צוהו לפטרו ואם אין עדים נאמן במיגו אלא דהש"ך והט"ז שם תמהו עליו דבמרדכי פ' החובל ובתשובת מיימוני לס' נזיקין סי"ב מבואר להדיא דאף במיגו א"נ דאין אדם אומר להפסיד חובותיו בחנם ואני אומר אף שהאמת שמבואר שם כן מ"מ העיקר כהרב רמ"א דלא קיי"ל כן דאמאי לא יהיה נאמן ששמעון צוהו למחול החובות במיגו דאי בעי אמר שלא פטרן כלל דמי גרע מהלוה עצמו במלוה ע"פ שנאמן לומר אתה מחלתו לי במיגו דפרעתיך כהסכמת כל הפוסקים כאן ואמאי לא נאמר דהוי מיגו במקום עדי' דמסתמא אין אדם מוחל את חובו בחנם ואין לחלק בין לוה גופיה לאחר או בין ישראל לכותי דמסתמא אין אדם מוחל חובו לכותי דהא המעיין בתשובת מהר"ם גופיה במרדכי ובתשו' מיימוני מבואר דיליף לה מהא דאמרינן בפ' החובל שורי הרגת נטיעותי קצצת והלה אומר אתה אמרת לי להרגו וכו' דנאמן ופריך הש"ס כל כמיניה אלמא דא"נ לומר אתה צויתני ואפילו באין עדים שקצץ א"נ במיגו דאל"כ לוקמא בליכא עדים אלא ש"מ דאף בלא עדים א"נ במיגו הרי להדיא דאף הנתבע א"נ לומר אתה צויתני לקצצו וגם לא נזכר שם כלל שהחובות היו של כותי וא"כ כיון דמדמי לה לשורי הרגת א"כ אף הלוה גופיה נמי לא יהיה נאמן לומר אתה מחלתו לי במיגו וזה הוא היפך דעת

כל הפוס' כאן אלא נראה ברור דמוהר"ם בתשובה זו סובר באמת דאף הלוה גופיה א"נ לומר אתה מחלתו לי אף במיגו וכ"כ המרדכי בשמו בפ"ק דב"ב גבי חזקה א"א פורע בת"ז רבינו מאיר הקשה אמאי אין אדם נאמן לומר פרעתי בת"ז במיגו דאי בעי אמר אתה מחלת לי ופסק מכאן דטענת מחילה טענה גרועה היא וא"צ לישבע אף במלוה ע"פ וה"נ לא משביעינן לשכנגדו דלא מחל ושוב מצאתי תשו' רבינו מאיר שפסק בע"א וכתב דכל היכא דאיכא למימר מיגו אמרינן מיגו ונאמן לומר מחלת לי במיגו דלהד"ם ופרעתי ושאני הכא דא"נ לומר מחלת לי דליכא מיגו דלהד"ם או פרעתי וכ"פ המיימוני עכ"ל הרי דרבינו מאיר עצמו פסק מתחילה במקום אחד דאף הלוה עצמו א"נ לומר מחלת לי אף במיגו דטענה גרועה היא וברור בעיני דתשובה זו במרדכי אזלא לשיטה זו ולכך מדמה טענת מחילה להיא דשורי הרגת וגם הלוה עצמו לא מהימן לומר מחלת לי אף במיגו כמו בשורי הרגת משום דאנן סהדי שאין אדם מוחל את חובו בחנם אבל לפי פסק האחר שפסק ר"מ והוא הסכמת כל הפוס' דהלוה בעצמו נאמן לומר אתה מחלת לי א"כ ה"נ ראובן נאמן לומר ששמעון צוהו למחול החוב דמה לי הלוה בעצמו ומה לי אחר ולא הוי מיגו במקום עדים כלל דדרך ב"א למחול וליתן במתנה זה לזה כדאמרינן בכמה דוכתי דאי לאו דה"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנה ואף לנכרי המכירו נמי מותר ליתן מתנה מה"ט דמסתמא עשה לו טובה או שיעשה לו טובה אח"כ ולכך מהימן לומר שצוהו למחול במיגו ול"ד לשורי הרגת דא"נ אף במיגו וכמ"ש הרב רמ"א בסי' שפ"ב דשאני התם שאין דרך ב"א להזיק ולהפסיד לעצמו בחנם אבל למחול חוב אדם לא דמי להיזק כלל דדרך ב"א ליתן מתנה זה לזה ולכך נאמן במיגו וכ"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג ס"ק י"א בשם הרשב"א בתשו' דאם הלך זה שבא בהרשאה ומחל החוב להכותי ואמ' שמשלחו צוהו למחול נשבע היסת ונפטר ע"ש וע"כ מיירי בגוונ' דאית לי' מיגו וזה ראיה לפסק הרמ"א ז"ל ועוד ראיה ברורה לדברי הרמ"א ותיובתא דמוהר"ם בתשובה מש"ס ערוכה פחז"ה דף מ"ה ע"ב דאיתא התם בברייתא ראה בגדו ביד אומן וטליתו ביד כובס אמר לו מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה לא אמר כלום בפני אמרת לו למכרו וליתן לו במתנה דבריו קיימין ופריך עלה מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומוקי סיפא ביוצא מתחת יד אחר ואמר לו האחר בפני אמרת לו למוכרו וליתן לו במתנה דבריו קיימין הרי להדיא דנאמן האחר לומר דבמתנה צוה הבעה"ב למוסרו להאומן במיגו דמינך זבינתיה ומה לי מחילה ומה לי מתנה אלמא דמהני מיגו בכה"ג ולא אמרינן דהוי מיגו במקום עדים ולא מצאתי שום מקום ליישב דברי מהר"ם בזה אם לא שנאמר דיש חילוק דבטענת מחילה א"נ אף במיגו דאנן סהדי שא"א מוחל את חובו

בחנם וגם ליכא שום חזקה להלוה כיון שבתורת הלואה אתא לידיה וגם בשורי הרגת ליכא שום חזקה שמסייע להמזיק אבל כשטוען שבמתנה אתא לידו מתחילה מהימנינן ליה במיגו משום כיון דהוא מוחזק במטלטלין חזקתו מוכחת עליו דשלו הוא דהא מה"ט במטלטלין העשוים להשאיל ואומן וגודרות אין להם חזקה כיון שאין תפיסתן ראיה מוקמינן המטלטלין בחזקת מ"ק אבל מטלטלין שאין עשוים להשאיל אף דאיכא עדים שהחפץ היה של הבעלים הראשונים וראו אותו עתה בידו מ"מ נאמן שבתחילה בתורת מכירה אתא לידו דתפיסתו ראיה שבדין בא לידו זהו מה שנ"ל לדחוק ליישב דברי מהר"ם אך כ"ז הוא לפי שיטתו דמדמי ליה לשורי הרגת דא"נ במיגו אבל לפי שיטת כל הפוס' אין אנו צריכים לדחוקי אנפשין בחילוקים אלו וניחא בפשיטות דנאמן במיגו ול"ד כלל לשורי הרגת מה"ט דפרישנא ודברי הרב רמ"א שרירין וקיימין דלא כהט"ז והש"ך שם ומעתה גם מה שהשיג הש"ך שם על מהרש"ל דפסק דאי א"ל לשמעון אשתבע לי שלא צוויתני לפוטרו צריך לישבע אף היכא דליכא מיגו והש"ך חולק עליו שם בזה ולפמ"ש אין זה השגה דיש לדמותו לטוען על השטר אשתבע לי דלא מחלת לי דצריך לישבע לשיטת הרמב"ן כמבואר בסי' פ"ב סי"א ואף לדעת החולקים שם יכול להשביע לאחר הפרעון אך השגת הש"ך שם לפי שיטתו אבל למ"ש דברי הרש"ל נכונים ועמ"ש בסי' ע"ח סק"ב וכ"ז ברור וע' בש"ך סי' נ"ו סק"ה מ"ש בשם תשובת הרא"ש:

ו א"י אם הלויתני וכו'. ויש להסתפק במודה שקבל מעות אלא שטוען א"י אם היתה הלואה או מתנה אי הוי כא"י אם הלויתני ופטור או דילמא כיון שמודה שבא ממון חבירו לידו אלא שאינו זוכר באיזה אופן בא לידו חייב לשלם והנה לפי מה דמשמע מדברי הש"ך בס"ז דטענת נתתו לי במתנה א"נ אלא במיגו משום דאין דרך ליתן מתנה א"כ בכה"ג נראה ברור דחייב לשלם דכיון שא"י אם במתנה אתא לידיה אמרינן שבודאי בהלואה אתא לידיה דהא אין דרך ליתן מתנה דהא אף בטענת ברי לא מהימנינן ליה לומר שמתנה היתה אלא במיגו וא"כ כשטוען א"י דלא שייך מיגו כלל דהא אין אנו חושדין אותו למשקר אמרינן שבודאי בהלואה אתא לידו אלא אפי' למ"ש לעיל דנאמן לומר מתנה נתתו לי אף בלא מיגו מ"מ בכה"ג נראה כשאומר איני יודע אם במתנה נתתו לי חייב לשלם כיון שודאי קבל המעות מיד חבירו ואינו יודע באיזה אופן בא לידו חייב לשלם דבכה"ג ברי עדיף ובפרט דמתנה לא שכיחא ויש לדמות זה למ"ש הבעה"ת והביאו הב"י והרב בסי' ס"ט ס"ב בהוציא עליו כת"י והוא טוען א"י אם הלויתני ושמא שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ומצא זה וכתב עליו דמסתברא דחייב לשלם משום דהחתימה ודאי וההלואה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי אלמא אף דאיכא למימר

שלא חתם כלל לשם חיוב בעולם מ"מ כיון שהחיוב ודאי לפנינו אין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ ה"נ י"ל כיון שמודה שנטל ממון מחבירו ואינו יודע אם נתנו לו במתנה או לא אין ספק מוציא מידי ודאי וחייב להחזירו למקום שנטלו ממנו דהא הטעם דא"י אם הלויתני פטור ול"א ברי עדיף הוא משום דאוקי ממונא בחזקת מריה והכא כיון שודאי נטלו מחבירו וספק אם במתנה בא לידו בכה"ג אמרינן ברי עדיף אך באמת יש לתמוה דלמה ליה להבעה"ת טעם זה דהא מבואר שם דא"נ לומר חתמתי שמי בסוף המגלה אלא במיגו דפרעתי ולכך אם הכת"י הוא בתוך זמנו דליכא מיגו א"נ בטענה זו וחייב לשלם וא"כ בכה"ג שטוען א"י פשיטא דחייב לשלם כיון דלא שייך בזה מיגו לא חיישינן שחתם שמו בסוף המגלה ואפשר דנקט הבעה"ת טעם זה לרווחא דמילתא ונ"מ להאי דינא דלעיל וליכא לאקשויי לפ"ז מאי פריך הש"ס פ"ק דכתובות דף י"ב לר"נ דסבירא ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ממתניתין דהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים דסבר ר"ג דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי וגובה כתובתה ומאי קושיא הא התם החיוב ודאי דיש לה כתובה וספק אם היה מקח טעות ואין ספק מוציא מידי ודאי כמו גבי כת"י י"ל דשאני התם דלא שייך לומר החיוב ודאי דהא לא כתב לה כתובה אלא ע"מ שתמצא בתולה וכיון דלא מצא לה בתולים איתרע כתובתה כיון דלא נתקיים התנאי ולא שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי דשור שחוט לפניך משא"כ גבי כת"י כיון שהחיוב לפנינו מה"ת נאמר שחתם שמו בסוף המגלה כיון דליכא ריעותא לפנינו והכא נמי כיון שמודה שנטל מעות מחבירו ואינו יודע באיזה אופן אתי לידיה מה"ת נאמר שבמתנה אתא לידיה כיון דמתנה לא שכיחא ואין ספק מוציא מידי ודאי קבלת המעות ועוד נראה ראיה לזה מהא דמוכח להדיא בר"פ אלו מציאות ומבואר בטור וש"ע בסי' רס"ב ס"ג דאם מצא דבר שאין בו סי' ואינו ידוע אם נתייאשו הבעלים בשעת נפילה חייב להחזיר דהוי יאוש שלא מדעת אם לא בדברים החשובים שאדם עשוי למשמש בהן כל שעה דמסתמא ידע בהן ואמאי לא אמרינן כיון דהמוצא מוחזק במציאה ניחוש דילמא ידע בעל האבידה תיכף לאחר הנפילה ונתייאש מהן וה"ל א"י אם נתחייבתי לך ופטור אלא ודאי כיון שידוע שהחפץ של בעל האבידה וא"י אם נתייאש לא אמרינן גבי המוצא אוקי ממונא בחזקת מרא וברי עדיף בכה"ג וכעין מ"ש התוס' והג"א בספ"ק דכתובות וא"כ ה"נ כיון שידוע שבא ממון לידו מאיש אחר וא"י אם במתנה אתא לידיה לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרא וברי עדיף בכה"ג דמ"ל אם בא ממון לידו בידיעת חבירו במתנה ומה לי במציאה אם נתייאשו הבעלים דהא מציאה נקנה ביאוש כמו מתנה מדעת בעלים ובאמת מה"ט נראה לי הא דפסקו רוב הפוסקים ה"ה הרשב"א והר"ן

בס"פ שני דייני גזירות והה"מ בפי"ב מה"א והרב רמ"א בס"ס רמ"ו ובאה"ע סי' ע' ס"ח בהגה דהזן ומפרנס את חבירו בסתם צריך לשלם לו דמסתמא לא על דרך מתנה נתן לו ולכאורה יש לתמוה כיון דחזינן דהנותן מעות לחבירו בפני עדים בסתם נאמן לומר שבמתנה נתנם לו אף היכא דליכא מיגו להמקבל כמו שהוכחתי לעיל בסק"ד משיטת ר"י הלוי והרמב"ם א"כ אף אם המקבל אינו יודע אם הוא במתנה או לא ליהוי כא"י אם נתחייבתי לך דפטור ובסי' ע"ט ס"ד כתבתי שזהו כוונת הרב מהרי"ט בתשו' ע"ש ולפמ"ש ניחא דכה"ג שבא ממון חבירו לידו וא"י באיזה אופן בזה אמרינן לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף. שוב מצאתי ראיה מפורשת לדברי בבעה"ת שער מ"ז ח"ד שכתב שם על הא דאמרינן בפ' א"נ האי מאן דאוזיף פשיטי מחברי' ואשכח ביה טופיינא אי בכדי שהדעת טועה חייב לאהדורי ליה ואי לאו מתנה בעלמ' הוא דיהיב ליה ואי אינש תקיפא הוא דילמא מיגזל גזליה ואבלע ליה בחשבון וכתב שם הבעה"ת וז"ל ומסתברא דדוקא כי שתיק ולא תבע ניהליה באותו יתרת הוא דאין חייב להחזיר אבל אי אתא בתר הכי ואמר טופיינא יתרתא יהבית לך וטעיתי אע"פ שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דילמא מעיקרא יהביה ניהליה בתורת מתנה או בחדא מהני אנפי דהיתרא וזכה בהן האחר והשתא הוא דקא בעי למיהדר ביה אפ"ה מחזירין לו דאיהו ברי ואידך שמא ובכולהו גמרא קיי"ל ברי ושמא ברי עדיף עכ"ל וכ"ה שיטת הרא"ש שם והובא שיטה זו בסמ"ע וש"ך סי' רל"ב ס"ב הרי להדיא דס"ל להבעה"ת דהיכא שידוע שבא ממון חבירו אך שא"י באיזה אופן אי במתנה או דמיגזל גזליה ואבלע לי' בחשבון בכה"ג כ"ע מודי דבו"ש ברי עדיף ואף הפוס' דפליגי שם היינו משום כיון שאין הדעת טועה הוא ודאי דבמתנה אתא לידיה אבל הכא שמודה שנטל ממון חבירו בידיעתו וא"י אי בהלואה או במתנה או בפרעון חוב כיון שהתובע טוען ברי שבהלואה אתא לידיה בזה לכ"ע אמרינן ברי עדיף ואף דספק הוא אם בא בפרעון חוב מ"מ לא אלים חזקת ממון כולי האי ואמרינן ברי עדיף אמנם עדיין אני נבוך בדין זה מדברי התוס' והרא"ש בס"פ השואל גבי האי מאן דאמר אושלן מרא למירפק ביה פרדיסי רפיק כל פרדיסי דאית לי' והקשו התוס' והרא"ש שם מהא דאמר בפ' המוכר את הבית האי מאן דא"ל לחבריה אני מוכר לך ארעתא דתרתי משמע ותי' דהתם יד הלוקח על התחתונה שהמוכר מוחזק בקרקעות שלו והכא יד המשאיל על התחתונה שהשואל מוחזק במרא אלמא אף שהמשאיל טוען ברי והשואל טוען שמא כוונת המשאיל היה לכל הפרדיסים מ"מ לא מפקינן מיד השואל ויכול להשתמש במרא של המשאיל מספק כיון שהוא מוחזק בו ודוחק לחלק בין שאלה למתנה וכן קשה מהא דאמרינן בפ' בית כור ומבואר בסי' ר' ס"ז דאם אמר כור בשלשים

סאה בסלע אני מוכר לך א' א' קנה משום דמספקא לן אי תפס לשון ראשון או אחרון ומספיקא לא מפקינן מיניה כיון שהוא מוחזק אלמא אף שהמוכר טוען ברי שכוונתו היתה שיגמור דוקא מדידת כל השלשים סאין והלוקח טוען שמא מ"מ לא מפקינן מיניה כיון שהוא מוחזק אף שידוע שהחפץ הוא של המוכר ולא אמרינן ברי עדיף בכה"ג וליכא למימר דהתם הברי גרוע והשמא טוב דלא הוי ליה למידע כמ"ש התוס' בכמה דוכתי דהא לפי הראיות שהבאתי מוכח דאין חילוק אך יש לחלק דהתם יש ריעותא לפנינו שהשאיל לו בסתם למירפק ביה פרדיסי וי"ל דכוונתו לכל הפרדיסים שיש לו וכ"ש במכר לו כור בשלשים סאה בסלע שבא לידו בתורת מכירה אלא שרוצה לחזור בו לכך כיון שהוא מוחזק אין מוציאין מידו משא"כ בזוכר שנטל ממנו ממון ואינו יודע באיזה אופן דליכא ריעותא כלל אמרינן ברי עדיף ומסתמא הלואה היתה אך מ"מ עדיין קשה מדברי הבעה"ת שער מ"ו דהתם נמי איכא ריעותא לפנינו דכיון שאין הדעת טועה יותר י"ל שבמתנה בא לידו ואפ"ה אמרינן ברי עדיף לשיטתו וצריך ישוב. שוב מצאתי בכנה"ג בסי' ע"ט בהגהות הטור אות י"ז שכתב על מ"ש הטור אבל אם טען מתחלה אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היו או בפרעון חובי נאמן דלאו דוקא בטענת ברי אלא ה"ה בטענת שמא הרשד"ם בחח"מ סי' ס' עכ"ל ולפענ"ד צ"ע טובא בזה גם מ"ש הש"ך בסי"ב בשם תשובת מוהרשד"ם בסי' ס' על הא דכתב המחבר שם מנה לי בידך שהלויתיך והלה אומר א"י וע"א מעיד שהלוהו הוי משוי"מ דדוקא כשהעיד שהלוהו בודאי אבל לא כשהעיד שמנה לו מעות וסיים הש"ך דפשוט הוא ולפענ"ד צ"ע טובא בזה לפי מה שהעליתי דבאומר א"י אם במתנה נתת לי חייב לשלם א"כ כשטוען א"י אם קבלתי ממך מעות כלל אם היו שני עדים מעידים שמנה לו מעות בפניהם ואינם יודעים אם בהלואה או במתנה היה חייב לשלם דכה"ג ברי של התובע עדיף כיון שהוא ידוע ע"פ שני עדים שקיבל ממנו מעות א"כ ה"ה בע"א בכה"ג מחויב שבועה להכחיש העד ואיל"מ ותשו' מהרשד"ם אין בידי והדברים צע"ג לדינא לפענ"ד ודוק ועמ"ש בסי' ע"ט סק"ב:

ז ואין התובע צריך לישבע. הטעם כיון דהנתבע טוען שמא ואין נשבעין על טענת שמא וכ"כ הש"ך ונראה דהיכא שהתובע מודה שנפרע מקצת החוב כגון שטענו הלויתיך מנה ופרעתני חמשים וחמשים אתה חייב לי והלה משיב א"י אם פרעתיך כל המאה דבכה"ג צריך התובע לישבע שבועת המשנה כמו הפוגם שטרו דמבואר בסי' פ"ד דצריך בעל השטר שבועה ומפרש בש"ס הטעם משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק וא"כ הכא כיון דא"י אם פרעתיך אינו חייב לשלם אלא

כשהתובע טוען ברי כמבואר בס"י דבלא תבע התובע בברי פטור מלשלם וא"כ היכא שהתובע מודה שכבר נפרע מקצת החוב כיון די"ל דמיפרע לא דייק אם כן חשיב טענת ספק ובטענו שניהם ספק פטור הנתבע וצריך התובע לישבע כי היכי דלידוק כמו בפוגם שטרו ולא שייך הכא אין נשבעין על טענת ספק דהא הא דהתובע נוטל אינו אלא משום דטענתו עדיפא משום שטוען ברי וא"כ כל זמן שלא נשבע לא מיחשב טענתו כברי וחייב שבועה וזה נכון בסברא ולפ"ז נראה נמי דהיכא דתובע מנה והנתבע משיב נ' פרעתיך בודאי ונ' איני יודע אם פרעתיך דבכה"ג נמי אין התובע יכול לגבות החמשים שהנתבע מסופק בהן אלא בשבועה כדין פוגם כיון דלפי דברי הנתבע שמשיב נ' פרעתיך בודאי אין התובע יכול לגבות הנ' שמסופק בהן אלא בשבועה כדין פוגם דהא גם טענת התובע מיחשב ספק כ"ז שלא נשבע וא"כ נהי שהתובע כופר ואומר שלא נפרע כלום מ"מ אם האמת כדברי הנתבע שפרע נ' צריך התובע שבועה להוציא נ' האחרים וא"כ כיון שלפי דברי הנתבע שטוען בברי שפרע נ' צריך התובע שבועה להוציא נ' האחרים אף שהתובע כופר שלא נפרע כלום מ"מ אין התובע יכול להוציא ממנו אלא בשבועה ודמי למ"ש הב"י והסמ"ע בסי' פ"ז סכ"ז בשם הנ"י דבכל הנשבעין ונוטלין אם התובע אמר נשבעתי והנתבע כופר דאין התובע נאמן עד שיביא ראיה לדבריו וכ"כ הה"מ פ"ז מה' טוען בשם הרמב"ן וא"כ ה"נ כיון שלפי דברי הנתבע שטוען בברי שפרע מחצה צריך התובע לישבע על הנ' שמסופק בהן אף שהתובע כופר א"י להוציא ממנו אלא בשבועה אך לכאורה יש להקשות ע"ז ממ"ש הר"ן בס"פ שבועת הדיינים בשם הרמב"ן דממון שחבירו נאמן עליו בשבועה ונתבע כופר הכל כגון שטענו מנה לי בידך חמשין מחמת הלואה וחמשין מחמת חבלה שחבלת בי ונתבע כופר הכל אע"פ שהתובע נאמן בשבועה בחמשין דחבלה לא אמרינן כיון שהתובע נאמן עליו בשבועה הרי הוא כאלו הודה במקצת אלא הנתבע פטור בלא שבועה בנ' דהלואה אבל באומר כ' לית לך וחמשין לויתי וא"י אם פרעתיך מודה במקצת הוא אע"פ שלא הודה כלום בבירור מ"מ מתוך תשובתו נתחייב הוא במקצת עכ"ד וקשה דאי איירי באומר חמשין פרעתיך וחמשין א"י אם פרעתיך א"כ אין התובע יכול ליטול אלא בשבועה ולא חשיב מודה במקצת כמו הנ' דחבלה ואי דאיירי כגון שאומר נ' לא לויתי ונ' א"י אם פרעתיך אכתי קשה אמאי חייב ש"ד להימין במיגו דאי בעי אמר נ' פרעתיך ונ' א"י דהיה פטור מש"ד דהא הא דלא מהימן כל מודה במקצת במיגו דכופר הכל הוא משום דאינו רוצה להעיז כדאמרינן בכל דוכתי אבל הכא מיגו מעליא הוא דמ"ל לא לויתי ומ"ל פרעתי אך באמת זה לק"מ דאף באומר נ' פרעתיך ונ' א"י חייב ש"ד להרמב"ן דדוקא בנ' דחבלה לא הוי כמודה

במקצת כיון שכופר בהם לפנינו אלא דלא מהימנינן ליה והתובע נ"ו לכך כיון שא"נ אלא ע"י השבועה לא מיחשב כהודאה במקצת משא"כ בטוען נ' פרעתיך ונ' א"י כיון שמדין תורה חייב לשלם הנ' שמסופק בהן בלא שבועה אלא שמדרבנן חיישינן דילמא דמיפרע לא דייק וטענת התובע נמי בספק היא וא"כ כיון דע"י השבועה הוא דק ודאי קושטא קאמר ונתחייב במקצת על ידי טענתו והוי מב"מ גמור אך לפ"ז לפ"מ שהעלה הר"ן שם טעם אחר דהיכא שאין התובע יכול ליטול אלא בשבועה לא חשיב כמב"מ שאינו מודה בממון אלא בגורם לממון משום דאיכא למימר מי יימר דמשתבע ומוכח התם דאף בשבועה דרבנן אמרינן כן דהא הר"ן הקשה שם כן אשבועה שאינו ברשותו ע"ש וא"כ בטענו מנה והלה משיב נ' פרעתיך ונ' א"י אם פרעתיך לא הוי מב"מ כיון שהתובע צריך שבועה ואינו אלא גורם לממון וא"כ אף במשיב נ' לא לויתי ונ' א"י אם פרעתיך פטור מש"ד במיגו דאי בעי היה טוען נ' פרעתיך וא"כ מה שהעתיק הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דברי הרמב"ן דאם טוען נ' לית לך גבאי ונ' א"י אם פרעתי דחייב ש"ד אינו נכון די"ל דלפי מסקנת הר"ן שם דהיכא דהתובע צריך שבועה לא מיחשב הודאה במקצת משום דאינו אלא גל"מ ליתא להך דינא דהרמב"ן מה"ט דכתיבנא אך זה ל"ק אלא למ"ש הש"ך שם דבנ' דחבלה מיירי שהנתבע מודה שכבר נשבע התובע או שכופר ועדים מעידים שכבר נשבע אבל כשלא נשבע אפי' שרוצה התובע לישבע עכשיו לא הוי מב"מ אבל באמת דברי הש"ך שם תמוהין דהמעיין בר"ן מבואר להיפך דדוקא קודם שנשבע לא מקרי מב"מ אבל כשהתובע נשבע עכשיו לפנינו הוי מב"מ דמה יעשה זה שלא היו לו עדים ועכשיו באו לו עדים דחייב שבועה וה"נ כשנשבע כבאו עדים דמיא ע"ש וא"כ ה"נ באומר נ' לא לויתי ונ' א"י אם פרעתיך חייב ש"ד דליכא למיפטריה משבועה במיגו דאי בעי אמר נ' פרעתיך ונ' א"י דהא אף אם יטעון כן יהיה חייב שבועה כשהתובע ישבע אחמשים שטוען א"י כמ"ש הר"ן א"כ השתא שטוען הנתבע נ' לא לויתי ונ' א"י אם פרעתיך דצריך לשלם החמשים שטוען א"י בלי שום שבועה הוי מב"מ גמור וחייב ש"ד אך לפי מ"ש בר"ס פ"ז בביאור דברי הש"ך והעליתי שם דאף הש"ך מודה בטוען נ' פרעתיך ונ' א"י אם פרעתיך דחייב הנתבע ש"ד כשהתובע נשבע אחמשים דא"י א"כ אף דברי הש"ך נכונים לדינא לשיטתו דבטוען נ' לא לויתי וחמשים א"י אם פרעתיך חייב ש"ד בכל גווני דהא ליה ליה מיגו זהו מה שנ"ל בדינים אלו ודוק:

ח אלא מעצמו אמר לחבירו הלויתני, הרמב"ם פ"א מטוען והסמ"ג עשין צ"ה כתבו וז"ל ואם אין לו תובע אלא הודה מעצמו הלויתני או הפקדת אצלי או אביך הפקיד אצלי וא"י אם החזרתיו אינו חייב לשלם עכ"ל ומדבריהם נלמד אף דהיורש לא ה"ל למידע

אם פרע לאביו או לא לא אמרינן דנשבע שלא פקדנו אבא ונוטל אלא כיון דמכל מקום אינו טוען ברי פטור הנתבע אמנם הרשב"א בחידושיו לגיטין דף ע"ח גבי הא דמוקי התם רבה ור"י מתניתין בשתי כיתי עדים כתב וז"ל הקשה הרב ר' אלחנן ז"ל א"כ הא דקתני לעניו החוב מחצה על מחצה יחלוקו היינו נמי בשתי כיתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבה ה"ל למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה ותירצו בתוס' דהכא לתרווייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתיה שהוא מחויב לו הלוה קודם שנולד ספק זה וללוה איכא חזקה דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה הילכך יחלוקו וא"ת אדרבה ה"ל כמנה הלויתני וא"י אם פרעתיך אם לאו דתנן בב"ק שהוא חייב י"ל דשאני התם דליכא רגלי' שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך והלכך יחלוקו עכ"ל והנה מדהקשה הרשב"א מא"י אם פרעתיך אף דהתם יש לומר דאף התובע מסופק ובטענו שניהם ספק מבואר בש"ס דב"ק להדיא דפטור כדפריך אי דלא תבע ליה רישא נמי דלא תבע ליה ואמאי חייב וע"כ צ"ל כמ"ש המ"ל בפ"ד מהל' שאלה דס"ל להרשב"א דדוקא בדבר דהוי ליה למידע פטור הנתבע כשטוענים שניהם ספק על הפרעון דעל המלוה רמיא טפי למידק אם מגיע לו ממון משא"כ היכא דלא הוי ליה למידע חייב הנתבע אף כששניהם מסופקים וא"כ הכא נמי ביורש שטוען מספק והלה משיב א"י אם פרעתיך חייב הנתבע ונראה הא דהכריחו להרשב"א לסברא זו הוא משום דלפי תי' התוס' קשה דהא משמע הכא דבלא תבעו אדם פטור לגמרי וכדע' כל הפוסקים בזה ואמאי התם יחלוקו ע"כ צ"ל דהכא שאני כיון דהמלוה ה"ל למידע פטור לגמרי אבל התם דלא ה"ל למידע יש להעמיד בחזקת החיוב דמעיקרא ולכך הקשה דה"ל א"י אם פרעתיך אבל באמת דבריו אינם מוכרחי' דבמרדכי מבואר שם דס"ל דבשני כיתי עדים הממע"ה ומתרץ קושית הרשב"א בע"א וא"כ מה"ת להמציא חילוק זה וכן מוכח לפענ"ד מדברי בעה"ת שער ל"ח ח"ד והראנ"ח שהביא המ"ל שם שכתבו הא דא"י אם פרעתיך חייב היינו דוקא כשהנתבע ה"ל למידע אבל היכא דהנתבע לא ה"ל למידע פטור ולכך מלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים וטענינן להו שמא פרע ולא הוי כא"י אם פרעתיך משום דהיורש לא ה"ל למידע ולא פשע כלום ע"ש ואי אמרת דהיכא דשניהם מסופקים בהפרעון ולשניהם לא ה"ל למידע דחייב הנתבע לשלם כשיטת הרשב"א כ"כ ש בדבר דהתובע טוען ברי ולהנתבע לא ה"ל למידע וטוען ספק דיש לחייבו לשלם דהא להתובע ליכא ריעותא כלל כיון שטוען ברי ובודאי עדיף טענת ברי שלו בדבר דה"ל למידע מטענת ספק שלו בדבר דלא ה"ל למידע א"ו דאין חילוק בזה וכשיטת הרמב"ם והסמ"ג ועוד דאל"כ יורש יגבה מן היורש מלוה ע"פ כיון דשניהם מסופקים

בהפרעון א"ו דאף בדבר דלא ה"ל למידע לשניהם ומסופקי' בהפרעון פטור הנתבע ועוד נלפענ"ד דאף הרשב"א מודה דאין חילוק בין ה"ל למידע או לא ודלא כהמ"ל אלא דטעמא דהרשב"א הוא משום דס"ל דע"כ לא אמרינן דכששניהם מסופקי' על הפרעון פטור הנתבע ולא מוקמינן בחזקת החיוב דמעיקרא היינו משום דלא הוי חזקה מעליא משום דכל חוב עומד לפרעון ולא שייך למימר אוקי אחזקה קמייתא כיון שעומד ליפרע וכן משמע בבעה"ת שער ל"ח וכעין זה כתב המג"א בא"ח סי' ח' ס"ק י"א גבי ציצית ע"ש משא"כ בזרק לו החוב שאינו עומד לכך שיהיה המעות קרוב ללוה דוקא ולכך בספק יש להעמידו בחזקת החיוב דמעיקרא ומקשה הרשב"א שפיר דהוי א"י אם פרעתיך וא"כ בהאי דינא דספק קרוב ללוה או למלוה י"ל דכ"ע מודים להרשב"א דחולקין החוב בטוענ' שניהם ספק אך מ"מ במרדכי שם מבואר דלא כהרשב"א וע' בש"ך סי' צ"א סק"י ומ"ש שם

ט וע"א מעיד שהלוהו. וכתב הסמ"ע ואף שאין הע"א מעיד עליו שעדיין לא פרעו או שהוא ת"ז וכתב עליו הש"ך ואע"ג דאית ליה מיגו מ"מ כיון דהשתא טוען א"י ואין נשבעין שבועת התורה בא"י ה"ל משוי"מ דלא כתשו' מבי"ט ח"א סי' קנ"א דפסק דדוקא כשהעד מעיד שעדיין לא פרע דלית ליה מיגו עכ"ל מפשיטות דבריו משמע דהוי קשיא ליה מאי משוי"מ שייך הכא הא אי טעין ברי היה נאמן במיגו דפרעתי וע"ז תי' דמ"מ כיון דהשתא טוען שמא ולא שייך מיגו מחויב לישבע להכחיש את העד בברי וכיון דאי"מ אך מדברי הר"ן בפ' כל הנשבעין גבי מה לי הוא מה לי אבוה מוכח להיפך שהוכיח שם דלא אמרינן מיגו דאי בעי אמר איני יודע מהא דאמרינן בפרק הבית והעליה גבי היה א' מהן מכיר אבניו נוטלן כגון שיש עסק שבועה ביניהם דאמר חמשין דידך הן וחמשין לא ידענא דהוי משוי"מ ואמאי לא מהימן במיגו דלא ידענא להו כלל דאין זה עזות דלא ה"ל למידע ונימא לאו מחויב שבועה הוא א"ו דאיני יודע לאו מיגו הוא כלל עכ"ד הרי להדיא אף דטוען על השאר איני יודע שייך מיגו אך יש לדחות דשא"ה כיון דבטוען ברי היה פטור משבועה כיון דאית ליה מיגו מעליא לכך אף בטוען שמא אף דלא שייך מיגו לא שייך ביה לומר משוי"מ אבל בע"א כיון דאם היה טוען ברי לא לויתי היה צריך שבועה להכחיש את העד ולא הוי מהימן במיגו דפרעתי כמ"ש הר"ן בר"פ כ"ה גבי שבועת השומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה והרשב"א בחי' שם דלא אמרינן מיגו להכחיש את העד דלענין שבועה הוי ע"א כמו שנים והוי מיגו במקום עדים ע"ש ולכך אף בטוען א"י הוי משוי"מ אך מ"מ אין זה במשמעות לשון הש"ך דבפשיטו' ה"ל לתרץ דל"א מיגו נגד ע"א אמנם מ"מ לענין דינא צל"ע דיש מקום לדברי

המבי"ט לפי מאי דפסק הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א דל"א משוי"מ אלא בדבר שאפשר לומר שיודע ולכך צריך שבוע' דדילמא יודע שחייב לו ומתוך שאיל"מ אבל בדבר שהכל יודעים שא"י לאו מחויב שבועה הוא כלל וכן בע"א שמעיד שבהמות של חבירי הזיקו כמה ענייניים אין חבירו חייב לשלם כיון שהכל יודעים שא"י לאו מחויב שבועה הוא כלל ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהנתבע יש לו מיגו דפרעתי א"כ הוי אנן סהדי שאינו יודע דאם איתא שהוא יודע ומשקר ה"ל לטעון פרעתי ואם כן כיון דמחמת המיגו יש ראיה שא"י לאו מחויב שבועה הוא כלל ולא הוי משוי"מ וגם לא שייך לומר בזה דלא אמרי' מיגו נגד ע"א דהא המיגו אינו אלא ראיה שא"י ולאו להכחיש את העד הוא ולכאורה י"ל דהשתא שטוען א"י לא הוי מיגו דפרעתי מיגו מעליא דהוי מיגו דהעזה דכי טעין א"י אינו מעיז אבל כשיטעון פרעתי יעיז ומיגו דהעזה לא אמרינן לפטור משבועה וכיון דחייב שבועה הוי משוי"מ כמו בחמשין לא ידענא ושניהם חשודים אף דאית להו מיגו דכופר הכל לא מהני דהוי מיגו דהעזה וחייבי' שבועה ואיל"מ אך אכתי יש לדון בזה חדא דטענת א"י בדבר דה"ל למידע הוי ג"כ העזה כדמוכח מדברי הר"ן בפכ"ה שהבאתי לעיל ומה לי העזה מרובה או העזה מועטת כדאמרינן ובכולי בעי דלודי ליה ופי' התוס' דנימא מדאינו מעיז ודאי קושטא קאמר ולא אמרינן דניחא ליה להעיז במקצת משיעיז בכולי ע"ש ועוד דטענת איני יודע גרועה יותר מטענת להד"ם אף דהוי העזה כדמשמע מדברי התוס' בפרק השואל דהקשו לרב ושמואל דפטרי בנ' ידענא ונ' לא ידענא א"כ כל מודה במקצת להימין בלא שבועה במיגו דאי בעי אמר אחמשים שכופר א"י ותי' דאיני יודע לאו מיגו הוא דאין אדם טוען ברצון איני יודע הרי דניחא ליה לטעון להד"ם ולהעיז משיטעון א"י אף דלא הוי העזה כולי האי ואף דיש לדחות די"ל דיש אדם שיותר טוב לו להעיז משיטעון א"י שהוא טענה גרועה בעיני בני אדם ויש אדם שנוח לו לטעון איני יודע דליכא העזה כולי האי מלטעון ברי שהוא העזה גדולה נגד המלוה ולכך בכל גווני ליכא מיגו מ"מ מנ"ל לחלק בהכי גם מדברי הנ"י בפ' המפקיד גבי ההוא גברא דאפקיד כיפי מוכח דיותר נוח לאדם להעיז משיטעון טענה דלא שכיח ע"ש וא"כ הכא נמי טענת איני יודע לא שכיחא בדבר דהוי ליה למידע ויותר נוח לו לטעון בברי והוי מיגו מעליא וע' בתוס' דב"ב דף ל"ד ע"א ד"ה הוי מחויב שבועה ובסמ"ע סי' ק"ח ס"ק י"ז וצ"ע:

י בכל אלו הוי ליה משוי"מ. וכתב הש"ך דמכאן נרא' בממרמות שלנו אם יש ע"א על הקיום מאחר שיש שם נאמנות על הפרעון רק שיכול לטעון פרעתי במיגו דמזויף וכיון שיש ע"א שהיא חתימתו לא הוי מיגו והוי משוי"מ עכ"ל אך מדברי הסמ"ע בסי' נ"א סק"ה מוכח להיפך ע"ש והארכתי שם בזה והעליתי דהעיקר כהש"ך ועמ"ש בר"ס מ"ו:

יא משוי"מ הא דא"נ בשבועה דשלו חטף במיגו דלא חטפתי תי' התוס' פחז"ה בשם ר"י דלא חציף אינש לאכחושי סהדא לישבע כנגדו ועוד תי' שם בשם ריב"ם דאע"ג דהוי מיגו מעליא מ"מ כיון דהאמינה תורה ע"א לענין שבועה מוכרח הוא לישבע נגדו או לשלם דכל שאינו נשבע נגדו להכחישו חשוב הוא כשני עדים ותי' זה תפסו במסקנתם הרמב"ן והר"ן וכ"כ הש"ך וע' בריב"ש סימן של"ב שכתב דלתי' בתרא כ"ש אם העד מעיד ג"כ שהחפץ אינו של החוטף דג"כ מחויב לשלם דכל שאינו מכחישו בגוף החטיפה ה"ל כשנים וא"נ לומר דשלו חטף משא"כ לתי' קמא נאמן במיגו דלא חטפתי דהא השתא נמי מעיז ומכחיש את העד והדברים נכונים והש"ך בר"ס נ"א לא ירד לזה ע"ש ומ"ש שם עוד כתבו הסמ"ע והש"ך דמיירי הכא שראו החפץ בידו בשעת תביעה דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי ובסי' ע"ב ס"ק כ"ב הנחתי דין זה בצ"ע ע"ש:

יב וי"א שכיון שנתחייב וכו'. הסמ"ע והב"ח והש"ך כתבו דדוקא אסיפא פליגי י"א אלו אבל ברישא כשנתחייב על עיקר תביעה ש"ד ואיל"מ מודי דנשבע על הגלגול היסת ונפטר דהא אין כאן ש"ד כלל שהרי מוכרח הוא לשלם והש"ך הוסיף דלכך כתב הטור בסתם בס"ס צ"ד בשם תשובת הרא"ש שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו מן התורה ואין כאן גלגול עכ"ל והיינו משום דכ"ע מודי בזה ואני תמה דמדברי הנ"י בפ' השואל בשאלה חצי יום מוכח להיפך דהוכיח שם דאמרינן בגלגול משוי"מ ממתניתין דשני עבדים א' גדול וא' קטן לוקח אומר גדול לקחתי והלוה אומר א"י זכה בגדול ולר"נ דס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור צריך לאוקמי מתניתין דהתם ביש עסק שבועה ביניהם כמו דמוקי מתניתין דהשואל ביש עסק שבועה ביניהם והיכי משכחת לה הא בעבדי' גופייהו אין נשבעין עליהן כלל אלא ע"כ כגון שטוען עבד בכסותו וכיון דמודה ליה בחד עבד וחד כסות מחויב שבועה אכסות אחרת ועל העבד ע"י גלגול וה"ל משוי"מ אלמא דאף בגלגול אמרינן משוי"מ הרי משמע להדיא דאף דאינו נשבע כלל אכסות האחרת דהא צריך לשלם אותו כיון שא"י מ"מ הוי משוי"מ ע"י גלגול אף על העבד ודוחק גדול לומר דמיירי התם שטוען על הכסות בברי שלא לקח אלא כסות עבד קטן ונשבע ע"ז אלא דעל העבד א"י אם לקח גדול או קטן דלשון עבד בכסותו לא משמע כן ועוד דבנ"י בפ' השואל במשנה דהמחליף פרה בחמור ד"ה זכה בגדול כתב להדיא דמיירי שטוען א"י אם לקח כסות עבד קטן או גדול וזכה בכסות דהוי משוי"מ ובעבד נמי אף דאין נשבעין עליהם מ"מ חייב שבועה עליהם ע"י גלגול והוי משוי"מ וברור דדברי הנ"י אלו היה בהעלם עין מהסמ"ע והש"ך וכן הטור גופיה כתב בס"ס רכ"ג ואם יש עסק שבועה ביניהם כגון שתבעו שני עבדים בכסותם

ומודה על האחד ועל השני אומר א"י מתוך שאיל"מ עכ"ל הרי להדיא דאף היכא דמשלם על גוף הטענה מ"מ על הגלגול הוי משויל"מ אך באמת דברי הטור תמוהים מאוד דסותר א"ע למ"ש בס"ס צ"ד וכן תמה עליו הרב בעל תוי"ט בפרק השואל במשנה דהמחליף דסותר א"ע למ"ש בשם הרא"ש בסי' זה לפסק הלכה דאין אומרים בשבועה הבאה ע"י גלגול משויל"מ והניח בקושיא ואמנם לפעד"נ לתרץ קושית הנ"י הא דהוכיח ממתניתין דזכה בגדול דאף בשבועה הבאה ע"י גלגול אמרי' משויל"מ ובזה יהיו מיושבים גם דברי הטור על נכון והוא דיש להבין לשיטת הסוברי' דבגלגול שבועה ל"א משויל"מ מה טעם יש בדבר כיון דילפינן לה מקרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשי' כדאמרי' בפ' כ"ה מה"ת לחלק בין עיקר שבועה לגלגול דהא ג"ש ג"כ דאורייתא היא וצריך לומר כיון דחזינן דרחמנא לא חייבה שבועה אטענת הגלגול לבדו אלא כשיש לו שבועה בלא"ה החמירה התורה לגלגל עליו כיון דנשבע בלא"ה אטענה אחרת ישבע ג"כ אטענה זו וא"כ מסתברא דבכה"ג לא אמרינן משויל"מ כיון דאינו חייב לישבע על טענה זו כלל רק כיון דנשבע בלא"ה רמיא רחמנא עליו לברר דבריו ולישבע ג"כ על טענת הגלגול אבל היכא דא"י לישבע על טענת הגלגול ל"א שישלם עבור מה דא"י לישבע כיון שאינו חייב שבועה כלל מדינא ומוקמינן קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם דדוקא כשא"י לישבע עיקר שבועה הוא דצריך לשלם ולא בגלגול וזה הוא כוונת הרא"ש במתני' דשאלה חצי יום אלא שקיצר בלשונו ע"ש ולפ"ז י"ל דע"כ לא אמרינן בג"ש משויל"מ אלא היכא שהוא כופר הכל על טענת הגלגול אלא דלאחר שנתחייב לו ש"ד על טענה אחרת מגלגל עליו ג"כ טענה זו אבל היכא שהודה לו במקצת קרקעות ועבדי' שאין נשבעין עליהן אלא ע"י גלגול של שבועה אחרת בכה"ג אמרינן בהו משויל"מ כיון דמה שאין נשבעין על דברי' אלו הוא חידוש שחדשה התורה בהן דילפינן להו מכלל ופרט א"כ אין לך בהם אלא חידושם ואמרינן דרחמנא לא פטרה קרקעות ועבדי' משבועה אלא על טענתם לבדם אבל היכא שנתחייב לו ש"ד ממקום אחר נשבעין ג"כ עליהם ע"י גלגול ומוקמינן להו אדינייהו כשאר מודה במקצת ואמרי' בהו משויל"מ וכעין זה כתבו התוס' בס"פ כל הנשבעין על הא דאמרי' התם לכל מגלגלין חוץ משכיר דהטעם הוא משום דשכיר מן הדין א"צ שבועה כלל אלא דחייב שבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב ולכך אין מגלגלין והקשו שם הא בע"א מעידה שהיא פרועה אמרינן ג"כ בפ' הכותב דאינו אלא כדי להפיס ותי' דשא"ה דאינה פטורה אלא מגזה"כ דאין נשבעין על הקרקעות ולכך כיון שהצריכו חז"ל שבועה החמירו אף לגלגל עליו ע"ש וה"נ י"ל סברא זו לענין משויל"מ ולכך בשני עבדים אחד גדול ואחד קטן ויש עסק שבועה ביניהם כיון דהוא

מודה במקצת על העבד גופיה אלא דאין נשבעין עליו מגזירת הכתוב ולכך ע"י גלגול אמרינן ביה משויל"מ וזה הוא ג"כ דעת הטור בס"ס רכ"ג ולכך פסק התם דהוי משויל"מ אף בגלגול שבוע' ובזה מתורץ גם כן דאינו סותר למ"ש בס"ס צ"ד דהתם כיון שמשלם על עיקר הטענה לא שייך גלגול גביה להשביעו דהא רחמנא לא חייבה שבועת הגלגול אלא היכא דנשבע בלא"ה החמירה רחמנא לישבע ולברר גם כן טענת הגלגול אבל היכא דמשלם גוף הטענה לא החמירה רחמנא לישבע טענת הגלגול אבל עבדי' שאין נשבעין עליהן אלא מגזירת הכתוב לכך היכא שנתחייב שבועה בלא"ה אף שא"י לישבע מ"מ אמרינן דמוקמינן להו אדינא וחלה עליו השבועה בכולל וכשיטת הנ"י ומשאיל"מ זה נ"ל נכון מאוד וכפתור ופרח ליישב דברי הטור ודוק:

יג יכול להשביעו היסת. דעת הסמ"ע דאם תפס בעל התיבה משל שמעון בלא עדי' תפיסתו תפיסה והש"ך והט"ז תמהו עליו דהיאך יועיל תפיסה להוציא ממון מספק ולפענ"ד דעת הסמ"ע הוא דכאן מיירי בתיבה פרוצה וראובן טוען שראה מה שהיה בתיבה קודם שנכנס שם שמעון ולא היה שם אדם אחר רק הוא ועכשיו נחסר מהתיבה דזה הוי טענת ברי לגמרי דהא אי העידו עדים באופן זה היה נוטל בלא שבועה דמתקיימת עדותן בידיעה שלא בראיה כדאיתא לקמן בסי' צ' ס"ו וכן מוכח שם בסמ"ע ס"ק י"ז ובפרישה מבואר יותר שראובן טוען כה"ג שלא היה שם אחר רק הוא ולכך נשבע היסת דהוי כטענת ברי ולכך בכה"ג מהני ג"כ תפיסה בלא עדים כיון דטענת ברי הוא ובאמת בכה"ג נראה דיכול להפך השבועה על התובע כיון דע"פ עדי' כאלו מוציאין ממון ה"ה דבכה"ג יכול התובע לישבע וליטול אך הסמ"ע בס"ק מ"ח לא כתב כן ולא ידעתי טעמו ואפשר דס"ל כיון דאינו מועיל עדות ידיעה שלא בראיה אלא בד"מ ולא בד"נ כדאיתא בפרק שבועת העדות דף ל"ד ע"א לכך לענין שבועה לא מצי התובע לישבע ע"ז שהוא נטל החפצים ודוחק וצ"ע גם נראה דבכה"ג אם הנתבע מודה במקצת חייב ש"ד דזה חשיב כטענת ברי גמור וראיה לזה מהא דאיתא בפ' הניזקין דף נ"א אמר ר"י שני כיסים קשורים מצאת לי והלוה אומר לא מצאתי אלא אחד נשבע ש"ד משום דכיסין לא מנתחי אהדדי מיחשב טענת ברי ואע"ג דזימנין דמתעכל קיטרייהו כמ"ש התוס' אפ"ה חשיב טענת ברי ואף דלא קיי"ל הכי הוא משום דהמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם אבל מ"מ כ"ע ס"ל דידיעה בלא ראיה מיחשב טענת ברי וחייב הנתבע ש"ד ע"ז אך כ"ז לפי דברי הסמ"ע אך הש"ך הבין דמיירי כאן אף שלא טען שידוע לו שלא היה שם שום אדם מקודם ואפ"ה ס"ל דמשביעין אותו היסת והנכון אתו דכן משמע במרדכי להדיא דמדמה ליה לאמר לי אבא ולכך השיג יפה על הסמ"ע דבכה"ג לא מהני

תפיסה וע' בש"ך ס"ק ס"ג וז"ב וע' בתשו' רמ"א סי' ק' אות י"ב דמוכח מדבריו דס"ל דבתיבה פרוצה והלה מודה במקצת דחייב הנתבע שבועת המשנה בנק"ח ומדמה ליה התם לשבועת השותפו' ע"ש וא"כ לפי מ"ש הש"ך בסי' צ"ג סק"ג דבשבועת השותפים לא צריך הודאה במקצת ואפ"ה כאן בתיבה פרוצה אינו חייב אלא היסת א"כ י"ל דאף במב"מ בתיבה פרוצה אינו חייב אלא היסת אך באמת קשה לפי מה דמדמה ליה המרדכי לשבועת השותפים א"כ לשיטת הפוסקי' דלענין שבועת השותפים א"ל הודאה במקצת א"כ בתיבה פרוצה אף בכופר הכל יתחייב שבועת המשנה בנק"ח וצריך ישוב:

יד מצאתי כתוב בפנקסו של אבא וכו'. והיכא שנתחייב אדם לחבירו שבועה בב"ד ומת התובע עמ"ש בסי' צ"א סק"ד דנראה דבש"ד כשהיורשים תובעים אותו פטור מש"ד אך מ"מ חייב היסת כמו בטענו ספק ע"פ קרוב שמבואר בסכ"ג בהגה דמשביעין אותו היסת ע"ש:

טו אפילו קרוב שלו משביעין אותו היסת. לכאורה הטעם הוא משום דע"י הקרוב מיחשב טענתו טענת ברי אך זה ליתא דא"כ אף שהאחר הוא נוגע בדבר ליחייב שבועה על ידו כמו בכל היסת דמחייבינן הנתבע שבועה ע"פ טענת התובע אף שהוא נוגע בדבר א"ו הא דחייב שבועה ע"פ קרוב הוא מטעם עדות וכן מבואר בתה"ד סי' ש"ח להדיא וז"ל דדוקא פסול מחמת קורבה זוקק לשבועת היסת משום דאינו פסול אלא מגזה"כ דאפילו משה ואהרן פסולים לעדות ואיכא למימר שבועת היסת שהוא תקנתא דרבנן לא פסלו קרובים לגביה אבל פסול דנוגע בדבר אין להאמינו כל עיקר דהתם הוא כבע"ד עצמו ואין לסמוך כלום על עדותו עכ"ל הרי להדיא דלענין היסת לא פסלו קרובים ומחייבי שבועה מתורת עדות וכן משמע במרדכי גופיה וכ"נ דברי הש"ך בס"ק פ"ב מזה יש ללמוד דין חדש לפי מה דקיי"ל דעד המסייע פוטר משבועה משום ק"ו דאם ע"א מחייב את הנתבע המוחזק לישבע כ"ש דמועיל העד להנתבע המוחזק לפוטרו מהשבועה כמבואר בהרא"ש והמרדכי בפ"ק דמציעא טעם זה וכן הסכימו האחרונים כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו וא"כ לענין שבועת היסת יש לפטור אף עד קרוב המסייע להנתבע כיון דע"א קרוב מועיל לחייב הנתבע היסת אף שהתובע טוענו ספק כ"ש דיועיל ע"א קרוב לפטור את הנתבע מהיסת וגם יש סעד לזה מתשובת מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א שכתב לדחות סברת בעה"ת דס"ל דעד המסייע אינו פוטר מהיסת משום דתקנתא דר"נ בכל ענין נתקנה דחזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו דמסתברא דר"נ לא תקן אלא משום הך אומדנא דאיכא רגלים לדבר למרמי עליו שבועה אבל היכא דאית להנתבע עד המסייע טפי איכא אומדנא להנתבע דאחזוקי סהדא בשקרא לא מחזיקינן דחזקה א"א חוטא ולא

לו ואע"ג דאינו קם לממון הא אשכחן שהאמינתו תורה בסוטה אחר סתירה לאוסרה על בעלה ובעגלה ערופה שלא תערף וחז"ל האמינוהו בעדות אשה להתירה לשוק ובשבויה שתנשא לכהונה וכנגד חזקה זו חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו לאו כלום היא עכ"ל וא"כ כיון דטעמא דעד המסייע פוטר מהיסת הוא מטעמא דא"א חוטא ולא לו א"כ אף בעד קרוב שייך האי טעמא דאף באב לגבי בנו שייך א"א חוטא ולא לו כדמוכח בפ' שבועת הדיינים דף מ"ב ע"ב וגם בכל הני בעד טומאה ועגלה ערופה ושבויה ועדות אשה נאמנים אפילו אשה וקרוב וא"כ הוא הדין לענין היסת נמי ועוד יש לתת טוב טעם מהא דאמרינן בפ' שבועת הדיינים דר"נ תקן היסת משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו ופריך הש"ס אדרבה חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח ומשני דאשתמוטי קא משתמיט עד דהוי ליה זוזי ופרע ליה והנה התוס' בפ' הגוזל דף ק"ו הוכיחו דל"ד בפני בע"ח א"א מעיז אלא דבכל מידי שידע בי' חבריה דמשקר א"א מעיז לכפור בו וכן הוא שיטת כל הפוסקים וא"כ בעד קרוב המסייע איכא חזקה דהעד קושטא קאמר דהא אינו מעיז לשקר במידי דידע ביה חבריה ולגבי העד לא שייך אשתמוטי וא"כ חזקה זו מגרע לחזקת התובע ופטור הנתבע מהיסת ובתשובה הארכתי בזה מאוד בימי חורפי ולא ראיתי לשום אחד מהמחברים שנתעורר בזה וע' בש"ך ס"ק פ"ג ובמ"ש בסי' נ"ח סק"ג: **טז** ודוקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות. מבואר בתה"ד סי' ש"ח כגון ראובן ששלח ביד שמעון מעות ללוי לקנות לו איזה דבר ושמעון אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו אין להאמינו שיהא יכול ראובן להשביע ללוי כיון ששמעון נוגע בעדות שהרי צריך לישבע נגד ראובן ויש לי לתמוה מהא דאמרינן בפ' האיש מקדש דף מ"ג דהיכא דשלח הלוה את החוב למלוה ע"י שנים דהן הן שלוחיו הן הן עדיו דמיגו דיכלי למימר אהדרינהו ללוה נאמנין לומר פרעינהו למלוה ומסיק עלה הש"ס והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהביניה ליה ומשתבע מלוה דלא שקיל ופרע לוה למלוה והיינו משום דנוגעין בעדותן הן דאי אמרי אהדרינהו ללוה יהיו חייבין היסת והקשו התוס' שם דמ"מ למה לא יהיו העדים נאמנים בשבועה שפרעו למלוה במיגו דהוי אומרים אהדרינהו ללוה שהיו פטורים בשבועה דהרי אינן נוגעים כלל ותי' משום דרחמנא אמר ע"פ שנים עדים יקום דבר משמע עדים הנאמנים בדיבורם לבד אבל עדים שטעונים לישבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם וא"כ קשה הכא אמאי אין ראובן יכול להשביע ללוי ע"פ שמעון אף דחייב שבועה מ"מ הא לאחר שנשבע שמעון לא הוי כלל נוגע בעדות דהא אי בעי אמר שהחזיר המעות לראובן והיה נפטר בשבועה כקושית התוס' אלא דפסול לעדות משום גזה"כ דע"פ שנים עדים יקום דבר

עדים הנאמנים בדיבורם לבד ועד שצריך שבועה אינו עד וא"כ הוי כמו קרוב דרחמנא פסליה לעדות וא"כ כיון דע"פ קרוב משביעין היסת א"כ ה"נ יהא ראובן יכול להשביע ללוי ע"פ שמעון ולא מצאתי מקום ליישב קושיא זו אם לא שנאמר דהתה"ד ס"ל כמ"ש המרדכי והרשב"א בחידושיו שם ליישב קושית התוס' בע"א וז"ל דכיון שאתה מצריכן שבועה נפקי מתורת עדים והוי כמו בעלי דברים עכ"ל ולכך ס"ל להתה"ד דאף דקרוב זוקק לשבועת היסת משום דחז"ל לא פסלוהו להיסת מ"מ הכא כיון דשמעון פסול משום כיון דצריך שבועה הוי כבעל דבר גרע טפי ואינו זוקק אף להיסת וא"כ לפי תי' התוס' דהעדים פסילי מגזירת הכתוב דע"פ שנים עדים יכול ראובן להשביע ללוי דלא כהתה"ד ואפשר דהתה"ד סובר דגם כוונת התוס' לדברי המרדכי והרשב"א אך אין זה במשמעות לשונם כלל ובזה תרצתי דברי הרי"ף בפ' האיש מקדש שם שהעתיק שם הירושלמי חד בר נש אפקיד גרבוי גבי חבריה וכפר ביה אתא עובד' קמיה דר' ירמיה ועשה שליח עד וחייבו שבועה ע"י הכתף ותמהו עליו כל הראשונים דהא השתא דתיקנו רבנן שבועת היסת אין שליח נעשה עד דנוגע בעדות הוא ולפמ"ש א"ש דהא הש"ס מפרש הטעם למ"ד אין שליח נעשה עד הוא משום כיון דקיי"ל שלוחו של אדם כמותו הוי ליה כגופו וא"כ י"ל הא דאמר הירושלמי וחייב שבועה ע"י הכתף היינו שבועת היסת והיינו משום כיון דהשליח אית ליה מיגו דהחזרתי להמפקיד הוי עד מעליא שאינו נוגע בעדות כלל אלא דמיפסל משום גזה"כ דע"פ שנים עדים דבעינן דוקא עדים הנאמנים בדיבורם לבד וא"כ הוי כמו קרוב דזוקק להיסת ולכך יכול המפקיד להשביע היסת להנפקד ע"י השליח אבל אי אין שליח נעשה עד משום דה"ל כגופו א"כ הוי כנוגע בעדות וגרע מיניה ואין המפקיד יכול להשביע הנפקד בטענת שמא ע"י השליח כסברת התה"ד ולכך אמר בירושלמי דר' ירמיה עשה שליח עד וחייבו שבועת היסת ע"י הכתף וא"ש ונכון זה אמרתי בימי חורפי אמנם עכשיו דקדקתי יפה ונ"ל דדברי התה"ד נכונים אף לשיטת התוס' והוא משום דנראה הטעם דעד קרוב זוקק להיסת הוא משום אף דהתורה פסלה אותו לעדות מ"מ אית ליה חזקה דא"א חוטא ולא לו ולכך האמינוהו חז"ל לחייב היסת כמו דחייבו היסת משום חזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו וכמ"ש בס"ק שלפ"ז בשם מוהרי"ט בתשובה ולפ"ז יפה פסק התה"ד דלוי א"צ לישבע ע"פ עדות שמעון משום דשמעון נוגע בעדות הוא וליכא למימר דהא אית ליה מיגו דאהדרינהו לראובן אלא דפסול דעד שצריך שבועה אינו עד והוי כקרוב דזוקק להיסת זה ליתא דהנה יש להבין הא דאמרינן מיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה מהימני לומר פרעינהו למלוה מה מיגו הוא זה כיון דחשדינן להו דמשקרי ומעכבים המעות לעצמם מאי איכפת להו לשקר נגד המלוה או נגד הלוה

ומאי מיגו הוא זה ונ"ל דמ"מ כיון שיש בידם לומר שנתנו ללוה ויש בידם לומר שנתנו למלוה שם עדים עליהם ורחמנא הימנינהו דכתיב ע"פ שנים עדים יקום דבר וכיון שיש בידם לומר אהדרינהו ללוה עכשיו שאומרים פרענו להמלוה עדים גמורים הם ומהימני וא"כ כיון דהשתא דתקון רבנן שבועת היסת לא הוי עדים מן התורה דעד שצריך שבועה אינו עד ג"כ אינו מחייב שבועת היסת בטענת ספק דמה רגלים לדבר איכא הכא דל"ש בזה לומר חזקה א"א חוטא ולא לו דהא אנן חשדינן ליה דמשקר ומעכב המעות לעצמו ובע"כ צריך לשקר נגד אחד מהן לטובתו ומה איכפת ליה לשקר נגד ראובן או נגד לוי ומתורת עדות רחמנא פסליה דעד שצריך שבועה אינו עד ולכך פטור לוי משבועה משום דראובן טוענו בספק ואין נשבעין על טענת ספק זה נ"ל נכון מאוד וקילורין לעינים בס"ד וראיה לזה לפי מה שהוכחתי לעיל דעד קרוב המסייע פוטר מהיסת כמו דזוקק להיסת לשיטה זו וא"כ תקשה הא דאמרינן בקדושין והשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני עדים דיהביה ליה ואמאי צריכים שניהם לישבע הא כיון שאחד מהן נשבע א"כ מיחשב לעד קרוב דרחמנא פסליה לשיטת התוס' ויפטור את חבירו משבועה מתורת עד המסייע א"ו דהשליח גרע יותר מעד קרוב מה"ט דכתיבנא ודברי תה"ד מוכרחים:

עו

א אחר שישבע כל אחד. והא דלא אמרינן דה"ל הלוה מודה במקצת שחייב לכל אחד מאה ועל מאה אינו יודע וה"ל משוי"מ תירץ הבעה"ת בשם הרמב"ן דהכא כיון שמודה בכל הג' מאות שהפקידו אצלו ואינו מעכב לעצמו כלום אינו חייב שבועה כלל ודמי לשליש דמהימן בלא שבועה וכ"כ הנ"י בפ' המפקיד והה"מ בפ' ח' מה' שאלה תי' בשם הרשב"א דכיון שהוא טוען ברי שאינו חייב אלא ש' ומנה השני משלם חנם לכך תקנו חז"ל שכ"א צריך לישבע וליטול וכ"כ הסמ"ע ונראה דאם אחד תבעו בברי שהמאתים שלו והשני תבעו בספק צריך הלוה לשלם ר' להטוען ברי בלא שבועה לא מיבעיא לתירוץ הרשב"א דכיון שאינו משלם אלא תשלום אחד הדר ה"ל משוי"מ ונוטל שכנגדו בלא שבועה אלא אפילו לסברת הרמב"ן דאינו חייב שבועה כלל כיון שאינו מעכב לעצמו כלל וכן בטוען הילך דאינו חייב שבועה לכ"ע מ"מ כיון שמן הדין מחויב לשלם להטוען ברי ולהטוען ספק א"צ לשלם נוטל הטוען ברי בלא שבועה דלא תיקנו שבועה אלא היכא דמפסיד שלא כדין אבל הכא שאינו משלם אלא תשלום אחד נוטל הטוען ברי בל"ש דאין נשבעין על טענת ספק והוי כא"י אם פרעתיך לעיל בסי' ע"ה ס"ט דנוטל בל"ש מה"ט נ"ל:

ב והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו והנה מדין השבועה לא נתבאר כאן אם שני המלוים יכול כ"א להשביע לחבירו היסת שבגרמתו אינו נוטל הממון שלו וכן כשאחד מהם מביא עד שמסייע לו אם שכנגדו צריך ש"ד להכחישו והנה כשיש ע"א תליא בפלוגתא דרבוות' המבואר לקמן בסי' רס"ז ס"י גבי אבידה זה נתן סימני' וזה נתן סימני' וע"א דע"א כמי שאינו ויניח דדע' הרא"ש והרב בהגה שם דזה שנגד העד צריך לישבע שזה שלו הוא ואם א"ר לישבע נותנים לבעל העד אך דעת הנ"י שם דא"צ לישבע נגד העד כיון דאפילו לאחר שנשבע אין נותנים לזה שנשבע ולזה הסכימו הב"ח והש"ך שם אך יש לתמוה על הנ"י וסייעתו דאמאי לא יהיה צריך לישבע להכחיש את העד הא מבואר בסי' שפ"ח ס"ז בהגה דהאומר לחבירו מסרתני והוא כופר חייב היסת ומשמע התם דהיכא שיש ע"א חייב ש"ד וא"כ ה"נ במה שאומר זה שכנגדו שהאבידה שלו הוי כמוסר ובדיבוריה קלייה שמחמת זה לא יתנו לשכנגדו ואמאי לא יצטרך לישבע להכחיש את העד וכי אם ע"א מעיד שאחד הזיק לחבירו וחבירו כופר לא יתחייב ש"ד להכחיש העד ואפשר לומר דהנ"י לטעמיה אזיל דס"ל דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הש"ך בר"ס שפ"ו בשמו וכן הסכים הש"ך שם וא"כ הכא כיון שהשני אינו נוטל האבידה אלא דע"י אמירתו אינו נוטלו שכנגדו ואינו אלא גרמי בעלמא כמו מסור דבדיבוריה אפסדיה ולכך א"צ לישבע להכחיש העד ש"ד דס"ל כמ"ש הרמב"ן והביאו הש"ך בסי' שע"ו וסק"י דאין נשבעין ש"ד בדיני דגרמי ע"ש אבל היסת מודה הנ"י וסייעתו דכ"א צריך לישבע ומעתה ה"ה הכא אם יש ע"א שמעיד כדברי האחד תליא בפלוגתת הנ"י והרא"ש דלדעת הנ"י א"צ ש"ד להכחיש העד כיון דאף לאחר השבועה יהא מונח המנה הג' ולדעת הרא"ש צריך ש"ד אבל היסת לכ"ע יכול כ"א להשביעו לחבירו דה"ל כאלו אומר לחבירו מסרתני דחייב היסת אך יש להסתפק אם א' אומר לחבירו השבע לי היסת ואינו רוצה אם הלוה מחויב להחזיר המעות לשכנגדו די"ל כיון דבלא"ה המעות הוא מונח ביד הלוה עד שיבוא אליהו לא מיחשב כמיחת לנכסיה וכדמוכח מדברי תשובת הרא"ש שהביא הש"ך בסי' ע"א ס"ק ז"ך וכפי שבארתי דבריו באריכות בסק"ה שם לענין שטר שיש ביד שליש או דילמא דיש חילוק בין שטר להחזירו ללוה לממון דכי מחזירין ליד אחד מיחשב טפי כמו דנחתינן לנכסיה דאידך וכן משמע מלשון הרא"ש והרב בהגה סי' רס"ז ס"י דדוקא כשיש ע"א שחייב ש"ד ואינו רוצה לישבע אז נותנים לבעל העד אבל כשאינו רוצה לישבע היסת אין מחזירין לשכנגדו ויהא מונח וצ"ע לדינא:

ג חייב בבא לציי"ש. וכתב הש"ך אבל בדיני אדם נותן לזה ק' ולזה ק' ומנה השלישית חולקים כיון דלא תבעי ליה כלל וליכא רמאי אבל אם כל אחד אומר ק' ידענא וק' לא

ידענא מנה השלישית יהא מונח עד שיבא אליהו וכ"כ הש"ך בס"ק ט"ו במנה אחת וא"י ממי לוה ולא תבעי ליה דחולקים ולא אמרינן יהא מונח כיון דלא תבעי וליכא רמאי ולפענ"ד אשתמיט ליה ש"ס ערוכה בבכורות דף מ"ח גבי שנים שנתנו עשרה סלעים לכהן בעד שני בכורים שנתערבו ואח"כ מת אחד מהן בתוך שלשים יום דהכהן צריך להחזיר להם ה' סלעים ופריך הש"ס ולידחי לכאו"א דלאו דידיה מת ומשני דמיירי בבא בהרשאה וכ"פ הט"ו בי"ד ס"ס ש"ה וא"כ הכא כיון דהוא והם א"י ממנה השלישית וכן במנה אחת ולא תבעי ליה ודאי דמדיני אדם פטור לגמרי דמצי למידחי לכל חד וחד דומיא דכהן וכעין זה מבואר בדברי הרב רמ"א בסי' מ"ט ס"ז בהגה דאף בטענת ברי והוא מודה שחייב לאחד מהן דיכול לדחות לכ"א ואחד אם לא בבא בהרשאה וליכא למימר דאף הש"ך מיירי בבא בהרשאה זה ליתא דא"כ אף היכא דאיכא רמאי נמי חולקים מנה השלישית ונותנים לזה שבא בהרשאה דהא במסכימים לחלוק פשיטא דחולקים כמ"ש הש"ך בסק"ז בפשיטות ובבא בהרשאה הרי מסכימים שניהם שיתן המעות למי שבא בהרשאה ומחויב ליתן לו ממ"נ ומה שירצה יעשה וליכא לאקשויי לפ"ז מאי פריך הש"ס בפ"ק דמציעא לרבנן דפ' המפקיד דסברי דמנה הג' יהא מונח אמאי לא אמרינן דחולקים כמו בשנים אוחזין בטלית והוצרך לשנויי משום דאיכא רמאי ואמאי לא משני בפשיטות דהנפקד פטור לגמרי ממנה הג' דמצי למידחי לכל חד וחד והממע"ה י"ל ע"פ מ"ש הנ"י בפ' ג"פ בשם הריטב"א והביאו הב"י בס"ס ס"ה דבנותן מתנה לא מצי למידחי דהוי כשותף בנכסים וא"כ כ"ש בפקדון דברשותיה דמרא קאי דלא מצי למידחי ועוד י"ל לפמ"ש התוס' בפ' המפקיד דמתניתין מיירי בבא לציי"ש ואפ"ה פטור ממנה הג' וא"כ י"ל דהש"ס ס"ל דאף דמצי למידחי לכ"א מ"מ בבא לציי"ש חייב לחלקו ביניהם כיון שיודע שהוא ודאי של אחד מהן ולכך משני כיון דאיכא רמאי פטור אף לציי"ש ועוד שכבר הארכתי והעליתי בסימן מ"ט ס"ז דבטענת ברי לא מצי למידחי כלל וא"כ פריך הש"ס שפיר בפשיטות אבל בדינ' דהכא דמיירי בלא תבעי פשיט' דפטור לגמרי ממנה הג' וכסוגיא דבכורות ודלא כהש"ך וז"ב:

ד בבא לציי"ש. הש"ך כתב ע"ל סי' ע"ה ס"ק כ"ג כתבתי דכל היכא דלא מחייב אלא לציי"ש לא מהני כשתפס התובע בעדים עכ"ל וממילא הכא אף תפיסה שלא בעדים לא מהני דדוקא התם במנה לי בידך והלה אומר א"י מהני תפיסה שלא בעדים דנאמן במיגו דלא תפסתי אבל הכא שהתובע טוען ספק דל"ש מיגו ל"מ תפיסה אף שלא בעדים ולשון הש"ך אינו מדוקדק קצת בזה מיהו במלוה בשטר שעשו שטר ביחד וטוענים ברי מהני תפיסת אחד מהן שלא בעדים אבל אם תפסו ב' כ"א ר' שלא בעדים נראה דלא מהני

התפיסה אף דאית להו מיגו ל"מ כיון דמ"מ הלוה נפסד שלא כדין והוא לא פשע כלום ודמי לדלעיל סימן נ"ח ס"א בהגה דלא מהני תפיסה כיון דהשליח יהא חייב לשלם ע"ש והכא עדיף טפי דהתם תפס מעות המשלח אבל הכא שלא נתחייב הלוה אלא ג' מאות לשניהם ביחד ולא יותר וגם לא פשע מידי י"ל דכ"ע מודי' דלא מהני תפיסה להפסידו שלא כדין ועוד י"ל כיון דודאי אחד מהן משקר מגרע כח המיגו כ"כ לי ודוק:

עז

א או שקבלו פקדון ביחד. הרב רמ"א בתשו' סי' כ"ז פסק דשני שומרים שקבלו השמירה ביחד לא אמרינן דנעשו ערבים זה לזה וכן הדין בשני אפוטרופסים דכיון דלא מתהני מידי מסתמא לא נעשו ערבים זה לזה והביא ראיה מפ"ק דב"ק והש"ך בסק"א השיג עליו דמדברי הרמב"ן והרא"ש והר"ן משמע להדיא איפכא וגם מההיא דב"ק דחה ראייתו ודבריו ברורים אך מ"מ לענין דינא נראה עיקר כהרב רמ"ח ולא מטעמי' דהנה הרא"ש בפ"ק דקדושין כתב דאם אשה אומרת לאיש תן ככר לכלב ואתקדש אני לך אינה מקודשת אלא בכלב שלה דמטיא הנאה לידה משא"כ בכלב דאחרינ' ואינה מקודשת מדין ערב דלא מהני ערב אלא היכא דמטיא הנאה לאינש אחרינא משא"כ כאן שאינו בן דעת וכ"כ הר"ן בפ"ק דקדושין בשם הרשב"א וחכמי הצרפתי' וכן מבואר בחי' הרשב"א לקדושין שאין הערב מתחייב אלא מפני זכיית הלוה דכשאמרה תן מנה לפ' ואתקדש אני לך אע"פ שהמקבל אינו מתחייב עליו בכלום דהא מתנה הוא דקשקיל מ"מ היא מתקדשת בו באותה הנאה הבאה לאותו בן זכייה בדיבורה אבל כשהמקבל אינו בן זכייה אין כאן דין ערבות עכ"ל רק הרמב"ן שם חולק דאף בכה"ג שייך דין ערבות וכ"כ הרב רמ"א באה"ע סי' ל' סי"א דיש להחמיר בדבר מחמת ספיקא דדינא וכן הביא הרב רמ"א לקמן סי' ש"פ ס"א בהגה דהאומר לחבירו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך י"א דחייב וי"א דפטור וא"כ ה"נ בשנים שקבלו השמירה ביחד כיון דאנן קיי"ל דאין השני מתחייב אלא מדין ערב א"כ כיון דאין לחבירו שום הנאה מהשמירה אינו מתחייב מדין ערב כיון דלא מטיא הנאה לשום אדם וליכא למימר כיון דמטיא הנאה להמפקיד מתחייב מדין ערב זה ליתא כלל דלא מצינו בשום מקום שאדם יתחייב לחבירו בשביל הנאה שיבוא לחבירו מזה רק באדם חשוב גבי קדושין בשלמא בשאר ערבות משתעבד דאע"ג דלא מטיא הנאה לידו מכל מקום ע"פ צווי והימנותא דיליה מטיא הנאה לחבירו ולכך מחייב א"ע מה שאין כן הכא האיך יתחייב א"ע להמפקיד בשביל ההנאה שיבוא להמפקיד וזה וז"ב ומעתה נדחים כל ראיותיו של הש"ך דמהרמב"ן פשיטא דאין ראיה דאזיל לטעמיה

דס"ל דגם בזרוק מנה לים מתחייב מדין ערב וגם מהרא"ש אין ראיה כלל דהא הרא"ש סובר דשנים שלוו אין הטעם משום ערבות רק כל אחד נעשה לוה בכולו וא"כ ה"ה בשומרים כ"א קיבל עליו כל השמירה ונעשה שומר על כולו וכן הר"ן בפ"ק דקדושין לא הכריע בזרוק מנה לים אם מתחייב מדין ערב וכן בפ' שבועת הפקדון לא הכריע אם שנים שלוו חייבים מדין ערבות או משום דכ"א נעשה לוה בכולו כשיטת הרא"ש ולכך סתם כאן גבי שומרים כי לא נחית לפלפל בזה כאן וכן הה"מ בפ' כ"ה מה"מ שהביא דברי הרמב"ן דגם בשנים שקבלו פקדון דינא הכי הרמב"ן לטעמיה אזיל דמחייב בזרוק מנה לים וגם הה"מ פ"ד מה"א הביא דבריו ולא הכריע וגם י"ל דמיירי בפקדון שמקבל שכר על שמירתו דבכה"ג חייב לכ"ע כיון דמטיא הנאה לחבירו על פיו משא"כ בש"ח דלא מטיא הנאה לחבירו כלום אינו חייב מדין ערב וא"כ כיון דאנן קיימא לן דשנים שלוו אינו חייב אלא מדין ערב א"כ בשנים שקבלו השמירה בחנם יפה פסק הרב רמ"א דאינן ערבים זה לזה כיון דהוי ספיקא דדינא אי שייך ערבות בכה"ג ואין מוציאין מיד המוחזק דהממע"ה אך יש להקשות ע"ז מהא דמבואר לעיל בסי' ס' ס"ה דשנים שנתחייבו לזון לאחד דינם כשנים שלוו מאחד והרי התם לא מטיא הנאה לחבירו מזה דהא משמע התם דמיירי במתחייב א"ע לזון בחנם ואפ"ה מחייבי מדין ערב אך באמת לק"מ דהא בלא"ה קשה שם דהיכי מתחייבי מדין ערב הא בסי' קכ"ט ס"ה בהגה איתא דמי שנתן מתנה לחבירו והעמיד לו ערב אינו מתחייב להי"ח שם כיון דלאו מידי חסריה וכ"פ הש"ך שם וכן המחבר הביא דיעות אלו לקמן סי' קכ"ו סי"ט וא"כ ה"נ בשנים שנתחייבו לזון לאחד אמאי דינם כשנים שלוו כיון שאינו מתחייב אלא מדין ערב והתם לאו מידי חסריה א"ו דמיירי התם שנתחייבו לזון לחבירו בקנין וכמבואר בתשו' ריטב"א שבב"י שם מקור דין זה ולכך אמרינן דמסתמא קנין זה נעשה גם עבור הערבות של חבירו ולכך משתעבד אף דלאו מידי חסריה וגם לא מטיא הנאה לחבירו מזה אבל באמת בשנים שנתחייבו לזון או בשאר חיוב בדבר שאינן חייבים באופן שנתבאר בסי' מ' אינן ערבים זה לזה כנ"ל עיקר:

ב דאם לא נתברר הדבר בעדים וכו'. הע"ש והש"ך חלקו על הרב בזה דאין חילוק בין נתברר בעדים או שמודה שלוה לצורך השותפות דמכל מקום כיון שבשעת הלואה לא נודע להמלוה שהוא לצורך השותפות ולא נעשה בצוויו של השותף השני לא נשתעבד אא"כ נתברר או מודה שבצוויו הלך זה ולוה לצורך השותפות אך הע"ש כתב דאף שבצוויו הלך זה ולוה לצורך השותפות אם ההלואה לא באה לתוך השותפות לא נשתעבד השותף השני והש"ך השיג עליו כיון דבהסכמתו וצוויו לוה לצורך השותפות

מה בכך הרי המלוה נתנו ליד השותף שהוא שלוחו וכאלו נתנו לידו דמי ולפענ"ד אין דברי הש"ך מוכרחים בזה לפי מה שנראה מדברי הע"ש והש"ך דהיכא שבצוויו הלך השותף ולוה לצורך השותפו' חייב השותף הומשלח אף שהמלוה לא ידע שנעשה בצוויו דמ"מ כיון שהוא שלחו ללוות שלוחו של אדם כמותו והוי כאלו הוא לוה בעצמו וא"כ בכה"ג נראה דאם השותף שלוה שינה בשליחותו ולא הניח המעות לתוך השותפות דהמשלח פטור כיון דהמלוה לא הלוה על דעת השותף השני כי הוא לא ידע שזה לוה בשליחותו ואף אם אומר כן דילמא משקר כמ"ש הר"י בי רב הובא בב"י א"כ המלוה הוא בעל דבר של זה שלוה ממנו ולא של המשלח דהא אף אם שינה בשליחותו המעשה שלו קיים כמ"ש הט"ו בסי' קפ"ב ס"ב ע"ש וא"כ הכא כיון שהשליח שינה ולא הניח המעות לתוך השותפות המשלח פטור כיון דעבר השליח על דעת משלחו השליחות בטל מכל וכל ואע"ג דתיכף שלקח המעות מן המלוה כבר נגמר השליחות נגד המלוה מ"מ כיון דלא שלחו אלא אדעת שיתן המעות לתוך השותפות הרי לא גמר שליחותו ושינה בו ונתבטל השליחות מעיקרא ואף שנגמר ההלואה נגד המלוה מ"מ המלוה לא הלוה לו אדעת שותף שני אלא שאתה רוצה לחייבו משום שנעשה בשליחותו וכיון דהשליח שינה אדעתא דהכי לא שלחו ובטל השליחות מכל וכל הגע עצמך מי ששלח שליח לקנות דבר בהקפה על שם השליח ואח"כ לא רצה השליח ליתן אותו דבר להמשלח וכי יעלה על הדעת שהמשלח יצטרך לשלם להמוכר עבור אותו דבר שלא הגיע לידו כלום וגם המוכר לא ידע מן המשלח כלל דבר זה מוקצה מן הדעת דפשיטא דהשליחות בטל מכל וכל וא"כ ה"ה לענין הלואה נמי ואולי אף הש"ך מודה לזה לדינא אלא שהבין דהע"ש מיירי שלא בא לתוך השותפות ברצון השותף השני ולכך הקשה שפיר כיון שנגמר השליחות שלוחו של אדם כמותו ומה איכפת ליה למלוה בכך דהוי כאלו הלוה שותף זה לחבירו מעות שלו אבל היכא דהשותף שינה ולא הניחו לתוך השותפות בזה אף הש"ך מודה שהשותף השני פטור וכן עיקר לענ"ד ודוק:

ג אין עדותו מחייב את חבירו שבועה. הטעם מבואר בטור דהוי נוגע בעדות ובפרישה הקשה דיהא המודה נאמן במיגו דאי בעי כפר הכל או שהיה כופר שלא היו שותפים ואינו חייב אלא החצי ונדחק מאוד בזה ולא ידעתי מאי קשיא ליה דמאי מיגו הוא זה הא אי היה כופר בכל או במקצת יתחייב שבועה וא"כ אם אתה מאמינו להיות עד הוי נוגע גמור דירא לכפור הכל או מקצת שלא יתחייב שבועה כדאמרינן בקדושין גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו במיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה מהימני לומר פרעינהו למלוה ומסיק דהשתא דתיקן ר"נ היסת לא הוי עדים דנוגעים בעדותן הן כדי שלא יצטרכו

שבועה וכדלקמן סי' קכ"א ס"ט ע"ש וז"ב ולפ"ז אם אין הלה תובעו כגון שאמר אני וחברי לוינו מנה מאביך מהני עדותו לחייב חבירו ש"ד כדלעיל סי' ל"ז סי"ב בהגה דבכה"ג הוי מיגו מעליא דכיון שאין אדם תובעו אי בעי שתיק ולא הודה כלום

ד אפי' שניהם כתובים בשטר אחד. הש"ך הניח דין זה בצ"ע די"ל דדוקא כשמחל אותו שלא נכתב השטר על שמו ובא בשליחות חבירו הוא דלא מהני דשליח שטעה אפי' בכל שהוא המקח בטל שיכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל כשהשטר נכתב בשם שניהם ה"ל כשותפין ובשותפים לא שייך לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ול"ב עיקר כהרב רמ"א בזה דנהי שהאמת הוא דאם שותף אחד מכר דבר מהשותפות לא יכול השותף האחר למחות ומה שעשה עשוי רק דאם שינה צריך לשלם להשותף האחר כמו שהוכיח זקיני הגאון בבית הלל באה"ע ס"ס פ"ו והביאו הב"ש שם והסכים כן היינו דוקא בדבר שדרכן של ב"א בכך ולכך מה שעשה עשוי וא"י לומר לתקוני שדרתיך דשותף עדיף משליח אבל ליתן מתנה לאחרי' מחלקו ודאי דאדעתא דהכי לא הרשהו וראיה ברורה לזה מהא דפסק הרמב"ם בפ"ז משלוחין והט"ו בי"ד סי' קע"ז סל"ב דאם נתן המתעסק מתנה מהמטלטלין או מעות של העסק לאחרים והביא בעל הממון ראיה ברורה שהם מזה העסק מוציא מידם וכו' והרי התם מיירי במקבל עסקא והוא הנושא ונותן בהממון ובעל הממון אינו מתעסק כלל בהעסק והכל נעשה ע"פ בעל העסק ולכך נתנו לו בתחילה והתם ודאי אם שינה בדבר המכירה א"י בעל הממון לומר לתקוני שדרתיך ואפילו הכי אם נתן דבר לאחרים בעל הממון מוציא מידם אף שפלגא הוא מלוה ביד המתעסק מכל מקום אמרינן שודאי מתחלה לא נתנו לו ע"ד שיהא יכול ליתן לאחרים מתנה ממנו וכ"ש בשני שותפי' שכ"א מניח חצי ממון לשותפות דפשיטא דאמרינן דמסתמא לא נשתתף עמו שיהא יכול ליתן מתנה מחלקו שום דבר וז"ב אך מ"מ אם היה להלוה טענו' על השטר והלך שותף א' ונתפשר עמו ומחל לו מקצת החוב צ"ע אם יכול השני למחות בהפשרה כי יש לדמותו להא דקיי"ל סי' ר"ה ס"ג דפשרה דינה כמכר משום דהוי כמוכר התביעה שיש לו בעבור המעו' שמקבל א"כ ה"נ י"ל כיון דאם מכר השותף דבר מן השותפו' שלא כהוגן בלתי ידיעת חבירו אינו יכול לבטל המכירה כמ"ש הב"ה והב"ש א"כ ה"ה בפשרה מה שעשה עשוי והיכא דהשותף נתפשר עבור שהיה מגיע שבועה להשותפי' בזה נראה דהשותף פטור אף נגד חבירו דיכול לומר לו מי יימר דמשתבעת אפי' באמת והוי גורם לממון ולאו כממון דמי ולאו מידי אפסדיה כדאיתא בשבועו' דף ל"ד וכן הוא בתשובת ר"מ שבמרדכי פ' המפקיד ופסקה הרב רמ"א בסי' ר"ץ ס"כ בהגה אך במקום אחר הארכתי להשיג ע"ז והוכחתי דכל היכא דחייב

משום מזיק או ד"ג חייב אף בכה"ג ע"ש ואין כאן מקומו אך מ"מ אם הפשרה קיימת נגד הלוה שלא יהיה שותף השני יכול למחות בזה צ"ע לדינא מה"ט שכתבתי דזה הוי כמכר: ה לא נתחייבתי לך כלום וצריך הרשאה מן השני. משמע דאף חלקו א"י לגבות בלא הרשאה דכיון שלא נכתב השטר על שמו לאו בע"ד דידיה הוא וכן מבואר בב"י סי' קע"ו מחודשים ל"א בשם תשובת הרשב"א להדיא ויש להקשו' מההיא דסי' ס' ס"ח בראובן שהוציא שטר שלוה שמעון מלוי וטען ראובן שלוי היה שלוחו ונכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו ושמעון טוען לאו בע"ד דידי את אם הודה לוי לראובן ששלוחו היה כופין את שמעון שיפרע לראובן אף בלא הרשאה וא"כ כ"ש הכא שלוה משניהם וידוע שחצי הממון של חבירו הוא אף שלא נכתב השטר על שמו מ"מ יהא יכול לגבות חלקו בלא הרשאה וצ"ל דהכא גרע טפי דכיון שלוה משניהם ונכתב השטר על שם אחד לבד גלי אדעתיה שלא רצה להתחייב להשני כלל דזה נוח לו וכלשון הרשב"א שהובא בב"י סי' קע"ו משא"כ לעיל אפשר דלא ידע דשלוחו הוא ואף שידע מ"מ כיון שנטל ממנו המעות כתב השטר על שמו וליכא גילוי דעת דקפיד על זה דוקא ולכך צריך לשלם למי שהממון שלו ולפ"ז צ"ל דדוקא הכא שנטל המעות משניהם ונכתב השטר על שם אחד א"י השני לגבות חלקו בלא הרשאה אבל שני שותפים במו"מ ולוה מאחד מהן ונכתב השטר על שמו וידוע שהוא ממון השותפות או שמבואר כן בשטר יכול חבירו לתבוע בשטר חלקו לבד אף בלא הרשאה דהא דנכתב השטר על שם האחר לאו משום קפידא הוא אלא משום דנטל ממנו המעות לבד כתבו על שמו וגם דרך השותפות כן הוא דלא קפדי אהדדי ויש להביא ראיה לזה דאם נכתב השטר על שם אחד מהשותפים ומבואר בשטר שהוא ממון השותפות דגובה השני החצי שלו בלא הרשאה מהא דמבואר בסי' צ"ג סי"ד בהגה ביצא שט"ח על לוי בשם שמעון על מאה דינרים ומבואר בשטר שהוא ממון השותפות ושמעון אומר כבר נפרעתי הכל והחזרתי לכיס דאם השטר יוצא מתח"י ראובן אין שמעון נאמן בהודאתו רק על מחצה שלו ולא על מחצה של ראובן דאין אדם נאמן בהודאתו לחוב לאחרים ואי אמרת דאין ראובן יכול לגבות אף החצי שלו בלא הרשאה א"כ אין ראובן בע"ד דלוי רק שמעון ואמאי אין שמעון נאמן לומר נפרעתי ואף שהוא חב לאחרי' מ"מ מה לו ללוי בכך וכמ"ש הש"ך בסי' ק"א סק"ג ע"ש ודינא דר"נ לא שייך הכא דהא אין השותף חייב כלום לחבירו דהא האחריות הוא על שני השותפים בשוה א"ו דבכה"ג גובה החצי שלו בלא הרשאה כלל אך מ"מ בנטל המעות משניהם ונכתב השטר בשם אחד מהן אין ראיה משם די"ל דהתם מיירי שלוה המעות משמעון לבד דליכא גילוי דעת שלא נתחייב אלא לו לבדו אבל בנטל המעות משניהם ונכתב

השטר על שם אחד איכא גילוי דעת שלא נתחייב אלא לו לבדו אף בשותפין וכ"ש כשאין מבואר בתוך השטר שהוא ממון השותפות דאיכא ריעותא טפי וע' בש"ך סי' ס"ב ס"ק י"ד ע"ש:

ו איש ואשתו שלוו וכו' חייבת לפרוע החצי מכתובתה. ע' באה"ע סי' ק"ב בב"ש סק"ח שהביא בשם מוהרי"ל דאף שלוה הבעל לבד אם היא נו"נ בבית ובאו המעות לידה חייבת מדין ערב לכ"ע אף שתפסה מטלטלין לכתיבתה חייבת לשלם ע"ש ומשמע דאף שכלה ממון ההלואה חייבת לשלם מדין ערב ואף לשיטת הע"ש והש"ך בס"ב דשני שותפים שלוה אחד מהן אין השני חייב לשלם אף שנתברר בעדים שלוה לצורך השותפות ובא לתוך השותפות אם כלה ממון השותפות וה"ה אם טוען שחבירו חייב לו כנגדו מ"מ י"ל דהאשה הנו"נ בתוך הבית עדיף טפי משני שותפים ואדעתא דידה הלוה ואולי מהרי"ל ס"ל כשיטת הרמב"ן והמחבר בס"ב דהשני משתעבד אם הוא מודה שההלואה היתה לצורך השותפות אבל לשיטת הרב בס"ב י"ל דאף האשה פטורה אלא דמדברי הב"ש שם לא משמע כן:

ז אינה נאמנת אלא במיגו דפרעתיך. בתשובת הרב רמ"א סי' ע"ב הוכיח מכאן דה"ה בשני' שחתומי' בשטר אחד ואחד תפס משל חבירו שלא בעדים נאמן לומר לחבירו אתה לקחת כל המעות אלא שאני ערבתי בעדך במיגו דאי בעי היה כופר בומה שתח"י כמו הכא שהאשה נאמנת לטעון כן במיגו דפרעתיך והאריך להביא ראיות דאמרינן מיגו במקום שטר בשטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וכן עדים שאמרו אמנה ומודעא היו דברינו נאמנים במיגו דאין זה כת"י וכ"ש בנידון זה שזה לא נשתעבד לחבירו כלל רק נגד המלוה ואין חבירו יכול לומר שטרך בידי מאי בעי דהא לית ליה שטר מיניה כלל ואין חבירו יכול לגבות ממנו אם כבר פרע להמלוה אם לא שכתב לו התקבלתי כדלקמן סימן ק"ל ואמאי לא נאמר מיגו נגדו וסיים והוא פשוט לדעתי ע"ש באריכות ולפענ"ד דבריו צ"ע טובא דהא כתב הבעה"ת שער ז' והט"ו ססי' פ"ח סכ"ח דאם אחד תבע לחבירו מנה נ' בשטר ונ' בע"פ אם הודה בחמשים שבע"פ וכפר בחמשים שבשטר שאין כאן שבועה כלל אלא משלם נ' שהודה ושל השטר שכפר ישבע בעל השטר ויטול וא"כ התם נמי תקשה דלהימן שפרע נ' שבשטר במיגו דאי בעי כפר הנ' שבע"פ ובאמת כן הקשה הש"ך שם ותי' דל"ד לשטר פקדון דאם יטעון נאנסו לא יהיה השטר כלום משא"כ הכא דאף אם יכפור החוב שבע"פ לעולם יהיה השטר בתקפו ע"ש וא"כ ה"נ אם יכפור במה שתח"י מ"מ יהא השטר בתקפו ובכה"ג לא אמרינן מיגו נגד שטר ול"ד לשטר פקדון ומודעא ואמנה שהביא הרב ראיה משם שבטענת המיגו

יתבטל גוף השטר משא"כ הכא ומ"ש הרב רמ"א דכ"ש דבנ"ד לא נשתעבד לחבירו כלל ולא שייך בזה שטרך בידי מאי בעי אינו מוכרח כלל דמ"מ כיון שחתום עמו יחד אנן סהדי שהוא חייב כמו חבירו דאל"כ לא היה נותן השטר למלוה ושטרא בידו דמלוה מאי בעי והי מינייהו מפקת וראיה לזה דהא הכא א"כ האשה אלא במיגו דפרעתיך אלמא היכא דליכא מיגו כגון היכא שלא היה לה במה לפרוע א"נ וכמ"ש בתשו' מוהרש"ל סי' צ"ג והביאו הט"ז והיינו משום כיון דשניהם חתומים ביחד מסתמא שניהם חייבים בשוה ובאמת גם הרב רמ"א לא כתב זה אלא לסניף בעלמא ובלשון כ"ש ועיקר על טענת המיגו קסמיך והוא תמוה דלא אמרינן מיגו נגד השטר אלא היכא דבטענת המיגו יתבטל השטר לגמרי כדמוכח מכל הפוסקים שהבאתי משא"כ הכא ומהתימה על הרב רמ"א איך אשתמיט ליה כל דברי הפוס' אלו ואולי הרב רמ"א סובר כמ"ש לקמן בסי' פ"ח ס"ק י"ד ליישב קושית הש"ך דלכך לא מהימן במיגו דאי בעי היה כופר החוב שבע"פ והודה לו בחוב שבשטר משום דניחא ליה יותר להודות בחוב שבע"פ ולכפור בחוב שבשטר משום דבשטר זילי נכסיה כיון דטריף ביה ממשעבדי אבל בחוב שבע"פ לא זילי נכסיה וא"כ הכא שפיר אית ליה מיגו מעליא דאי בעי היה מודה בחוב שבשטר וכפר במה שתפוס תח"י דליכא למימר דניחא ליה לכפור בשטר דזילי נכסיה דהא אף לפי מה שטוען עכשיו שחבירו חייב כל החוב אלא שהוא נתערב בעדו עדיין זילי נכסיה דהא סוף סוף עדיין משתעבד להמלוה בשטר מתורת ערבות וא"כ כיון דאף לפי טענתו זילי נכסיה א"כ אית ליה מיגו מעליא דאי בעי היה כופר במה שתחת ידו אך לפי שיטת הש"ך א"נ וצ"ע לדינא:

עח

א ותבעו תוך הזמן. הסמ"ע כתב בשם המרדכי דהיינו דוקא כשהתובע טוען ברי אבל לא כשטוען שמא והש"ך השיג עליו דמדברי תשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' ע"א משמע דאף ביורשים שטוענים שמא גובים בתוך זמנו וגם המרדכי לא פסק כן אלא בצירוף טעמים אחרים ע"ש והנה לשיטת הסמ"ע משמע דאף יורשים הטוענים שמא אינם נוטלים בת"ז דהא המעיין במרדכי יראה שכתב דינו לענין יורשים ובאמת הדבר תמוה מאוד דהאיך יעלה על הדעת דיורשים אינם נוטלי' בת"ז דהא מוכח דהחזקה דא"א פורע בת"ז עדיפא משטר דבשטר צריך המלוה שבועה כשהלוה טוען אשתבע לי דלא פרעתיך ובת"ז גובה אף מיתמי בל"ש הרי דת"ז עדיף וכ"כ התוס' וא"כ כיון דקיי"ל בסי' ק"ה ס"ה דיתומים שהוציאו שט"ח נוטלים בל"ש מן הלוה אף שטוען פרעתי אם לא דאמר אשתבע

לי וכמבואר בש"ס בפ' הכותב ובפכ"ה להדיא דפריך השתא אביהן שקיל בל"ש אינהו בשבועה ע"ש א"כ כ"ש כשהיורשים באים לגבות בת"ז דעדיף משטר דנוטלים בל"ש ואף יורשים מן היורשים גובים בת"ז בל"ש וכמבואר בטור בסימן ק"ח ס"ד להדיא דאם יורשים באים לגבות מיורשי הלוה מלוה ע"פ אם הוא על אחד משלשה דרכים גובים מהן בלא שבועה ואחד מג' דרכים הוא כשבאים לגבות בת"ז ע"ש ואולי דר"י שבמרדכי ס"ל כשיטת רב שר שלום שהביא הטור בסימן פ"ב דס"ל דיורשים שהוציאו שטר הלוה נשבע היסת ופטור אבל לדידן דלא קיי"ל הכי הדבר ברור דגם יורשים גובים בת"ז בל"ש והיותר נראה דהד"מ והסמ"ע והש"ך במחילה מכ"ת לא ירדו לסוף דעת המרדכי בזה דז"ל שם ועוד דחזקה דא"א פורע בת"ז אולי לא מהניא ליה אלא היכא דאיכא ברי וברי אבל הכא טוענת האשה והיורשים שמא בחזקה דא"א פורע וטענת הנתבע ברי וחזקת הממון ומיגו דיכול לומר התניתי עמו לפרוע בת"ז נאמן ועוד דדבר פשוט הוא דה"נ דמי לתבעוהו אחר זמנו ואמר פרעתיך ת"ז דאיבעיא להו ולא איפשטא דמאחר שנהרג עבר זמנו ומה לי הוא או יורשיו ואפי' אם הוא קיים ותבעו ת"ז יש כאן מיגו דיכול לומר התניתי עמך לפרוע בתוך הזמן ומאחר דלא איפשט בעיין כל תיקו דממונא הממע"ה עכ"ל הם הבינו דמ"ש המרדכי בטעם הא' ומיגו דיכול לומר התניתי עמו לפרוע בת"ז נאמן הוא טעם בפ"ע אף בלא טעמא דהיורשים טוענים שמא והוא דוחק גדול ועוד דא"כ למה סיים בטעם השני ואפי' אם הוא קיים ותבעו ת"ז יש כאן מיגו דיכול לומר התניתי עמך הלא כבר כתב סברא זו ולמה כפל דבריו לכך נ"ל דכוונת המרדכי הוא בטעם הא' דהוי ס"ל דאף אי לא אמרי' מיגו במקום חזקה וא"כ מיגו דהתניתי עמך לבד לא מהני מ"מ כיון דהיורשים טוענים שמא והנתבע ברי וגם אית ליה מיגו דהתניתי עמך יש להאמינו במיגו אף במקום חזקה כמו דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא מחזקת ממון ואפ"ה היכא דאיכא ברי ושמא אף בשמא דלא ה"ל למידע אמרינן מיגו להוציא כמ"ש הש"ך בדיני מיגו בשם הר"ש מקינון והג"מ והוכחתי בדיני מיגו שלי דאף נגד יורשים אמרינן מיגו להוציא וא"כ ה"ה בבו"ש אמרינן אף מיגו במקום חזקה לכ"ע כמו דאמרינן בכה"ג מיגו להוציא אף שהוא נגד חזקת ממון ומשום הכי הוסיף המרדכי בטעם השני דמיגו דהתניתי עמך לבד סגי כיון דהוא אבעיא דלא איפשטא הממע"ה ועוד י"ל דר"י שבמרדכי ס"ל דמיגו דהתניתי עמך לבד ודאי לא מהני דהוי מיגו במקום חזקה דע"כ לא מבעיא בש"ס אלא בתבעו לאחר זמנו דהוי מיגו אלימתא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל מיגו דלא התניתי עמך לכ"ע לא מהני משום דהוי מיגו במקום חזקה וסברא זו כתב הש"ך בסי' ק"ח סק"ז ובזה מיושב דלא תקשה דא"כ דינא דתוך זמנו היכי משכחת לה

דהא בכ"מ איכא מיגו זו והכנה"ג נדחק בזה ולפמ"ש ניחא דהוי מיגו במקום חזקה והא דכתב בטעם השני ואפילו אם הוא קיים ותבעו ת"ז יש כאן מיגו דיכול לומר התניתי עמך עיקר טעמא הוא דהוי כתבעו אחר זמנו אלא דכתב לאלומי מילתא דאף שהוא קיים יש כאן מיגו ולכך כתב יש כאן מיגו ולא כתב דנאמן במיגו דבאמת א"נ במיגו דהוי במקום חזקה כנלפע"ד ברור ונכון בכוונת המרדכי וא"כ השתא לענין דינא כיון דמסתימת כל הפוסקים נראה דא"נ לומר התניתי עמך לפרוע בת"ז א"כ פשיטא דיורשי' גובים בתוך זמן מן הלוה בל"ש כלל וכן יורשים מן היורשים אך כ"ז ביורשים אבל במלוה ולוה גופייהו אם שניהם טוענים שמא בזה הדין ברור דהתובע נוטל בל"ש דהא אף בשטר ושניהם א"י אם הוא פרוע מבואר בסי' פ"ב ס"ב דגובה בו וכ"ש בחזקה דת"ז דאלים טפי משטרא אך אם המלוה טוען שמא והלוה טוען ברי שפרע בת"ז בזה יש להסתפק דל"ד ליורשים דלא ה"ל למידע משא"כ מלוה גופיה איתרע טענתיה במה שטוען איני יודע וא"י ליטול מספק ודמי לשט"ח שהוציא המלוה ולוה טוען פרעתי והמלוה אומר א"י דמבואר בסי' נ"ט דאינו גובה בו דאיתרע שטרא וה"ה לענין ת"ז נמי איתרע החזקה ואין להוכיח מדברי הרמב"ם והמחבר בסי' פ"ד ס"ב דפוגם שטרו והוא ת"ז נוטל בלא שבועה אלמא אף דטעמא דפוגם הוא משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמי שבועה עליו כי היכי דלידוק וא"כ הוי כטוען הלוה ברי והמלוה שמא ואפ"ה נוטל המלוה בל"ש זה ליתא דשא"ה דליכא ריעותא כלל דהא המלוה טוען ברי שלא נפרע אלא דאנן אמרינן דלא דייק ויכול להיות שהוא זוכר וברי מעליא הוא לכך בת"ז גובה בל"ש משא"כ היכא שטוען בפירוש שא"י איתרע החזקה דת"ז וברי דהלוה עדיף ופטור וצ"ע לדינא:

ב וה"ה דלא יכול לומר מחלת לי. אע"ג דלענין מחילה לא שייך חזקה דא"א מוחל בת"ז מ"מ מחילה טענה גרוע' היא מצד עצמה וא"נ עלה אלא במיגו ובת"ז ליכא מיגו כן מבואר במרדכי ומסתימת לשון הרב רמ"א משמע דטענת מחילה הוי כטענת פרעון וגובה המלוה בל"ש וקשה מהא דלקמן סי' פ"ב סי"א דמבואר לדיעה הראשונה דאם טען הלוה מחלת לי החוב שבשטר דהוי כטוען פרעתי וצריך המלוה לישבע ואמאי יגרע חוב בשטר מחוב דע"פ וכיון דחוב שבשטר צריך לישבע כ"ש בחוב ע"פ וליכא למימר דש"ה דנאמן במיגו דפרעתי דהיה יכול להשביע זה ליתא דהא מבואר שם בהגה דאף אם יש נאמנות בשטר יכול להשביע בטענת מחילה והתם ליכא מיגו דפרעתי ועוד דא"כ אמאי כשאמר אמנה הוא אין משביעין אותו כדאיתא התם להימן במיגו דפרעתי כדאיתא בסי' ס"ט דבכת"י נאמן לומר אמנה במיגו דפרוע א"ו דמיגו להשביע ל"א כמ"ש בסי' פ"ד ס"ב וכן הוכיח הב"ש באה"ע סי' צ"ו וא"כ ע"כ צ"ל דטענת מחילה הוי טענה מעליא

בעצמה להשביע בשטר וא"כ כ"ש בע"פ וצ"ל דהרב רמ"א סתם כאן משום דסמך א"ע אמה שמבואר פלוגתא בזה בסי' פ"ב ובאמת לדיעה הא' שם ה"ה כאן צריך שבועה והנה מזה יש סתירה לדברי הח"מ והב"ש באה"ע ס"ס פ' שהביאו שם על מ"ש הרב בהגה שם דאם הבעל טוען להאשה מחלת לי על מזונות שעבר נאמן ועל מזונות דלהבא א"נ דבתשו' הרשב"א בשם הרי"ף כתב דנאמנת בלא שבועה ופסקו כן בפשיטות ולפענ"ד דין זה במחלוקת שנויה דהרשב"א לטעמיה אזיל דס"ל דאם טוען מחלת לי החוב שבשטר המלוה נוטל בל"ש כיון שאין השטר עומד לכך וכמ"ש הב"י בסי' פ"ב בשמו ולכך פסק דא"צ שבועה משא"כ לשיטה ראשונה בסי' פ"ב סי"א דבטענת מחילה צריך שבועה ה"ה במלוה בשטר בת"ז צריך ג"כ שבועה דהא לענין מחילה ליכא גריעותא מה שהוא ת"ז גם מ"ש הח"מ שם דעכ"פ צריך היסת והשיג עליו הב"ש דדין זה תליא בדין הטוען פרעתי בת"ז אם צריך היסת שמבואר בס"ב ומחילה דומה לפרעון כמ"ש הרב בהגה כאן זה ליתא כלל דלענין מחילה אין כאן גריעותא כלל מה שהוא בת"ז כמבואר במרדכי להדיא שר"מ הקשה דלמה א"נ לומר פרעתי בת"ז במיגו דמחילה ותירץ דמחילה טענה גרועה היא וא"נ לטעון מחילה אלא במיגו דפרעתי ולכך בת"ז דא"נ לומר פרעתי א"נ לומר מחלת לי ובמקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי במיגו דפרעתי כמבואר בר"ס ע' ס"א בהגה אלמא דלענין טענת מחילה אין גריעותא כלל מה שהוא ת"ז אלא דטענת מחילה בעצמה טענה גרוע' היא וא"נ עליה ומ"מ יש להשביעו היסת לאחר הפרעון כמו בטענת אמנה ורבית דמבואר בסי' פ"ב דחייב היסת לאחר הפרעון וכ"ש בנשים דדרכן למחול מזונות לבעליהן כמו שכתב הב"ש בסי' ע' ס"ק כ"ט ע"ש אך דלפ"ז יש להבין הטעם דלמה כשטוען מחלת לי מזונות שעבר נאמן ובמזונות דלהבא א"נ דהא משום דהוא ת"ז ליכא גריעותא לענין מחילה ואי משום דחיוב מזונות הוא ודאי וחשיב כשטר ומחילה טענה גרועה היא מה חילוק בין להבא לשעבר וצ"ל דלענין להבא הוי כשטר ומעשה ב"ד דא"נ לומר פרעתי או מחלת לי דא"כ מה הועילו חז"ל בתקנתן משא"כ לשעבר איכא אומדנא שמחלה מדשתקה עד עכשיו כמ"ש הרא"ש בפ' אלמנה ניזונת גבי יתומים אומרים נתננו ע"ש וכן משמע בתשו' הרשב"א שהביא הב"י באה"ע סי' ע"ז שממנו מקור דין זה אמנם לולי דברי הרב רמ"א כאן הייתי אומר דלשיטת הסוברים בסי' פ"ב דמשביעינן בשטר על טענת מחילה ס"ל דטענת מחילה בעצמה היא טענה טובה ומהימן עליה במלוה ע"פ אף בלא מיגו ואף בת"ז נאמן לומר מחלת לי והא דלא מהימן לומר פרעתי בת"ז במיגו דמחילה י"ל דהוי מיגו גרועה כיון שאין דרך ב"א כן בוש לטעון כן ובאמת לשיטת הרב רמ"א הוא דוחק גדול לחלק בין ממון לשבועה דכיון

דא"נ בטענת מחילה מצד עצמו הוי כטענת אמנה ורבית ולמה צריך שבועה א"ו דדיעה זו סוברת דטענת מחילה בעצמה טענה מעלייתא היא וכ"כ הכנה"ג בסי' ע"א ובס' פ"ב בשם הראנ"ח וכן עיקר לפענ"ד:

ג הוחזק כפרן ואינו נאמן. הש"ך כתב וצ"ע דלמה הוחזק כפרן והא יכול לומר ודאי פרעתיך בת"ז אלא שמאחר שלא הייתי נאמן הוכרחתי לפורעך אחר זמנו ומה"ט מספקא ליה לרבינו יקר במרדכי שם עכ"ל והנה מדבריו נראה דטעם המחבר הוא משום דכיון שאמר שפרע ת"ז א"כ לא היה עומד ליפרע אח"כ ומה שאמר שפרע אח"כ הוא משקר ולפ"ז אף שאמר שפרע ת"ז לפני עדים לבד שלא בפני ב"ד נמי א"נ לומר פרעתיך אח"כ ובאמת דלפ"ז יש לתמוה טובא מדברי בעה"ת והט"ו בסי' ע"ט ס"ט באם התובע תבעו לפני עדים ואמר לא לויתי ואמר אתם עידי ובאו עדים שלוה ממנו אם חזר ואמר פרעתיך קודם לכן א"נ משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אבל אם אמר פרעתיך אח"כ נאמן שלא הוחזק כפרן כיון שלא כפר בב"ד וא"כ התם נמי נאמר כיון שאמר לפני העדים שלא לוה הרי אינו ראוי לפרעו לפי אותה טענה ובודאי משקר א"ו כיון שהאמת הוא דמה שאמר תחלה לא לויתי היה שקר הרי ידע אינש בנפשיה ולכך י"ל שפרע אח"כ וא"כ ה"נ לכך נראה דהכא מיירי שהנתבע עומד בטענתו שפרע בת"ז וג"כ פרע אח"כ ולכך אמרינן שפיר דכיון שעומד בטענתו שפרע מקודם בת"ז הרי אנן סהדי שלא פרע אח"כ ומה שטוען שפרע בת"ז א"נ דחזקה שא"א פורע בת"ז ודמי לאומר לא לויתי דכאומר לא פרעתי דמי ושוב לא מהימן לומר פרעתי לפי שכבר הודה שלא פרע במה שאמר לא לויתי ומה שאמר לא לויתי הרי הכחישוהו עדים וה"נ וא"כ לפ"ז אין לתמוה על המחבר שפסק כן בפשיטות דהנה סברא הלזו נובעת ממקור מים חיים מדברי ר"י הזקן בעל התוס' שבתשו' מיימוני לספר משפטים סימן ל"ב והמרדכי והג"א דס"פ המקבל ופסקה הרב רמ"א בסי' ע"ב סי"ח בהגה דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא בעינן שראו עדי' בידו בשעה שתבעו לב"ד אלא שראו קודם לכן בידו וטען אז שהם מכורים בידו או טענה אחרת שאינו ראוי להחזיר לפי אותה הטענה דא"נ לומר לקוח במיגו דהחזרתי וכן החזרתי גופה א"נ לטעון משום דודאי משקר כיון שאינו עומד לחזרה לפי טענתו ומיירי ג"כ שעומד בטענתו הא' שהיתה לקוחה בידו ומ"מ החזירו אח"כ וזה ממש כדינא דהכא ויפה פסק המחבר דאין ספקו של רבינו יקר מוציא מידי ודאי של ר"י בעל התוס' וסייעתו וגם רבינו יקר גופי' הסכים כן כמבואר במרדכי אמנם באמת לשון הוחזק כפרן שכתב המחבר אינו מדוקדק דלאו משום הוחזק כפרן המבואר בש"ס וכל הפוסקים בסי' ע"ט אתינן עלה אלא משום דכיון שאינו עומד לפרעון שנית אמרי'

דמשקר ובאמת דברי רבינו יקר שבמרדכי יותר תמוהים לכאורה דז"ל המרדכי מספקא ליה לרבינו יקר היכא דתבעו ת"ז ואמר השתא פרעתיך ובזה א"נ וחזר ותבעו ולאח"ז בא ואמר השתא פרעתיך אי נאמן או לא מי אמרינן הוחזק כפרן כיון שמתחלה כפר גם עתה כופר או דילמא זה יכול לומר ודאי פרעתיך בת"ז ומיהו מאחר שלא הייתי נאמן אמרתי בלבי לפרעו אחר זמנו וכן עשיתי עכ"ל והנה לכאורה אין הספיקות דבר והפוכו דמתחילה כתב דהוחזק כפרן כיון שמתחילה כפר גם עתה כופר והיינו ככל הוחזק כפרן שבש"ס ולבסוף כתב דיכול לומר מאחר שלא הייתי נאמן הוצרכתי לפרעו שנית והיינו שלא תאמר שלפי טענתו הראשונה ודאי לא פרע שנית ובסברא זו לא נסתפק מתחלה כלל והנראה בזה דדעת רבינו יקר היא כדעת רבינו יונה שהביא הטור בסי' ע"ט דאף בכופר לפני עדים לבד הוחזק כפרן לעולם ושוב א"נ לומר פרעתיך אח"כ וגם ס"ל דבטוען בת"ז פרעתיך לא הוחזק כפרן בזה אף דחזקתו משקר מ"מ כיון שלא הוחזק כפרן ע"פ עדים אינו מוחזק כפרן בזה וכן דעת הרא"ם בתשובה שהובא בב"י סי' ס"ט דאף כשטוען לפני ב"ד על שטר שהוא אמנה לא הוחזק כפרן בשביל זה ונאמן לומר פרעתי אח"כ אלא דהכא כשטוען פרעתיך בת"ז ואח"כ טוען פרעתיך אחר זמנו ומה שטענתי מקודם פרעתיך ת"ז הייתי משקר הוחזק כפרן ממ"נ דהא כיון שטען מקודם פרעתיך בת"ז אינו עומד לפרעו שנית אא"כ שיקר מתחלה במה שאמר שפרע בת"ז וא"כ הוחזק כפרן ושוב לא מהימן בטענה דהשתא דאף דמפטור לפטור יכול לחזור בו היינו משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הא' וכאן הרי שתי הטענות הן גרועות דבטענה הא' א"נ וחייב לשלם ובטענה השניה א"נ אא"כ טענה הא' היתה שקר וא"כ הוחזק כפרן ממ"נ ולפ"ז יפה כתב רבינו יקר או דילמא יכול לומר מה שפרעתי שנית מפני שידעתי שלא הייתי נאמן בטענתי וא"כ אף שטוען שטענתו הא' היתה שקר ולכך פרע אח"כ נאמן במיגו דאי בעי היה אומר שהוצרך לפרוע שנית מפני שלא היה נאמן ולזה הכריע דהוחזק כפרן בזה וא"ש וכבר הרחבתי בדברים האלו בסי' ע"ב ס"ק כ"ב באריכות לפרש דברי ר"י בעל התוס' בזה ע"ש ומעתה נחזי אנן לדידן דקיי"ל דלא הוחזק כפרן בעדים אלא בב"ד דוקא לא משכחת להאי דינא דהש"ע אלא כשעומד בטענתו הראשונה שפרע בת"ז וגם לאחר זמנו דא"נ דלמה פרע שנית לפי דבריו שאומר שפרע בראשונה אבל בטוען מה שפרעתי אח"כ היה מפני שטענתי הראשונה היתה שקר נאמן כמו בטוען לא לויתי והוחזק שקרן בעדים דנאמן לומר פרעתיך אח"כ בסי' ע"ט ולא מהימן לומר פרעתיך שתי פעמים במיגו דאי בעי היה אומר שטענתו הראשונה היתה שקר דזה הוי מיגו גרועה דבוש לומר ששיקר בראשונה כמ"ש בסי' ע"ב שם ועוד דכיון דאנן סהדי דלא פרע שנית

הוי כמיגו במקום עדים אך לפ"ז אם טען לפני ב"ד פרעתיך בת"ז וחייבוהו ב"ד ודאי דנאמן לומר שפרע שנית דלא שייך בזה לומר דלמה פרע שנית דהרי הוצרך לקיים צווי ב"ד וא"כ דברי המחבר אינם מדוקדקים במה שכתב הוחזק כפרן דלאו מטעם הוחזק כפרן אתינן עלה רק משום דמסתמא לא פרעו שנית ואולי דהמחבר מיירי שטען לפני ב"ד פרעתיך בתוך זמנו ועדיין לא פסקו ב"ד את הדין וחזר ותבעו וטען השתא פרעתיך ולכך הוחזק כפרן ממ"נ או אולי המחבר ס"ל דבטענת פרעתיך בת"ז כיון שא"נ בטענתו הוחזק כפרן בטוען כן בב"ד דלא כהרא"ם בתשו' אך בסי' ע"ב בארתי דברי ר"י בעל התוס' ע"פ שיטת הרא"ם ע"ש באריכות וקצרתי כאן ודוק וכן עיקר לדינא:

ד כל קונטרס מיד זמנו הוא הש"ך האריך להוכיח דאפי' על שאר הקונטרסים שלא כתב עדיין נאמן לומר פרעתיך בעד כולם דכיון דכל קונטרס וקונטרס זמנו הוא בכה"ג עביד דפרע בעד כולם יחד בכדי שלא יהיה לו טירדא בכל קונטרס וקונטרס אך מדברי הר"ן בפ' אלמנה ניזונת מוכח איפכא שכתב גבי יתומים אמרו נתננו לה מזונות ואלמנה אומרת לא נטלתי מי נאמן ופי' רש"י דעל מזונות דלהבא קאי האי בעיא והקשה הר"ן דבמזונות דלהבא פשיטא דהיתומים א"נ דהא ת"ז הוא וחזקה א"א פורע בתוך זמנו ומאי קושיא הא מזונות האלמנה החיוב הוא בכל יום ויום דומיא דקונטרסים ובכה"ג עביד דפרע בגו זמניה כי היכא דלא ליטרוד בכל יומא א"ו דהר"ן לא סבר סברא זו וכן הה"מ ס"פ כ"ג מה"א כתב דמזונות שחייב את עצמו לזון בת אשתו חשיב ת"ז על השנים הבאות ואינו נאמן לומר פרעתי ע"ש אך מדברי התוס' והרא"ש שם שחלקו על רש"י ולא כתבו טעם זה משמע קצת דס"ל דזה לא חשיב כת"ז והב"ש באה"ע סי' צ"ג ס"ק כ"ה כתב בפשיטות דמזונות דלהבא חשיב ת"ז וזה דלא כהש"ך:

ה אם מת בתה"ז. כתב הסמ"ע דה"ה אם לא מת א"צ שבועה להרמב"ם ונקטו מת לרבותא דבמת בתה"ז אף שלא בא לטרוף עד אחר כלות זמנו אפ"ה י"א שא"צ שבועה כיון דיתמי אינם אומרים ששלמו לו והלוה מת בתוך זמנו עכ"ל ותימה דאמאי לא ניחוש לקנוניא דדילמא היתומים פרעו לו אחר זמנו ועושים קנוניא עם המלוה כדי לטרוף לקוחות וכן מבואר בתשו' הראב"ד שהביא הטור בס"ס ק"ד להדיא ביורש שלוה מאחד בשטר ואח"כ בא בעל חוב של אביו לתבוע את היורש מלוה ע"פ ואביו מת בת"ז ועכשיו הוא אחר זמנו אינו יכול לגבות מהיורש בשביל שהוא מוקדם אף שהיורש מודה שלא פרע דחיישינן דהיורש עביד קנוניא דדילמא פרעו היורש עכשיו שהוא אחר זמנו ע"ש ומה לי ממון או שבועה כשבא לטרוף מלקוחות בשטר הא אין נפרעי' מנכסים משועבדים אלא בשבועה אף כשהלוה מודה משום דחיישינן לקנוניא וא"כ כיון שהמלוה צריך לישבע

כשבא לטרוף שלא נפרע מן היתומי עצמם צריך לישבע ג"כ שלא נפרע מאביהן אף שהוא ת"ז ע"י גלגול שבועה כמבואר בסי' קי"ד ס"ד דהטורף מלקוחות צריך לישבע ע"י גלגול שאין שטרו שטר אמנה ע"ש וה"נ מחויב לישבע ע"י גלגול שלא נפרע מאביהן אף שהוא ת"ז ומה שכתב המחבר אם מת בתה"ז נראה לתרץ דקמ"ל רבותא אחריתי משום דמבואר בס"ס זה דלא אמרינן חזקה דא"א פורע ת"ז אלא בקובע זמן ולא בסתם הלואה שזמנה ל' יום וכתבו הטעם דדוקא בקובע זמן אינו פורע ת"ז שגילה הלוה דעתו שצריך להמעות עד סוף הזמן משא"כ בסתם הלואה שלא גילה דעתו וא"כ אם מת הלוה תוך הזמן ה"א דצריך שבועה כשטורף מלקוחות אף בת"ז משום דדילמא פרעו היורשים בת"ז דהא הם לא גילו דעתם שצריכי' להמעות עד סוף הזמן ודילמא פרעו ממעות של עצמם שלא ירשו מאביהם וא"כ כיון שצריך שבועה שלא נפרע מהיתומים נשבע נמי ע"י גלגול שלא נפרע מאביהן דיתמי קמ"ל כיון דעדיין ת"ז הוא מהני גילוי דעת האב גם להבן שודאי לא פרע בת"ז וכדמוכח בטור בסי' ק"ד שהבאתי אבל אם בעת שבא לטרוף הוא אחר כלות זמנו פשיטא דאף הרמב"ם מודה דצריך לישבע שלא נפרע מן היתומים ומאביהם ודלא כהסמ"ע וז"ב:

ו וי"א שצריך. זו היא שיטת הרא"ש בשם רב האי דמלקוחות צריך שבועה וכ"כ הטור והעלה הש"ך דאף אם הלוה חי ומודה שלא פרע מ"מ צריך שבועה ול"ד ליתמי דגבי מהם בלא שבועה משום דאם איתא דפרע אביהן היה פקיד קודם מותו ומברר דבריו לטובת היתומים משא"כ בלקוחות דאינו חש לטובת הלקוחות ויש להבין הא דמשמע בטור ס"ס ק"ד דמלוה ע"פ בת"ז ויש בע"ח מאוחר בשטר דלשיטת רב האי שם המלוה ע"פ קודמת וממילא במטלטלים שאין בהם דין קדימה שוים הן לכ"ע ואמאי הא בע"ח מאוחר דין לקוחות יש לו כמ"ש הט"ז בסי' פ"ב ס"ב ולגבי לקוחות לא מהני תוך זמנו לרב האי וצ"ל דדוקא לענין לגבות מלקוחות בלא שבועה לא מהני תוך זמנו וצריך שבועה אבל לענין הפסד ממון מהני ת"ז אף נגד בע"ח שבשטר לחלוק בשוה וכן הדעת נותנת דהא הטעם דמלקוחות צריך שבועה הוא משום דדילמא יש ביד הלוה לברר שפרעו בת"ז ואינו חש לטובת לקוחות וזה שייך דוקא לענין שבועה ולא לענין ממון דהא חזינן דבשטר טורפין מלקוחות ולא אמרי' דילמא הלוה יכול לברר שפרע ואינו חש לטובת לקוחות וא"כ כ"ש דחזקה דת"ז מהני נגד לקוחות לענין ממון דהא האי חזקה אלים טפי משטרא דגבי מיתמי בלא שבועה ובשטר צריך שבועה אמנם בחי' הר"ן ס"פ שבועת הפקדון מוכח להיפך שכתב שם דהא דר"ח קמייתא דמחייב ש"ד בהודאת עדים מיירי שהעדים לא ידעו אם פרע או לא ולכך לא הוי שיעבוד קרקעות משום שאינו יכול לטרוף

מלקוחות משום דאינהו יכלי למימר דילמא פרע אבל אי מסהדי דאוזפיה ולא פרע אי נמי בגו זמניה דל"ח לפרעון בריש ב"ב גבי יתמי בכה"ג ה"ל שיעבוד קרקעות ופטור מש"ד למ"ד שיעבודא דאורייתא ומסי' שם והרמב"ן ז"ל בכל מקום מפקפק בזה אי הוי דינא דלקוחות כדינא דיתמי דבגו זמניה ל"ח לפרעון עכ"ל הרי להדיא דס"ל דלענין לקוחות חיישינן לפרעון במלוה ע"פ בת"ז לדינא דאוריית' דלא ניגבי מינייהו כלל אף בשבועה דאל"כ אכתי שיעבוד קרקעות הוא כמו כל שטר דחשיב שיעבוד קרקעות אף דצריך שבועה לגבות בו ובאמת הדברים תמוהים דלפי דברי הרא"ש והטור נראה עיקר דלענין ממון מועיל ת"ז אף נגד לקוחות לגבות מהם עכ"פ בשבועה והא דאמרינן בפ' הנושא דמזונות הבנות לא טרפי ממשעבדי כיון דאיתא בתנאי ב"ד אימר צררי אתפסינהו אלמא אע"ג דמזונות דלהבא חשיב כת"ז אפ"ה אינו גובה מלקוחות י"ל דשא"ה כיון שהוא תנאי ב"ד חיישינן טפי לצררי כמ"ש הרא"ש בריש ב"ב או משום דחייש להרווחה דבנות כמ"ש התוס' שם אבל בשאר דוכתי גובה מלקוחות בת"ז עכ"פ בשבועה אמנם אכתי איכא למידק לפי שיטה זו דס"ל דמלקוחות צריך שבועה דדילמא יכול הלוה לברר ואינו חש לטובת לקוחות א"כ בהלך הלוה למד"ה והמלוה בא לגבות שלא בפניו בת"ז צריך שבועה ג"כ משום דדילמ' אם היה כאן היה מברר דבריו שפרע ושמא יש בידו שובר ובטור סי' ק"ו משמע להיפך דכתב שם בשם י"א דאם הלך למד"ה בת"ז כיון דחזקה א"א פורע בת"ז נפרע שלא בשבועה כיון שעכשיו עבר זמנו וכתב הטור ולא נהירא כיון שעתה עבר זמנו יש לחוש שמא שלח לו מעותיו ממקום אחר ע"י שליח והוא טען שאבד שטרו וכתב לו שובר עליו עכ"ל משמע להדיא דדוקא כיון שעתה עבר זמנו חולק הטור אבל כשהוא עדיין בת"ז מודה דא"צ שבועה ודוחק לומר דדברי הטור הם לשיטת הרמב"ם דס"ל דמלקוחות ושלא בפניו נפרע שלא בשבועה בת"ז כמבואר בר"פ י"ד מה' מלוה דהא הטור סתם כאן כשיטת הרא"ש ובסי' קי"ד כתב שתי הדיעות ולא הכריע ואיך יסתום בסי' ק"ו כשיטת הרמב"ם לבדו ואולי אף בהלך למד"ה נמי אמרינן דאם איתא שפרע קודם זמנו היה מצוה קודם הליכתו כמו ביתמי דאמרינן דמסתמא היה פקיד קודם מותו וכעין זה אמרי' בכתובות בפ' נערה דף מ"ח דמי שהלך למד"ה דאין מפרנסין בניו ובנותיו מה"ט ע"ש אך אכתי אינו מיושב דלפי מה שהשיג הטור דיש לחוש שמא שלח לו מעותיו ע"י שליח ונטל ממנו שובר א"כ למה כתב הטור כיון שאתה עבר זמנו יש לחוש שמא שלח הא אף בת"ז נמי יש לחוש לחששא זו שמא שלח לו מעותיו ע"י שליח והביא לו שובר ואולי דבת"ז ל"ח לכולי האי או דהטור לא נחית כאן

לפלוגתא זו ונקט סברתו אליבא דכ"ע אף למ"ד דבת"ז טורף אף מלקוחות בלא שבועה וצ"ב לדינא:

ז וי"א דא"צ שבועה וכן עיקר. הש"ך והט"ז תמהו בזה דכאן פסק דא"צ לישבע כלל ומשמע דאף היסת לאחר הפרעון א"צ לישבע ולקמן ר"ס שי"ז סתם הרב כהמחבר שם דאם טען פרעתי השכירות בת"ז צריך לישבע היסת לאחר הפרעון ודוחק לומר דכאן איירי בשטר דלענין אחר הפרעון אין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ והניחו בקושיא והש"ך הכריע דצריך היסת לאחר הפרעון בכל גווני ולפענ"ד נראה דשפיר יש לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ לענין היסת ואף שמדברי הרא"ש נראה דבכל ענין חייב היסת מכל מקום נראה דמהר"מ רביה וכמה רבוותא חולקים עליו בזה דהנה המרדכי בפ' שבועת הדיינין כתב וז"ל נשאל לרבינו מאיר אדם שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך ג"ש טען המוכר חזרת ומכרת לי ולוקח מוחזק בקרקע והשיב נראה לי דא"צ אפילו שבועה דרבנן לישבע דאם איתא שחזר ומכר לו היה מחזיר לו השטר ולא דמי לנקיט שטרא דמלוה משתבע אף שיש שטר בידו דהתם להוציא והכא להעמיד דהתם נמי אם תפס אינו נשבע ואפי' אין לו שטר אלא שטוען אחד על חבירו מכרת לי קרקע ואינו מחזיק בו ואין לו שטר והלה משיב להד"ם נראה שא"צ לישבע ומה שתיקן ר"נ שבועת היסת דוקא במלוה דלא שכיח לכתוב שטרא וכו' מפסקי ה' יחזקיה עכ"ל וכ"כ בהג"א פחז"ה בשם הר"א חדליק ומהרי"ח הרי להדיא דמוהר"ם וסייעתו ס"ל דהיכא שהוא מוחזק ויש לו שטר דפטור אף מהיסת כיון דחזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע לו פטרינן ליה מהיסת דהא התם לענין היסת מיירי כמו שסיים ואפי' אין לו שטר וכו' פטור מהיסת והא דכתב ול"ד לנקט שטרא וכו' דהתם נמי אם תפס אינו נשבע לאו לענין היסת קאי דפשיטא דהיכא שתפס בעדים דעכ"פ נשבע היסת רק שראייתו היא כיון דחזינן דתפס אף בעדים א"צ לישבע שבועת אישתבע לי כמבואר בסי' פ"ז ה"נ לענין היסת כיון דבלא"ה הוא מוחזק ותפיס בקרקע וגם השטר מסייע לו דאם איתא שמכרו לו השטר בידו מאי בעי ופטור אף מהיסת ועוד י"ל דמ"ש דהתם נמי אם תפס אינו נשבע כונתו ביש לו שטר ותפס שלא בעדים פטור אף מהיסת דהא הש"ך בסי' פ"ז ס"ק כ"א הוכיח מדברי המרדכי בשם ר"מ והרא"ש דגבי תופס שלא בעדים אף שא"נ אלא במיגו דלא היה דברים מעולם מהני עד המסייע לפוטרו משבועה וא"כ ה"נ בתופס שלא בעדים ויש לו שטר פטור אף מהיסת כיון דאף בלא שטר מהני התפיס' להחזיק בממון משום מיגו דלהד"ם ולכך כשהשטר מסייע לו פטור אף מהיסת ובזה מתורץ קושית התוס' והרא"ש בפחז"ה דף ל"ג בעובדא דרבה בר שרשום דנפיק עליה קלא

דאכיל ארעא דיתמי ואמר זוזי אחריני אית לי עליה דאביהן ואי אתינא למגבי אמרי רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה אכבשיה לשטר משכנתא ואכלינא שיעור זוזאי ומהימנינא במיגו דלקוחה היא בידי והקשו התוס' והרא"ש דהא אף אי טעין לקוח יצטרך לישבע היסת דהא היסת נשבעין אף על הקרקעות ולפמ"ש ניחא דהא התם היה לו שטר לרב"ש כמ"ש התוס' והרא"ש שם וא"כ כיון דאף בלא שטר מהימן במיגו דלקוח לכך מהני השטר המסייע לו לפוטרו אף מהיסת וא"ש ובאמת כוותיה דמוהר"מ וסייעתו מסתברא דהא בפ' שה"ד אמרינן דלכך תקנו חז"ל היסת משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו ופרכינן אדרבה חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח ומשני אשתמוטי קמשתמיט וכו' וא"כ היכא שהוא מוחזק ומסייע לו חזקה דשטרך בידי מאי בעי שהוא חזקה אלימתא אף להוציא ממון ודאי שהוא מגרע החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו ופטור אף מהיסת ואע"ג דהתוס' ברפ"ק דמציעא ומרדכי פ' ש"ה כתבו בשם רב האי דנשבעין היסת אף על הקרקעות אף דלא שייך בהן אשתמוטי משום דלא פלוג רבנן היינו משום דרבנן תקנו בכל הדברים ולא רצו לחלק בין מטלטלים לקרקעות וגם במטלטלים גופה בין טענו חפץ סתם לחפץ זה דלא שייך אשתמוטי משא"כ בדבר שהוא על צד המקר' וההזדמן שהשטר מסייע לו להנתבע מה"ת נחייבו היסת כיון שנגד החזקה דא"א תובע אא"כ יש לו עליו יש חזקה אלימתא דשטרא שמוציאין ממון על ידה ועדיפא טפי מעד המסייע שפוטר משבועה ובאמת נראה דחזקת השטר מהני אף לפטור מש"ד וראיה מדברי הרא"ש בפ"ק דמציעא שהוכיח דעד המסייע פוטר מש"ד מהא דאמרינן בשטר שכתוב בו סלעים דינרים המלוה אומר שלש והלוה אומר שתים דהלוה פטור מש"ד אף למ"ד הילך חייב משום דמסייע לו שטרא דאם היה שלש לא היו עדים חותמין על שטר כזה שאינו ראוי לגבות בו אלא שתים וכיון דפטרינן ליה משבועה בסיועי שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה כ"ש בע"א שמעיד כדברי הנתבע עכ"ד וא"כ כיון שהרא"ש למד עד המסייע דפוטר מסיוע שטר דסלעים סתם אף שאינו פוטר אלא מש"ד ולא מהיסת כמבואר בסי' פ"ח סל"ב א"כ אף אנו נלמד כיון דעד המסייע פוטר מש"ד ומהיסת כ"ש חזקה דשטרך בידי מאי בעי שהוא חזקה אלימתא להוציא ממון על ידה כל היכא שהשטר מסייע פוטר מש"ד ומהיסת ומעתה יפה הכריע הרב רמ"א דשטר שהוא בת"ז פטור מהיסת לאחר הפרעון כיון דאף במלוה ע"פ מהני חזקה דת"ז להוציא ממון על ידה אלא דחייב היסת לאחר הפרעון לכך כיון דאיכא נמי שטר המסייע להנתבע פטור אף מהיסת משא"כ בסי' שי"ז דמיירי בע"פ ואף בשטר שכירות נאמן לומר פרעתי כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם אלא עיקר החיוב לשלם הוא משום דהוא ת"ז לכך אינו מועיל החזקה

לפוטרו מהיסת משום דאין החזקה מועלת לו אלא להחזיקו בממון ולא לפוטרו מהיסת גם מה שהביא הב"י ראיה מדברי הרמב"ם שכתב בע"א מעיד שהוא פרוע והוא ת"ז נוטל בל"ש ודחה הש"ך דהתם מיירי לענין שבועת המשנה שקודם הפרעון אבל היסת לאחר הפרעון צריך לפענ"ד דברי הב"י עולים יפה דכיון דחזינן דחזקה דת"ז מהני לסייע לפטור אף משבועה דע"א אף דע"א מחייב שבועה ליטול אף לענין שהוא שטר אמנה ודכוותיה אף שאין הדבר עומד לכך כמו שהוכחתי באריכות בסי' פ"ד ס"ה אפ"ה הכא כיון דאיכא חזקה דשטר וחזקה דת"ז מסייע פטור משבועת המשנה וא"כ ה"ה מהיסת יש לפטור מה"ט גם מדלא כתב הרמב"ם שם דלאחר הפרעון יכול להשביעו ש"ד ע"פ העד כדאמרינן בפ' הכותב אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד יע"ש וגם הרמב"ם בעצמו כתב סמוך לדין ההוא לענין שטר אמנה דמשביע היסת לאחר הפרעון ולא כ"כ בדין ע"א מעיד שהוא פרוע והוא ת"ז משמע דאף לאחר הפרעון פטור מש"ד ומהיסת גם מ"ש הש"ך דבתשובת הרי"ף שבבעה"ת לא מכרעא די"ל דיחרים סתם קודם הפרעון קאמר באמת בתשובת הרי"ף שלפנינו סי' מ"ח מבואר הדבר שכתב וז"ל אלא נותן לה כתיבתה ויחרים סתם מי שגבה ממנו בכתובה זו כלום שלא כדין שיודה עכ"ל הרי להדיא דאף לאחר הפרעון פטורה מהיסת וכ"פ הב"ש באה"ע סי' צ"ו סק"ח וליכא לאקשויי מהא דסי' ע"א ס"ה בשטר שיש בו נאמנות דמשביעו היסת לאחר הפרעון ומשמע התם דאף בסתם נאמנות וליכא עדים שפרעו צריך היסת ואמאי נימא הא אף בלא שטר מהני נאמנות להוציא ממון וא"כ כשהשטר מסייע לו ג"כ ליפטר מהיסת זה ליתא דשא"ה דלא הימניה אלא מכח השטר דכשיהי' השטר בידו להימן בלא שבועה אבל אם לא יוציא השטר לא הימניה וא"כ חזקה דשטרך בידי מאי בעי והנאמנות אידי ואידי חדא מילתא הוא וכ"ש לפמ"ש בסי' ס"ט בשם כמה פוסקים דטעמא דכת"י בנאמנות הוא משום שטרך בידי מאי בעי יע"ש משא"כ הכא דהחזקה דת"ז הוא חזקה דממילא ולא תליא מידי בשטרא מהני שטר שמסייע לו לפוטרו מהיסת וכן בתפס שלא בעדים דנאמן משום מיגו דלהד"ם כשיש לו שטר המסייע פטור אף מהיסת כן נ"ל נכון בדינים אלו ועיקר:

ח נשבע הלוה היסת ונפטר. משום דנאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך אח"ז והוא בעיא בש"ס אי אמרינן מיגו במקום חזקה ולא איפשטא ונקטינן קולא לנתבע ולפ"ז אם תפס התובע אפילו בעדים מהני תפיסה כ"כ הש"ך ונראה דה"ה היכא שאין עדים בהלואה דמבואר בס"א דנאמן במיגו דלהד"ם אף בת"ז תליא נמי באיבעיא זו דאי ל"א מיגו במקום חזקה לא מהימן ומהני תפיסת התובע וכן משמע מדברי התוס' ד"ה ובא בזמנו והרא"ש שם וכ"כ מדברי הש"ך בסק"ה להדיא ואף דהש"ך בסי' ע"א סק"ד העלה

דאף דלא אמרינן מיגו במקום נאמנות משום דהוי כמיגו במקום עדים מ"מ אם יש לו מיגו דהיה כופר גוף הנאמנות מהני מ"מ הכא בתובעו אח"ז וטוען פרעתי בת"ז דלא איפשטא בש"ס אע"ג דהוי מיגו אלימתא דיכול לומר פרעתי אח"ז והוי כמו הפה שאסר הוא הפה שהתיר כמ"ש הש"ך בסי' ק"ח סק"ז ואפ"ה מספקא לן אי מהני המיגו וע"כ דחזקה דת"ז אלים טובא א"כ ה"ה אם יש לו מיגו דלהד"ם נמי לא מהני וכן מוכח בתוס' דכתיבות דף י"ט ע"א דאי לא אמרינן מיגו במקום חזקה אף מיגו דהפה שאסר הוא הפה שהתיר נמי לא מהני ע"ש ובזה יש לתרץ דברי התוס' בשמעתין ד"ה אילימא דא"ל פרעתיך בזמנו פשיטא שכתבו וא"ת ואמאי פשיטא הא כיון דא"א פורע בת"ז ואנן סהדי שזה עשה כותל איצטריך לאשמועינן דא"צ לפרעו בעדים ותי' דאף למ"ד צריך לפרעו בעדים התם הוא משום דלא הימניה מעיקרא אבל הכא ליכא שום הוכחה דלא הימניה הילכך פשיטא דא"צ לפרעו בעדים ותמה זקיני מהרש"א ז"ל אלשון קושייתם דנקטי הא כיון דא"א פורע בת"ז דבפשיטות ה"ל להקשות כיון דאיכא עדים שזה עשה את הכותל דומיא דסיפא דאיירי בכה"ג ולמה תלי הדבר בכיון שא"א פורע בת"ז ונדחק בזה ולפמ"ש א"ש דבלא"ה יש לתמוה על קושית התוס' דהא בשבועות דף מ"א דפריך למ"ד צריך לפרעו בעדים ממתניתין דמנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור והא הכא דתבעיה בעדים כמאן דאוזפיה בעדים דמי וקתני פטור ומשני ה"מ היכא דמעיקרא אוזפיה בעדים דלאו לדידיה הימניה הכא הא הימניה וא"כ מאי הקשו התוס' דמתניתין קמ"ל דא"צ לפרעו בעדים הא זה נלמד ממתניתין דשבועות דא"צ לפרעו בעדים בין להמקשן בין להתרצן דהא הכא נמי הימניה כמ"ש התוס' ונראה דהתוס' הקשו שפיר דע"כ הסוגיא דשבועות קאי למסקנא דהש"ס דב"ב דמסיק בטעמא דמתניתין דשבועות דאין לך בידי חייב היינו להד"ם וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וא"כ ע"כ מתניתין מיירי בתובעו לפני עדים דאל"כ לא הוחזק כפרן כלל משא"כ לס"ד דר"א בריה דרבא דהא דקתני אין לך בידי חייב היינו פרעתיך בת"ז ול"א מיגו במקום חזקה א"כ י"ל דמתניתין מיירי דלא תבעו בעדים כלל ואפ"ה כשאומר אין לך בידי דהיינו פרעתיך ת"ז חייב דהוי מיגו במקום חזקה וא"כ לק"מ קושית הש"ס דשבועות די"ל דמיירי שלא תבעו בעדים כלל ולפ"ז הקשו התוס' שפיר דאמאי פריך פשיטא דדילמא קמ"ל דא"צ לפרעו בעדים דהא השתא דהש"ס פריך ממתניתין דאלמא עביד איניש דפרע בגו זימניה אלמא דס"ד דל"א מיגו במקום חזקה דאל"כ ל"ק כלל דדילמ' טעמא דמתניתין משום מיגו כדאמר לקמן וא"כ כיון דהשתא ס"ל דל"א מיגו במקום חזקה א"כ איכא לאוקמא מתניתין דשבועות דאין לך בידי חייב היינו ת"ז כדס"ד דר"א בריה דרבא ומתניתין מיירי

בלא תבעו בעדים וא"כ קשה שפיר דדילמא קמ"ל מתניתין דב"ב דא"צ לפרעו בעדים דהא ממתניתין דשבועות ליכא למישמע מינה וזה הוא כוונת התוס' הא כיון שא"א פורע בת"ז א"כ איכא לאוקמא מתני' דשבועות בלא תבעו בעדים ואין לך בידי היינו ת"ז וא"כ איכא למימר דמתניתין דהכא קמ"ל דא"צ לפורעו בעדים ולזה הוצרכו לתרץ כיון דליכא הוכחה דלא הימניה הוא מילת' דפשיטא דא"צ לפרעו בעדים וא"ש ונכון היטיב אך כ"ז לשיטת התוספות אך מלשון רש"י דפי' בסוגיא בס"ד דר"א בריה דרבא שהביא מתניתין דשבועות א"ל הן ובפני עדים אין לך בידי מפרש ואזיל מאי הוא משמע מלשונו דאף להס"ד דאין לך בידי הוא ת"ז אפ"ה צריך לאוקמא מתניתין שא"ל הן ובפני עדים ובאמת קשה הא כיון דלהס"ד הוי ס"ל דלא אמרינן מיגו במקום חזקה א"כ אף שתבעו שלא בעדים נמי לא מהימן משום דהוי מיגו במקום חזקה אמנם בחידושי אמרתי לתרץ זה ע"פ מ"ש הנ"י בפ' מי שמת דמודה בשטר שכתבו ואומר קטן הייתי דנאמן במיגו דמזוף ואע"פ דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול והוי מיגו במקום חזקה ומבעיא לן בעלמא אי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא הכא ודאי אמרינן מיגו או משום שאין כל החזקות שוות או משום דאוקי ממונא בחזקת מריה וכ"כ האחרונים עכ"ל והביאו הש"ך בסי' פ"ב והנה מ"ש דגבי קטן הייתי אמרינן מיגו משום דאוקי ממונא בחזקת מריה הוא לכאורה תמוה מאוד דהא אף בתבעו אח"ז ואמר פרעתיך בת"ז איכא חזקה דממונא להנתבע ואפילו הכי מספקא ליה להש"ס אי אמרינן מיגו במקום חזקה אך י"ל דהנ"י סובר דשאני הכא דכשאומר פרעתיך בת"ז איכא נמי חזקה אחרת להתובע דכמו דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ה"נ בת"ז כיון דאם אמר בת"ז פרעתיך א"נ וחייב לשלם א"כ איכא נמי חזקה דלא פרע ודאי דהיאך יפרענו בת"ז דדילמא יחזור המלוה לתבעו בת"ז ויצטרך לשלם שנית וא"כ לכך ל"א מיגו במקום חזקה דת"ז דאף דאיכא חזקת ממון להנתבע מ"מ לגבי התובע יש שני חזקות חזקה דא"א פורע בת"ז דהלואי שיפרע בזמנו וגם שודאי לא פרע בת"ז שירא שיתבענו שנית דומיא דשטר דאמרינן שטרך בידי מאי בעי וא"כ כיון דכל חדא חזקה עדיפא מחזקת ממון לבד לכך ל"א מיגו במקום חזקה משא"כ לגבי קטן הייתי דליכא רק חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול ולכך כיון דאיכא ג"כ כנגדה חזקת ממון אמרינן מיגו ובזה ניחא דברי רש"י דאף להס"ד דר"א בריה דרבא דמתניתין דאין לך בידי היינו פרעתיך בת"ז צ"ל שא"ל הן בפני עדים משום דכל היכא דליכא עדים בקביעת הזמן ודאי דאמרינן מיגו במקום חזקה דת"ז כיון שיש לשכנגדו חזקת ממון ולגבי התובע ליכא חזקה שודאי לא פרעו משום שירא שיתבענו שנית בת"ז

דזה לא שייך אלא כשיש עדים בקביעת הזמן אבל בליכא עדים י"ל דסמיך א"ע שיכפור הזמן או שיהיה נאמן במיגו דלהד"ם כמ"ש הרשב"ם בב"ב דף ע' גבי שטר פקדון דס"ל לרבא התם דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משום דסמך א"ע להניח שטרו שיכול לומר נאנסו ע"ש ומסתמא ר"א בריה דרבא כוותיה דאבוה ס"ל וא"ש והדברים נכונים וא"כ לפ"ז באין עדים בהלואה ליכא ספיקא דאמרינן מיגו בכה"ג אך כ"ז לא שייך אלא לשיטת הסוברים דאף בכת"י א"נ לומר פרעתי אף דלא זילי נכסי והנ"י נטה לשיטה זו בב"ב דף ע' ע"ש אבל לשיטת הפוס' דל"א שטרך בידי מאי בעי אלא בשטר דוקא משום דזילי נכסיה משום שטורף ממשעבדי חושש להניחו בידו א"כ בת"ז דלא שייך סברא זו ליכא חזקה להתובע כלל וא"כ ליתא לסברת הנ"י וגם יש להטות דברי הנ"י לכוונת אחרת דהכא כשטוען שפרע בת"ז לא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרא דאדרבה י"ל אוקי החוב בחזקתו הראשונה שודאי לוה ממנו והספק הוא בהפרעון ואינו עומד ליפרע בת"ז משא"כ גבי קטן הייתי דשם אנו דנין אם ההלואה אמת בזה שייך שפיר לומר אוקי ממונא בחזקת מרא ולכך בכה"ג אמרינן מיגו אף נגד החזקה וא"כ אדרבה מוכח מדברי הנ"י דאף הפה שאסר הוא הפה שהתיר ל"א נגד החזקה אי ל"א מיגו במקום חזקה וא"כ כי ליכא עדים בהלואה ובקביעת הזמן הוא ג"כ ספיקא דדינא אי מהני מיגו במקום חזקה ומהני תפיסת התובע כשיטת התוס' וכן עיקר:

ט וכן אם השטר יוצא מת"י אחר. עמ"ש בסי' ס"ה סק"ג בביאור דברים אלו דמיירי דוקא שהאחר טוען שמצאו אבל אם אינו זוכר ממי בא לידו מחזירין אותו להמלוה ע"ש:

עט

א טענו מנה הלויתיך. לכאורה נראה דאף בטענו ספק והלוה טוען לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרעו ג"כ דינא הכי שהנתבע חייב לשלם דכיון שטוען לא לויתי הודה שלא פרעו והודאתו כמאה עדים דמי ועל ההלואה הוכחש בעדים אך בסי' צ"ב סק"ח העליתי דנראה דדוקא כשהתובע טוען ברי דינא הכי אבל בטוען שמא כיון דע"כ העדים משקרים בענין הפרעון אף בענין ההלואה אינן נאמנים אמנם מדברי התוס' והרא"ש בכתובות בפ' נערה משמע דאין חילוק ע"ש באריכות וע' בתשו' מוהרש"ל ס"ס צ"ט:

ב אבל במתנה היו או בפרעון כו' ונשבע היסת ונפטר משמע דמיירי שהעדים לא שמעו אם נתן לו בתורת הלואה או בתורת מתנ' אזי מהימן לו' שבמתנה ניתן לו בפירוש דליכא למימר דכיון שנתן לו בסתם לפני העדים אמרינן מסתמא לשם מתנה נתנו לו דא"כ היכי שייך כאן שבועת היסת כיון שאין הנתבע יודע רק דאנן אמרינן שודאי לשם מתנה נתנו

ודוחק לומר דהא דמסיים ונשבע היסת קאי אהיכא דאומר דבפרעון החוב קבלו חדא דלהימן במיגו דמתנה נתנו לי ועוד דבהרי"ף בפ' שבועת העדות משמע להדיא דאף כשאומר מתנה נתנו לי משתבע היסת ע"ש אלא ודאי דמיירי שהעדים לא שמעו הענין אי היתה הלואה או מתנה והנתבע אומר שנתנו לו בפירוש לשם מתנה והתובע מכחישו או אף שהעדים שמעו שנתנם לו בסתם מ"מ י"ל דמיירי שהנתבע טוען שמקודם הבטיחו ליתן לו מתנה כך מעות ולכך כשנתן לו אח"כ בסתם מסתמא לשם מתנה נתן לו והתובע מכחישו לכך צריך הנתבע היסת דהא מטעם נאמנות אתינן עליה וכן משמע מלשון הר"ן בפ' שבועת הדיינים בהשיגו על הר"י הלוי דס"ל גבי סטראי דבנתנו לפני העדים בסתם ולא ידעינן אי בהלואה או במתנה דנאמן לומר סטראי נינהו במיגו דבמתנה נתנו לי והוכיח כן מפ' שבועת העדות דנאמן לומר מתנה מדאמרינן התם אי אמר אין שקלי ודידי שקלי כי אתי עדים מאי הוי והשיג עליו הר"ן דה"מ כשהלה בא להוציא ממנו ממונו דמשום דאוקי ממונא בחזקת מריה מהימנינן ליה דבמתנה יהיב ניהליה אבל בכאן שהוא בא להוציא ומשום הכי לא מהימן לומר סטראי נינהו למה יהא נאמן לומר במתנה יהביניה ניהליה עכ"ל הרי משמע להדיא דמטעם נאמנות אתינן עלה שאומר שנתנו לו בפירוש לשם מתנה אבל כשנתנו לו בסתם והמקבל אינו טוען ברי י"ל דמסתמא ע"ד הלואה נתנם לו ולא לשם מתנה וראיה לדבר ממ"ש הרשב"א והר"ן בכתובות בפ' שני דייני גזירות גבי מי שהלך למד"ה ועמד אחד ופרנס את אשתו דמי שזן את חבירו בסתם חייב לשלם לו דמסתמא לא ע"ד מתנה נתנו לו וכ"כ הה"מ פי"ב מה"א וכן מוכח מדברי הרב רמ"א באה"ע סי' ע' ס"ח בהגה וכמ"ש הב"ש שם וא"כ ה"נ כשנתן לו מעות בסתם מסתמא לא ע"ד מתנה נתנו לו אלא דהכא מיירי שנתנם לו בפירוש לשם מתנה או שמקודם הבטיח ליתן לו מתנה ואח"כ נתנו לו בסתם ולכך צריך היסת על טענתו וכן לקמן בסי' קל"ג ס"ב גבי פקדון כשנתנו לו סתם דנאמן לומר מכר או מתנה הוא מיירי נמי בכה"ג אמנם ראיתי להר"ן בפ"ק דקדושין גבי תן מנה לפ' ואתקדש אני לך דהוכיח דהא דאמרינן לענין קדושין נתן הוא ואמרה היא הוי ספק קדושין דמיירי שאמרה כן בשעת נתינה אבל לאחר נתינה לא וכתב וז"ל וכ"ש הכא דאי מעיקרא יהיב לה סתמא ומדינא הרי הן שלה במתנה כדמוכח בפ' שבועת העדות דאמרינן התם אי דאמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואים אותו מאי הוי דליכא ספיקא דאמירה דידה ושתיקה דידיה לאו כלום הוא עכ"ל הרי להדיא דהר"ן ס"ל דנתינה בסתם מסתמא מתנה היא אף בלא טענת המקבל וכן הרשב"א בחידושיו לקדושין בדף ו' ד"ה ר"י אומר צריך לפרש כתב להדיא דהיכא דהבעל נתן להאשה מעות בשתיקה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת

לי לא מהני אלא צריך ליטול ממנה ולחזור ולקדשה וכתב הטעם וז"ל הואיל וקנאתו לגמרי דהא אי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בסתמא יהבית ואנא למתנה אכווני וכיון שכן אינה מקודשת עד שיחזור ויטלנה ממנה דה"ל כאומר כנסי סלע זו שאני חייב ליכי ולאחר שנטלתו אמר התקדשי לי בו ורצתה דאינה מקודשת עד שיטלנו ממנה עכ"ל וכ"כ הה"מ פ"ג מה"א בשמו אלא שלא ביאר טעם הדבר וכ"פ הרב רמ"א באה"ע סי' כ"ז ס"ג בהגה והט"ז והב"ש תמהו שם ע"ז ולא ראו דברי הרשב"א בחי' וכן מצאתי בתשו' מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' מ"ג שכתב כן ליישב דברי הה"מ בשם הרשב"א מסברא דנפשיה ודבר אמת בשפתיו שכן מבואר בחי' הרשב"א להדיא אלא דלפ"ז קשיין דברי הרשב"א והה"מ והר"ן אהדדי דכאן מוכח דס"ל דהנותן מעות לחבירו בסתם מסתמא לשם מתנה יהיב להו ניהליה ולענין מי שזן את חבירו בסתם פסקו להיפך דחייב לשלם לו דמסתמא לא ע"ד מתנה נתנם לו שוב ראיתי להרב בעל מ"ל פ"ג מה"א שם שהאריך להשיג על מוהרי"ט מההיא דהזן את חבירו בסתם וגם הוא לא ראה דברי הרשב"א בחידושיו שמבואר בדבריו להדיא כמוהרי"ט אך מ"מ הקושיא אלימתא היא וצריכה רבה והנראה בזה דודאי אף הרשב"א והר"ן והה"מ מודים דבנותן לחבירו מעות בסתם מסתמא לאו מתנה נינהו ומ"מ כתב הר"ן שפיר דכ"ש אי נתן בשתיקה ואח"כ אמרה היא דאינה מקודשת ודאי כיון דמדינא הרי הן שלה במתנה והוא משום כיון דמוכח בפרק שבועת העדות דמהימנא לומר דבמתנה יהביניה נהליה א"כ כיון שנותן לה בפני עדי' בסתמא והיא מוחזקת בהן מוקמינן הממון בחזקתה דחזקה דכל מה שביד האדם הוא שלו ואמרינן דמסתמא לשם מתנה יהיב לה וא"כ אף שאחר הקדושין אמרה האשה שלא נתן לה לשם מתנה ורצתה להתקדש במעות זה לא מהני דהוי כמקדש בלא עדי' כיון דבשעת קדושין ונתינת המעות לידה הן בחזקת האשה די"ל לשם מתנה יהיב לה ואחר הנתינה אף שהודית שלא קיבלה לשם מתנה לא מהני והוי כמקדש בלא עדים ובזה ניחא גם דברי הרשב"א והה"מ דלכך בנתן בשתיקה צריך לחזור וליטול ממנה ולקדשה מחדש משום כיון דבנתינה קמייתא איכא למימר דבמתנה יהיב לה ומהימנא לומר כן הוי כמקדש בלא עדים והא דלא כתבו בפשיטות שהאשה תודה שלא קיבלה לשם מתנה דהודאתה כמאה עדים דמי ואח"כ יקדשנה מחדש אפשר דנקטי דרך הפשוט יותר ולרווחא דמילתא טוב יותר שיחזור ויטול ממנה ועוד אפשר לומר דאף שהאשה תודה שלא קבלה לשם מתנה ואח"כ יקדשנה מחדש אפ"ה לא מהני משום כיון שנתן לה בסתמא מוקמינן הממון בחזקת המוחזק בהן שודאי לשם מתנה או פרעון חוב נתן לה דחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ואף שהיא מודה עכשיו לאחר

הנתינה שלא היה פרעון או מתנה והמעות הן של המקדש ולענין דין ממון הודאת בע"ד כמאה דמי מ"מ לא מהימנינן לה לענין קדושין דמחייבא לאחריני בדיבורה כדאמרינן בקדושין דף ס"ה ע"ב דמקדש בע"א אע"פ ששניהם מודים אינה מקודשת ולא ילפינן מממון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי דבקדושין מחייבא לאחריני ע"ש וא"כ ה"נ לא מהני הודאתה שממון שלו הוא אלא שיטול הבעל מידה הממון ויתן לה בתורת קדושין וע' באה"ע סי' ל"ח סי"ד ט"ו ט"ז ובאחרונים שם כן נלפענ"ד ליישב דעת הרשב"א והר"ן והה"מ בזה ודוק. גם מה שהביא מוהרי"ט שם ראיה לדבריו דמסתמא לשם מתנה נתן מהא דאמרינן בפ' ש"ה אי אמר אין שקלי ודידי שקלי כי עדים רואין אותו מאי הוי וכן מדברי ר"י הלוי והרמב"ם והמחבר בסי' נ"ח ס"ב דבנותן לפני עדים בסתם נאמן לומר סטראי במיגו דמתנה ותמה עליו המ"ל שם דמאי ראיה היא זו דשם איירי שטוען שבפירוש נתנם לו לשם מתנה אלא שהעדי' לא שמעו אבל כשהמקבל אינו יודע אמאי נימא דמתנה הוא לפענ"ד ראיית מוהרי"ט נכונה היא לכאורה דכיון דחזינן דכשהמקבל טוען ברי דלשם מתנה נתן לו נאמן אף בלא מיגו כלל דהא מהימן לומר סטראי במיגו דמתנה אלמא לא אמרינן מסתמא אין אדם נותן שלו במתנה א"כ אף אי לא ידע המקבל אי נתן לו לשם מתנה נמי נאמ' דילמא לשם מתנה נתנו והוי כא"י אם נתחייבתי לך דקיי"ל דפטור וה"נ כיון דנתן לו בסתמא שמא לשם מתנה נתן לו מדלא פירש כמ"ש התוס' בפחז"ה דף מ"ה דכל היכא דנתן לו חפץ סתם לפני עדים מסתמא לשם מכר או מתנה נתנו לו מדלא פירש שהוא לשם פקדון ע"ש אך מ"מ אי משום הא לא איריא די"ל דדוקא בטוען ברי שבמתנה נתנו לו נאמן ואין מוציאין מידו משא"כ בטוען שמא י"ל דבכה"ג כ"ע ס"ל דאמרי' ברי ושמא ברי עדיף דמסתמא אין אדם נותן שלו במתנה והא דכתבו התוס' בפחז"ה דמסתמא לשם מכר או מתנה נתן לו היינו דוקא בטוען ברי הוי טענה מעלייתא אבל בטוען שמא אף שהנותן לא פירש אמרינן דמסתמא אין אדם נותן את שלו במתנה ועוד כיון שידוע שנטל ממון חבירו ואינו יודע באיזה אופן בא לידו בכה"ג אמרינן ברי עדיף ול"ד לא"י אם נתחייבתי לך שא"י אם בא לידו ממון חבירו כלל וכמו שהוכחתי סברא זו בסי' ע"ה ס"ט ע"ש אך לפ"ז יש לדון בדבר החדש דהזן את חבירו בסתם ולא תבעו ומת אין היורשים נפרעים ממנו דכיון דליכא טענת ברי אמרינן דדילמא במתנה נתן לו וליכא למימר כיון שהב"ד טוענים בשביל יתומים חשיב כטענת ברי כמ"ש הרא"ש ברפ"ב דכתובות זה ליתא דשא"ה שהוא להחזיק ביד היורשים משא"כ היכא שהן באים להוציא לא מצינו בשום דוכתא דאנן טענינן בשבילם וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב בפשיטות וא"כ הכא כיון שאביהן זן אותו בסתם ולא

תבעו בחייו א"כ ליכא טענת ברי וא"י להוציא ממון בספק וליכא למימר דטענת מחילה טענה גרועה היא דהא מוכח מדברי הר"י הלוי דטענת במתנה בא לידי טענה מעלייתא היא ומהימן בה בלא מיגו וכמ"ש בסי' ע"ה ס"ז וא"כ היאך יכולין היורשים להוציא ממון בטענת ספק דניחוש דילמא במתנה נתן לו כיון שלא פי' כמ"ש התוס' פחז"ה אך מדברי הרב רמ"א בסי' רפ"ו ס"ג בהגה יש להוכיח להיפך לכאורה דפסק שם במי שפדאו אביו מן התפיסה מנכין לו אח"כ מחלק ירושתו ול"א שאביו נתן לו במתנה אלא בהלוא' נתנו אא"כ יש אומדן דעתא שאביו נתן לו במתנה הרי להדיא דאף בלא טענת ברי מוציאין אף מהיורשים דהא כל היורשים מוחזקים בשוה בירושת אביהם ואפ"ה ל"א שבמתנה נתנם לו אך י"ל דשא"ה כמ"ש בתשובת שארית יוסף סי' נ"ה דכיון שהאב מחויב לפדותו לא שייך לומר דה"ל לפרש שאינו מתנה אבל בזן את חבירו בסתם מדלא פי' שישלם לו יש ספק דדילמא בתורת מתנה זנו ואינו חייב לשלם אלא באם שטוענו בברי דבכה"ג ברי עדיף אבל בלא טענת ברי לא מפקינן מיניה אך מה שהביאו להרב בעל ש"י שם לסברא זו משום דהוי קשיא ליה אהאי דינא דהפודה בנו מן השביה מהא דאיתא בש"ס אם נישאו בחיי אביהם ואמרו הקטני' הרי אנו נושאים כדרך שנושאי' אתם אין שומעין להם אלמא דאמרינן דמה שהאב נותן לבנו בחייו במתנה נתן לו ולכך הוצרך לחלק דמה שנותן לו ברצון אמרינן שמתנה היא דאל"כ למה עשה כן אבל גבי שביה דמחויב לפדותו לא אמרינן שבמתנה נתן לו לא נהירא לפענ"ד דהא קיי"ל דהזן את חבירו בסתם ל"א שמתנה היתה ואין חילוק בזה בין אב לאחר כמ"ש התה"ד סי' שי"ז והביאו הרב לקמן ס"ס רמ"ו ובאה"ע סי' ע' ס"ח בהגה וקושייתו מעיקרא לק"מ דדרך בני אדם להשיא בניהם ובנותיהם בחנם ואין לך אומדנא גדולה מזו שודאי לשם מתנה נתן לו משום חיבת נשואי בנו וכדאמרינן הן הן הדברים הנקנים באמירה ואמרינן המשיא לבנו גדול בבית קנאו משום דודאי נתן לו הבית במתנה וכ"ש מה שנותן לו לצרכי נשואין שודאי נתן לו לשם מתנה וכדכתיב וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים ומפרשינן בסוף פרק כ"ש דנילבשה ונכסייה וניתב לה מידי כי היכי דליקפצו עליה אינשי וזה פשוט וברור אך מ"מ סברת הש"י מוכרחת היא לפי מה שהעליתי דהיכא דנתן לו בסתם ומת אין היורשים יכולין להוציא ממון מספק וכן הדעת נוטה:

ג הוחזק כפרן לאותו ממון וחייב לשלם. יש לי מקום עיון היכא שטען על פקדון להד"ם והוחזק כפרן ע"פ עדים ואח"כ טוען שנאנס הפקדון אח"כ אי נאמן בשבועה שנאנס או לא ולכאורה נראה דלא מבעיא לשיטת הרמ"ה ור"י בטור סי' צ"ב דס"ל דאם היה החשוד שומר דא"נ בטענתו לומר נאנסו דהוי משויל"מ א"כ ה"נ כיון שהוחזק כפרן א"נ שוב

בשבועה לומר נאנסו אלא אפילו לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' צ"ב ס"ח דס"ל דהחשוד פטור הא מבואר התם הטעם משום דשכנגדו א"י לישבע כיון שאינו יודע וא"כ בהוחזק כפרן דשכנגדו א"צ לישבע כלל וחייב לשלם אף בכופר הכל א"כ כ"ש בטוען נאנסו דחייב ש"ד דא"נ דכיון שהוחזק כפרן אין מאמינים לו על שבועתו אולם אכתי י"ל סברא אחרת משום דהא דקיי"ל דהוחזק כפרן וא"נ אח"כ לומר פרעתי הוא לכאורה כהלכתא בלא טעמא דנהי נמי שכפר פעם אחת מה"ת נאמר שכופר עכשיו דהא מה"ט נמי אמרי' דלא הוחזק כפרן לממון אחר לכך נ"ל דטעמא דמילתא הוא דכיון שכבר הוחזק כפרן בב"ד אנן סהדי דשוב אינו פורע בלא עדי' דירא שהמלוה יוציא לעז עליו שלא פרע והכל יאמינו לו כיון שכבר רצה לכפור הלואה זו וכמ"ש הר"ן בפ' ש"ה דלכך בא"ל אל תפרעני אלא בעדים אף שלא בשעת הלואה צריך לשלם לו בעדים הוא מה"ט כדי שלא יוציא האחר לעז עליו מסתמא אינו פורע אלא בעדים ע"ש וא"כ בהוחזק כפרן בפקדון ואח"כ טוען שנאנס מהימן בשבועה דהא לא שייך טעם זה דמאי ה"ל למיעבד כיון שנאנס ממנו והנה לפעד"נ עיקר כסברא זו והוא משום דהאי דינא דהוחזק כפרן לכאורה תמוה טובא דהא אף בחשוד על השבועה דהוי הוחזק כפרן אף לממון אחר מ"מ היכא שהוא כופר הכל פטור לגמרי והכא גבי הוחזק כפרן דקיי"ל דלא הוחזק כפרן לממון אחר אמאי לא יהי' נאמן לומר פרעתי עכשיו ואמאי נימא דמשקר עכשיו ונחייבו לשלם כיון שהוא כופר הכל ועוד כיון דקיי"ל הכופר במלוה כשר לעדות משום דאמרי' אישתמוטי קמשתמיט כמבואר בסי' צ"ב הרי אף שכבר כפר במלוה תלינן שכיון לאישתמוטי וא"כ אמאי הוחזק כפרן נימא דמה שכפר תחלה כיון לאישתמוטי ויהא נאמן עכשיו עכ"פ בשבוע' דהא הא דחייבה רחמנא ש"ד למודה במקצת הוא משום דאמרינן דמשתמיט כדאיתא ברפ"ק דמציעא וליכא למימר דלאותו דבר כיון שהוחזק כפרן חמיר טפי ול"א אשתמוטי דהא מבואר בט"ו ר"ס רצ"ד דהכופר בפקדון מיד נעשה עליו גזלן וחייב באונסין בד"א שיש עדי' שבשעה שכפר בו היה ברשותו אבל אם אין עדים לא שמא נאבד ממנו ואמר אכפור בו ואדחנו עד שאמצאנו ואחזירנו לו הרי אף לאותו דבר עצמו אמרי' אשתמוטי ופטור מהאונסין וה"נ למה נאמר דהוחזק כפרן נימא דאשתמוטי הוי קמשתמיט בכפירתו ובע"כ צ"ל דאף דמכוין לאישתמוטי מ"מ כיון שאמר דבר שקר שוב א"נ לאותו דבר עצמו וזה דוחק גדול ובאמת מצאתי לבעל המאור ברפ"ק דמציעא שהקשה אהא דאמרינן הכופר במלוה כשר לעדות דאמרינן אשתמוטי מהא דאמרינן הוחזק כפרן לאותו ממון ול"א אשתמוטי ומתרץ דדוקא לאותו ממון הוחזק כפרן אבל לעדות אחרת לא הוחזק כפרן ואמרינן אישתמוטי ובאמת אלו הדברים מרפסין איגרי

אבל לפמ"ש ניחא בפשיטו' דהכא הטעם כיון שהוחזק כפרן מסתמא אינו פורע אלא בעדים כדי שלא יוציאו לעז עליו אבל לענין עדות אחרת תלינן באשתמוטי וכשר לעדות וא"כ לפ"ז בכופר בפקדון וטוען אח"כ שנאנס דלא שייך ה"ט נאמן בשבועת השומרים ואף אם טוען החזרתי אח"כ נאמן בשבועה במיגו דנאנסו כמו באמר לו על פקדון אל תחזיר לי אלא בעדים דמבואר בט"ו סי' קל"ג ס"ב דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ע"ש ולא שייך האי דינא דהוחזק כפרן אלא בהלואה דוקא ולא בפקדון ועפ"ז יש לתרץ קושית הבעה"ת בשער מ"ב שהקשה על הא דמוקי הש"ס בפ"ק דב"ב מתניתין דאין לך בידי חייב כגון דאמר להד"ם ואמר מר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ומשמע דאם אמר פרעתי אח"כ נאמן והרי בפ"ק דב"מ אמרי' דהוחזק כפרן וא"נ לומר אף פרעתי אח"כ ולפמ"ש ניחא דלכך צ"ל דכאומר לא פרעתי דמי משום דאי ל"א כן אלא שיכול לחזור מלא לויתי לפרעתי א"כ ודאי שהיה נאמן לומר שפרע קודם שאמר לא לויתי ולא שייך בזה לומר שהוחזק כפרן דהא הטעם הוא כיון שהוחזק כפרן בב"ד מסתמא אינו פורע אלא בעדים והכא הרי אמר שפרע קודם שהוחזק כפרן בב"ד א"כ אף שהוא כפרן במה שאמר שלא לוה מ"מ דילמא האמת שפרע קודם שהוחזק כפרן וגם אף באומר שפרע אח"כ י"ל דנאמן במיגו דאי בעי אמר שפרע קודם לכך הוצרך לומר דכיון שאמר לא לויתי הרי הודה שלא פרע מקודם דכאומר לא פרעתי דמי וממילא אף כשאומר שפרע אח"כ א"נ משום דהוחזק כפרן כבר ובודאי אינו פורע אלא בעדים וגם ל"ל מיגו דאי בעי אמר שפרע קודם דהא כבר הודה שלא פרע קודם וא"ש ונכון אמנם מדברי בעה"מ שהבאתי וכן מדברי הרא"ש והנ"י פ"ק דמציעא בשם הרז"ה שכתבו דבהוחזק כפרן נוטל שכנגדו בלא שבועה ומחלקים בינו לחשוד דשכנגדו צריך שבועה משום דהוי ממון אחר משא"כ בהוחזק כפרן לממון זה וסתמו ולא כתבו הטעם משום דמסתמא אינו פורע אלא בעדים משמע דס"ל דטעמא דהוחזק כפרן הוא כפשוטו דכיון שהוחזק שקרן שוב לא מהימנינן ליה בטענתו וכן מוכח מדברי הריטב"א בפ"ק דמציעא דכתב דלכך בהוחזק כפרן נוטל בלא שבועה משום דלא תקנינן שבועה בשביל חדא מילתא דהא לא הוחזק כפרן לממון אחר ומצי משתבע אבל חשוד דכל מאי דכפר ליה לא מצי משתבע איכא לתקוני ביה שבועה הרי להדיא דס"ל דטעמא דהוחזק כפרן הוא כפשוטו דאל"כ בפשיטות ה"ל לתרץ דהכא שאני דכיון שהוחזק כפרן מסתמא אינו פורע אלא בעדים ולכך נוטל שכנגדו בל"ש כמו בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דשכנגדו נוטל בל"ש מה"ט וכן מוכח מדברי בעה"ת והטור בסי' זה שכתבו דאם אמר אין לך בידי ובאו עדים שלוה ואמר הנתבע כן הוא אלא שפרעתי לא הוחזק כפרן שהרי מתקן דבורו אבל אם אחר

העדאת עדים אומר פרעתי אחר שטענתי אין לך בידי כלום הוחזק כפרן שהרי הודה שטענתו היתה דרך להד"מ עכ"ל ואי אמרי' דטעמא דהוחזק כפרן הוא משום דמסתמא אינו פורע אלא בעדים דירא שיוציאו לעז עליו הרי הכא שטוען שפרע אחר טענת אין לך בידי כלום אין כאן יראה כלל שהרי עדיין לא הוחזק כפרן שהרי עדיין לא באו עדי' ואדרבה בב"ד אמר אין לך בידי כלל ויכול להחזיק באותה טענה ואף בטוען להד"מ לפני ב"ד ואחר כמה ימים באו עדים שלוה וטוען שפרע אחר טענת להד"מ להימן נמי מה"ט שאינו ירא לפרוע לו בינו לבינו כיון שעדיין לא הוחזק כפרן בב"ד א"ו דס"ל דטעמא דהוחזק כפרן בב"ד הוא כפשוטו דכיון שהוחזק שקרן לאותו דבר שוב א"נ בטענתו על ממון זה וא"כ כיון דמכל הני קמאי מוכח דטעמ' דהוחזק כפרן הוא כפשוטו מי ירים ראש נגדם. ותבנא לדינא דלפ"ז היה נראה פשוט לכאורה דאף לענין פקדון שייך האי דינא דהוחזק כפרן אך מ"מ אכתי יש לדון בזה טובא דנראה בכופר בפקדון וטען להד"מ והוחזק כפרן ואח"כ טוען שנאנס אח"כ דנאמן בשבועה דע"כ ל"א הוחזק כפרן אלא כשהתובע טוען ברי לכך כיון שהנתבע הוחזק כפרן וראינו שרצה לכפור אותו ממון מהימנינן ליה להתובע דאלים טענתו טפי מטענת הנתבע אבל בטוען נאנסו כיון שאין התובע יודע אי נאנס אי לא מה"ת נאמר שהנתבע משקר כיון די"ל דמה שכפר מקודם היה מכוין לאשתמוטי והיאך יכול להוציא ממון מספק וכן משמע מסתימת לשון הט"ו בר"ס רצ"ד שכתבו דכופר בפקדון מיד נעשה עליו גזלן וחייב באונסים בד"א שיש עדים שבשעה שכפר בו היה ברשותו אבל אם אין עדי' לא וכו' ומדלא כתבו דבכה"ג א"נ שוב בשבועת השומרי' אלא צריך דוקא להביא עדים שנאנס משמע דדינו נשאר השומרי' דנאמן בשבועה וא"כ לפ"ז נראה דבפקדון לא שייך האי דינא דהוחזק כפרן כלל ואף שטוען החזרתי אח"כ נאמן אף שהתובע מכחישו בברי מ"מ נאמן הנתבע לומר החזרתי במיגו דנאנסו דהא חזינן דיכול לחזור מפטור לפטור ולא הוחזק כפרן ע"פ עצמו משום דנאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה וה"ה הכא נאמן במיגו דנאנסו ואל תשיבני מדברי בעל המאור בפ"ק דמציעא שהקשה אהא דכופר במלוה כשר לעדות משום דאמרי' אישתמוטי מהא דאמרי' מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי והעדים מעידי' שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון ול"א אישתמוטי קמשתמיט וכתב ואיכא מאן דמוקי להיא בפקדון ולא מסתברא דסתם ואמר פרעתי על מלוה משמע הרי להדיא דס"ל דאף בפקדון אמרינן הוחזק כפרן זה ליתא דהא למאי דמוקי להיא דהוחזק כפרן בפקדון דלא שייך אישתמוטי א"כ ע"כ מיירי התם שבאו עדים שבשעה שכפר בו היה בידו דאל"כ אכתי שייך גביה אישתמוטי עד דבחיש ליה כדאמרי'

בפ"ק דמציעא שם וא"כ כיון שבאו עדים שהיה בידו בשעה שכפר בו נעשה עליו גזלן וחייב באונסי' כמבואר בר"ס רצ"ד ואם כן בכה"ג ודאי אמרינן אף בפקדון דהוחזק כפרן כשחזר ואמר החזרתי דהא ליכא מיגו דנאנסו דהא חייב באונסים אבל היכא דליכא עדים שהיה בידו בשעת הכפירה דאינו חייב באונסים נאמן לומר החזרתי במיגו דטעין נאנסו דהיה נאמן בשבועה כיון שאין התובע טוען ברי ובאמת מה"ט נמי נראה דאף במלוה היכא שהוחזק הלוה כפרן ואח"כ מת המלוה דנאמן הלוה לומר שחזר ופרע לאביהן כיון שאין היורשים טוענים ברי וצ"ע לדינא. שוב מצאתי בכ"מ בפי"ד מה' מלוה דין י' שהעתיק תשו' הרשב"א שכתב דאף לפי שיטת הרמב"ם דהוחזק כפרן ע"פ ע"א היינו דוקא כשטען שפרעו מקודם שאמר לא לויתי אבל כשטען שפרעו אח"כ פטור אף משבועה וכתב וז"ל אי נמי חזקה הוא שכל שהוכחש בעדים והוחזק כפרן גמור לשלם ממון חזקה לא היה פורעו אלא בעדים משא"כ ע"א שאלו רצה היה עומד בכפרנותו ונשבע ונפטר וכיון שכן בוטח בעצמו לפרעו בינו לבינו עכ"ל הרי להדיא כמ"ש ושמחתי מאוד שכוונתי לדעת הגדול תלי"ת וא"כ הדין פשוט לפ"ז דהיכא דהוחזק כפרן בפקדון נאמן לומר נאנסו וגם החזרתי במיגו דנאנסו אלא שמדברי הרשב"א עצמו נראה דבסברתו הראשונה היה ס"ל דטעמא דהוחזק כפרן הוא כפשוטו וכדמוכח מדברי כל הפוסקים שהבאתי אך לפענ"ד נוטה יותר כטעם השני שכתב הרשב"א מהטעמים שכתבתי לעיל ויש אילן גדול לסמוך עליו וכן עיקר לפענ"ד:

ד אבל אם אמר פרעתיך אח"כ נאמן. כ"כ בספר התרומה שער מ"ב דיש חילוק בין כופר בב"ד לכופר בעדים ואמר אתם עידי דלא אמרינן בו הוחזק כפרן לעולם והביא ראיה מהא דאמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דמשע שאם אמר פרעתי לאחר מכאן נאמן והרי בפ"ק דמציעא אמרי' דהוחזק כפרן וא"נ לעולם לומר פרעתי א"ו דה"פ כל האומר לא לויתי שלא בב"ד כאומר לא פרעתי דמי ואם אומר פרעתי מקודם א"נ אבל פרעתי אח"כ נאמן משא"כ בב"ד ובתשובת מוהרי"ט בחח"מ סי' ל"ו הקשה דא"כ בפ"ק דב"ב דמוקי מתניתין דמנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב ומפרש הש"ס דמאי אין לך בידי דא"ל להד"מ דאמר מר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והתם בב"ד איירי וא"כ למה אמר כאומר לא פרעתי דמי הא אף אם אמר פרעתי אח"כ נמי א"נ דהוחזק כפרן ומכח זה העלה דין חדש דאף דקיימא לן דהוחזק כפרן לעולם היינו דוקא כשהעדים מעידים שלוה והוא אומר לא לויתי הוחזק כפרן על פי עדים שראו גוף ההלואה אבל התם לא ראו העדי' ההלואה רק שהם מכחישי' אותו ע"פ הודאתו שאמר לפניהם הן ואין אדם מוחזק כפרן ע"פ עצמו

זה הוא תורף דבריו ולפענ"ד תימה גדולה עליו דלפי מה שהבין דראיית בעה"ת מהא דאמרינן בפ' שבועת הדיינים כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי א"כ ראיית בעה"ת ליתא כלל דהא שם מיירי דהעדים אמרו שלוה ופרע א"כ ע"כ צ"ל האי טעמא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דאז הודאתו עדיפא ממאה עדים אבל באומר פרעתי אח"כ אף דהוחזק כפרן פשיטא דמהני עדים שפרע כמבואר בס"ז וליכא למימר דראיית בעה"ת הוא מהא דאמרינן בפ' הכותב גבי יתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה לא שנו אלא שאמרו יתומי' אמר לנו אבא לויתי ופרעתי אבל אמרו אמר לנו אבא לא לויתי נפרעין שלא בשבועה שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וע"ז הקשה הבעה"ת דת"ל דהוחזק כפרן א"ו דלא הוחזק כפרן אלא בב"ד זה ליתא דאכתי היכי הוכיח מכאן דהיכי שאומר לא לויתי בפני עדים ואמר אתם עדי דלא הוחזק כפרן דילמ' שא"ה דלא אמר שקר לפני עדים כלל משא"כ בהוחזק כפרן לפני עדים גרע טפי א"ו נראה ברור דראיית הבעה"ת הוא מפ"ק דב"ב כקושיית מוהרי"ט וע"ז מתרץ דהא דאמר כאומר לא פרעתי דמי משום דהש"ס מוקי מתניתין בכל ענין אף שאמר להד"ם בפני עדים לבד ואח"כ אמר פרעתי לפני הב"ד משום דע"כ מתניתין מיירי בחוזר ואומר פרעתי דאל"כ אלא שעומד בדיבורו שלא לוה פשיטא דחייב א"ו דמיירי שחוזר ואומר פרעתי וקמ"ל דא"נ כיון שכבר הודה שלא פרע דכאומר לא פרעתי דמי ונקט הש"ס טעם זה דאף שאמר להד"מ חוץ לב"ד מ"מ שוב א"נ לומר פרעתי בב"ד דכל האומר וכו' וא"כ אדרבא יש ראיה ברורה מהבעה"ת דלא כמוהרי"ט דנעשה הוחזק כפרן ע"פ מה שהודה לפני עדים אף שלא ראו עדים גוף ההלואה דאל"כ בפשיטות לק"מ קושית הבעה"ת דהא בב"ב לא הוחזק כפרן אלא ע"י הודאתו לבד וז"ב ועוד ראיה מדברי הטור שכתב בתבעו בב"ד ואמר להד"ם ואח"כ הוציא עליו כת"י הוחזק כפרן וא"נ לומר פרעתי עד שיודה לו בע"ד או שיביא עדים שפרעו בפניהם וכ"כ המחבר בס"ז הרי דע"פ כתב ידו הוחזק כפרן שא"נ לומר אף פרעתי אח"כ מדנקט או שיביא עדים שפרעו בפניהם והיינו אח"כ דאי טוען שפרע מקודם לא מהני עדים דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והודאתו עדיפא וא"כ כיון דמוכח דהוחזק כפרן ע"פ כת"י מה לי הודה לפני עדים שחייב לחבירו מנה או שכתב בכתב ידו שחייב לחבירו אידי ואידי אינו מתחייב ע"פ עדים אלא ע"פ הודאתו לבדו וכן משמע מסתימת לשון הט"ו בס"י שכתבו סתם גבי הודה לפני עדים שא"ל הן ואח"כ כפר דהוחזק כפרן משמע ככל הוחזק כפרן דלעיל מיניה דא"נ לומר פרעתי אף אח"כ ולפ"ז היכא שטען בפני עדים לא לויתי ואח"כ כשתבעו בבית דין טען שפרעו קודם נעשה הוחזק כפרן בב"ד ע"פ הודאתו שאמר לפני העדים לא לויתי דכאומר

לא פרעתי דמי ושוב אף שיצא מב"ד א"נ לומר פרעתי אח"כ והא דכתבו הט"ו שאם אמר פרעתי אח"כ נאמן היינו כשטוען בתחלת ביאתו לב"ד שפרע אחר שאמר לפני העדים לא לויתי דבכה"ג נאמן דבחוץ לב"ד לא הוחזק כפרן גם מה שהביא מוהרי"ט שם ראיה לסברתו מהא דא"א נעשה חשוד ע"פ עצמו ונראה מדבריו דס"ל דהיכי שנשבע שאינו חייב לו ואח"כ באו עדים שהודה לו מקודם שחייב לו לא נעשה חשוד ע"פ עצמו אשתמיט ליה דברי תשובת הרא"ש שהביא הב"י בסי' ע"ה ובסי' ל' וכן הוא בש"ע שם במי שתבע לחבירו שיש לו בידו ר' זוז בפקדון להשביחם לו והלה כופר בכל ויש עדים שהודה בפניהם במקצת נעשה חשוד על פיהם ומשלם ר' הרי להדיא דנעשה חשוד ע"י הודאתו שמקודם ודוחק גדול לומר דמיירי שנשבע ונוטל ע"פ ריצוי התובע וכמבואר בסי' צ"ב ס"ה דהא הרא"ש לא מיירי שם כלל מזה וכל כה"ג ה"ל לפרושי א"ו דהודאתו שהודה מקודם כודאי חשבינן ליה ונעשה חשוד על ידו וז"ב. ודע דיש להסתפק לפי מה דקיי"ל דבהוחזק כפרן ע"פ עדים נאמן לומר פרעתי אח"כ א"כ הא דאמרינן בפ' הכותב דאם אמרו יתומים אמר לנו אבא לא לויתי דנפרעין שלא בשבועה משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכדלקמן סי' ק"ח סט"ו אי בעינן דוקא שהיורשים אומרים א"ל אבא קודם מותו לא לויתי הוא דנפרעין שלא בשבועה אבל כשאמרו אמר לנו אבא זמן רב קודם מותו בכה"ג צריך בעל השטר שבועה שלא נפרע . אח"כ כיון שלא הוחזק כפרן בב"ד או דילמא כיון שהיורשי' אומרים שאביהם אמר להם לא לויתי אמרינן דמסתמא שוב לא פרע אח"כ דכיון שלא לוה מסתמא לא פרע אח"כ ולא תקנו חז"ל שבועה בכה"ג בבא ליפרע מנכסי יתומי' על טענת ספק ומסתימת לשון הש"ס והפוס' אמר לנו אבא לא לויתי משמע דאף שלא אמר כן קודם מותו מכל מקום בכה"ג נפרעין שלא בשבועה דלשון אמר לנו אבא משמע אף זמן רב קודם מותו כדאיתא בפ' כל הנשבעין דהיורשים צריכים לישבע שלא פקדנו אבא ושלא אמר לנו אבא וכו' הרי דהלשון שלא אמר לנו אבא היינו קודם לכן הרבה וה"נ והיינו טעמא כיון שאביו אמר לו שלא לוה מסתמא לא פרע ולא תקנו חז"ל שבועה בכה"ג וכן מסתבר:

ה אין לך בידי סתם לא הוחזק כפרן שיכול לתקן דבריו וכתב הטור בשם בעה"ת אבל אם אחר העדאת עדים אומר פרעתי אחרי שטענתי אין לך בידי כלום הוחזק כפרן שהרי הודה שטענתו היתה דרך להד"ם עכ"ל ויש לתמוה דכיון שיכול לתקן דבורו ולומר שאין לך בידי שאמר מקודם היינו שפרע א"כ נהי שאומר שפרע אחר טענת אין לך בידי והודה שמה שטען אין לך בידי היה שקר מ"מ להימן במיגו דאי בעי היה מתרץ דיבורו דמה שאמר אין לך בידי היינו פרעתי וליכא למימר דהיכא דהוחזק כפרן א"נ אף במיגו זה

ליתא דהא כתבו הפוסקים דהא דיכול לחזור בב"ד מפטור לפטור משום דנאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הא' וכן מבואר בחי' הרא"ה לכתובות פ' האשה שנתארמלה גבי וליתני ומודה ר"י והקשה דליתני ומודה ר"י באומר לחבירו מנה נתחייבתי לך והוחזקתי בו כפרן ופרעתיו לך דנאמן במיגו ואם יש עדים שהוחזק בו כפרן א"נ ותי' דבהוחזק כפרן לא מיירי הרי להדיא דמהני מיגו אף להוחזק כפרן וכן הדעת נותנת דהא אין גוף הטענה גרועה אלא דלא מהימנינן ליה כיון שהוחזק כפרן וא"כ כי אית ליה מיגו הרי ראיה שאומר אמת וכאלו הביא עדים דמי וא"כ ה"נ הרי אית ליה מיגו מעליא כיון דיכול לתקן דבורו וכ"ש לפי מ"ש הכנה"ג בשם מוהראד"ב דא"צ לתרץ דבורו כלל דאנן טענינן ליה א"כ אינו מתחייב אלא ע"פ הודאתו ואין אדם מוחזק כפרן ע"פ עצמו וגדולה מזו נראה דאף שטען אין לך בידי ובאו עדים שלוה והודה שחייב לו ואח"כ חזר ובא לב"ד וטוען שפרעו אח"כ דתו לית ליה מיגו דהוי מיגו למפרע מ"מ לא הוחזק כפרן לפמ"ש הרשב"א בתשו' והביאו הכ"מ בפי"ד מה"מ דלכך לא הוחזק כפרן ע"פ ע"א דלא אמרינן הוחזק כפרן אלא בהוכחש בעדים שצריך לשלם על פיהם משא"כ בע"א שיכול לישבע וליפטר אינו כפרן גמור ועוד דהיכא דהוכחש בשני עדים חזקה שאינו פורע אלא בעדים אבל בע"א כיון שהיה יכול לישבע וליפטר בוטח בעצמו לפרעו בינו לבינו ע"ש וא"כ כ"ש הכא כיון שע"פ העדים לא הוחזק כפרן כלל שהיה יכול לתקן דבורו ולא נתחייב אלא ע"פ הודאתו דלא הוחזק כפרן ע"פ עצמו וגם בכה"ג בוטח בעצמו לפרעו בינו לבינו כיון שהיה יכול לתקן דבורו והודה בחיובו מעצמו. שוב ראיתי בלח"מ פ"ו מה' טוען שהוכיח מהה"מ דמוקי להההיא דפ"ק דמציעא מנה לי בידך אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי דהוחזק כפרן מיירי שהעדים אומרים שיש לו ועדיין לא פרע דאל"כ יכול לתרץ דיבורו דאין לך בידי כלום היינו שפרע והקשה הלח"מ דהא ע"כ לפי דברי הה"מ מיירי שאמר פרעתי אחר שיצא מב"ד דאי מיירי שטען שפרע מקודם פשיטא דא"נ דהרי העדים מכחישים אותו א"ו שטוען שפרע אח"כ וא"כ לוקמי בפשיטות דכיון שטוען שפרע אח"כ הרי הודה שאמר שקר מקודם ומזה הוכיח הלח"מ דהה"מ ס"ל דבכה"ג לא הוחזק כפרן כיון שהוא ע"פ הודאתו וא"א מוחזק כפרן ע"פ עצמו ודלא כהטור בשם בעה"ת וזה הוא כסברא האחרונה שכתבתי אך הריטב"א בפ"ק דמציעא תי' באמת כן דמיירי התם שהודה כשאמרו עדים שלוה ולכך הוחזק כפרן כשיצא חוץ לב"ד וטוען שפרע אח"כ שהרי הודה שאמר שקר מקודם אך מ"מ האי דינא שטען אחר העדאת עדים פרעתי אחר שטענתי אין לך בידי הוא תמוה טובא דאמאי לא מהימן במיגו וגם בטוען להד"ם ובאו עדים אחר כמה ימים שלוה וטוען שפרע אחר

טענת להד"ם העליתי בסק"ג דנראה דנאמן בהיסת וכ"ש אחר טענת אין לך בידי כלום אף היכא דליכא מיגו כגון שהודה כשבאו העדים ואחר זמן טען פרעתי אח"כ דהוי מיגו למפרע מ"מ הסברא נותנת כשיטת הה"מ והרשב"א דלא הוחזק כפרן בזה וצ"ע:

ו הוחזק כפרן שבני אדם נותני' דעתם לזכור סכום השער. וצ"ע באם הביא עדי' שמעידים שפרעו המותר במעות אי מהני או לא אי נימא דכיון שכבר טען שפרע לו כל החוב במאה מדות שהיו שוים כך וכך הרי הודה שלא פרע בדבר אחר ובענין הפרעון בסחורה הוחזק כפרן בעדים וא"כ דמיא לס"א בטוען לא לויתי ובאו עדים שלוה ופרע דא"נ דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והודאתו עדיפא מהעדים או דילמא כיון דכל האומר פרעתי אינו מחויב לזכור במה פרעו והיאך פרעו כמ"ש הרא"ש והר"ן דמה"ט הוי ס"ד למימר דהוי מילתא דלא רמיא עליה דאינשי אלא דמ"מ הוחזק כפרן כיון דקיצותא דתרעא מידכר דכירי אינשי וא"כ כיון שטוען שפרע כל המנה ואינו מחויב לזכור במה פרעו רק כיון שטוען שפרע בסחורה שהיה השער כך וכך וסכום השער מידכר דכירי והוכחש בזה ע"י עדים הוחזק כפרן בפרעון זה ושוב לא מהימן לומר שפרעו במעות והוי כשאר הוחזק כפרן שא"נ לומר אף פרעתיך אח"כ כיון שהיה משקר מתחלה אבל כשהביא עדים מהימן ולזה הדעת נוטה יותר אלא דקשה לפ"ז דאמאי גובה ממנו המלוה מה שנשאר מן החוב בלא שבועה לפי מה שהעליתי בסק"ג דאף דהוחזק כפרן לאותו ממון לעולם וחייב לשלם היינו דוקא כשהתובע טוען ברי אז אלים טענתו מטענת הנתבע ונאמן בטענתו אבל לא בטוען שמא וא"כ הכא כיון שעכ"פ נפרע מקצת הוי כפוגם שטרו בסי' פ"ד דלא יפרע אלא בשבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק ואף בפיגם שטרו בעדים הדין כן וא"כ ה"נ נימא שהתובע אינו זוכר ממותר הפרעון והוי כטענת ספק והנתבע טוען ברי ואין התובע יכול להוציא ממון אלא ע"י שבועה כי היכי דלידוק וכן קשה לפי מה שהעליתי שם טעמא דהוחזק כפרן דכיון שהוכחש בעדים חזקה אינו פורע אלא בעדים וא"כ הכא שטוען שפרע בדבר אחר אמאי לא מהימן דהא בעת שטוען שפרע עדיין לא הוחזק שקרן א"ו דטעמא דהכא דהוי כהודאה שלא פרע בדבר אחר אך מ"מ י"ל דשאני הכא דכיון דהוחזק כפרן בגוף הטענת פרעון שטוען גרע טפי ונוטל התובע בל"ש ובאמת היכא שטען שפרע אח"כ אף דהוחזק כפרן לעולם מ"מ צריך התובע לישבע וליטול כדין הפוגם שטרו ויש להתיישב בכ"ז ודוק:

פ

א מי שטוען בב"ד וכו' ויש להסתפק באחד שתבע לחבירו בב"ד שחייב לו מעות והודה לו הנתבע רק שטען שחייב עוד לאחרי' ואין לו כדי לשלם לכולם ולאח"ז כשפרע לזה התובע את חובו תבעו אותו אותן האחרי' שהוד' מתחלה שחייב להם ועכשיו כפר שאינו חייב להם כלל אי חשיבא ההודאה שהוד' מקודם הודאה או לא ול"ד למ"ש המחבר בסי' פ"א סכ"ג בתבעו בחפץ פ' והשיב אינו שלך אלא של פ' אפילו אמר כן בפני ב"ד אינה הודאה להוציא אותו פ' מידו דהא מבואר שם הטעם כיון דלא היה צריך לומר אלא אינו שלך ומה שאמר אלא של פ' אינו אלא הרבות דברים שיחה בעלמא הן ואינו מזיק לו כלום משא"כ הכא שהודה לו להתובע את חובו אלא שהיה משתמיט א"ע לפרוע תיכף מפני שחייב עוד לאחרי' ולא יספיק לכולם א"כ היה צ"ל כן וכיון שהודה בב"ד הוי הודאה גמורה וא"י לחזור בו אך לכאורה יש להביא ראיה ממ"ש הרא"ש בפ"ב דכתובות והט"ו בסי' מ"ז ס"א במלוה שאמר על שטר שבידו שטר אמנה הוא והוא חייב לאחרים א"נ ואם לאחר שאמר שטר אמנה פרע לבעל חובו ובא לגבות זה השטר מהלוה רואים אם כשבעל חובו בא לגבות מזה השטר אמר שטר אמנה הוא אז ודאי לא היה כוונתו אלא לדחות בעל חובו וחוזר וגובה בו ואם כן ה"נ י"ל דמה שהודה מתחלה שחייב עוד לאחרים לדחות בעל חובו נתכוין בכדי לאשתמוטי עד שיהיה לו מעות בריוח לפרוע לו ויכול לחזור בו אך יש לדחות ראיה זו דשא"ה דהשטר שביד המלוה מוכיח שאינו אמנה או פרוע דסתם שטר אינו עומד לכך ושטרא בידו מאי בעי לכך יכול לחזור בו וליתן אמתלא זו משא"כ הכא שאין כאן שום ראיה שאינו חייב לאותן אנשים שהודה א"כ כיון שהודה בב"ד הוי הודאה גמורה ואינו יכול לחזור בו באמתלא ויש להביא ראיה לזה מש"ס ערוכה פחז"ה דף מ"ג דאיתא התם מכר לו בית מכר לו שדה אינו מעיד לו עליה מפני שאחריותו עליה ומוקי לה הש"ס התם בראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי ואתא יהודא וקמערער דלא ליזיל שמעון ולסהיד ליה ללוי דניחא ליה דהדרה ליה אח"כ כשיביא עדים שגזלה ראובן ממנו ופריך הש"ס וכיון דאסהיד ליה דלוי הוא היכי מצי מפיק לה מיניה ומשני דאמר ידענא דההיא ארעא לאו דיהודא היא וכ"פ הטור בסי' ל"ז והרב רמ"א שם סי"ז בהגה דהיכא שהוא בא להעיד שהוא של לוי בכל ענין יכול להעיד דכיון שהודה על הדבר שהוא של לוי שוב א"י לערער עליו ולומר שהוא שלו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואינו נוגע בעדות ואמאי א"י לערער עליו עוד הא יכול לומר דמה שהודה מקודם שהוא של לוי לדחות את יהודא קמתכוין דומיא דמלוה שאמר שטר אמנה הוא דיכול לחזור בו ולומר דלדחות את בעל חובו שלא יטול השטר הי' מתכוין א"ו

דדוקא בשטר אמרינן כן דמסתמא אינו שטר אמנה משא"כ התם א"י לחזור בו באמתלא זו. שוב מצאתי להט"ז בסי' ל"ז שהקשה קושיא זו ומתרץ כן והנאני. אך מ"מ הדברים הללו צריכין תיקון דלכאורה הדברים תמוהים מאוד דהא התם מיירי שיש לשמעון עדים שראובן גזלה ממנו אלא שאין העדים מזומנים לפנינו דאהכי ריהטא כולה סוגיא התם וא"כ אף ששמעון יעיד שהשדה של לוי או של ראובן הגזלן דבהכי מיירי התם הטור והרב בהגה מכל מקום יהיה יכול לחזור בו אחר כך ולומר דלדחות את יהודא קמתכוין כמו בשטר אמנה דנאמן לומר לדחות את בע"ח נתכוונתי משום דסתם שטר לאו אמנה הוא כ"ש הכא ששמעון הביא עדים אח"כ שראובן גזלה ממנו דיש הוכחה יותר דמה שהעיד שהוא של ראובן לדחות את יהודא נתכוין ודוחק לומר כיון דאמר סתם דההיא ארעא דראובן היא אין זה הכחשה לדברי העדים שמעידים שגזלה ממנו דיש לומר דאחר כך לקחה ראובן הגזלן משמעון הנגזל ולכך א"י לחזור מדבריו הראשונים דאכתי מנא ליה להש"ס להקשות דילמא מיירי שמעיד שהוא של לוי מחזקת אבותיו ויכול לחזור בו כיון שהעדים מסייעים אותו ולכך א"נ דהוי נוגע בעדות אך מ"מ נראה דדברי הט"ז נכונים דהא הש"ס פריך התם ובההיא זכותא דמפיק לה מלוי ליפקה מיהודא ולאו נוגע הוא דהא מיהודא נמי מצי מפיק לה ומשני דאמר לוי נוח לי ויהודא קשה ממנו ואיבעית אימא כגון דאית ליה סהדי למר ואית ליה סהדי למר ואמרו רבנן היכי דקיימא ארעא תיקום וא"כ כשיבוא ליד יהודא לא מצי מפיק לה אח"כ וע"ש ברשב"ם והרא"ש והנה לפי שינויא קמא דהש"ס דמיירי שיכול להוציא גם מיהודא בעדות שלו שראובן גזלה ממנו אלא דהוי נוגע משום דיהודא קשה ממנו וטעם זה כתבו שם הט"ו קושית הט"ז בלא"ה לק"מ דהא התוס' בכתובות דף ק"ט ע"א ד"ה אדמון אומר הקשו דהא בהעורר על השדה והוא חתום עליה בעד קי"ל דלא כאדמון דאבד את זכותו ולא אמרינן השני נוח לו והראשון קשה ממנו ואמאי גבי מכר לו בית אמרינן דהוי נוגע מה"ט דהשני נוח לו ותי' דשא"ה דלא היה לו לחתום ולעשות דבר הנראה הודאה משום ניחותא דשני משא"כ גבי מכר לו בית לאו הודאה הוא ע"ש וא"כ היכא שהוא מעיד בב"ד שהשדה של ראובן או של לוי שוב לא מצי לחזור ולומר דמה שאמר כן מתחלה לדחות את יהודא נתכוין דהא אף מיהודא יכול להוציא אח"כ אלא שיהודא קשה ממנו וא"כ משום ניחותא דלוי לא היה מודה כן בבית דין והוי דומיא דהעורר על השדה והוא חתום עליה בעד דאבד את זכותו מה"ט אלא דקושית הט"ז קשה לתי' בתרא דהא כיון שיש עדים ליהודא שהשדה שלו ואין עידי שמעון מזומנים עכשיו לפנינו א"כ הוצרך שמעון לומר שהוא של לוי דאם יבוא ליד יהודא בדין שוב לא יהיה יכול להוציא ממנו דארעא היכא דקיימא תיקום

משא"כ כשיביא אחר כך עדים שהוא שלו ויהיה ביד לוי אף שיהיה ליהודא ג"כ עדים יהיה כל דאלים גבר או חולקין וא"כ יהיה יכול שמעון לחזור בו דלדחות את יהודא קמתכוין כמו בשטר אמנה וע"ז תי' הט"ז שפיר דבשטר אמנה יש הוכחה מהשטר מה שאין כן הכא אין שמעון נאמן לחזור בו מהודאתו מכח העדים שלו דהא יש ליהודא ג"כ עדים שהם מכחישים את אלו שאינו של שמעון וליכא הוכחה מהעדים של שמעון ולכך לא מצי לחזור מהודאתו שהודה מתחילה שאינו שלו ודברי הט"ז עולים יפה ונכונים לדינא ודוק. ותבנא לדינא דהעיקר דא"י לחזור בו מהודאתו שמקודם לומר דלדחויי לבע"מ קמתכוין אלא בשטר אמנה דשטרא קמסייע ליה משא"כ היכא דליכא דמסייע ליה א"י לחזור בו אבל אם הביא עדים המסייעים לטענתו האחרונ' יכול לחזור בו אע"ג דאף אם יש עדים על טענתו השניה א"י לחזור בו כמ"ש הרב בהגה מ"מ הכא כיון שיש עדים נאמן לו' דמה שהודה בראשונה לדחויי לבע"ח קמכוין וגם נראה נמי דהיכא דיש לו מיגו דפרעתי להבע"ח שאמר בראשונה שחייב לו נמי הוי ראי' שטענתו האחרונ' אמת ונאמן לו' שלדחויי לבע"ח התובעו קמתכוין כמו בשטר אמנה ונראה נמי מזה דיכול אדם לחזור מטענתו הראשונה היכא שנותן אמתלא למה טען כן בראשונה כמו בשטר אמנה ודוקא היכא דאיכא דמסייע לו שטר או עדים אבל היכא דליכא דמסייע ליה א"י לחזור בו מטענתו הא' ע"י אמתלא וכמ"ש הט"ז כן נ"ל בדינים האלו:

ב דשמא למדוהו לטעון שקר ונראה דבכה"ג אם הביא עדים על טענתו השניה מהני דדוקא כשחוזר מטענתו הא' ואינו מתקן אותה לא מהני עדים דהודאתו עדיפא מעדים משא"כ היכא שבא לתקן טענתו הראשונה ויש במשמעותה שסובל זה התיקון אלא כיון שיצא מב"ד לא מהימנינן ליה משום דשמא למדוהו לטעון שקר ולכך כיון שמביא עדים על טענתו השניה אמרינן דהאמת אתו ומהימנינן ליה לתקן טענתו הא' ול"ד לדלקמן סי' קמ"ו סכ"ד בז"א של אבותי וז"א של אבותי וזה הביא עדים שהיה של אבותיו מעולם וזה הביא עדים שאכלה שני חזקה דמוקמינן ביד זה שהביא עדים שהוא של אבותיו ואם חזר זה שאכלה שני חזקה וטען של אבותיך היה ואתה מכרת לי וזה שטענתי שהיה של אבותי כלומר שאני סומך עליה כשל אבותי או שאמר של אבותי שלקחוה מאבותיך נאמן ודוקא כשהיה בב"ד אבל אם יצא חוץ לב"ד אינו נאמן דשמא למדוהו לטעון שקר הרי אף דהתם איכא ראיה להמחזיק דטענתו האחרונה היא אמת שלקח' ממנו מדאכל ג"ש ולא מיחה ביה דהא מה"ט מהני חזקת ג"ש בכל דוכתי כמבואר בר"פ חז"ה ובחי' הרמב"ן שם ע"ש ואפ"ה א"נ ביצא חוץ לב"ד משום חששא דשמא למדוהו לטעון שקר

מ"מ יש לחלק בין חזקת ג"ש לעדים דעדים אלימי טפי ואפי' באומר נזכרתי מהני בהביא עדים על הטענה השניה כמ"ש הש"ך בס"ק ב' כנ"ל וע' בסי' ס"ז סל"ג בהגה:

פא

א משטה הייתי בך נאמן. והיכא שאינו טוען ברי וטוען איני יודע אם לויתי ומה שהודיתי בפני עדים אפשר דמשטה הייתי בך לכאורה יש לדמותו לטוען על כתב ידו איני יודע אם לויתי ושמא שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגלה ומצאה זה וכתב עליה דמבואר בבעה"ת שער י"ג ולעיל בסי' ס"ט ס"ב בהגה דאף אם היה הלוה טוען כן בברי היה נאמן מ"מ כשטוען שמא ה"ל החתימה ודאי וההלואה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם וא"כ ה"נ מה לי ההודאה בחת"י מה לי ההודאה בע"פ ה"ל ההודאה ודאי וההלואה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם אך יש לחלק דשא"ה דטענת שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה היא טענה גרועה לכך לא טענינן ליה טענה זו אלא בברי ואין ספק טענה זו מוציא מידי ודאי וחייב לשלם משא"כ טענת משטה דטענה מעלייתא היא דהא אף ליורשים טענינן כן אף שלא טען כן אביהם כלל וכן אף אם הנתבע טוען להד"ם ומכחיש את העדים טענינן לי' דמשטה היה ומשום דהוי מילי דכדי לא דכיר א"כ י"ל דאף בטוען ספק על ההלואה לא מחייבינן ליה לשלם עבור ההודאה ותלינן דהשטה בו מספיקא ועוד דהתם איכא טעמא אחרינא כיון דא"נ לומר שכחתי וחתמתי שמי בסוף המגילה אלא במיגו דפרעתי וא"כ כשטוען שמא דלא שייך מיגו ודאי דלא תלינן בהכי וכמ"ש בסי' ע"ה סק"ו משא"כ הכא דטענת משטה היא טענה מעלייתא מצד עצמה, אף בלא מיגו י"ל דטענינן כן אף מספק וצ"ע אך מ"מ בהודה שהיתה הודאה גמורה אלא שטוען דילמא טעיתי בהודאתי בזה נראה עיקר דדמיא לכת"י דאין ספק הלואה מוציא מידי ודאי של הודאתו דמה"ת נאמר שטעה ואף דהש"ך בסק"א העלה דטעיתי עדיף ממשטה ונאמן אף בלא מיגו היכא דלא אמר א"ע מ"מ י"ל דהיינו דוקא בטוען ברי טעיתי אבל בשמא ל"ח להכי וראיה לזה דהא התוס' והרא"ש הוכיחו דטענינן ליורשים משטה מהא דאמרינן בש"ס שכ"מ שהודה חייב לשלם משום דאין אדם משטה בשעת מיתה משמע דאי לאו ה"ט הוי טענינן ליתמי משטה ואי אמרת דטעיתי עדיף ממשטה כשלא אמר א"ע א"כ אכתי קשה היכי אמרינן א"א משטה בשעת מיתה והיינו משום דאין דרך אדם להשטות בשעת מיתה אכתי נטעון להו ליתמי שאביהן טעה דבזה ל"ש לומר שאין דרך לטעות בעת מותו דהא אדרבה שכ"מ דרכו לטעות אף בהודאה גמורה כמ"ש התוס' בסוף ב"ב והרא"ש בפ"ק דגיטין א"ו דאף בשכ"מ דדרכו לטעות ל"ח לטעות אלא היכא

שטוען כן להדיא אבל אנן לא טענינן ליורשיו בלא טענה וכ"כ הרא"ש שם וא"כ בטוען שמא טעיתי ל"ח להכי מספיקא וחייב לשלם כמו בכת"י:

ב אבל שכ"מ שתבעו וכו' דעת הב"י בסי' ל"ב דאם הודה בשעת מיתה וקם על רגליו ותבעו התובע חייב ג"כ לשלם ואינו יכול לומר משטה הייתי בך דאם הוא היה יכול לטעון כן א"כ היינו טוענין גם ליורשים כן והש"ך חולק עליו וס"ל דדוקא ליורשים לא טענינן משטה דגרע טפי ממילתא דלא שכיחא דלא טענינן ליורשים אבל הוא בעצמו יכול לטעון כן והוכיח כן מדברי התוס' והרא"ש ומרדכי פז"ב שהוכיחו דטענינן ליורשים שמא אביהן כיון להשטות מהא דבעי הש"ס ס"פ ג"פ אי אדם משטה בשעת מיתה אלמא דאי אינו שעת מיתה טענינן ליורשים ואי כדברי הב"י מאי ראיה מהתם דילמא מבעיא ליה לענין שכ"מ גופיה שקם אי יכול לומר משטה ולא לענין היורשים א"ו דשכ"מ גופיה יכול לטעון משטה אף שהודה בשעת מיתה עכ"ד והנה הרב בעל כנה"ג בסי' ל"ב כיון ג"כ לדברי הש"ך אלא שכתב דעדיין קשה היכ' הוכיחו התוס' דטענינן משטה ליתמי דילמא לא טענינן משום דהוי מילתא דל"ש והא דהוצרך בס"פ ג"פ לטעמא דא"א משטה בשעת מיתה היינו היכא דהיורשים אמרי אמר לנו אבא משטה הייתי ותירץ דהתוספות ס"ל דלא מצינו חילוק אלא היכא בין דטוען איהו גופיה לכשטוענים הב"ד בשביל יתומים אבל כשטוענים היתומים כך אמר לנו אבא אין בזה מעלה כלל דאם הם יכולים לטעון כך טענינן להו ואי אנן לא טענינן להו משום דלא שכיח אינהו נמי אין יכולין לטעון כן וראיה לדבר שהרי בשטר כיס היוצא על היתומים לא מפלגינן בין טוענים הם לטוענים ב"ד עכ"ד ולפענ"ד אשתמיטתיה דברי הרא"ש בפרק הכותב גבי ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא בי ר' מייאשא שכיב ר"מ ולא פקיד אתא לקמיה דר' אמי אמר חדא דידעינן בר' מייאשא דלא אמיד וכתב הרא"ש שם ואע"פ שאם היה ר"מ קיים ואמר שלו הם מהימן מ"מ מילתא דל"ש לא טענינן להו ליתמי כדאמר גבי שטר כיס וכו' ודוקא היכא שהיתומים טוענים שמא אבל אי טוענים ודאי אבינו אמר לנו שהיו שלו משתבעי דקושטא קאמרי ולא מפקינן מידייהו וכן היה אומר ה' משה בר יוסף מנרבינא והביא ראיה מדקאמר ולא פקיד הא אי פקיד אע"ג דלא אמיד לא מפקינן מיניה עכ"ל וכך פסק הטור והרב בהגה לקמן סי' רצ"ז הרי להדיא דבמילתא דלא שכיחא אם היתומים טוענים ברי שכך אמר להם אביהם הוי כאלו אביהם לפנינו ונאמנים ומה שהקשה הכנה"ג דדילמא הוצרך לטעמא דא"א משטה בשעת מיתה היכא שהיתומים אומרים אמר לנו אבא משטה הייתי מעיקרא לק"מ כיון דלפי שיטת הש"ך אף שהודה בשעת מיתה אם קם על רגליו וטוען בעצמו משטה נאמן אלא דליורשיו לא טענינן כן

א"כ היכא שהיורשים אומרים אמר לנו אבא משטה הייתי אף שהודה בשעת מיתה נאמנים היורשים שכך אמר להו אביהם והוי כמו שטען כן אביהם לפנינו א"ו ע"כ מיירי שאין היורשים טוענים כן בשם אביהם וא"כ הוכיחו התוס' שפיר וז"ב. אך קשה לשיטת הש"ך והכנה"ג מדברי התוס' ס"פ ג"פ גבי שכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנין מ"ט אדכורי מידכר ופירשו התוס' דהיינו פרעתי קודם לכן ונאמנים משום דהוא היה נאמן לומר פרעתי קודם לכן וטעיתי במיגו דפרעתי אח"כ והא דאמר אין נאמנים משום דלא פסקא למילתיה היינו דטפי מסתבר לומר שם אין נאמנים מתנו מנה לפלוני ולמה להו להתוס' למימר דנאמנים במיגו דפרעתי ולדחוקי הא דאמר דאין נאמנים משום דלא פסקא למילתא הוא בדרך איפכא מסתברא והוא היפך ממ"ש התוס' לעיל מיניה ד"ה אלא אי אתמר וכמ"ש הש"ך בסי' רנ"ה בפשיטות ה"ל להתוס' לפרושי דהוא היה נאמן לומר טעיתי במיגו דמשטה הייתי בך דהיה נאמן ואפשר לומר דהתוס' ס"ל כמ"ש הש"ך בס"ק ל"ד בשיטת הרי"ף מדנקט שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי ולא אמר מנה לזה בידי ע"כ דמיירי שלא בפני התובע וא"כ קשה ת"ל דאמרינן שלא להשביע הודה וצ"ל דמיירי דבדרך הודאה גמורה כמ"ש הרי"ף וא"כ אף משטה א"י לטעון דבדרך הודאה אף משטה א"נ ועוד דבמודה מעצמו לא שייך משטה לשיטת הרא"ש והטור וליכא מיגו ולכך הוצרכו התוס' לומר משום מיגו דפרעתי אך זה דוחק דסברו' אלו לא נזכרו כלל בתוס' ולענין דינא נראה עיקר דאין לזוז מדברי הב"י שכן משמעות לשון הבעה"ת שער מ"ב ח"ב וש"פ כמ"ש הרב בתומים וכן מוכח להדיא בתשובת הריב"ש סי' קע"ט ע"ש ואף לשיטת הסוברים דשכ"מ נאמן לומר טעיתי אף בלא מיגו משום דשכ"מ דרכו לטעות מ"מ אינו נאמן לומר משטה במיגו דטעיתי משום כיון דחזקה היא דא"א משטה בשע' מית' ה"ל כמיגו במקום עדים כמ"ש הש"ך בסק"ח ואפשר דאף אם יש עדים שאומרים היפך דברי השכ"מ ג"כ לא מהני דהודאתו עדיפא יותר טמאה עדים אך הכנה"ג בסי' ל"ב הביא בשם ספר משפט צדק דהיכא דיש עדים להיפך תולין הודאתו בהשטאה ע"ש:

ג אבל אי לא טעין לא טענינן לי' אנן אבל ליורשיו וכו'. ובתוס' ס"פ ג"פ דף קע"ד ע"ב ד"ה אדם עשוי שלא להשביע את בניו כתבו וז"ל והיינו דוקא בשלא תבעוהו ואמר מעצמו אבל תבעוהו והודה חייב כדאמר לקמן בשמעתין דטעמא דלהשביע את בניו לא שייך התם ומשטה אני בך נמי לא טענינן אע"ג דבריא אי לא טעין טענינן ליה דא"א משטה בשעת מיתה כדאמרינן בסמוך עכ"ל והנה מ"ש אף על גב דבריא אי לא טעין טענינן ליה הוא תמוה מאוד דהא בפז"ב איתא להדי' דמשטה אי לא טעין לא טענינן

ליה ולכאורה היה נראה דכוונת התוס' הוא להוכיח דטענינן משטה ליורשים מדחזינן בבריא אף שטוען להד"ם ומכחיש את העדים אמרינן מילי דכדי לא דכירי אינשי ותלינן שהודאתו היתה כדי להשטות ולכך לא דכיר לה אלמא דטענינן עבורו משטה והא דאיתא פז"ב דלא טענינן ליה משטה אי לא טעין הוא היינו כשמודה בההודאה ומדלא טעין בעצמו משטה מסתמא לא היתה כוונתו להשטות אבל כשטוען להד"ם כיון די"ל דלכך לא טעין משטה שאינו זוכר הודאתו ולכך טענינן עבורו שהשטה בו ולא דכיר הודאתו כלל ואם כן ממילא שמעת מינה דה"ה כשמת הנתבע ולא תבעו אותו בב"ד טענינן ליורשים משטה דמה שלא טען בעצמו כן הוא משום שעדיין לא תבעו אותו בב"ד וזה הוא כוונת התוס' ואע"ג דבריא אי לא טעין טענינן ליה היינו כשטעין להד"ם דמבואר פז"ב דטענינן ליה משטה ותלינן הודאתו במילי דכדי דלא דכירי אינשי זה היה נראה בכוונת התוס' אך מדברי התוס' והרא"ש פ' ז"ב כשכתבו להוכיח דמשטה טוענינן ליורשים ולא כתבו הוכחה זו נראה דס"ל דאין ראיה מזה דהתם כיון דעכ"פ הוא טוען להד"ם לכך מתרצינן דבריו שכוונתו היה להשטות אבל כשהנתבע לא טעין עדיין כלום לא טענינן עבורו מילתא דלא שכיחא דכוונתו היה להשטו' ואע"ג דבסי' ס"ט סק"ד הוכחתי מדברי התוס' דהיכא דהוי מילתא דל"ש לא מתרצינן דבריו במילתא דל"ש מ"מ הא הוכחתי שם דהיכא דאיכא מיגו וראיה לטענתו מתרצינן דבריו אף במילתא דלא שכיחא ע"ש וא"כ הכא כשטוען להד"ם ומכחיש את העדים הרי יש ראיה שאומר אמת דאי בעי לשקר היה טוען משטה א"ו שא"ר לשקר כלל וטוען האמת לפי דבריו שלהד"ם כיון שאינו זוכר הודאתו כלל דהוי מילי דכדי דלא דכירי אינשי ודוק ולכך נראה דמ"ש התוס' אע"ג דבריא אי לא טעין טענינן ליה כוונתם אע"ג דאם היה מודה כשהוא בריא ואח"כ מת טענינן אנן ליורשיו משטה כמ"ש התוס' פז"ב מ"מ אם הודה כשהוא שכ"מ לא טענינן ליורשיו משום דא"א משטה בשעת מיתה ולשון התוס' הוא מגומגם בזה

ד תופס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שהוא מודה לו. והטעם הוא דכיון שידע שהתובע מחזיק בממונו לא היה מודה לו להשטאה בעלמא אא"כ חייב לו באמת והנה מלשון הט"ו משמע דבעינן שהתובע יתפוס אותו כנגד כל המנה שהוא מודה ובאמת מן הסברא נראה דאף אם התובע מוחזק רק בחצי התביעה או פחות מ"מ כיון דמה שכנגד שהתובע תפוס בידו ודאי אין כוונת הנתבע בהודאתו להשטאה אמרי' דמסתמא כל ההודאה ג"כ אין כוונתו להשטאה וכן ראיתי להכנה"ג בסי' ל"ב שהביא בשם תשו' הרא"ש כלל פ"ו סי"ד דאם הודה בסך מה ובחלק מהסך ההוא א"י לומר משטה אני בך גם על שאר הסך ג"כ אינו יכול לומר משטה אני בך ע"ש ואולי דמ"ש הט"ו כנגד

המנה שהוא מודה לו הוא לאו דוקא אלא דק"ק לפ"ז דהא עיקר מקור דין זה נלמד לפי שיטת הרמ"ה דס"ל דטעמא דטענו חטים והודה לו בשעורים פטור אף מדמי שעורים הוא משום דיכול לומר משטה אני בך ובס"פ המניח מוקי ברייתא דהיו הניזקין שנים דמשתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן בתפס אלמא דתפיסה מהני שלא יהא יכול לומר משטה ומאי ראיה היא זו דתפיסה מהני אפי' בעדים דילמא דוקא שלא בעדים מהני תפיסה דבכה"ג לא הודה להשטאה דירא מן התפיסה כיון שלא היתה בעדים אבל היכא שתפס בעדים אינו ירא מן התפיסה כלל וליכא למימר דאי מיירי שלא בעדים א"כ משתלם אף לגדול מן הגדול כיון דאית לי' מיגו כמבואר במרדכי שם ובנ"י בשם הרמ"ה זה ליתא דילמא מיירי שתפס רק מקצת מן התביעה כגון שור אחד דלענין השטאה מהני אף תפיסה במקצת דכיון דאינו משטה על מקצת הודאה מסתמא אינו משטה ג"כ על שאר ההודא' משא"כ לענין מיגו לא מהני תפיסה שלא בעדי' אלא בתפס נגד כל התביעה וצריך ישוב:

ה בפני אבי הבן. ודוקא ששכרו בפני אבי הבן ואבי הבן שתק אבל אם שכרו שלא בפניו אע"ג שידע ששכרו לא אמרי' מסתמא ניחא ליה בדבר וחייב הוא לשלם אלא פטור הוא מלשלם כ"כ הש"ך בי"ד סי' רמ"ח ס"ק י"א ע"ש:

ו הויא הודאה. הרב הש"ך האריך בזה דמצי למימר קים לי כהבעה"מ וסייעתו דס"ל דהודאה בפני ע"א לא הוי הודאה כלל כיון דמצי לכפור בו אף שא"ל אתם עד ה"ל מילי דכדי ויכול לומר משטה אני בך והא דקיי"ל הודאה אחר הודאה מצטרפין מפרש הש"ך דלא כמ"ש הרמב"ן דמיירי שהיה ההודאה בפני שנים רק שאחד הלך לו אלא אפי' לא הודה אלא לפני ע"א לבד מכל מקום כיון שחזר והודה עוד לפני עד אחד אח"כ מוכחא מילתא דההודאה קמייתא לאו להשטאה נתכוין ע"ש שהאריך בזה להשיג על הרמב"ן ולפענ"ד דבריו תמוהים מאוד כיון דבע"א יכול לומר משטה אני בך א"כ אף דאיכא עוד ע"א שהודה לפניו מ"מ היכי מהימנינן ליה דאם כן כולה ממונא נפיק אפומא דסהדא בתרא וניחוש דילמא עד בתרא משקר והא דהודה לפני הראשון להשטאה נתכוין והא דעדות מיוחדת מהני בכל דוכתי היינו בהלואה אחר הלואה כיון דלכ"א מן העדים עכ"פ חייב לו ממון אמרינן שודאי שניהם לא משקרי ביחד אבל הכא בהודאה אחר הודאה והוא כופר בשניהם ניחוש דילמא א' מהן משקר ואחד קושטא קאמר ולהשטאה נתכוין וזה דמיא ממש לע"א אומר אחת בגבה וע"א אומר אחת בכריסה דאמרינן בפחז"ה ולעיל בס"ס ל' דחצי דבר וחצי עדות הוא אלמא אף דלדברי שני העדים יש לה שתי שערות אמרינן דחצי עדות הוא משום דלפי דברי כל עד ועד בפני עצמו אין מועלת עדותו

כלל ודילמא אחד מהן משקר וליכא אלא שערה אחת והכא נמי ולכך הוצרכו הראב"ד והרמב"ן לאוקמי הא דהודאה אחר הודאה מצטרפין מיירי שכ"א מהן אומר שהודה בפני שנים אלא שהאחד חלף והלך לו וז"ב אך לפ"ז יש להקשות על דברי הריב"ש בסי' רל"ב שהעלה שם דאם מסר מודעא על הגט לפני שני עדים בזא"ז דמצטרפין ואף לשיטת הראב"ד דהודאה בפני ע"א לא מהני כלום ומוקי ההיא דהודאה אחר הודאה מצטרפין מיירי שכ"א אומר בפני ובפני אחר הודה לו זהו מטעם השטאה דאף אם א"ל א"ע יכול לומר משטה אני בך מאחר שהיה יכול לכפור בו אבל גבי מודעא מצטרפי והרמב"ן ז"ל כתב דמודעא של מכר בפני ע"א והקונה מודה לו שמסר מודעא בפני ע"א דמהני כיון דמודה לוקח שמסר המוכר מודעא אפי' בפני ע"א מהני דלא איברי סהדי אלא לשיקרא אלא שכתב שיש לבע"ד לחלוק ולומר דכיון דסבר האי מוכר למחר לא מצי למיתבעיה בדינא גמר ומקני ומבטל למודעא ע"כ נראה מדבריו דבפני שנים שאין הקונה יכול לכפור אפי' זה שלא בפני זה מהני ומצטרפי וא"כ בנידון זה המודעא שעשה בטענת אונס אפילו זה שלא בפני זה מהני ומצטרפי אלו הן תורף דברי הריב"ש ודבריו הם הלכה פסוקה באה"ע סי' קל"ד ס"א בהגה ולפי דברינו קשה טובא כיון דלפי סברת הרמב"ן מודעא בפני ע"א אף שהאמת כן הוא לא מהני דכיון דלא מצי למיתבעיה בדינא על פיו גמר ומבטל למודעא א"כ אף שמסר מודעא בפני שנים בזא"ז אמאי מצטרפין ניחוש דילמא א' מהן משקר ואף דהשני קושטא קאמר שמסר מודעא לפניו מ"מ בודאי ביטל המודעא כיון שא"י לתובעו ע"פ ע"א לבד ונראה לתרץ ע"פ מ"ש הרב רמ"א בסי' ר"ה ס"ט בהגה בשטר מודעא שאין בו זמן ולא ידעינן אם נעשה קודם המכר או אח"כ המודעא כשירה ומבטלת המקח מאחר דידעינן באונסא מסתמא מסר מודעא קודם לכן ובתשו' מוהרי"ט חח"מ סי' מ"ג ביאר הטעם מאחר דאנן ידעינן האונס מתוך השטר לעולם הקרקע בחזקת בעליה עומדת עד שיברר הלוקח שקנה ברצון קודם למסירת מודעא ומסתמא אמרינן דמסר מודעא קודם לכן והבא להוציא מחזקתו עליו הראיה וע"ש שהאריך להשיג על הסמ"ע וכדבריו מבואר להדיא בד"מ שם והוא נכון וא"כ ה"נ כיון שיש לפנינו שני עדים שמעידים שמסר מודעא לפני כל א' ואחד א"כ הרי ידעינן בבירור שהיה אנוס בדבר דבגיטין בגילוי מילתא בעלמא סגי שאינו מגרש ברצון ועידי צירוף מהני בכל דוכתי אלא דכאן אתה רוצה לחוש דילמא אחד מהן משקר ואף דהשני קושטא קאמר ע"א במודעא ל"מ וכיון דהטעם דע"א במודעא לא מהני הוא משום כיון דיכול לכפור בו גמר ומבטל למודעיה וא"כ הכא כיון שאנן ידעינן בודאי שהיה אנוס בדבר כיון שיש עידי צירוף שמסר מודעא לפניהם אמרינן מסתמא המודעא

נעשה כדין שמסר מודעא לפני שניהם בזא"ז ולא גמר ומבטל להמודעא כיון שהאמת שמסר מודעא לפני שנים בזא"ז הרי לא יהיה יכול לכפור במודעא וסמך א"ע שיהיה לו שני עדים ומה"ת נאמר שא' מהן משקר ומה שמסר מודעא לפני השני גמר ומבטל להמודעא אדרבה אמרינן מוקמינן להאשה בחזקה קמייתא כיון שאנן ידעינן שהוא אנוס בדבר אמרי' שהאמת הוא שהבעל מסר מודעא לפני ב' עדי' בזא"ז וסמך א"ע שיהיה ידוע המודעא ע"פ עידי הצירוף דמהני בכל דוכתי וכמו דאמרינן במודעא שאין בו זמן דמסתמא מסר מודעא קודם המכירה כיון דאנן ידעינן באונסו ודוק כי נכון הוא ודע דלשיטת הפוסקים דהודאה בפני ע"א לאו הודאה היא אף דא"ל אתה עד דה"ה במודה מעצמו נמי דינא הכי אף לשיטת הפוס' דדוקא במודה ע"י תביעה שייך משטה דיכול לומר להתובע כשם שהשטית בי בתביעתך כן השטיתי בך אבל במודה מעצמו אינו יכול לומר משטה דלמה לו להשטות בו בלי טעם מ"מ י"ל זהו דוקא בהודה לפני שני עדים אמרינן כן דלמה לו להשטות בלי טעם משא"כ לפני ע"א כיון דיכול לכפור בו ה"ל מילי דכדי ואף במודה מעצמו יכול לומר משטה וכן מוכח להדיא בריב"ש סי' שצ"ב שכתב שם דבמודה ע"י שליח ע"י הכרזת ב"ד הוי הודאה גמורה וא"י לומר שלא להשביע כיון שהודה ע"י תביעה וגם משטה אינו יכול לומר כיון דלא היו תובעין אותו ביחוד לא שייך לומר משטה הייתי בך כדרך שהשטית בי וכמ"ש הרב בהגה בסי"ד ואפ"ה סיים שם שזה תלוי במחלוקת גדולה להראשונים ז"ל אי הודאה בפני ע"א הוי הודאה דלפי שיטת הראב"ד כיון שהודה בפני שליח אחד לאו הודאה היא אלמא אף דמודה מעצמו לאו הודאה היא כשהודה רק לפני ע"א לשיטות אלו אמנם בחידושי הר"ן פז"ב הביא בשם רבינו דוד תלמיד הרמב"ן שדחה ראיית הרמב"ן שהביא מהירושלמי דאמר אמתניתין הוא אמר לי לא אמר כלום דאם היה כמתכוין למסור לו עדותו עדות והיינו כגון שאמר לו אתה עד אלמא דהודאה בפני ע"א הוי הודאה ודחה ר"ד דהירושלמי מיירי במודה מעצמו דלא שייך משטה אלא שלא להשביע לכך אם היה כמוסר מהני אבל במודה ע"י תביעה דשייך משטה אף שאמר לו א"ע שייך משטה כיון שלא הודה רק לפני ע"א הרי להדיא דאף לשיטת הסוברי' דהודאה לפני ע"א לא מהני מ"מ כשמודה מעצמו מהני ואולי אף הריב"ש סובר כן ולא כתב דתליא במחלוקת הראשונים אי הודאה בפני ע"א מהני היינו דלשיטת הראב"ד שייך שלא להשביע אף במודה בהכרזת ב"ד אף דהכרזת ב"ד הוי כתביעה מ"מ י"ל דדוקא כשהודה לפני שני עדים ע"י תביעה לא שייך שלא להשביע דירא להודות שלא יחזיק התובע בתביעתו משא"כ לפני ע"א לשיטת הראב"ד דה"ל מילי דכדי כיון שיכול לכפור בו א"כ ה"ה דכה"ג אומר שלא להשביע ואינו ירא

להודות כיון שיכול לכפור בו אבל משטה מודה הריב"ש דא"י לטעון כשמודה מעצמו אף שלא הודה רק לפני ע"א והדבר צריך הכרע
ז והשיב לו הייתי מודה לך. וכתב הטור בס"ס ל"ב ואם לאחר שאמר לו רצונך שתודה לי בפני עדים א"ל הן כתב הרמ"ה דהוי הודאה וא"א הרא"ש כתב שאינו הודאה עכ"ל וכתב הש"ך דפלוגתא זו תליא אי מהני הודאה גמורה לענין משטה והרמ"ה אזיל לטעמיה דהודאה גמורה מהני והרא"ש אזיל לטעמיה דלא מהני אך הש"ך הניח בצ"ע די"ל דאף דהודאה גמורה מהני היינו דוקא כשידע שיש שם עדים משא"כ הכא והאמת אתו שכן מוכח להדיא מדברי הנ"י פז"ב שכתב דאם הודה כמוסר לא שייך משטה אך דוקא במוסר לפני עדים אבל במוסר לבעל דבר עצמו הא אמרינן דאפילו הכמין לו עדים אחורי הגדר ואמר מתיירא אני שמא תכפני לדין שנראה ודאי דכמוסר אמר לו אפ"ה פטור דכל לגבי בע"ד משטה בו וכ"כ בחי' הר"ן שם בביאור יותר שכל שהודה לפני עדי' כמוסר מתיירא מן העדים משא"כ בהכמנה וכתב שכן הוא דעת הרמב"ם ע"ש אך היכא שהודה מעצמו ויש עדי' בהכמנה הנה לפמ"ש בס"ק הקודם בשם חידושי הר"ן דאף לשיטת הסוברים דהודאה בפני ע"א לאו הודאה היא כיון שיכול לכפור בו מ"מ מהני במודה מעצמו א"כ ה"ה במודה מעצמו ולא ראה העדים נמי מהני ולפי שיטת הריב"ש לא מהני אף שהודה מעצמו דכיון שלא ראה העדים אמרינן משטה בכל גווני ולענין השבעה יש להסתפק די"ל במודה בינו לבינו אף שמודה ע"י תביעה ויש עדים בהכמנה יכול לומר שלא להשביע דאינו ירא להודות כיון שאין עדי' בדבר וכמש"ל אך י"ל להיפך דבמודה בינו לבינו לפני התובע אף במודה מעצמו אינו יכול לומר שלא להשביע דכיון שאין כאן מי שישמע דבריו רק התובע לבד היאך נאמר שאמר כן שלא להשביע בכדי שלא יחזיקוהו בעשיר הלא אין כאן מי שישמע קולו רק התובע והתובע יודע האמת שאינו חייב לו א"ו דהודאה גמורה היא ולזה הדעת נוטה ועפ"ז יש לתרץ דברי הט"ו בסי' ע"ה סי"ז דאיתא התם דאין נשבעין על טענת ספק כגון שאמר לחבירו נתחייבת לי מנה מפני שהודית לי שלקחת משלי אבל לא היתה ההודאה בעדים אין זה טענת ברי שאין זה יודע שחייב לו אלא בהודאת פיו והודאה שלא בעדים או אפילו בעדים ולא אמר א"ע אינו כלום שיכול לומר משטה אני בך והקשה הגיד"ת הא טענת משטה לא שייכא במודה מעצמו ונדחק הש"ך דמיירי בטענו בספק ולפמ"ש ניחא די"ל דהט"ו חדא מתרי טעמא נקטי דהא עיקר האי דינא מיירי שהיתה ההודאה שלא בעדים ובכה"ג לא שייך טעמא דהשבעה דהא שכנגדו יודע האמת שאינו חייב לו ולכך מהני טעמא דהשטאה דבמודה בינו לבינו שייך משטה אף במודה מעצמו לשיטת הריב"ש ובהיתה ההודאה

בעדי' אלא שלא אמר א"ע אף דלא שייך טעמא דהשטאה כיון שהודה מעצמו מ"מ שייך טעמא דהשבעה שלא יחזיקוהו השומעים בעשיר והט"ו נקטי טעמא דמשטה משום דעיקר האי דינא מיירי בהודה שלא בעדי' כמ"ש הט"ו בתחלת דבריהם אבל לא היתה ההודאה בעדים ובכה"ג לא שייך טעמא דשלא להשביע אלא טעמא דמשטה וא"ש וע"ש בב"ח ובכנה"ג:

ח שלא להשביע את עצמי הודיתי. התומים הביא בשם תשובת פני משה שכתב בשם הרב מוהר"י בן לב דאם הודה על דבר שהפקיד ביד אחר שהוא של פ' דבכהאי גוונא לא אמרינן דשלא להשביע הודה משום דירא להודות דהנפקד ישמע בקולו וימסרנו ליד האחר וראייתו מהא דאמרינן פז"ב מי שאמר אני ראיתי את אביכם שהטמין מעות ואמר של פלוני הם אם הוא בשדה דיכול ליטלן נאמן ול"ח דילמא שלא להשביע אמר כן א"ו כיון דהוא יכול ליטלו ולמוסרו לאותו פ' ל"ח להשבעה אלו דבריהם ובאמת כן הוא מבואר בנ"י פז"ב שהקשה דאמאי אם הוא בשדה דבריו קיימין דניחוש שלא להשביע אמר כן ותי' דכיון דהאיש ההוא יכול ליטלו נראה שזה נאמן הוא בעיניו ודברי אמת מסר לו עכ"ל וכוונתו ג"כ לסברא זו דכיון שיכול ליטלם ודאי דלא היה כוונתו שלא להשביע דירא שימסרם לאותו פ' והרב בתומים דחה דברי הפוס' האלו מהלכה ומחלק דבנפקד דלא יכול להכחיש פקדונו לא שייך סברת הנ"י ובאמת דבריו דחוקים מאוד דפשיטא דכוונת הנ"י בפשיטות דירא להודות דשמא ימסרם לאותו פ' וגם בנפקד שייך לומר כן וכן הרב בעל כנה"ג בסי' ל"ב הביא דברי מהריב"ל אלו והסכימם לדברי הנ"י בפשיטות ומה שהקשה התומים לשיט' זו מהא דאמרי' בס"פ ג"פ אמר ר"ה שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ופריך הש"ס דניחוש דשלא להשביע א"ע אמר כן ומאי קושיא הא בלא"ה הקשו הראשונים שם דל"ל טעמא דחזקה ות"ל דנאמן במיגו דאי בעי מיתשל עליה ותי' דמיירי שמסרס ליד גזבר דלא מהני שאלה וא"כ בכה"ג לא שייך נמי שלא להשביע דירא להודות שלא ימסרנו הגזבר ליד פ' א"ו דאין חילוק והנה בחידושי אמרתי לתרץ קושיא זו באופן נאה דהנה הרמב"ן במלחמות ובחידושיו שם הקשה למאי דס"ד דהש"ס התם דר"ה לא מיירי בנקיט שטרא א"כ היכא אמר דנאמן משום חזקה דא"א עושה קנוניא על ההקדש נהי דקושטא קאמר הא מ"מ מלוה ע"פ היא ומלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי ותי' דמיירי במנה פקדון וכבר האריך הש"ך בזה בסי' רנ"ה ויש להקשות דהא אמרי' בשבועו' ובערכין דדוקא גבי שכ"מ אמר ר"ה דנאמן משום דא"א עושה קנוניא על ההקדש ומשום דאין אדם חוטא

ולא לו ופרש"י בשביל יורשיו אבל בבריא דהנאה דידיה היא חיישינן לקנוניא והנה בפחז"ה אמרינן דהמוכר שדה
לחבירו שלא באחריות אינו מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח ומפרש הש"ס דניחא ליה דלא לקרוייה
אינשי לוה רשע ולא ישלם ודין זה הוא הלכה פסוקה בסי' ל"ו וא"כ קשה אמאי נאמן השכ"מ שאמר מנה לפ' בידי משום דא"א עושה קנוניא על ההקדש וא"א חוטא ולא לו ניחוש דילמא האמת הוא שהוא חייב לו מנה הלואה בע"פ או מלוה בשטר מאוחר להקדש זה לפי מ"ש התוס' שם דמיירי שהקדיש כשהוא בריא ומלוה ע"פ או בשטר מאוחר אינו גובה ממשעבדי והא דאמר מנה פקדון הוא אומר כן כדי להעמידה בפני בע"ח שלא להיות לוה רשע ולא ישלם דהנאה דידיה הוא ודוחק לומר דשכ"מ אינו חושש דלא לקרוייה אינשי לוה רשע ולא ישלם דא"כ המוכר שדה שלא באחריות יהא נאמן להעיד עליו כשהוא שכ"מ ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתי וכן איתא בש"ס בב"מ דף ט"ז דניחא ליה לאינש שלא יחרפוהו לאחר מיתה למיקרי לבניו בני גזלנא ע"ש
אך יש לתרץ קושיא זו ע"פ מה שהקשו הראשונים דל"ל לר"ה לומר דנאמן מטעם חזקה ות"ל דנאמן במיגו דאי בעי מיתשיל עליה ותי' דמיירי בהקדיש על דעת רבים דאין לו הפרה והקשה הש"ך בסי' רנ"ה דהא נדר ע"ד רבים יש לו הפרה לדבר מצוה ופריעת בע"ח מצוה ותי' דאם לאו חזקה דא"א עושה קנוניא על ההקדש לא הוי מהימנינן ליה כלל שהוא חייב לאחרים וא"כ ליכא מצוה בהתרתו ואין מתירין לו כלל ולפ"ז ניחא דלכך לא חיישינן דילמא האמת הוא שהוא מנה מלוה ומשקר ואומר מנה פקדון בכדי להעמיד בפני בע"ח דכיון דע"כ צ"ל דהאמת הוא שחייב לו מנה הלואה משום דחזקה א"א עושה קנוניא על ההקדש ומהימן להתיר את נדרו א"כ שוב ממילא מהימן שהוא מנה פקדון במיגו דאי בעי אמר מנה מלוה הוא ומיתשיל על נדריה ולפ"ז מיושב קושית התומים דש"ס פריך שפיר דניחוש דשלא להשביע הודה דל"ל דמיירי שמסרו ליד גזבר דכיון דס"ד דש"ס דר"ה לא מיירי דנקט שטרא וקשה קושית הרמב"ן דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי וצ"ל דמיירי דאומר שהוא מנה פקדון וא"כ ע"כ דלא מיירי שמסרו ליד גזבר דא"כ הדרא קושיא לדוכתה דניחוש שהוא מנה מלוה ומשקר לומר מנה פקדון בכדי להעמיד בפני בע"ח דל"ל דנאמן במיגו דאי בעי מיתשיל עלה דהא במסרו ביד גזבר לא מהני שאלה כלל אבל להמסקנא דמוקי הש"ס מילתא דר"ה בנקט שטרא מצינן לאוקמי שפיר מילתא דר"ה בשמסרו ליד גזבר או בהקדיש ע"ד רבים כמ"ש הראשוני' ובזה יש לתרץ קושית התוס' שם שהקשו למאי דמוקי הש"ס בנקט שטרא דמקוים ור"ה

אמר נאמן לפוטרו משבועה אכתי ניחוש דילמא השטר הוא פרוע ושלא להשביע אמר כן ולפמ"ש א"ש דלמאי דמוקי דר"ה מיירי בנקט שטרא דמקוים א"כ י"ל דמיירי דמסרס ליד הגזבר דלא שייך שלא להשביע כשיטת מהריב"ל דבשלמא למאי דס"ד היה קשה דמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי וצ"ל במנה פקדון וא"כ ע"כ לא מיירי במסרם ליד הגזבר כמ"ש אבל למסקנא דמיירי בשטר מקוים מצינן לאוקמי שפיר במסר ליד הגזבר דהא מלוה בשטר טריף ממשעבדי ואין לומר דאף בשטר ניחוש לענין שבועה דילמא השטר שבידו פרוע וחייב לו מע"פ ומעיד לו כדי להעמיד השטר בידו בלא שבועה י"ל דכיון דשבועת הבא ליפרע ממשועבדים אינו אלא חששא דרבנן בעלמא כיון דהשטר בידו לא חיישינן לכולי האי שהשטר פרוע וחייב לו בע"פ ומעיד לו בכדי להעמיד השטר בידו בלי שבועה וא"ש וע' בתשובת הרמב"ן סי' י"ט וכ"ז נכון ע"ד הפלפול אך לאחר העיון לדינא נראה דקושית התומים מעיקרא לק"מ דדוקא בפקדון כיון שבעל הפקדון בעצמו אומר שהוא של פלוני חיישינן שהנפקד ישמע לדבריו ויתן לאותו פ' משא"כ בהקדש כשמסרס ליד הגזבר פשיטא דהגזבר לא ישמע לדבריו לאחר שהוציא ההקדש מרשותו ושוב אינו בעליו למוסרס ליד פ' ותדע דאל"כ בלא"ה קשה לדברי הנ"י ומהריב"ל דאיך אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו היאך לא ירא שהיורשי' ישמעו לדבריו ויתנו לו דהרי הממון בידם ושלהם הוא א"ו דסומך א"ע שלא יתחייב על פי הודאתו והיורשים מסתמא ישקדו לטובתם ולא יתנו לו אלא בדינא ודייני משא"כ אחר שלא ידרוש טובתו חייש טפי שלא ימסרנו ליד האחר ע"פ דבריו וא"כ בגזבר הקדש נמי כ"ש שלא ישמע לדבריו ליתן לאותו פ' אלא בדינא ודייני דגזברין של הקדש זריזין הן טובא בדבר ההקדש גם מה שהוכיח התומים לפירוש רשב"ם דפי' בפ' מי שמת הא דבעי ש"מ שהודה הוא אי אמרינן שלא להשביע בפקדון ופשטינן מעובדא דאיסור גיורא דהוי הודאה ומאי ראיה הא התם היה המעות בפקדון אצל רבא ולא שייך שלא להשביע דירא שימסרנו לאותו שהודה זה אינו ראיה כלל דהא איסור גיורא גר שאין לו יורשים היה ולא שייך גביה כלל שלא להשביע את בניו אלא שלא להשביע א"ע שהיו מחזיקים אותו בעשיר בחייו וכדפריך בפרק ג"פ לענין שכ"מ שהקדיש כל נכסיו א"כ דייק הש"ס שפיר דבפקדון ל"א שלא להשביע דאל"כ ניחוש דשלא להשביע אמר כן דל"ל שירא שלא ימסרנו לאותו פ' דמאי איכפת ליה דהא בלא"ה אין לו יורשים וכל נכסיו יהיו הפקר וז"ב ובחנם דחה התומים דברי מוהריב"ל מהלכה והדבר מבואר בנ"י וכ"ה בחי' הר"ן פז"ב וכן מצאתי בחידושי הרשב"א לקדושין פ"ג גבי א"ל ע"א אכלת חלב ור"ן שם ע"ש וע' בסמ"ע סי' רנ"ה ס"ק ז"ך ע"ש:

ט היה התובע עמו. ואיכא למידק דא"כ מאי פריך הש"ס בס"פ ג"פ גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן דניחוש שלא להשביע א"ע אמר כן ודחיק התם טובא ואמאי לא מוקי בפשיטות דמיירי שהיה התובע עמו דלא שייך שלא להשביע וכ"ש דקשה יותר על הרא"ש שכתב דהא דאמרינן התם שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי ואמרו יתומים חזר ואמר לנו אבא פרעתי נאמנין דמשמע דאם לא אמר להם האב שפרע חייבים לשלם ול"א דשלא להשביע הודה דמיירי שההודאה היתה ע"י תביעה דל"ש שלא להשביע וא"כ אמאי לא מוקי הש"ס ההיא דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נמי בכה"ג דמיירי ע"י תביעה דהא אידי ואידי חד לישנא נקט ואמר מנה לפ' בידי ונראה לתרץ דהא הטעם דבהיה התובע עמו ל"ש שלא להשביע הוא משום דמתיירא שאותו אחר יתבענו ע"פ הודאתו כמ"ש הכ"מ פ"ז מה"ט והסמ"ע ס"ק ל"ג וזה שייך דוקא במי שיש לו במה לפרוע משא"כ התם דמיירי שהקדיש כל נכסיו ואין לו שום ממון אחר בכה"ג י"ל שלא להשביע הודה אף שהיה התובע עמו דאינו מתיירא שהאחר יתבענו דהא בלא"ה אין לו במה לשלם ולשמא יתעשר לא חייש כלל דהא אף לענין עדות לא מיחשב נוגע בעדות כל היכא דהשתא אינו נהנה בעדותו אף דאם יתעשר נהנה בעדותו כשר לעדות ולא הוי נוגע כמבואר בסי' ל"ז ס"י וסמ"ע סי' קכ"ג ס"ק י"ז ולפ"ז יש לומר דבכה"ג אף שהוא מודה על ידי תביעה שייך שפיר שלא להשביע דכיון שאין לו במה לשלם אינו מתיירא מן התובע ופריך שפיר כן נ"ל נכון:

י אע"פ שאמר להם כתבו שטר. הש"ך השיג ע"ז וס"ל דאם אמר להם כתבו הוי הודאה גמורה ואין צ"ל אתם עידי והוכיח כן מדברי הרמב"ם ומוהר"ם רקנטי ודבריו ברורים וכן מצאתי להדיא בתשובת הרי"ף סי' קצ"ד וז"ל וזה שאמרו הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו צריך הוא לאתם עידי או בכתובו לחוד סגיא תשובה כתובו עדיף מאתם עידי דאתם עידי לחוד אינן רשאים לכתוב שטר עד שיאמר כתובו עלי שטר עכ"ל הרי להדיא כדברי הש"ך:

יא המוסר לחבירו שטר. וכתב הש"ך דה"ה אם א"ל לשון זה חייב אני לך מנה בשטר כיון דלהרמב"ם והמחבר לעיל בסי' מ' יכול להתחייב א"ע בכה"ג כ"ש דמהני לענין הודאה וכ"כ רב האי גאון במשפטי שבועות ונראה דאף הרמב"ן והרשב"א שחולקים על הרמב"ם במחייב עצמו מודים כאן לענין הודאה עכ"ד והנה מדבריו משמע דאף שלא להשביע א"י לומר בכה"ג ובאמת מדברי הרמב"ן בספר המלחמות ובחי' ס"פ ג"פ מוכח להיפך שכתב על מ"ש הרי"ף שם דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי דנאמן ודוקא דנקט שטרא דמקוים אבל נקט שטרא דלא מקוים וכו' וה"ה היכא דלא

נקט שטרא כלל אי אמר תנו נותנין דרב ושמואל דאמרי שכ"מ שאמר מנה לפ' בידי אמר תנו נותנין לא אמר תנו אין נותנין דאדם עשוי שלא להשביע את בניו וכתב עליו הרמב"ן ותמיהני אמאי בלא נקט שטרא ואמר תנו נותנין והא מע"פ הוא ואינו גובה ממשועבדים ותי' דנראה שכך הוא דאע"ג דלא נקיט שטרא בידיה אלא שכ"מ הוא שצוה ואמר יש לפ' עלי מנה בשטר תנו אותו לו נותנין דאיהו ודאי קושטא קאמר ולא משקר והוי כאלו הוציא לפנינו שטר מקוים דהא אמרת דלא משקר א"נ בהודה במנה פקדון או בקרקע עכ"ל והביאו הש"ך בסימן רנ"ה הרי להדיא דמוקי לדברי הרי"ף באומר חייב אני לו מנה בשטר ואפ"ה דוקא באומר תנו נותנין אבל אי לא אמר תנו אין נותנין משום דאמרינן דשלא להשביע אמר כן ובאמת מגופה דשמעתתא דס"פ ג"פ יש להוכיח כן דהא הש"ס פריך התם מכלל דרב ושמואל דלא נקט שטרא אמר תנו נותנין הא רב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה ע"פ אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות ומשני ר"נ דמיירי בנקט שטרא דלא מקוים אמר תנו קיימיה לשטריה לא אמר תנו לא קיימיה לשטרא והנה לכאורה אכתי קשה כיון דלרב ושמואל אף שההלואה אמת מ"מ אינו גובה מן היורשים א"כ אף שאמר תנו מכל מקום נימא דההלואה הוא אמת אך השטר הוא מזויף ומלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים וע' בסמ"ע וש"ך סי' ס"ט ס"ה א"ו דמיירי באומר מנה לפלוני בידי בשטר ותנו לו דבכה"ג ודאי קיימיה לשטרא ואפ"ה בלא אמר תנו אף שאמר מנה לפלוני בידי בשטר לא קיימיה לשטרא ואמרינן דשלא להשביע אמר כן אף שיש שטר שאינו מקוים לפנינו וכ"ש היכא דליכא שטר כלל וזו היא ראיה גדולה לפענ"ד ומזה סתירה ג"כ למ"ש הש"ך בסי' רנ"ה דהא דלא מוקי הש"ס מילתא דרב ושמואל שאמר מנה לפלוני בידי ושטר היה לו עלי ואבד כמ"ש הרמב"ן משום דמלישנא דאמרי אמר מנה לפלוני בידי משמע שלא אמר אלא לשון זה בלבד ולפמ"ש מוכח איפכא דהא אף לתירוצא דש"ס ע"כ צ"ל דאמר מנה לפ' בידי בשטר דאל"כ אף תנו לא מהני א"ו דה"ה דהוי מצי לאוקמי באומר מנה לו בידי בשטר ואבד אלא דהש"ס לא רצה לאוקמי במילתא דל"ש שאבד השטר לכך מוקי טפי בשטרא דלא מקוים גם מה שהקשה הש"ך שם דמאי פריך הש"ס הא מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים דילמא מיירי במנה פקדון כמ"ש הרמב"ן לק"מ דמידי הוא טעמא אלא לרב והא רב ס"ל בפ"ק דגיטין דף י"ג דשכ"מ שאמר תנו מנה לפ' מנכסי מנה זה נותנין מנה סתם אין נותנין חיישינן שמא מנה קבור קאמר וא"כ ע"כ הא דאמרי רב ושמואל אמר תנו נותנין מיירי במנה הלואה דכולי נכסי אישתעבידו לי' דאי במנה פקדון אף כשאמר תנו אין נותנין במנה סתם דחיישינן שמא מנה קבור קאמר דאף בפקדון הדין כן כמ"ש התוס' שם א"ו דמיירי במנה הלואה ופריך

הש"ס שפיר הא מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים אבל לדידן דקיי"ל דל"ח למנה קבור כתב הרמב"ן שפיר דהרי"ף מיירי במנה פקדון וז"ב. ותבנא לדינא דנראה דאף לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' מ' דס"ל דאדם יכול להתחייב עצמו באומר מנה לך בידי בשטר מ"מ יכול לומר דשלא להשביע א"ע אמר כן דהא מוכח כן בהסוגיא דס"פ ג"פ ודוחק גדול לומר כיון דעיקר הדין נלמד מסוגיא דר"פ הנושא דמוקי לפלוגתא דר"י ור"ל באומר חייב אני לך מנה בשטר וא"כ י"ל דהסוגיא דס"פ ג"פ ס"ל כר"ל דפוטר התם זה ליתא דא"כ אמאי פסקינן כר"י כיון דרב ושמואל ור"נ דהלכתא כוותיה בדיני ס"ל כר"ל א"ו כמ"ש דמ"מ יכול לומר שלא להשביע אך מ"מ לענין השטאה י"ל דאינו יכול לטעון דכיון דאמר חייב אני לך מנה בשטר הוי כהודא' דרך הודאה גמורה דס"ל להרמב"ם והמחבר דמשטה אינו יכול לטעון ושלא להשביע יכול לטעון וע"כ צ"ל כן דאל"כ תקשה למאי דמשני בפ' הנושא דא"ל חייב אני לך מנה בשטר אכתי אמאי חייב לר"י הא יכול לומר משטה אני בך א"ו דבכה"ג א"י לומר משטה וליכא לאקשויי דאכתי נימא דשלא להשביע הודה זה ליתא דהא מיירי התם בפניו כדקאמר חייב אני לך מנה בשטר ובפניו א"י לומר שלא להשביע לשיטת הרמב"ם ובזה מתורץ קושית הה"מ שהקשה דמנ"ל להרמב"ם זה ולפמ"ש א"ש דמוכח כן מהסוגיא דס"פ ג"פ ור"פ הנושא וכמ"ש אך מ"מ קשה לפי מ"ש הש"ך בס"ק ל"ד דשכ"מ שהודה דרך הודאה גמור' אף שלא להשביע את בניו לא אמרי' גביה דשכ"מ עדיף טפי וא"כ כיון דמוכח בס"פ ג"פ דאף שכ"מ שאמר חייב אני לו מנה בשטר אמרינן דשלא להשביע אמר כן אלמא דחייב אני לו מנה בשטר לא חשיב הודאה גמורה וא"כ אף משטה יהא יכול לטעון ובאמת לולי דמסתפינא אמינא דהאמת הוא דאף משטה יכול לטעון בכה"ג ומה שהביא הש"ך ראיה מדיכול לחייב א"ע בכה"ג כ"ש לענין הודאה לפענ"ד לאו ראיה הוא כלל דהא דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב לא מיירי שלא אמר לפני העדים רק דברים אלו לבד אלא התם מיירי בידוע שבא להתחייב א"ע בדבר שאינו חייב כגון שאמר כן לפני העדים בתחילה שבא להתחייב א"ע ולכך כשאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב אף שלא אמר אתם עידי וא"י לטעון לא השטאה ולא השבעה דהוי כקנין דומיא דמעמד שלשתן דקיי"ל לקמן סי' קכ"ו סי"ג דא"י לומר משטה וכתבו הבעה"ת והטור דמעמד שלשתן הוי כקנין ועוד דלמה ישטה בשלישי שלא ידע כלום אם חייב לו או לא וא"כ ה"נ במחייב א"ע בחיוב חדש ואומר לפניהם כן לא שייך משטה כיון דהאחר א"י כוונתו היאך ישטה בו בכך ועוד דהוי כקנין משא"כ בהודה לו דרך הודאה שחייב לו מנה בשטר שפיר יכול לומר משטה כיון שהאחר יודע שאינו חייב לו כלל כן היה נ"ל אלא שנאמן עלינו הרב הש"ך שרב האי

גאון בס' משפטי שבועו' כתב דאף בהודה דרך הודאת חיוב מהני כשאומר חייב אני לך מנה בשטר אך כ"ז לענין השטאה אבל לענין שלא להשביע נראה עיקר דיכול לטעון כדמוכח מש"ס דפ' ג"פ והרמב"ן שם אם לא שאמר חייב אני לך מנה בשטר בפני התובע דאי"ל שלא להשביע כשהוא בפני התובע לשיטת הרמב"ם ולשיטת החולקים דאף בפני התובע שייך שלא להשביע לא מהני חייב אני לך מנה בשטר אא"כ שאמר מתחלה לעדים שדעתו להתחייב א"ע בזה דהוי כקנין וכמ"ש לעיל ובלא"ה רבים חולקים על דינא דחייב אני לך מנה בשטר כמ"ש הש"ך בסי' מ' סק"ב ע"ש:

יב בחזקת שהוא חייב לו. הסמ"ע כתב דאי לא בחזקת שהוא חייב אע"ג דנתברר שאינו חייב היה צריך לשלם כשמודה בהודאה גמורה לשיטת הרמב"ם והש"ך השיג עליו דמנא ליה הא דאף להרמב"ם דס"ל דהודאה גמורה הוי כא"ע היינו שלא יוכל לומר משטה אבל להתחייב בדבר שאינו חייב בעינן א"ע דוקא ע"ש ולענ"ד העיקר כדבריו דלענין חיוב חדש בעינן א"ע דוקא אבל בלא א"ע א"י לחייב עצמו אף היכא דל"ש השטאה והשבעה וראיה לזה מדברי הר"ן בר"פ הנושא שכתב דלשיטת הרמב"ם דמהני באומר הוו עלי עדים שאני חייב מנה לפ' להתחייב בדבר שאינו חייב הא דמוקי בפ' השוכר את הפועלים מתניתין דמתנה ש"ח להיות כשואל על הא דפריך במאי בדברים ומשני בשקנו מידו וכן בשומר קרקעות מוקי לה בשקנו מידו הוא לאו דוקא דה"ה באומר אתם עידי נמי מהני דהא ע"כ הוי מצי לאוקמא כשחייב א"ע בשטר כיון דקיי"ל כר"י אלא דנקט הקנאה היותר רגילה עכ"ד ואי אמרת דהיכא דלא שייך השטאה והשבעה יכול לחייב עצמו אף בלא א"ע א"כ קשה נהי דמיירי בלא א"ע הא התם לא שייך משטה כלל דהא כל תנאי שבני אדם מתנין ומקיימין ביניהם לא שייך משטה כלל כמ"ש המרדכי והג"א פז"ב והוכיחו כן מש"ס ערוכה בפ"ב דקדושין דפריך התם אלא מעתה קידש אשה בפני שנים ולא אמר להם א"ע ה"נ דלא הוי קדושין וכ"כ הר"ן שם להדיא דלא בעינן א"ע אלא בהודאה דשייך משטה משא"כ היכא שראו עיקר המעשה לא שייך משטה ע"ש וא"כ ה"נ בשומר קרקעות ומתנה ש"ח להיות כשואל כיון שמוסר לו לשמור על תנאי זה פשיטא דל"ש השטא' וכ"ש השבעה א"ו דלענין חיוב חדש בעינן א"ע דוקא אף שידעינן שלא נתכוין להשטאה וכ"נ מדברי המחבר בסי' מ' ס"א וע"ש וז"ב:

יג מיהו יוכל לומר אח"כ כו' במיגו דהחזרתי' לאותו פ'. דין זה הוא מתשו' מוהר"ם במרדכי פחז"ה וכתב שם וז"ל וליכא למימר דלאו מיגו טוב הוא דדמיא למיגו דהעזה דכי אמר טעיתי אין שכנגדו יודע שהוא משקר ואלו אמר החזרתי להם ליורשים היו יודעין שהוא משקר אי משום הא לא איריא דאפ"ה אמרינן מיגו כמו שהוכיח ר"י מפ"ב

דכתובות גבי שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו דנאמן היכא דליכא עדים שהוא של אביו דנאמן במיגו דאי בעי אמר לא היה של אביו מעולם אע"ג דבטענה דקטעין ולקחתיה ממנו אין שכנגדו יודע שהוא משקר אבל אי טעין לא היתה של אביך מעולם ידע שהוא משקר ואפ"ה אמרינן מיגו עכ"ל והעתיקו הש"ך ולפענ"ד דברים הללו צ"ע כיון דחזינן דלענין פטור שבועה לא אמרינן מיגו דהעזה כדאמרינן בכמה דוכתי מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע ולא מהימן במיגו דכופר הכל משום חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח אלא דלענין פטור ממון אמרינן מיגו דהעזה כמ"ש הר"ן בפ' כ"ה והש"ך בכללי המיגו באריכות והיינו ע"כ מטעם דלענין לאפטורי משבועה לא טעין טענה שיש בו העזה בכדי לאפטורי משבועה משא"כ לפטור מממון הוא טוען אף טענה שיש בו העזה בכדי ליפטר מהממון וכעין מ"ש הש"ך בר"ס רצ"ו וא"כ זה שייך דוקא לגבי בע"ד עצמו שיש לו הנאה מהממון משא"כ הכא דס"ס אין הממון שלו ועד בעלמא הוא מי הפקיד בידו הממון הלזה א"כ בכה"ג י"ל דמיגו דהעזה לא אמרינן דלמה יעיז בחנם כיון שאין מגיע לו שום הנאת ממון ואדרבה לענין עדות קיי"ל בסי' ל"ז סכ"א דבאם שימצא להעד שום צד הנאה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הוי נוגע בעדות וליכא למימר דכיון שאם אין אנו מאמינים להנפקד לומר טעיתי נגד הראשון ויצטרך להחזיר הפקדון להראשון יצטרך לשלם ג"כ להשני עבור הפקדון דכיון שהוא מודה עכשיו שטעה א"כ נגד השני הוי הודאת בע"ד כמאה עדים שהפקדון שלו הוא וטעה במה שהודה מקודם להראשון ופשע בפקדון שלו דמיקלי קלייה בדיבורו וא"כ הוי טענתו כמו שפוטר א"ע מהממון ומהימנינן ליה במיגו דהעזה זה ליתא דמ"מ כיון שבעיקר עדותו אין הדבר נוגע לו היאך יכולין אנו להאמינו במיגו כיון דלאו מיגו מעליא הוא שאינו רוצה להעיז כיון שאין הדבר נוגע לו וכן מוכח בתוס' דקדושין דף מ"ג ע"ב ד"ה והשתא שהקשו שם אמאי אמרינן התם הן הן שלוחיו הן הן עידיו משום מיגו דיכלי לומר אהדרינהו ללוה הא לא אמרינן מיגו בשנים כדאמרינן בפ' האשה שנתארמלה גבי עדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים ומחמת ממון אינו נאמן ולא מהימני לומר מחמת ממון במיגו דמחמת נפשות משום דמיגו בשנים לא אמרינן ותי' דבטענה שנפטרים בה מממון בטוחים הם זע"ז שיאמרו דבר אחד משא"כ גבי עדים שאין דררא דממונא לגבי העדים לא הוי מיגו כי אין ע"א יודע מה בלב חבירו והרי התם כי אין מאמינים להם לומר שהיו אנוסים מחמת ממון הן צריכים לשלם להלוה שגרמו לו היזק בעדותם כמבואר בסי' מ"ו סל"ז וא"כ נאמר דלהמני לפטור א"ע מהממון דלענין פטור ממון אמרינן מיגו בשנים א"ו כיון דבעיקר עדותם אין הדבר נוגע להם לא הוי מיגו וא"כ

ה"ה לענין מיגו דהעזה נמי נאמר כן דכיון דעיקר העדות לא שייך לגבייהו כלום לאו מיגו מעליא הוא שאין רצונו להעיז ויש לדחות ראיה זו כיון דעיקר קושית התוספות בקדושין מהס"ד דרמב"ח בפ' האשה דאמר על הא דקתני במתניתין דהתם דאם כת"י יוצא ממ"א א"נ לומר אנוסים היינו ל"ש אלא מחמת ממון אבל מחמת נפשות נאמנים וע"ז קשה דלהימני במחמת ממון במיגו דמחמת נפשות דלמסקנא דהתם דקאי על אין כת"י יוצא ממ"א לק"מ דלהימני במיגו דמחמת נפשות דהא במקום דמשים א"ע רשע לא מהני מיגו דהא בלא"ה אית להו מיגו דאין זה כת"י א"ו דעיקר קושית התוספות הוא לס"ד דרמב"ח דמיירי בכת"י יוצא ממ"א ובאין כת"י יוצא ממ"א אף מחמת ממון מהני מיגו ולזה הקשו שפיר אף בכת"י יוצא ממ"א להימני במיגו דמחמת נפשות להס"ד וכן הקשו בכתובות ולשון התוס' דקדושין הוא מגומגם ואם כן יש לומר דלהס"ד דרמב"ח הוי ס"ל דמתניתין אתיא כמ"ד דלא דאין ד"ג וא"כ אף כשחתמו א"ע בשקר אינם חייבים לשלם ולכך אמרינן שפיר דמיגו בב' לא אמרינן כיון שאין הדבר נוגע להעדים משא"כ לדידן דדיינינן ד"ג לענין מיגו דהעזה חשיב שפיר המיגו כדי ליפטר מממון ודוחק וצ"ע ודוק:

יד אבל לא יוכל לומר טעיתי בהודאתי כו'. עש"ך שהאריך בזה באיזה אופן א"נ לומר טעיתי במיגו אבל בלא מיגו לכ"ע א"נ לומר טעיתי ע"ש והיכא שהתובע מודה שהנתבע טעה במקצת או שנתברר בעדים והנתבע טוען שטעה ביותר נראה שאין הלוה נאמן לומר שטעה ביותר ואף למה שהוכחתי בסי' פ"ד סק"ד דהיכא דאיתרע החזקה במקצת איתרע בכולה מ"מ לענין טעות לא אמרינן הכי דמאי דחזינן דטעה איתרע אבל מה דלא חזינן דטעה לא מבטלינן הודאתו דכמאה עדים דמי ואין דרך ב"א לטעות וראיה ברורה לזה מהא דמבואר בט"ו סי' ל' ס"ג בראובן שתבע משמעון אלף ות"ק זהו' ומביא חמשה עדים אחד אומר ק' וא' מעיד על ר' וא' על ש' וא' על ת' וא' על ת"ק דאם העידו כולם בהכחשה על יום א' אינו משלם אלא ר' והטעם יש כאן שני עדים שאומרים שאין הלואה זו יותר מר' והן עד המעיד ק' ועד הר' אבל ר' משלם דכיון דעד הר' ועד הש' מעידים עכ"פ דחייב ר' ע"ש ואי אמרת דאף בטעות אמרינן דהיכא שטעה במקצת חיישינן שטעה בכולו א"כ אמאי גובה ר' משום דמצרפינן עד הר' ועד הש' אהדדי הא הטעם דהכחשה בבדיקות לא הוי הכחשה משום דעבידי אינשי דטעי בהכי ולא דייקי בין ק' לר' וא"כ כיון שאין אתה מגבה אלא ר' ע"כ צ"ל דעד הש' לא דק במנה וא"כ היכי מצינן לגבות ר' ע"פ עד הר' והש' ולומר דעד האומר מנה טעה או משקר נימא כיון דע"כ עד האומר ש' טעה במנה דילמא טעה במאתים וההלואה לא היתה רק מנה כמו שאומר עד המנה ועד הר' טעה או משקר א"ו כיון דעדים שהם ע"י צירוף מהימני מדאורייתא במה דחזינן

דטעו טעו אבל מאי דלא חזינן לא חיישינן לטעות ולכך מצרפינן עד הר' ועד הש' להדדי ומבטלינן לעד הק' שאין דבריו של אחד במקום שנים וא"כ ה"נ לענין הודאת בע"ד כיון דכמאה עדים דמי מאי דחזינן דטעה טעה אבל במאי דלא חזינן ל"ח לטעות וז"ב ודלא כמו שנראה מתשובת מוהרי"ט ח"א ס"ס נ"ו ועיין באה"ע ס"ס י"ז ובח"מ סס"ק ח"י ע"ש ודע דבגוונא שא"נ לומר טעיתי בחשבוני כגון שנתן שטר לחבירו וכיוצא בזה שהדין הוא דצריך לשלם לו דעת הכנה"ג בסי' ע"א ובהגהות הטור אות ל"ח דא"צ המלוה לישבע היסת לאחר הפרעון כיון דמחמת הודאת הלוה מחייבינן ליה א"צ המלוה. היסת ולזה הדעת נוטה אך בתשו' מוהר"מ מלובלין סי' ע' פסק בפשיטות דהיכא שאחד תבע לחבירו שפרע לו יותר ממה שהיה מגיע לו וטעה בחשבון והלה כופר שהיה מגיע לו כ"כ דחייב הנתבע היסת שהיה מגיע לו כ"כ ע"ש והרי התם כיון שכבר פרע לו אין לך הודאה גדולה מזו שהיה חייב לו כ"כ ועדיף טפי מנתן לו שטר כדמוכח לקמן בסעיף ל' ואפ"ה חייבו מוהר"מ היסת והדבר צריך הכרע

טו מיהו בחשבון שכתב על פנקסו. הטעם מבואר בתשו' מוהרי"ק דחשבון שאדם כותב על פנקסו בינו לבין עצמו אין אדם מדקדק בו כ"כ דחושב שאם טעה יוכל לכוין החשבון פעם אחרת והש"ך הקשה ע"ז מהא דמבואר לקמן ס"ס ק"ז דמוציאין אפי' מן היתומים ע"פ פנקסו היכא שהוא ת"ז ולא טענינן להו שאביהן טעה ולכך מחלק בין כתוב על פנקסו בסתם לבין חשבון שכתב על פנקסו או דטעיתי היא מילתא דלא שכיחא כלל ולא טענינן ליתמי והניח הדבר בעדיין צ"ע ולפענ"ד הדבר מבואר ברא"ש ספ"ק דגיטין גבי הנהו גינאי והתוס' ס"פ ג"פ ד"ה וחזר ואמר פרעתי בשם י"מ דשכ"מ נאמן לומר טעיתי אף בלא מיגו דשכ"מ דרכו לטעות יע"ש ואפ"ה דוקא באמרו היתומים אמר לנו אבינו פרעתי וטעיתי נאמנים אבל בלא"ה לא טענינן להו שטעה אף דשכ"מ דרכו לטעות מ"מ כיון שהיתה הודאה גמורה ל"ח לטעות דאין ספק מוציא מידי ודאי דכיון שהודה לפנינו מה"ת ניחוש לטעות וא"כ ה"ה אף בחשבון שבפנקסו מה"ת ניחוש לטעות כל שאינו טוען כן לפנינו וז"ב:

טז לגבי הנ' שעדיין לא נתן לו אבל מה שנתן נתן. יש להקשות לפי מ"ש הרא"ש בתשובה והבאתי בסק"ד דאם הודה בסך מה ובחלק מהסך ההוא א"י לומר משטה אני בך גם על שאר הסך א"י לומר משטה אני בך וא"כ ה"נ כיון שהודה לו במאה ונתן לו נ' הרי מוכח שאלו הנ' היו הודאה גמורה ולא כיון להשטאה אם כן נאמר נמי שבכל ההודאה לא היה כוונתו להשטות ואפשר דכיון שעל אלו הנ' א"ל הילך לא מיחשב הודאה כלל דוגמא לדבר כמו דהילך לא הוי הודאה לענין מודה במקצת דכמאן דנקיט להו המלוה

בידיה דמי כדאיתא בריש ב"מ ה"נ לענין משטה נמי אמרינן דלאו הודאה הוא כלל ושייך השטאה על נ' האחרים ולפ"ז אם הודה לו במאה בלא א"ע ואח"ז מה פרע לו נ' בפני עדים א"כ מוכח שגם ההודאה קמייתא לא נתכוין להשטות והוי הודאה גמורה בכולה וחייב לשלם גם החמשים האחרים דצ"ע מסתימת הפוס' בזה:

יז לפני שכ"מ כו' א"י לטעון שלא להשביע. הסמ"ע כתב הטעם דאם כיון שלא להשביע למה לא הודה כן לאחד מהבריאים ולא לשכ"מ דדילמא ימות ויתבעוהו היורשים בהודאתו דהא הם לא ידעו שכיון שלא להשביע ולפי דבריו כ"ש אם מודה ליורשים שחייב לאביהם מנה לא שייך שלא להשביע דירא מן היורשים שיתבעוהו כיון שהם לא ידעו במילי דאביהן אם האמת שלוה ממנו או לא ומדברי הריב"ש סי' שצ"ב והרב בהגה בסי"ד משמע להדיא דאף בהודה ליורש שייך שלא להשביע וכבר הרגיש בזה הרב בעל מ"ל ברפ"ז מה' טוען ודחה סברא זו מהלכה וראיתי בתשו' מוהרי"ט ח"א סי' ע"ב שחולק ע"ז גם הש"ך הניח דברי המחבר בצ"ע דדין זה לא נזכר במרדכי כלל אלא דמשטה א"י לטעון דאין דרך להשטות עם הנוטים למות אבל שלא להשביע יכול לטעון בכל גווני ע"ש:

יח שאפי' נתן הריוח בפני עדים אם לא אמר א"ע וכו'. הטעם מבואר בלשון הראב"ד שבבעה"ת מפני שזה דומה למי שהודה בעדים חייב אני לך מנה והילך מהם נ' שאם לא אמר א"ע לאו כלום הוא ויכול לומר משטה אני בך עכ"ל ופי' הש"ך דר"ל כמו דהתם יכול לומר משטה אני בך על נ' הנשארים ה"נ מהני טענה זו לענין שיכול להחזיק במה שתח"י וכתב הש"ך דמכאן מוכח דס"ל להראב"ד והבעה"ת דשייך משטה אף במודה מעצמו ודוחק לומר דדוקא במנה לך בידי ל"ש משטה במודה מעצמו אבל בהודה שיש בידו ריוח שייך משטה אף שהודה בעצמו שהשטה בו כדי שיניח בידו המעות עוד לאיזה זמן א"ו דס"ל דאף במודה מעצמו שייך משטה ותמיהני עליו דהא בבעה"ת שער כ"ח ח"ה הביא בשם הראב"ד שכתב דמסתברא במעמד שלשתן לא שייך לומר משטה אני בך דכקנין דמי ועוד דלמה ליה לאשטויי בהך ג' בשלמא בהאי מצי טעין ואמר כי היכי דאיהו מהאיך בי דתבע מנאי מאי דלא מחייבנא ליה ה"נ אחיכא ביה אנא אבל בהך תליתאי אמאי מחייך בהו וקיבל עליו ליתן לו בחוכא עכ"ל וכ"כ החידושי רשב"א ספ"ק דגיטין דברים אלו בשם הראב"ד הרי להדיא דס"ל דבמודה מעצמו לא שייך משטה ואף את"ל דשא"ה כיון שזה השלישי אינו יודע האמת אי חייב לו לכך לא היה לו להשטות בו משום דדילמא יתבענו האחר ול"ל להשטות בו בכדי אכתי קשה הא אף הכא בהודה מעצמו שיש לו ריוח שייך ג"כ האי טעמא דלמה ליה להשטות בו בדבר שאין שכנגדו

יודע האמת ודילמא יתבענו בחנם א"ו ע"כ צ"ל דהכא שייך משטה אף במודה מעצמו כיון שיש לו עסק עמו ויש טעם להשטאתו כדי שיניח המעות בידו. שוב מצאתי בבעה"ת שער נ"א ח"ח שכתב לענין היכא שראובן הוציא שט"ח שיש ללוי על שמעון וטען שלוי שהלוהו היה שלו הממון ובשליחותו הלוהו דאם הודה לוי כן שהודאתו מהני וסיים שם ואם ההודאה של לוי היתה בעדים בפני ראובן דממונו הלוה וא"ל ראובן א"ע הרי נתקיימו הדברים ואם לא הודה בפניו ולא אמר א"ע לא אמר כלום שנאמר שלא להשביע נתכוין וכל הדברים האלה מפירשין במקומן אבל אם הודה בפניהם ולא אמר א"ע אלא שלא היה ראובן תובעו כלום הורו דהודאתו הודאה וליכא למימר ביה משטה אני בך ולא שלא להשביע נתכוונתי כיון שהודה בפניו עכ"ל הרי להדיא דבעה"ת ס"ל דבמודה מעצמו לא שייך משטה ואפ"ה הכא לענין ריוח שייך משטה אף במודה מעצמו אך מכל מקום מדברי הבעה"ת שער מ"ב ח"ב שהביא הש"ך בס"ק י"ב מוכח להדיא דס"ל דאף במודה מעצמו שייך משטה ודברי בעה"ת סותרים זא"ז:

יט ישבע עכשיו שלא היה בו ריוח. כבר נתבאר הטעם משום דיכול לומר משטה אני בך וממילא נשמע דאם נתן לו שטר על הריוח דאינו יכול לומר משטה וכן טעיתי בהודאתי וסברתי שהיה בו ריוח ג"כ א"נ ואף דהש"ך בס"ק ע"ט חולק על מהריב"ל ופסק דבכת"י נאמן לומר טעיתי בהודאתי היינו משום דיש לו מיגו דפרעתי משא"כ בשטר דא"נ לומר פרעתי ה"ה טעיתי בהודאתי ג"כ א"נ וכ"כ בתשו' מוהר"מ מלובלין סימן קל"ה ובתשו' ב"ח סי' ס"ז דכיון שהודה מתחילה שיש ריוח יכול לומר לדבריך הראשונים אני מאמין וזה פשוט אלא דהב"ח שם כתב וכ"ז אינו אלא כשהשטר מקוים או יכול לקיימו אבל באינו מקוים ואינו יכול לקיימו אז המקבל נאמן במיגו דמזויף בכל מה שטוען שלא היה הקרן כ"כ כמו שכתוב בשטר רק המותר הוא ריוח ולא הרויח מעולם ואע"ג דלבעל העיטור היכא דקיבל ממנו מעות להתעסק ונותן לו ריוח בכל שנה ושנה והודה שנתן לו לשם ריוח אפילו ליכא שטרא אלא האמין לו בע"פ לא מצי טעין לא היה שם ריוח מ"מ הראב"ד חלוק עליו כמ"ש הטור והש"ע בס"ס פ"א ולא הכריעו והילכך מספק אין להוציא ממון בפלוגתא דרבוותא עכ"ל ומשמע מדבריו דאף שהמקבל טוען ששקר היה ומעולם לא היה ריוח ג"כ נאמן ומה מאוד נפלאתי עליו דהא טעמא דהראב"ד משום דיכול לומר משטה אני בך מה שנתתי לך לשם ריוח כיון שהיה מוחזק במותר הממון כמבואר בבעה"ת שהבאתי בס"ק שלפ"ז וא"כ הכא שנתן לו שטר גמור נהי שאינו יכול לקיימו עכשיו מ"מ הרי הודה שהשטר הוא אמת ובשעה שנתן לו השטר הרי היה שטר גמור בעדים וא"כ היאך יכול לומר משטה אני בך וכי ידע שהעדי' ילכו מכאן ואולי אף

הב"ח לא מירי אלא בשטרי ממרמות שחתום שם הלוה עצמו וכמבואר בשאלה שם ובכה"ג אפשר לומר דשייך השטאה דכיון שאין כת"י יוצא ממ"א י"ל דהלוה ידע מזה ולכך לא היה ירא מלהשטות בו דסמיך א"ע שיהא יכול לטעון מזויף וכעין מ"ש בר"ס פ"ב אך מ"מ גם זה לא נהירא כלל כיון דאף בכת"י שאדם נותן לחבירו מבואר בס"ז דא"י לטעון השטאה הרי דאף דבכת"י נאמן לומר פרעתי תמיד מ"מ א"י לטעון משטה כיון דעביד מעשה ונתן כת"י עליו וכ"ש בשטרי ממרמות שא"נ לומר פרעתי שא"נ לומר משטה הייתי והייתי סומך א"ע במה שאין כת"י יוצא ממ"א ולא יחתום א"ע עוד בשום מקום אחר אך כ"ז בטוען משטה אבל בטוען טעיתי וסברתי שיש בו ריוח הנה בכת"י אף שהוא מקוים נאמן במיגו דפרעתי אך בשטר והוא אינו מקוים אף דאית ליה מיגו דמזויף נראה דלא מהני המיגו דכיון דבשעה שנתן לו השטר לא ידע שלא יהא יכול לקיימו חזקה דא"א נותן שטר גמור אא"כ מדקדק בו היטב והוי מיגו במקום עדים אף להפוס' דאמרי' מיגו לומר טעיתי היינו בהודאה גרידא לפני עדים ואמר א"ע משא"כ בנותן שטר בעדים חזקה דדקדק בו היטב ודמיא למ"ש הש"ך בס"ק ס' דאם הודה לפני עדים משעבד נפשו בקנין אף למ"ד דבקנין נאמן לומר פרעתי וכן בהודה במעמ"ש דא"נ לומר טעיתי במיגו דפרעתי וכמו שהכריע הרב רמ"א בסימן קכ"ו סי"ג וא"כ כ"ש בשטר גמור שאמר לעדים כתבו דא"נ לומר פרעתי דה"ה דא"נ לומר טעיתי במיגו דמזויף דחזקה שלא טעה ואף דמדברי הש"ך בסי' ס"ו ס"ק נ"ב לא משמע כן מ"מ דבריו שבס"ק ס' נראין יותר אך היכא שטוען מה שנתתי השטר מפני שהיו לי חובות וסברתי שיפרעו החייבים וכעת שלא פרעו לי אינו מגיע לך ריוח נראה דבכה"ג נאמן אם אין השטר מקוים משום מיגו דמזויף כמבואר בר"ס פ"ב דנאמן אף לומר אמנה הוא במיגו דמזויף וע' בש"ך ס"ק ע"ט וכן עיקר

כ הדין עם ראובן. והקשה הסמ"ע דבתשו' הרא"ש מבואר שנשבע ראובן שכך א"ל שמעון והמחבר לא הזכיר שנשבע ראובן ותי' דלענין דאין ביד לוי להוציא מיד ראובן אצ"ל דכבר נשבע ראובן דהא לוי א"י לטעון ברי שלא א"ל שמעון שהיה בו כ"כ ריוח ולא כתבו הרא"ש אלא שאף אם יכחיש שמעון ויאמר לא אמרתי לך מעולם שהרווחנו כ"כ דאז היה צריך ראובן לישבע נגד טענת ברי דשמעון ע"ז כתב דכיון דכבר נשבע אין להם על ראובן כלום עכ"ל וז"ל הב"ח וקשיא לי היאך תלה הרא"ש דין זה כיון שהן שותפין ונשבע ראובן שכך א"ל שמעון שהרויח חמשים דמה בכך דאפילו היה אמת שכך א"ל שמעון מ"מ מאחר שטוענים שלא הרויחו כ"כ היאך יכול ראובן ליקח ריוח מעסק שלא היה שם ריוח דאפי' לבעה"ע דוקא דיהיב ליה בשם רווחא משא"כ הכא דלא היה ראובן

טוען אלא שא"ל שמעון שכך הרויחו ולא היו מתרצים ליתן לו יותר אלא ע"י שנשבע כך וכיון שאין באמיר' זו ממש שיתחייבו ליתן ריוח על ידה כיון שלא היה שם ריוח א"כ הדין הוא עם שמעון ולוי וי"ל דודאי אם לא היו נותנים לראובן הריוח הדין עם שמעון ולוי אע"פ שנשבע ראובן כדפרישית אבל מאחר שכבר נתנו לו נ' זהו' מצי ראובן לטעון שאם לא היה מגיע לי מפני מה נתתם אותם לי א"ו שכך הגיע לי בריוח וכך מבואר בסוף אותה התשו' וכו' והשתא עיקר האי דינא תלי לי' הרא"ש במאי דיהיב ליה שמעון נ' זהו' בשם רווחא קיהיב ליה ותו לא מצי טעין לוי להוציא מראובן ולא נפקא לן מידי במאי דנשבע ראובן דאפי' לא היה נשבע אלא שמעשה שהיה כך היה אבל מהרו"ך הבין דהאי דינא תלי ליה הרא"ש במה דנשבע שמעון וכתב מה שכתב ונראה לי דלא דק עכ"ל והש"ך תמה עליו דהרי גם מהרו"ך ס"ל דלא תלי בנשבע מידי נגד לוי והא דנשבע היינו נגד שמעון דמכחישו בברי ולפענ"ד לא ירד לסוף דעת הב"ח ולהב"ח רוח אחרת אתו בזה דמדברי הסמ"ע נראה דס"ל דהא דהוציא ראובן משמעון נ' זהו' היה בדין ע"פ הודאתו וכן מוכח להדיא מדברי הפרישה שהקשה דאמאי מפני כח השטר הוצרכו לשלם לו דיהיו נאמנים במיגו דהפסדנו הקרן ע"ש ולכך כתב שפיר דראובן צריך לישבע נגד שמעון שכך א"ל אבל לפמ"ש הב"ח דע"פ אמירת שמעון אינו מחויב כלל ליתן הריוח דיכל לומר משטה אני בך כמו בסעיף הקודם ואף שאמר שמעון להד"ם מכל מקום ה"ל מילי דכדי ולא דכירי לה כמבואר בס"א אלא דמפני שסילק שמעון הריוח ולא מסר מודעא מוכח שבודאי היה שם ריוח א"כ אין ראובן צריך לישבע נגד שמעון כלל שאמר לו כן דהא אמירתו לא מעלה מידי דנהי דמה שאמר לשמעון שא"ל שהיה ריוח הוא שקר מ"מ עכ"פ היה שם ודאי ריוח מדנתן לו שמעון הריוח בלא דינא ודייני וא"כ א"צ ראובן לישבע כלל נגד שמעון ומ"ש הרא"ש בתשו' דנשבע ראובן היה שלא ע"פ ב"ד ומעשה שהיה כך היה וז"ב ודברי הב"ח נראין:

פב

א אלא שטוען פרעתי נאמן. והיינו משום מיגו דאי בעי אמר שהשטר מזויף וכתב הט"ז ונ"ל פשוט דדוקא באותו פעם שהוא מודה שכתבו הוא אומר תכ"ד אלא שפרעתי דאל"כ ה"ל מיגו למפרע ול"א ליה כמ"ש התוס' בהכותב עכ"ל ולפענ"ד יש לפקפק בזה מהא דאמרינן בפ' המוכר את הבית דהמפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וכתבו הרשב"ם והנ"י דלא הוי מיגו במקום עדים משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהנפקד יכול לומר סמכתי א"ע אמיגו שלי ולכך לא נטלתי השטר מידך וכ"כ

הסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק י"ז וא"כ ה"נ כיון שהשטר אינו מקוים אף שהוא מודה שכתבו מ"מ כיון דכל עיקר מעליותא דשטרא דא"נ לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ הכא כיון דהשטר אינו מקוים יכול לומר פרעתיך ולא נטלתי השטר משום דסמכתי א"ע אמיגו דמזויף וליכא למימר כיון דסמיך א"ע אמיגו ה"ל למימר פרעתי תכ"ד דאטו כ"ע דינא גמירי דלא אמרינן מיגו למפרע ולכאורה י"ל דל"ד לשטר פקדון דהתם שייך שפיר לומר דסמך א"ע אמיגו דנאנסו שהיא טענה טובה לעולם משא"כ הכא לא שייך לומר דסמך א"ע אמיגו דמזויף דדילמא יבואו העדים ויקיימו את חתימתם ושוב לא יהיה לו מיגו בשלמא השתא שייך שפיר לומר דנאמן במיגו דמזויף כיון דהשת' אין העדים לפנינו טפי ה"ל לומר מזויף שהיא טענה מעולה ביותר גם י"ל דנאמן במיגו דאי בעי הוי אמר השטר הוא מזויף ואינו אלא מלוה ע"פ ופרעתיך וא"כ אף אם יבואו העדים ויקיימו השטר אכתי יהא יכול לומר פרעתיך הלואה זו וזו היא טענה מעולה ממה שמודה עכשיו בהשטר וטוען פרעתיך והניח בידו השטר וגם בטוען אמנה מ"מ אית ליה מיגו דמזויף ופרעתיך או פרעתיך לחודיה דנאמן בשטר שאינו מקוים ולכך נאמן גם בטענת אמנה כמו בכת"י בסי' ס"ט ס"ב דנאמן לומר אמנה במיגו דפרוע ובתשו' מוהרי"ט ח"א סי' ק"ה נדחק בזה וזה נכון יותר אבל מ"מ החזקה דשטרך בידי מאי בעי היא חזקה אלימתא אף בשטר שאינו מקוים דל"ש לומר דסמיך א"ע אמה דהשטר אינו מקוים דמ"מ היה לו לירא שמא יבואו העדים ויקיימוהו כן היה נראה אך מדברי הטור מוכח לכאורה להיפך דכתב בסי' ס"ט בכת"י ויש בו נאמנות ואינו מקוים דדעת בעל העיטור שאינו נאמן ובעה"ת כתב שהוא נאמן כיון שאין הכתב כלום אלא ע"י הודאתו שמודה לו נאמן לומר פרוע בשבועת היסת שאין טענתו סותרת הודאתו בנאמנות שאפשר שהאמינו ואע"פ כן פרעו ולא תבע שטרו שהיה בטוח בו כיון שא"י לקיימו אלא על פיו עכ"ל והרי הטור פסק כאן דאף בשטר שיש בו נאמנות ואינו מקוים נאמן לומר פרוע במיגו וא"כ ע"כ צ"ל דאף כאן שייך לומר דסמיך א"ע אמיגו ולא היה ירא שיתקיים השטר שוב מצאתי להפרישה בר"ס מ"ו שהקשה קושיא זו דהיכי שייך לומר בשטר דסמיך א"ע אמיגו הא שמא יבואו העדי' ויקיימו השטר ותי' דעיקר טעם הבעה"ת דלא אלים נאמנות כעדים אלא שהטור כתב טעם זה לרווחא דמילתא גבי כת"י דשם לא שייך לומר דשמא יבואו עדי' ויקיימו אותו כיון שעכשיו אין מי שיכיר חתימתו לפנינו וגם לשמא כת"י יוצא ממ"א ל"ח כיון דהשתא אין כת"י יוצא משום מקום אחר וא"כ לפ"ז יפה פסק הט"ז דבשטר שאינו מקוים בעינן דוקא תכ"ד שיהא מיגו מעליא אך לפ"ז בכת"י בנאמנות ואינו מקוים נאמן לומר אף שהודה לפני כדי דיבור שהוא כת"י לפי

שיטת הטור דבכת"י בנאמנות הא דא"י לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי כמ"ש בסי' ס"ט סק"ה וא"כ היכא שאינו מקוים י"ל שפיר דלכך הניח כת"י בידו דסמיך א"ע אזה דאינו מקוים אך מ"מ הפרישה עצמו כתב דתי' זה דחוק ולכך כתב שם דאף בשטר שייך לומר דסמיך א"ע אזה דאינו מקוים די"ל דבשעה שפרע לו לא היה השט"ח בידו להחזירו לו ולא רצה לפרוע עד שבאו העדים ונשבעו לפניו שלא יצא כת"י במ"א ושלא יצא עוד עד שיוחזר שט"ח לידו ופרע על פיהם וכ"כ הסמ"ע בר"ס מ"ו ע"ש אך מ"מ יש לדחות די"ל דלא אמרינן האי סברא דסמיך א"ע אמיגו אלא היכא דאיכא השתא מיגו מעליא לפנינו אז לא דחינן המיגו מכח החזקה דשטרך בידי מאי בעי די"ל דסמיך אזה שאינו מקוים אבל היכא דליכא מיגו מעליא לפנינו כגון שהודה אחר כ"ד לא אמרינן האי סברא דסמיך א"ע אזה דאינו מקוים אף בכת"י עצמו ויש להוכיח כן מהא דפריך בב"ב אהא דאמרינן התם דנאמן לומר בשטר פקדון החזרתי במיגו דנאנסו וכי אמר נאנסו מי לא בעי שבועה ומשני מאי נאמן נאמן בשבועה ומאי קושיא בשלמא בכל מיגו דבש"ס היכא דצריך שבועה בטענת המיגו צריך נמי שבועה בטענה דהשתא דאל"כ לאו מיגו הוא ואיהו לא מהימן אלא במיגו משא"כ הכא בשטר פקדון כיון דכל מעליותא דשטרא בכל דוכתי דא"נ לומר פרעתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ הכא דיכול לומר נאנסו או החזרתי במיגו דנאנסו א"כ טענת החזרתי בעצמה טענה מעלייתא היא דל"ש שטרך בידי מ"ב די"ל שלא נטל השטר משום דסמיך א"ע אמיגו וא"כ לא צריכינן להמיגו כלל ונאמן בלא שבועה א"ו דל"א סברא זו דסמיך א"ע אמיגו אלא היכא דיש לו ג"כ מיגו טובה עכשיו לפנינו אבל היכא דל"ל מיגו לפנינו לא מהימנינן ליה אך מ"מ אין ראיה זו מוכרחת די"ל דהתם האי סברא דסמיך א"ע אמיגו דנאנסו לאו סברא מעליא היא דמ"מ ה"ל ליטול השטר בכדי שלא יצטרך לישבע ש"ד אטענת נאנסו לכך בעינן שיהא לו עכשיו מיגו לפנינו משא"כ בשטר שאינו מקוים וכ"ש בכת"י שלא יצטרך שבועה כלל הוא סברא אלימתא דסמיך א"ע אזה דאינו מקוים סוף דבר האי דינא דהט"ז מאי דפשיטא ליה מבעיא לי טובא והדבר צריך תלמוד וע' מ"ש מזה בסי' נ"א סק"ד ובסי' ס"ט סק"ו:

ב ואפילו אם כתוב בו נאמנות אינו מועיל. הטעם משום דנאמן במיגו דאי בעי אמר שהשטר מזויף עם הנאמנות שבו ולפ"ז נראה דבשטרי עסקא שלנו שאין הלוה נאמן לומר הפסדתי הקרן אם לא שיביא עדים ועל הריוח בשבועה דאם השטר אינו מקוים נאמן המקבל לומר שנאנס הכל ויפסיד הנותן מחצה במיגו דאי בעי היה אומר שכל השטר מזויף וכ"ש הוא מדינא דהכא שנתן נאמנות להמלוה ואפ"ה מהני המיגו להכחיש

כח הנאמנות וכ"ש בשטרי עסקא שלא הנאמן להמלוה מידי רק שהתנה שלא יהא נאמן לומר נאנסו אף בשבועה וא"כ כיון דאית ליה מיגו מהימן ואף לדעת בעל העיטור דפליג בדינא דהכא כמבואר בסי' מ"ו ס"ב היינו דוקא משום שנתן נאמנות להמלוה הוי כמיגו במקום עדי' משא"כ הכא שאין הניתן יודע כלל אם הפסיד המקבל אלא שהתנה שלא יהא המקבל נאמן וא"כ בכה"ג כיון דאית ליה מיגו מהימנינן ליה וכ"פ הט"ז בסי' ס"ט דאף בהתנה כן בע"פ שנאמן במיגו אלא שפילפל שם בזה דכיון שהתנה כן בע"פ הרי היה התנאי היפך מהמיגו והוי כסבר וקיבל שלא יועיל לו המיגו וכן הסכים הח"צ שם משא"כ הכא בשטר כי ליכא עידי קיום ודאי דהוי מיגו מעליא דאי בעי היה כופר עיקר התנאי לגמרי דהא מיגו בעיקר הנאמנות מהני אפי' בנאמנות כבי תרי כמ"ש הש"ך בסי' ע"א סק"ד וכ"ש הכא אך מ"מ נ"ל דדין זה תליא בפלוגתא דרבוותא דלפי מ"ש הרשב"א בתי' והר"ן ר"פ כל הנשבעין דלכך בשבועת השומרים חייביה רחמנא שבועה ולא מהימן במיגו דלהד"ם או החזרתי משום דהוי מיגו בדדמי דהא דחייביה רחמנא שבועה הוא משום דחיישינן דאמר בדדמי דסבור שהוא אונס ובאמת שאינו אונס כהא דאמרי' ידענא ביה בבר אחתיך דמצי לעבורי חדא חדא וא"כ לא שייך מיגו גביה דהא אינו רוצה לשקר כלל אלא דסובר שהאמת כן הוא וכ"כ הנ"י בפ' השואל בסוגיא דשאולה מתה ע"ש וא"כ למאי דקיי"ל דמיגו לא אמרינן אלא תכ"ד אבל לאחכ"ד לא אמרינן מיגו למפרע דאי בעי לא היה מודה מקודם כמ"ש התוס' בפ' הכותב ומבואר בכללי המיגו והטעם משום די"ל דדילמא מקודם לא רצה לשקר ועכשיו נשתנה דעתו לשקר א"כ הכא בשטרי עיסקא שטוען שנאנס הכל אף שהשטר אינו מקוים א"נ במיגו דמזויף דכיון דמתחלה התנה עמו שלא יהיה נאמן לומר שנאנס אף בשבועה א"כ לית ליה מיגו כלל דהא הא דחייביה רחמנא שבועה בטענת נאנסו הוא משום דחשדינן ליה לטועה דסובר שהוא אנוס ואינו אנוס אלא ע"י השבועה רמי אנפשיה ומדקדק היטב א"כ י"ל דדילמא באמת קודם השבועה הוא טועה וסובר שהאמת כן הוא ואף שאח"כ נשבע ומסתמא נזכר ע"י השבועה מ"מ דילמא עכשיו נשתנה דעתו לשקר דהא כן התנה שלא יהיה נאמן אף בשבועה ומשום מיגו דאי בעי היה טוען מזויף בתחלת טענתו לא מהימן דהוי מיגו למפרע דדילמא מתחילה לא רצה לשקר כלל וז"ב ונכון והוא כלל מחודש לדיני מיגו אלא דמדברי התוס' והרא"ש בפ' כ"ה משמע דלא ס"ל סברת הרשב"א והר"ן והנ"י וא"כ דין זה תליא בפלוגתא דרבוותא ובזה הוטב בעיני פסק הרדב"ז בתשובה ח"א סי' קפ"ג בשטר עסקא שהוציא א' על היתומים במאתים והודה שקיבל מאביהן מנה ופסק הרדב"ז דאינו גובה אלא נ' משום דמנה הנשארת הוי פלגא

מלוה ופלגא פקדון ואינו גובה אלא מחצה כמו בשאר שטר עסקא היוצא על היתומים כמבואר בסי' ק"ח ולכאורה יש לתמוה לשיטת רוב הפוס' בסי' ק"ח דלא טענינן ליתמי נאנסו והא דבשטר כיס היוצא על היתומי' אינו גובה אלא מחצה הוא משום דטענינן להו החזרתי במיגו דנאנסו וא"כ הכא שהודה הנותן שקיבל מנה הרי אית לי' להנותן מיגו שלא הי' מודה כלל והיה גובה מחצה וליכא למימר דהוי מיגו להוציא זה ליתא חדא דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא ועוד דהא הטעם דל"א מיגו להוציא הוא משום דאינו מועיל מיגו להוציא מחזקת ממון וא"כ הכא כיון שאין הנתבע נאמן נגד השטר אלא במיגו דנאנסו א"כ פשיטא דמהני המיגו של הנותן להחזיק את השטר שלו ועוד יש לתמוה דהא מבואר בתוס' בב"ב דף ע' ע"ב ד"ה שטר כיס היוצא על היתומי' נשבע וגובה מחצה להיפך דכתבו שם וז"ל נראה דאינו נשבע על הכל דלמה ישבע בחנם כיון דאין משלמין לו אלא החצי הלכך ישבע שיש לי בידם ואין לי בידם פחות מחצי דלא ליהוי מרע לדיבוריה כי ההיא דשנים אוחזין בטלית עכ"ל ולדברי הרדב"ז אם לא ישבע אלא שלא פרע לו חצי השטר לא יגבה אלא רביע וא"כ צריך לישבע שלא פרע לו כלל בכדי שיגבה החצי ודוחק גדול לומר דהרדב"ז אזיל בשיטת הסוברים דטענינן ליתמי נאנסו ולכך כי הודה שקיבל מחצה אינו גובה אלא רביע כיון דהמותר הוא פלגא מלוה ופלגא פקדון חיישינן דילמא נאנסו אבל התוס' לטעמייהו אזלי דס"ל דלא טענינן ליתמי נאנסו אלא החזרתי במיגו דנאנסו ולכך בכה"ג כיון דאיכא ג"כ מיגו להנותן גובה את כל הנשאר דהא לנאנסו ל"ח אך דזה דוחק שהרדב"ז יסתום בפשיטות דלא טענינן ליתמי נאנסו ולא יביא שיטת רוב הפוס' להיפך ולפמ"ש א"ש דאף לשיטת הסוברי' דל"ט ליתמי נאנסו אלא החזרתי במיגו דנאנסו מ"מ כשהודה הנותן שקיבל החצי אינו גובה אלא רביע וא"נ במיגו כיון דקיי"ל דהפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמי רבנן שבועה עליה כי היכי דלידוק א"כ ה"ל מיגו למפרע דהא קודם שנשבע י"ל דטועה היה וסבר שלא נפרע אלא מחצה ואף שאח"כ כשבא לישבע מדייק מ"מ לא מהימן בשבועה במיגו דתבע הכל משום דחיישינן דילמא עכשיו נשאו לבו לשקר ומעיקרא לא היה רוצה לשקר כלל ולכך בשעת הטענות הודה במקצת אבל התוס' כתבו שפיר דסגי אם ישבע שעכ"פ מגיע לו מחצה משום דהתם שאני כיון שהנותן טוען שלא קיבל כלום רק שנשבע על החצי א"כ נאמן בשבועתו שעדיין מגיע לו חצי משום דאי בעי לשקר היה נשבע שלא קיבל כלום והיה מגיע לו חצי א"כ אף עכשיו נמי מהימן שלא קיבל עדיין חצי המעות דהא נאנסו ל"ט ליתמי אלא החזרתי וא"כ כיון שנשבע שמגיע לו החצי נוטל החצי בדין משא"כ כשהודה שקיבל החצי לא מהימן על

המותר בשבועה דהוי מיגו למפרע דבתחלת הודאתו טעה והיה סביר שלא קיבל יותר ואח"כ אף שנשבע חיישינן דילמא משקר אז ושוב לא יכול לחזור מהודאתו שמקודם ולפ"ז אין דברי הרדב"ז מתנגדים לדברי התוס' וסברתו נכונה מאוד דמסתמא הפרעון הוא מן הפלגא מלוה ופלגא פקדון וגם הנשאר הוא כן וא"ש ולפ"ז האי דינא דהתוס' דא"צ לישבע אלא שעכ"פ מגיע לו החצי תליא בפלוגתא אי טענינן ליתמי נאנסו דהתוס' לטעמייהו אזלי דל"ט ליתמי נאנסו לכך סגי כשנשבע שעכ"פ מגיע לו החצי משא"כ להסוברים דטענינן ליתמי נאנסו צריך לישבע שלא קיבל כלום על השטר משום דאם קיבל החצי א"כ הנשאר פלגא פקדון ודילמא נאנסו ואפשר דמה"ט השמיטו האחרונים שם דברי התוס' הללו משום דתליא בפלוגתא ומספיקא לא מוציאין ממונא וצריך בעל השטר לישבע שלא קיבל כלום בכדי ליטול החצי אך מ"מ עדיין יש לפקפק בהאי דינא דהרדב"ז לשיטת הסוברים דל"ט ליתמי נאנסו אלא החזרתי דנהי דמיגו של הנותן הוי מיגו למפרע משום הסברא דמיפרע לא דייק מ"מ הא שבועת הפוגם שטרו אינו אלא מדרבנן ובשבועת הניטלין בשטר מבואר בס"ח דס"ל לרוב הפוסקים דאם הוא חשוד וא"י לישבע דנוטל בל"ש דלא תקנו רבנן להפסיד ממון היכא דא"י לישבע וא"כ ה"נ נהי דע"פ הסברא דמיפרע לא דייק נתקלקל המיגו של הנותן מ"מ האי חששא דרבנן בעלמא הוא ולא מפסידינן ממון עבור זה ואף דבסי' צ"ב סי"ב מבואר דלכ"ע חשוד שהוציא שטר על היתומים כיון שאינו יכול לישבע אינו נוטל משום דשבועה שנגד היתומים חמירא טפי מ"מ י"ל היינו דוקא בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים החמירו חז"ל דתקנתן מעיקרא דהיכא דא"י לישבע לא יטול משא"כ בשבועת פוגם שאינו אלא מחששא דמיפרע לא דייק כיון שהקילו חז"ל בחשוד שאין מפסיד י"ל דאף נגד היתומים הקילו בשבועה זו וכ"ש לפ"מ שהעליתי בסי' פ"ד ס"ב דתחלת תקנת חז"ל לא היתה בשבועת הפוגם אלא להשביעו ולא להפסידו ממון ע"פ חששא זו ע"ש גם לכאורה יש להקשות לפי מ"ש הרשב"ם והנ"י דהא דנאמן לומר בשטר פקדון החזרתי במיגו דנאכסו ולא הוי מיגו במקום חזקה דשטרך בידי מאי בעי משום די"ל דסמך א"ע אזה שיכול לטעון נאנסו וא"כ הכא היכי מהימנינן ליה שפרע יותר ממחצה במיגו דנאנסו דלמה לא נטל השטר דבזה לא שייך דסמיך א"ע שיטעון נאנסו דדילמא לא יודה התובע שנטל מחצה ויגבה מחצה בשטר שלו אך אי משום הא לא איריא די"ל דהרשב"ם והנ"י לא הוצרכו לטעם זה אלא אי ל"א מיגו במקום חזקה שהוא איבעיא ולא אפשיטא בריש ב"ב לענין ת"ז אבל לדידן דקיי"ל בסי' ע"ח ס"י דאמרינן מיגו נגד חזקה דת"ז א"כ כ"ש דאמרינן מיגו נגד חזקת שטרך בידי מאי בעי וכן מוכח בתוס' בריש ב"ב שם אך מ"מ

מ"ש דל"א סברא זו דמיפרע לא דייק להפסידו ממון היא סברא נכונה ויש לדון בה טובא ונ"מ לדינא בפלפול זה אף למ"ד דטענינן ליתמי נאנסו מ"מ בשטר כיס שמוציא על המקבל גופיה והנותן מודה שקיבל מחצה והמקבל טוען שהחזיר הכל דלהרדב"ז אינו גובה אלא רביע ולדידן גובה מחצה וכן נ"ל עיקר ודוק בכ"ז:

ג ואין המוקדם יכול לומר למאוחר. והיכא שהלוה הודה שחייב לאחר מלוה ע"פ יש להסתפק אם אותו שבא לגבות בשטר צריך שבועה או לא כיון דאיכא למימר דמה שהודה לאחר היה קנוניא ולכאורה יש להוכיח מהא דמבואר בסי' צ"ט ס"ג בראובן שנתן חפץ לשמעון למכור ובא לוי בע"ח של שמעון וגבאו בחובו דאם אינו ידוע בעדים שהחפץ של ראובן אע"פ ששמעון מודה א"צ לוי להחזירו ואם יטעון ראובן ללוי אתה יודע שזה החפץ שלי צריך לישבע היסת ואי אמרת דאף בהודה לאחר בחוב ע"פ צריך בעל השטר לישבע בנק"ח כדין טורף א"כ אמאי סגי בהיסת הא כיון דשמעון מודה שהחפץ של ראובן א"כ בלא"ה צריך לוי לישבע שחייב לו שמעון בנק"ח כדין טורף וישבע ע"י גלגול שהחפץ אינו של ראובן אך אי משום הא לא איריא די"ל דמיירי התם בגוונא שאין לוי צריך לישבע שחייב לו שמעון כגון שהוא בת"ז וכיוצא בו אך יש ראיה ברורה דאף בהודה לאחר בע"פ צריך בעל השטר לישבע מהא דכתב הרמב"ם בפ"ב מה"מ ד'ב ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ולוי חייב לראובן מנה ויש ביד ראובן שטר עליו ואומר ראובן ששטר אמנה הוא או פרוע א"נ לחוב לשמעון בהודאתו שמא קניניא עשה לאבד זכותו של שמעון אלא ישבע שמעון ויטול מלוי כדין טורף שאינו נפרע אלא בשבועה וכן כל מי שיש לו עליו שט"ח והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה עכ"ל וכ"כ הסמ"ג והביאם הב"ח והש"ך בר"ס מ"ז הרי דברישא צריך שמעון לישבע וליטול כדין טורף אף דלא מהימנינן לראובן שהוא שטר אמנה משום דחיישינן לקנוניא מ"מ חייב שמעון הגובה לישבע כיון שראובן מודה שהוא ממון של לוי ואם לא היה שמעון תובע החוב שלו לא היה לוי צריך לשלם החוב כיון שראובן הודה שהוא אמנה א"כ ה"ה אם הודה לאחר בחוב בע"פ צריך בעהש"ט לישבע וליטול כיון דאם לא היה הבעהש"ט תובע היה זה שהודה לו בע"פ גובה לבדו ומיחשב בעהש"ט כטורף צריך לישבע וליטול וכן הרמב"ם מדמה שני הדינים להדדי משמע דגם בסיפא צריך בעהש"ט לישבע. שוב ראיתי הדבר מפורש שכן מוכח להדי' בטור ס"ס ק"ד בשם הראב"ד בזה שיש לו שט"ח מחויב לישבע נגד זה שהודה לו הלוה בע"פ שהוא חייב לו אם אין בשטר נאמנות ע"ש אך מסתימת לשון הראב"ד שם משמע דבכה"ג מהני אף נאמנות סתם נגד החוב שבע"פ

וכ"כ הב"ח שם להדיא דכיון דחייב א"ע בהודאת פיו נגד האחר מהני אף סתם נאמנות אך אין דבריו מוכרחים כ"כ די"ל דהטור סמך א"ע אמ"ש כאן דלא מהני סתם נאמנות נגד בע"ח מאוחר וה"ה התם אך מ"מ מהני התם נאמנות מפורש דעדיף טפי ובאמת מלשון הרמב"ם שהבאתי לענין שטר אמנה שכתב דצריך שמעון לישבע וליטול כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה משמע דדינו שוה כשאר טורף דלא מהני אף נאמנות מפורש וגם י"ל דהראב"ד לטעמי' אזיל שכתב הטור בסי' ע"א בשמו דס"ל דאם קדם הנאמנות מפורש לבע"ח המאוחר גובה שלא בשבועה ואע"ג דבס"ס ק"ד מיירי שהודה בחוב בע"פ שהיה חייב קודם לשטר כמבואר התם מ"מ י"ל כיון שבהודאתו תליא מילתא שהוא מודה בב"ד שהוא חייב ה"ל כמו קדם הנאמנות לחוב האחר שבע"פ דהא השטר מוקדם להודאתו שבב"ד ודוק והנה לכאורה יש לתת טעם לדברי הב"ח דלכך מהני נאמנות סתם נגד חוב בע"פ הוא משום דהא דמחייבינן שבועה לחוב שבשטר ע"פ הודאת הלוה ול"ח לקנוניא הוא משום דנאמן הלוה בטענתו להשביע למלוה משום דאם היה רוצה לשקר כדי להשביע את המלוה הוה טעין אשתבע לי דלא פרעתיך דהיה צריך שבועה ולכך בשטר שיש בו נאמנות סתם כיון דלא היה יכול להשביע בעצמו את המלוה לכך לא מהימן ג"כ לומר שחייב לאחר בע"פ דדילמא עשה קנוניא בכדי להשביע את המלוה בחנם אך זה ליתא מתרי טעמי חדא דכבר הוכחתי בסי' פ"ד דלא אמרינן מיגו להשביע דלא שייך מיגו לחצאין א"כ ה"נ כיון דחיישינן לקנוניא לענין ממון לא שייך מיגו להאמינו שישבע בעל השטר וכ"ש הכא דהוי מיגו דהעזה די"ל דבוש להעיז ולטעון לבעהש"ט שפרעו לכך מודה לאחרים שאין בעהש"ט מכיר בשקרו וכי היכי דלא אמרינן מיגו דהעזה ליפטר מן השבועה כ"ש לחייב שבועה ועוד דהיכי שייך להאמינו שחייב לאחרים בכדי להשביע את בעהש"ט במיגו דאי בעי לשקר היה טוען אשתבע לי הא אי האמת שפרעו אמאי אינו טוען אשתבע לי דלא פרעתיך דהא זה אינו טענת שקר כלל וא"כ ע"כ שלא פרעו וא"כ היכי שייך להאמינו במיגו זו להשביע לבעהש"ט נגד הלוה האחר כיון דע"י מיגו זו מוכח דלא פרעו וא"כ דברי הב"ח צ"ע ויש להתיישב בדינים אלו:

ד נוטל בלא שבועה. וכן הכריע הטור ואיכא למידק לשיטה זו דס"ל דהיכא דאינו יכול לישבע דנוטל בל"ש דלא תקנו חז"ל שיפסיד ממון עבור כן וא"כ תקשה מתניתין דפ' כל הנשבעין דקתני ר' יוחנן בן ברוקה אומר אפי' נולד הבן לאחר מיתת האב ה"ז נשבע ונוטל והרי התם ע"כ השבועה היא לאחר שיגדיל דקטן אין משביעין אותו וכמבואר בסי' ק"ח ס"ה ואמאי נמתין עד שיגדיל הא כיון שקטן אינו יכול לישבע א"כ ה"ל כחשוד

ויש לו ליטול בל"ש דהמתנת ממון חשיב כממון גמור כמ"ש הרמב"ם והט"ו בסי' ע"ג ס"ב דאם המלוה אומר היום סוף הזמן שקבעתי לו והלוה אומר עשרה ימים נשבע היסת ואם יש ע"א חייב ש"ד וכן בסי' ס"ו סכ"ד מבואר במוכר שט"ח והמוכר הרחיב הזמן להלוה דחייב לשלם ללוקח מדיני דגרמי כל מה שהפסידו בהרחבת הזמן ע"ש הרי דהוי ממון גמור וא"כ למה נפסיד את הקטן שהוא בעל השטר להמתין עד שיגדיל ואע"ג דבש"ס שם מוקי מתניתין דמיירי בבא ליפרע היתומים ובבא ליפרע מן היתומים אף החשוד אינו גובה בשטרו כדאיתא בסימן צ"ב סי"ב מ"מ זה דוקא לרב ושמואל דס"ל במת לוה בחיי מלוה אין אדם מורישׁ שבועה לבניו וחשוד הוי כמת לוה בחיי מלוה כמ"ש הרא"ש והר"ן בס"פ כ"ה אבל לר' אלעזר דפליג ואמר שבועה זו מה טיבה אלא נוטלים בל"ש אם כן לר"א תקשה מתניתין ועוד דהא הט"ו בסי' ק"ח ס"ה פסקו ביורשים שהוציאו שטר על הלוה בעצמו וטוען אשתבע לי דישבעו היורשים כשיגדילו ונוטלים ואמאי יגבו בקטנותם בל"ש כדין חשוד דהא המתנת הזמן חשיב ממון גמור ובע"כ צריך לומר דאף דהמתנת הזמן הוי ממון גמור מ"מ לא הקילו חז"ל בכה"ג שיגבה בלא שבועה היכא דאינו יכול לישבע כיון דמ"מ יגבה מעותיו לבסוף ולפ"ז אם הם מחולקים על הזמן שהלוה טוען על המלוה הרחבת לי הזמן שבשטר דחייב המלוה שבועה בנק"ח לשיטת הש"ך בסי' ע"ג סק"י וכפי מ"ש בסק"ד שם אם הוא חשוד וא"י לישבע אינו נוטל דלא מיחשב הפסד ממון כ"כ כיון דמ"מ לבסוף יהא נוטל את מעותיו ויותר נראה דלכך בקטן צריך להמתין עד שיגדל וישבע משום כיון דאף אם יטול עכשיו בל"ש משום דהמתנת הזמן הוי הפסד ממון מ"מ אח"כ כשיגדל יהא צריך לישבע אח"כ כיון דאז ראוי לשבועה ולכך אף בקטנותו אין ב"ד מוציאין הממון מיד הלוה משום דהוי כמילתא דעבידא לגלויי דדילמא כשיגדל אח"כ לא ירצה לישבע ויודה שנפרע ויצטרך להחזיר הממון ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן ודמיא להא דאיתא בפ' המקבל גבי שטר דכתיב ביה שנין סתמא מלוה אומר ג' ולוה אומר ב' דאין מוציאין מיד המלוה מה"ט וכמבואר בסי' שי"ז ס"ג ע"ש ול"ד להא דאיתא בס"י בטוען הלוה שהוא שטר אמנה דגובה המלוה ואח"כ צריך לישבע היסת היינו משום דהיסת לא מיחשב אטרוחי ב"ד בכדי דמהיסת לא ינצל לעולם משא"כ הכא שהוא שבועת הנוטלין בנק"ח אלא דעכשיו אינו יכול לישבע מפני שהוא קטן וא"כ כיון שאח"כ יהיה צריך לישבע ה"ל מילתא דעבידא לגלויי ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן ועיין בסי' צ"א ס"ב ובש"ך סקי"ג ודוק:

ה חוב זה רבית הוא. והרמב"ם כתב חוב זה רבית או אבק רבית הוא והט"ו השמיטו א"ר וכתב הכנה"ג משום דק"ל בטענת א"ר היאך יכול להשביע היסת לאחר הפרעון

הא א"ר אינה יוצאה בדיינין ודחק ליישב דעת הרמב"ם בזה ולק"מ דהא מבואר בי"ד סי' קס"א ס"ה דלא אמרו א"ר א"י בדיינין אלא כשאכל המלוה מדעת הלוה אבל אם קודם שאכל טען עליו שלא יאכל והוא הוציא ממנו בע"כ בדיני עכו"ם או בדייני ישראל שטעו והכריחו לשלם יוצאה בדיינין וכתב הש"ך שם דה"ה אם פסקו לו לשלם מפני שלא היה לו ראיה ואח"כ הביא ראיה שרבית הוא ג"כ יוצאה בדיינין וא"כ ה"ה הכא כיון דמיירי שטוען בב"ד קודם הפרעון שא"ר הוא אלא דאנן לא מהימנינן ליה נגד השטר וצריך לשלם לו בע"כ א"כ לא נתן לו ברצון הטוב ויכול להשביעו לאחר הפרעון דהוי כהביא ראיה אח"כ ואפשר שזהו כוונת הרדב"ז שהביא הכנה"ג בזה אלא שבחי' לי"ד הוכחתי שם שדעת הרדב"ז הוא לה פך אך שיטת רוב הפוס' כדעת הש"ע שם ע"ש והא דהשמיטו הט"ו א"ר י"ל משום דהם עיקר דינא אתו לאשמועינן דא"י להשביעו קודם הפרעון וא"כ כ"ש הוא מטענת רבית קציצה דא"י להשביע אבל הרמב"ם שהביא דעת הגאונים בראשונה דיכול להשביעו קודם הפרעון בטענות אלו אשמועינן רבותא דאף בטענת א"ר דא"י בדיינין אפילו הכי יכול להשביעו קודם הפרעון:

ו אלא ישלם וכו'. והיינו דוקא כשהמלוה עומד בשטרו ואומר שאין בו רבית כלל אבל אם המלוה מודה שיש בו רבית אלא שטוען שנעשה בהיתר בזה כ' הרמ"א בי"ד ס"ס קס"ט דבעהש"ט צריך שבועה בנק"ח משום דמגרע לשטרו בהודאתו כ"כ הסמ"ע והש"ך ויש להקשות דאמאי צריך המלוה לישבע להימן במיגו דאי בעי אמר שלא היה בו רבית כלל דהיה נוטל בל"ש ולא הוי מיגו להוציא כיון דאיכא שטרא מעליא וכן הקשו התוס' בפ' הכותב וש"פ דאמאי הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה להימנה במיגו דלא היתה פוגמת ותירצו כיון דטעמא הוא משום דמיפרע לא דייק לא שייך מיגו דאינה רוצה לשקר כלל וזה התירוץ לא שייך כאן וצ"ל דשאני הכא דהא איכא מיגו אף להלוה דאי בעי היה אומר אשתבע לי דלא פרעתיך דהוי צריך לישבע וכמו דמבואר בסי' ס"ט ס"ב דכבת"י נאמן לומר אמנה במיגו דפרוע אלא דמש"ה ל"א כאן מיגו משום דמיגו להשביע לא אמרינן כמ"ש הב"ש באה"ע סי' צ"ו סק"ח ולכך לא מהני מיגו להמלוה לאפטורי משבועה כיון דמ"מ איכא ג"כ מיגו להלוה כנגדו משא"כ בפוגמת כתובתה הקשו התוס' שפיר דלהימנה במיגו דלא היתה פוגמת דהתם ל"ל דאיכא מיגו ג"כ להבעל דאי בעי הוי אמר אשתבע לי דלא פרעתיך זה ליתא דהא ע"כ לא ידע הבעל מזה דאם כן הוה ליה לטעון אשתבע לי דהא אין זה טענת שקר כלל כיון דהאמת שפרע הוה ליה לטעון כן ולא שייך ענין מיגו בכה"ג וזה נכון ולפי זה בשטר שיש בו נאמנות או שהוא בתוך זמן דליכא מיגו להלוה דהא אף אי טעין אשתבע לי א"צ שבועה כלל אם כן אף אם

המלוה מודה שיש בשטר זה רבית אלא שטוען שנעשה בהיתר אין צריך שבועה כלל דנאמן במיגו דלהד"ם גם נ"ל לפ"ז בפוחת שטרו שהיה שטרו אלף זוז ואומר שלא היה אלא ת"ק ואמנה היתה ביני לבינו שנתבאר בסי' פ"ד ס"ד דכשהלוה טוען שפרע יותר דהמלוה נוטל בל"ש דאם הלוה מכחישו בהלואה ואומר שלא היתה אלא מנה ג"כ הדין כן דאם יש נאמנות בשטר או שהוא ת"ז המלוה נוטל בל"ש במיגו דלא היה פוחת השטר כלל כמ"ש התוס' בפ' הכותב שם ולא הוי מיגו דהעזה דאשתמוטי לא שייך כאן כיון דבא ליטול כמ"ש התוס' שם ד"ה שתי תשובו' בדבר ע"ש אבל אם אין נאמנות בשטר והוא אחר זמנו צריך המלוה לישבע שהשטר הוא על ת"ק אע"ג דעל טענת אמנה א"צ לישבע מ"מ הכא מגרע לשטרו בהודאתו שהודה שהוא שטר אמנה ואינו אלא ת"ק ואפשר שהאמינו יותר וגרע מטוען ברבית בהיתר לקחתי דצריך שבועה מה"ט ומשום מיגו דלא היה פוחת אין להאמינו כיון דאיכא להלוה מיגו ג"כ שהיה טוען אישתבע דלא פרעתיך ובזה אפשר לכוין דברי הסמ"ע בסי' פ"ד ס"ק י"א במה שתלה בפוחת שטרו נאמנות המלוה משום מיגו ע"ש ודוק ולענין ע"א שמעיד על השטר שהוא אמנה וכיוצא בו העליתי בסי' פ"ד ס"ה דצריך בעהש"ט לישבע להכחישו:

ז שדינו כמי שטוען פרעתיו. והא דקי"ל ספ"ק דב"ב ובסי' ע"ח דבתוך זמנו נפרעין מיתמי בלא שבועה משום חזקה א"א פורע בת"ז ולא טענינן להו דשמא מחל החוב לאביהן צ"ל דמחילה הוי מילתא דלא שכיח כלל ולא טענינן ליתמי וכ"כ הכנה"ג בסי' ע"א ובתשובת מוהר"ל בן חביב סי' ק"ט האריך להוכיח דס"ל להרמב"ם כשיטה זו מהא דכתב בפ' ט"ז מה"א דאין האשה גובה כתובתה עד שתשבע בנק"ח שלא הניח אצלה כלום ולא מכרה ולא מחלה לו כתובתה וכן בפ' י"ד מה"מ כתב דמשביעין את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ותמיהני עליו מאוד דא"כ אמאי כתב הרמב"ם שם ואם הוא תוך זמנו טורף בל"ש ואכתי יהא צריך שבועה דדילמא מחל החוב דהא אף בת"ז שייך טענת מחילה א"ו דטענת מחילה לא טענינן ללקוחו' כמו דלא טענינן ליתמי והא דצריך שבועה שלא מחלו הוא ע"י גלגול דכיון שנשבע שלא נפרע נשבע נמי ע"י גלגול שלא מחלו וכ"כ הט"ו בסי' קי"ד ס"ד דכולל ג"כ בשבועתו שאין זה שטר אמנה וה"ה מחילה נמי חייב לישבע ע"י גלגול כמבואר בטור וש"ך שם בסק"ג ע"ש וז"ב ועמ"ש בסי' ע"ח סק"ב:

ח אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה. משמע דהכ' מיירי בתנאי שעל הלוה לקיים בקום ועשה ואפ"ה כשאין לו ראיה להמלוה נאמן הלוה שקיים תנאו בקום ועשה ועיין ש"ך ס"ק ל"ג ומ"ש בסי' מ"ו ס"ק י"ח:

ט נשבע הלוה היסת ונפטר כן הכריע הטור והטעם מבואר בב"י וב"ח משום דעד המסייע פוטר משבועה ויש להקשות לפמ"ש הש"ך בסימן פ"ז דהיכא דהוי משוי"מ אין עד המסייע פוטר אם כן הכא אי לא היה ע"א שאמר תנאי היה הלוה משוי"מ כיון דהעד השני מעיד בשטר שלא היה תנאי והלוה אומר שהי' תנאי הוי כמו נסכא דר"א או מלוה ע"פ וע"א מעיד שהוא ת"ז או שמעיד בנאמנות דמבואר בסי' ע"ה דהוי משוי"מ וא"כ מאי מועיל ע"א המסייע שאומר תנאי דהא במשוי"מ אינו פוטר עד המסייע וכן קשה לשיטת הרמב"ם וסייעתו דמפרשים הא דאמרינן בש"ס ע"א אומר תנאי וע"א אומר לא היה תנאי דפטור דמיירי באין כת"י יוצא ממ"א ומאי מיגו יש לו דאי בעי אמר אין זה כת"י הא אף אם עד השני היה מעיד לבדו היה משוי"מ נגדו וביותר יש לתמוה לכאורה אדברי הרמ"ה שהביא הטור בסי' מ"ו שפסק בע"א אומר תנאי וע"א אומר לא היה תנאי דבמטלטלין נשבע הלוה ש"ד להכחיש העד שאמר לא הי' תנאי ואמאי לא הוי משוי"מ אך לאחר העיון כ"ז לק"מ דכשע"א אומר לא היה תנאי לא הוי משוי"מ דדוקא בנסכא דר"א דאמר אין חטפתי ודידי חטפתי וכן כשאומר שפרע בת"ז ויש ע"א שהוא ת"ז אז אמרינן משוי"מ דבכל הני הטענה גרועה מצד עצמה דכיון שחטף בחזקת גזלן הוא וא"נ לומר דידי חטפתי וכן בת"ז יש חזקה דא"א פורע בת"ז אלא שאתה רוצה להאמינו במיגו דאי בעי הוי מכחיש העד לכך אמרינן דבכה"ג ל"א מיגו כמ"ש הראשונים אי משום דלא רצה להכחיש העד בשבועה או משום דכ"ז שאינו מכחיש העד הרי הוא כשנים והוי משוי"מ אבל גבי תנאי הטענה בעצמה אינה גרועה בעצמותה כלל דמי ל"ש שיחייב אדם א"ע על תנאי שיעשה המלוה כן או בתנאי באם שיעשה הלוה כן וכן יפטר אלא דהא דא"נ לומר תנאי הוא משום כיון שהשטר נכתב בסתם מסתמא בלא תנאי היה דא"כ היה התנאי מפורש בשטר וא"כ הכא כיון שע"א מעיד שהיה בתנאי ונאמן על עצמו בזה א"כ אף שהשני אומר שלא היה תנאי לא הוי משוי"מ דהא הלוה מכחיש העד על גוף העדות ואומר שהיה תנאי אלא שהעד פשע שלא כתב התנאי בשטר א"כ מכחיש העד לגמרי בעדותו והטענה טובה מצד עצמה ונשבע להכחיש העד לדברי הרמ"ה ולדידן דקיי"ל דעד המסייע פוטר ה"נ העד שאומר תנאי פוטרו משבועה וזה נכון ודוק ולפ"ז אם הלוה אומר שהתנאי היה בינו לבין המלוה שלא בפני העדים הוי משוי"מ וכן בממרמות שלנו שהלוה חתום בעצמו ויש ע"א על הקיום א"נ לומר שהי' על תנאי משום דכיון דחתום בעצמו על הכתב בסתם א"כ הטענה בעצמה היא גרועה וא"נ עליה אלא במיגו כמו בכת"י בסי' ס"ט דא"נ לומר אמנה ושאר טענות המכחישים

כת"י אלא במיגו דפרוע וא"כ הכא שיש ע"א על הקיום הוי משוי"מ וז"ב ועמ"ש בסי' נ"א סק"א וסק"ד ע"ש:

י וגובה מחצה מבני חרי. אבל ממשעבדי לא דמצי לקוחות לומר אנן אעדים סמכינן ואפילו יש נאמנות בשטר כבי תרי הא נתבאר לעיל סימן ע"א סי"ט דאין נאמנות מועיל נגד לקוחות כן כתב הטור והוא מדברי בעל התרומות בשער ח' והביאו הש"ך ועיין מה שכתבתי בסימן ע"א סק"ח בזה:

קצת כללי מיגו

א מיגו להוציא ממון מחזקתו ל"א כן הוא דעת רוב הפוס' והכנה"ג האריך להוכיח מדברי הר"ן בשבועות דאמרינן מיגו להוציא ואשתמיטתיה דברי הר"ן בפ"ק דכתובות בסוגיא דפ"פ שכתב להדיא דל"א מיגו להוציא ע"ש אך בברי ושמא הוכיחו הפוסקים דאמרינן מיגו להוציא מהא דפ"ק דכתובות דמהימנה לומר משארסתני נאנסתי לגבות כתובתה במיגו דמוכת עץ אף דהוי להוציא ונראה דאף להוציא מן היורשים שטוענים ספק נמי אמרינן מיגו להוציא אע"ג דמה שהב"ד טוענים ליורשים מיחשב כברי בכל דוכתי מ"מ אלים טענת התובע שטוען ברי דליהני מיגו גביה ויש להוכיח כן מדברי התוס' בב"ב דף ל"ב ע"ב שפירש הריב"ם שם דס"ל לרב יוסף דאף היכא שהתובע מוחזק בקרקע ודנין עליה כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת הוי מיגו להוציא וא"כ תקשה לדידיה ממתניתין רפ"ב דכתובות ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואמאי הא הוי מיגו להוציא דהקרקע בחזקה בעליה עומדת א"ו כיון שהיורש א"י אם לקחה מאביו אמרינן מיגו להוציא בבי"ש אמנם מדברי התוס' בב"ב דף נ"ב ובשבועות פכ"ה מוכח דס"ל דאף בברי ושמא ל"א מיגו להוציא דהתוס' הקשו שם מהא דפרכינן בב"ק גבי המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול דילמא זבנינהו ואיהו דמפיק לקלא והקשו דלהימן במיגו דאי בעי אמר אני השאלתים לך ותי' בשם הרב דודי דהוי מיגו להוציא ול"א והרי התם הוי בי"ש דהא הנתבע א"י אם נגנב מאתו או דזבנינהו ואפ"ה ל"א מיגו להוציא ובאמת נר' דזו היא שיטת הרא"ש ומרדכי שם דפסק כן דנאמן במיגו דהשאלתים לך אף דס"ל דל"א מיגו להוציא מ"מ התם שאני דהוי בו"ש וכן מצאתי למהרש"ל בישו"ש בפ' הגוזל בתרא שכ"כ וא"צ לדברי הש"ך בס"ס קל"ג שכתב דס"ל דכיון דמחזיר הדמים לא מיחשב להוציא ע"ש אך מ"מ מדברי הרב דודי מוכח דס"ל דאף בברי ושמא ל"א מיגו להוציא ולכאורה י"ל דס"ל להרב דודי דשאני התם כיון דהיא נמי מיגו דהעזה דכי טוען נגנבו ממנו אינו מעיז וכי יטעון השאלתים לך יעיז אע"ג דלענין ממון אמרינן מיגו דהעזה מ"מ מיגו דהעזה להוציא לא

אמרינן אף בבו"ש ובאמת כן ראיתי להמ"ל בפ' כ"א מה' מלוה שכתב דלכך ס"ל להנ"י בפ' הגוזל בתרא דבדברים העשוים להשאיל א"נ לומר גנובים במיגו דהשאלתים לך משום דהוי מיגו דהעזה אף דלענין ממון אמרינן מיגו דהעזה מ"מ מיגו דהעזה להוציא לכ"ע לא אמרינן אך מ"מ זה ליתא דמוכח איפכא ממתניתין דפ"ב דכתובות ומודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו דנאמן במיגו אף דהתם הוי מיגו דהעזה כמ"ש התוס' בפחז"ה וגם להוציא לרב יוסף דס"ל דאף היכא שהוא מוחזק בקרקע הוי מיגו להוציא לפי' ריב"ם וכן הוא שיטת הנ"י גופיה בפחז"ה דמפרש הא דאמרינן הלכתא כרבה בארעא וכר' יוסף בזוזי הוא משום דמספקא לן אי אמרינן מיגו להוציא או לא ולכך מספיקא אין מוציאין ממון והיכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זוזי לוקמי אלמא דס"ל דאף היכא שדנין על הקרקע מיחשב מיגו להוציא וא"כ תפשוט ממתניתין דמודה ר"י דאמרינן מיגו להוציא א"ו כיון דבו"ש הוא אמרינן אף מיגו דהעז' ולהוציא וכן מוכח] מדברי התוס' בס"פ המקבל דלא ס"ל לחלק בין מיגו דהעזה להוציא או לא שכתבו שם על תי' דרב דודי ומיהו למ"ד בפחז"ה דאמרינן מיגו להוציא צ"ל כפירוש ר"ת ומאי קושיא שא"ה דלא הוי מיגו דהעזה להוציא משא"כ לומר גנובים במיגו דשאולים הוי מיגו דהעזה ולהוציא לכ"ע ל"א א"ו דלא ס"ל להתוס' חילוק זה אך דברי התוס' שם בלא"ה תמוהים לפי מ"ש התוס' ברפ"ק דמציעא בשם ריב"ם דהא דס"ל לרבה בפחז"ה דמהימן לומר אין שטרא זייפא הוא ושטרא מעליא הוי לי ואירכס במיגו הוא משום דאפילו הוי שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כי החתימה היתה נכרת להעומדים שם אבל שאר מיגו להוציא לכ"ע לא אמרינן וא"כ תי' הרב דודי ניחא לכ"ע דהא התם ליכא מיגו דאי בעי שתיק ובכה"ג לכ"ע ל"א מיגו להוציא ודברי התוס' סותרים זא"ז ועמ"ש ס"ס פ"ג:

ב ויש לעיין למאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא גבי נשבעים ונוטלים היכא דאית להו מיגו לפטור מן השבועה אי מיחשב מיגו להוציא ולא אמרינן או דילמא כיון דהטעם דלא אמרינן מיגו להוציא הוא משום דלא מהני מיגו להוציא ממון מחזקתו וא"כ הכא כיון שיש לו זכות ליטול הממון בשבועה טענתו עדיפא ומהני המיגו לפוטרו מהשבועה כמו דאמרינן מיגו להוציא אי חזקה מסייע ליה או בבו"ש כדמוכח מההיא דמשארסתני נאנסתי והנה לפי מה שנראה מדברי הש"ך דאף דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא מ"מ בשטר כתובה כיון דהאשה לא נתנה לו כלום ל"א מיגו להוציא וכן נ"ל לדידיה בדברי התוס' דפ"ק דכתובות בסוגיא דפ"פ ע"ש א"כ יש להוכיח מהתוס' כתובות דף פ"ז דבנשבע ונוטל אמרינן מיגו להוציא דהא הקשו שם אמאי הפוגמת כתובתה צריכה

שבועה להימנה במיגו דאי בעיא היתה תובעת הכל ומאי קושיא הא הוי מיגו להוציא ובשטר כתובה לא אמרינן מיגו להוציא א"ו דלענין פטור שבועה אמרינן מיגו להוציא אך יש לדחות דקושית התוס' הוא מפוגם שטרו שלא בעדים דאיתא התם דחייב שבועה ובשטרא מעליא לכ"ע אמרינן מיגו להוציא וכ"כ הפ"י שם בשם ספר נתיבות משפט וא"כ אדרבה מוכח מדבריהם ז"ל בפשיטות דל"א מיגו להוציא לפטור מן השבועה אך מ"מ מן הסברא נראה לחלק דבנ"ו שמן הדין אף בשבועה לא היו נאמנים ליטול אלא שחז"ל תקנו לישבע וליטול בכה"ג לא מהני המיגו לפוטרם מהשבועה אבל באותן הנ"ו שמן הדין היו נוטלים בל"ש אלא שחז"ל החמירו עליהם לישבע בכה"ג מהני המיגו בכדי לפוטרם מהשבועה דהוי כמו חזקה דמסייע ליה דאמרינן מיגו להוציא וצ"ע:

ג מיגו לחצי טענה לא אמרינן היינו שבטענת המיגו לא היה נאמן רק על חצי טענתו שטוען עכשיו לא הוי מיגו וא"נ עכשיו כלל כ"כ התוס' בפחז"ה דף ל"ה ע"ב והר"ן בקדושין ובתשו' מוהרי"ט ח"א סי' ל"ג וסי' ק"ה האריך להוכיח דאף היכא שאם יטעון טענת המיגו יזכה בחצי טענתו ובחצי השניה יכול לטעון ג"כ הטענה שטוען עכשיו מ"מ לא הוי מיגו די"ל שאינו רוצה לשקר בשני דברים והוכיח כן מהא דאמרינן בפ' הכותב הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובתה ופירשו התוס' דלר"י דס"ל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ אינה גובה כתובתה אלא למ"ד כותבין שובר דלמ"ד אין כותבין שובר פטור דיכול לומר לא אפרע לך עד שתחזיר לי הכתובה דאי לא תהא נקיטא כתובה יהא נאמן לומר פרעתיך מנה במיגו דאלמנה נשאתיך והקשה מהרי"ט דא"כ אמאי קתני מתניתין דגובה כל כתובתה יהא נאמן לומר פרעתיך מיהת מנה במיגו דאלמנה נשאתיך א"ו כיון שטוען שפרע כל כתובתה הוי מיגו לחצי טענה אף שיכול לטעון שני הטענות אלמנה נשאתיך ופרעתיך המנה אלא דכשטוען פרעתיך מנה לבד אז מהני המיגו דאלמנה נשאתיך ולא דק כלל בזה דודאי המשנה מיירי במקום שמכירין אותה אם היתה בתולה או אלמנה אלא דהתוס' כתבו דיכול לומר תן לי הכתובה דאם לא תהא הכתובה בידה יהא יכול לפטור עצמו מיהת במקום שאין מכירין אותה ממנה במיגו דאלמנה נשאתיך אבל כשהכתובה בידה יפסיד אף אם תתבע אותו במקום שאין מכירין אותה אם היתה בתולה וע"ז סובב והולך כל דברי התוס' שם ע"ש וכ"כ זקיני מוהרש"א ז"ל בר"פ האשה שנתארמלה בתוס' ד"ה זאת אומרת בפשיטות דאף שיטעון שפרע כולה יהא נאמן מיהת אמנה במיגו דאלמנה נשאתיך הרי להדיא דלא כמהרי"ט גם מה שהוכיח מהרי"ט מפחז"ה בקריבא דרב אידי בר אבין שכיב ושביק דיקלא ר"א אמר אנא קריבנא טפי וההוא גברא אמר אנא קריבנא טפי לסוף אייתי רב אידי סהדי

דאיהו קריב ואוקמא רב חסדא בידיה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי ואביי ורבא חייבו להוא גברא להחזיר אף הפירות שאכל אף דאית ליה מיגו דלא אכיל הואיל דהקרקע יוצא מתחת ידו בדין דבקרקע לית ליה מיגו אלמא כיון דבקרקע לית ליה מיגו אינו מועיל המיגו אף להפירות דהוי מיגו לחצי טענה ואין זה ראיה כלל דהתם טעמא אחרינא איכא דא"א להאמינו במיגו על הפירות לבד כיון שאי אפשר שיהא הקרקע לזה ופירות לזה דהא פירי בתר ארעא גרירי וכיון דאין לו זכות בקרקע ממילא צריך להחזיר הפירות דהא אינו טוען שקנה הפירות אלא מחמת שהקרקע שלו וכ"כ הריב"ש בסי' של"ו להדיא ומדבריו שם מוכח דלא כמוהרי"ט ע"ש ובזה יש לדחות נמי מה שהביא מוהרי"ט שם עוד ראיה מדברי הרמב"ן בחידושיו פחז"ה שהוכיח דלא אמרינן מיגו לחצי טענה מההיא דקדושין קדשתיה וגרשתיה נאמן נשבית ופדיתיה אינו נאמן ואמאי לא מהימן בנשבית ופדיתיה לפוסלה לכהונה במיגו דקדשתיה וגרשתיה דמיפסלה מטעם גרושה אלא כיון דמטעם גרושה לא מיפסלה מתרומה לא הוי מיגו דדילמא למיפסלה מתרומה קאתי אלמא אף שיכול להיות דתרווייהו איתנייהו ואי בעי הוי טעין גרשתיה ונשבית ופדיתיה אפ"ה לא הוי מיגו ולפמ"ש אין זה ראיה דכיון דלא מהימנינן ליה למיפסלה מתרומה שוב א"נ נמי למיפסלה כיון דזה בזה תליא משא"כ היכא דהחצי טענה יכולה להיות אמת מהימנינן ליה על חצי טענתו במיגו ואף דהש"ך בסי' קל"ט סק"ה כתב דבחידושי הרמב"ן גבי קריבא דרב אידי בר אבין נראה שחולק על סברת התוס' שם אין דבריו מוכרחים כ"כ דהא מדבריו שם נראה דס"ל דאמרינן מיגו לחצי טענה דלא כמוהרי"ט ע"ש אך מ"מ פשיטות דברי הרמב"ן משמע כמוהרי"ט והדבר צריך ישוב אך מ"מ לענין דינא העיקר דלא כמוהרי"ט וראיה ברורה מש"ס פחז"ה דף ל"ו ע"א בהנהו עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא אתא מרא דחושלא ותפסינהו והוה קטעין טובא ואמר אבוה דשמואל דיכול לטעון עד כדי דמיהן במיגו דלקוח הן בידי משמע דמרא דחושלא הוי קטעין טובא יותר מדמי העזים וכן פירשב"ם התם להדיא שטען בעל השדה שאכלו יותר מכדי דמיהן של העזים הללו ואפ"ה אמר אבוה דשמואל דנאמן עד כדי דמיהן במיגו דלקוחין ואמאי הא הוי מיגו לח"ט דדילמא היה רוצה לתבוע יותר מכדי דמיהן א"ו כיון דיכול לטעון שתי הטענות שאכלו יותר מכדי דמיהן ומרא דהעיזים מכרן לו עבור ההיזק ומגיע לו יותר מכדי דמיהן הוי מיגו מעליא ומהימן בכדי דמיהן מיהא וכן מבואר בסי' ע"ב בכמה דוכתי דבמלוה על המשכון אף שתובע יותר מדמי המשכון שנאמן בכדי דמיו מיהא במיגו דלקוח או להד"ם אך משם יש לדחות דכיון דטעמא דמוהרי"ט דלא הוי מיגו די"ל שאינו רוצה לשקר בשני דברים א"כ התם אי אמרת

דמה שאומר שהלוה לו מעות על משכון זה הוא משקר א"כ משקר הוא ג"כ בשני דברים שאומר שהלוה לו מעות וגם החפץ לא ניתן לו בפקדון רק במשכון על המעות ולכך הוי מיגו מעליא דאי בעי לשקר היה אומר על המשכון לקוח הוא בידי ולוה ממנו מעות ג"כ אמנם מההיא דעיזי אכלי חושלא ראיה ברורה דלא כמוהרי"ט גם מדברי הש"ך בסי' קל"ט סק"ה מוכח ג"כ דלא כמוהרי"ט ע"ש וכן עיקר ומזה סתירה ג"כ למ"ש בתשו' מוהרי"ט ה"א סי' ס' דהא דקיי"ל בשטר עסקא דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ואינו משלם אלא מחצה דהיינו דוקא בטוען החזרתי מחצה אבל אם טוען החזרתי הכל א"נ אף על חציה במיגו דנאנסו דהוי מיגו לח"ט דאם יטעון נאנסו יצטרך לשלם חצי ע"ש והביאו הכנה"ג בסי' ק"ח בפשיטות ובאמת מוהרי"ט לטעמיה אזיל אבל לפמ"ש דהיכא דיכול לטעון שתי הטענות אמרינן מיגו לח"ט א"כ ה"נ איכא מיגו מעליא דאי בעי הוי אמר שנאנס הכל ופרע לו אח"כ הפלגא מלוה שחייב עליו אף אם נאנס וז"ב:

ד מיגו דהעזה לא אמרינן והיינו דוקא לענין שבועה כדאמרינן מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה א"א מעיז אבל לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה כדמוכח מהנהו עיזי דאכלי חושלי דנאמן עד כדי דמיהן במיגו דלקוח אע"ג דהוי מיגו דהעזה וכן מוכח ממתניתין דמודה ר"י באומר שדה זו של אביך היתה וכו' כ"כ רוב הפוסקים וכבר כתבתי באות א' דמוכח מהתוספות פחז"ה דף נ"ב ותוספות דס"פ המקבל דבגווני דאמרינן מיגו להוציא ה"ה מיגו דהעזה להוציא ממון נמי אמרינן וע"כ צריך לומר דהטעם הוא דכל היכא שא"נ בטענתו לענין ממון מהימנינן לי אף במיגו דהעזה דמשום הנאת ממון מעיז גם כן אבל לענין פטור שבועה נוח לו לטעון טענה זו ולישבע מלהעיז נגד חבירו אך הש"ך כתב לחד פירושא בדברי התוס' דפ' הגוזל עצים דאין חילוק בין ממון לשבועה כלל אלא דהחילוק הוא דכל היכא שהאמינו מתחילה ל"א מיגו דהעזה דבוש להעיז במה שהאמינו מתחילה אבל בדבר שלא האמינו אמרינן מיגו דהעזה ולכך כתב באם אחד הפקיד אצל חבירו ומת המפקיד והנפקד מעכב הפקדון ואמר ליורש אביך חייב לי כך וכך דנאמן במיגו דהחזרתי להיורש דאינו בוש להעיז נגד היורש כיון שלא האמינו ודבריו תמוהים דהא אנן קיי"ל בפ' ש"ה כראב"י דבטוען טענת ברי מנה לאבא בידך והלה מודה במקצת חייב ש"ד וכ"פ הט"ו בסי' ע"ה ס"כ ואמאי לא מהימן במיגו דכופר הכל דבזה ל"ש חזקה א"א מעיז דהא בנו לא האמינו מתחילה וכן קשה מההיא דקדושין דף מ"ג ע"ב דאמרי' לענין דיני ממונות הן הן שלוחיו הן הן עידיו להעיד שהלוה שלח מעות על ידם לפרוע למלוה ופרעו לו משום דמהימני במיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה מהימני נמי למימר פרעינהו למלוה ומאי מיגו הוא זה

הא הוי מיגו דהעזה דכי יאמרו אהדרינהו ללוה יעיזו נגדו בדבר שהאמינם מתחילה אבל כשאומרי' פרעינהו למלוה לא הוי העזה דהא לא האמינם כלל א"ו דאין חילוק בין האמינו מתחילה או לא אלא דעיקר החילוק בין ממון לשבועה ועמ"ש סי' פ"א ס"ק י"ג: ה לא אמרינן מיגו היכא שבטענת המיגו יצטרך לישבע להכחיש את העד כ"כ התוס' פחז"ה דף ל"ד ד"ה הוי מח"ש לשיטת ר"י וכתב הכנה"ג באות קל"ה בשם התה"ד דדוקא כשהעד אומר לפנינו שלא כטענת המיגו אבל לא אמרינן שירא לומר טענת המיגו משום דשמא יכחישוהו שאין אדם יודע מה בלב חבירו ויצטרך לישבע כולי האי לא אמרינן עכ"ל ובאמת שכ"כ התה"ד בסי' של"ה לענין שאם א' הפקיד פקדון לשנים ואח"כ טוען כ"א מהנפקדים שהמפקיד חייב להם ממ"א דנאמנים במיגו דהחזרנו לו ואע"ג דמיגו בשנים לא אמרינן היינו דוקא לענין עדים שאם חבירו לא יסכים עמו יתבטל עדותו אבל הכא כשיטעון החזרתי אף שחבירו יאמר שלא כדבריו לא יתחייב אלא שבועה וכולי האי לא אמרינן שחושש שחבירו יאמר להיפך ויצטרך שבועה אך באמת המעיין בדבריו שם יראה דכל זה כתב קודם שהביא דברי התוס' דקדושין דף מ"ג דלענין ממון אמרינן מיגו בשנים שבטוחים הם שיסכימו יחד לענין פטור ממון אך לאחר שהביא דברי התוס' דקדושין יראה דמדברי התוס' שם מוכח איפכא דהא התוס' שם ד"ה והשתא דתקון רבנן ש"ה הקשו דהיאך אמרינן קודם התקנה דנאמנים השלוחים לומר פרעינהו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה הא מיגו בשנים ל"א והוצרכו לתרץ דלענין ממון אמרינן מיגו בשנים ומאי קושיא הא מיגו מעליא הוא דאם יאמר הוא אהדרינהו ללוה אף שחבירו יאמר פרעינהו למלוה מ"מ יהיה פטור מלשלם א"ו דקושית התוס' הוא דחייש שמא חבירו לא יסכים לדבריו ויאמר פרעינהו למלוה ויהא צריך לישבע להכחיש את העד נגדו משום דכשאומר אהדרינהו ללוה הרי הוא מודה שלא פרע למלוה וכשחבירו אומר שפרע למלוה הוי עד המכחישו שלא החזירו ללוה וחייב שבועה נגדו כמבואר בר"ס ע"ט בא' שאמר לחבירו מנה הלויתיך והנתבע אומר להד"ם והביא התובע עדים שלוה ופרע שהנתבע חייב לשלם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ועל ההלואה הוכחש בעדים ע"ש וה"ה לענין שבועה נמי גם י"ל דדילמא חבירו לא יסכים לדבריו ויודה לגמרי ויצטרך שבועה נגדו ואע"ג דמבואר בסי' ע"ז ס"ה דראובן שתבע משנים שלוו ממנו מנה וכפר א' והודה א' אין עדותו מחייב את חבירו שבועה משום דהוי נוגע בעדות היינו לדידן דחייב שבועת היסת שאם יאמר להד"ם הא חייב היסת ולכך הוי שפיר נוגע וכמ"ש שם בסק"ג מה שאין כן קודם דתקנו היסת לא הוי נוגע כלל אם מודה עליו ועל חבירו כיון שיכול לכפור הכל ובאמת דדברי התה"ד תמוהים לכאורה דלמה

הוצרך לדחוקי שלא ירא שחבירו יכחישו ויצטרך שבועה נגדו ותיפוק ליה שחבירו א"נ לחייב שבועה בעדותו מפני שהוא נוגע כמבואר בט"ו סי' ע"ז ואולי דמיירי בגוונא שאין א' ערב בעד חבירו או דס"ל דבשומרים אין שנים ערבים זה לזה כמ"ש בסי' ע"ז אבל דברי התוס' עולים יפה ובזה מיושב נמי מה שהקשו התוס' קושיא זו על הא דאמרי' והשתא דתיקנו רבנן ש"ה הא קושייתם היא למאי דאמר ר"נ דנאמנים קודם התקנה ושם ה"ל להקשות קושיא זו ולפמ"ש ניחא דשם לא מצי לאקשויי דהוי מיגו בשנים דירא שיצטרך לישבע להכחיש את העד די"ל הא דנאמנים היינו בשבועה במיגו דאהדרינהו ללוה אבל השתא שהוכיחו דעד שצריך שבועה אינו עד קשיא שפיר טפי דהוי מיגו בשנים ולא מצי להאמינם אלא בשבועה וכיון דצריכים שבועה אינם עדים וא"ש אך מ"מ לענין דינא יש לחלק בין עדים לבעל דבר די"ל דדוקא לענין עדים ס"ל להתוס' דלא הוי מיגו היכא דירא שיצטרך לישבע להכחיש את העד דלמה לו לישבע בחנם כיון שאין הדבר נוגע לו וכל היכא שהוא נוגע בעדותו אפי' בדרך רחוקה ונפלאה אינו עד כלל כמבואר בסי' ל"ז אבל לגבי בע"ד י"ל שפיר דמחששא שמא יצטרך להעיז ולישבע נגד העד לא מבטלינן מיגו שלו ופטור מממון אך כ"ז לשיטת ר"י בתוס' דפחז"ה אבל מסקנת התוס' שם נראה דס"ל דבכל גווני אמרינן מיגו דאי בעי היה מכחיש את העד בשבועה ע"ש:

ו לא אמרינן מיגו אלא היכא דחשדינן ליה דמשקר במזיד אבל היכא שאנו חושדין אותו ששכח או שאומר בדדמי לא אמרי' מיגו כמו דלא מהימנינן לאשה שאומרת שמת בעלה במלחמה במיגו דאי בעי אמרה מת על מטתו משום דחיישינן שאמרה בדדמי והא דבעי הש"ס התם החזיקה היא מלחמה בעולם אי מהימנא במיגו דשלום בעולם שא"ה כיון דמדייקא כולי האי שהחזיקה מלחמה בעולם מהימנא כ"כ התוס' בפכ"ה והר"ן שם והנה באמת ראיית התוס' מהא דלא מהימנינן לאשה מת במלחמה במיגו דמע"מ אינה מוכרחת לפמ"ש התוס' ביבמות דף קט"ו דמיגו דנהרג אטו מת ע"מ לא אמרינן וכמ"ש הח"מ והב"ש באה"ע סי' י"ז סמ"ח יעו"ש אך דין זה הוא מוכרח מן הסברא כיון דמיגו מתורת ראיה הוא דאי בעי לשקר היה טוען טענה טובה מזו וא"כ היכא דאמרינן שאינו משקר כלל אלא דסובר שכן הוא האמת וטועה בזה היאך שייך בזה מיגו דאי בעי היה טוען טענה אחרת הא אינו רוצה לשקר כלל אמנם באמת בעיית הש"ס ביבמות בהחזיקה היא מלחמה בעולם היא תמוה טובא דהיאך שייך מיגו בזה כיון דלא חשדינן אותה למשקרת כלל כמו שהקשו התוס' הכא וביבמות וכן תמה הרשב"א בחי' שם ומה שתי' כיון דמדייקת כולי האי ל"ח לבדדמי הוא דחוק טובא בלשון הש"ס דאמר התם דמה לה לשקר דאי בעי אמרה שלום בעולם הא לא חשדינן אותה למשקרת כלל וה"ל להש"ס

למימר כיון דיכולה לומר שלום בעולם ל"ח שאומרת בדדמי וגם יש לדקדק טובא בלשון הש"ס דאמר התם או דילמא כיון דאיחזקא אמרה בדדמי ולא אתי מה לי לשקר ומרע חזקתה ופי' הרשב"א והרא"ש כיון דקיי"ל דחזקה דאמרה בדדמי לא אתי מה לי לשקר ומרע לה לחזקה ואין הבנה לדברים האלו דל"ל להש"ס לחדש סברא זו שהוא חזקה דאמרה בדדמי וגם הלשון ומרע לה לחזקה אינו מובן דבקיצור ה"ל להש"ס לומר כיון דחיישינן לבדדמי לא שייך מיגו בזה והנלפענ"ד בזה ע"פ מ"ש הרא"ש שם בסוגיא דע"א במלחמה והסכימו עמו כל הפוס' דאף אי אמרי' דע"א אומר בדדמי מ"מ שני עדים לא אמרי בדדמי דבתר סהדותא דתרי סהדי לא דייקינן אבל בשני פסולים אמרי בדדמי כדאמרינן והא מאה נשים כע"א דמי ולהבין טעמו של דבר צ"ל משום דחששא זו דבדדמי אינה אלא חשש מדרבנן דמן התורה כיון שאומר בברי שמת מה"ת ניחוש שאומר בדדמי אלא דחז"ל חששו לזה ולכך בע"א או בשני פסולים כיון דמדאורייתא לא מהימני כלל אלא דחז"ל האמינו אותם הם אמרו והם אמרו לחוש נמי לבדדמי אבל בשני עדים כשרי' כיון דמהימני מדאורייתא מה"ת ניחוש דאמרי בדדמי והדברים נכונים בטעמן וכן ראיתי למחברים בתשו' ולפ"ז ניחא בעיית הש"ס בהחזיקה היא מלחמה בעולם כיון דעיקר חששא דבדדמי ל"ח לה אלא היכא דמדאורייתא לא מהימנינן ליה מחששא דשקרא ולכך אף שהאמינוהו חז"ל חששו מיהת לבדדמי וא"כ בהחזיקה היא מלחמה בעולם ראוי הוא שלא ניחוש לבדדמי דאף שאין אשה נאמנת לומר מת בעלי מ"מ כיון דסוף סוף חז"ל האמינו אותה בזה ובמת במלחמה לא האמינו אותה א"כ השתא שמחזקת היא מלחמה בעולם יש ראיה אף מדאוריי' שאומרת אמת דאי בעית לשקורי ה"ל למימר שלום בעולם דהוית מהימנא מתקנת חז"ל דמה לה אי מהימנית מדאוריי' או מדרבנן כיון דס"ס מותרת להנשא והוי מיגו מעליא אף מדאוריי' דמיגו מדאורייתא היא ומתורת ראיה והויא כעדים וא"כ כיון דאף מדאורייתא ל"ח בזה דשקורי משקרת הויא כשני עדים ול"ח לבדדמי אך קשה לפ"ז מה הוא סברת בעל האבעיא דאמר א"ד לא אתי מה לי לשקר ומרע חזקה כיון דמיגו דאוריי' הוא מה"ת ניחוש לבדדמי דהא הויא כשני עדי' אך י"ל דדוקא גבי עדים דהבדדמי קיל טובא דהא אף בע"א דחיישינן לבדדמי מ"מ אם נשאת לא תצא כמו שהוכיח הלח"מ פי"ג מה"ג מדברי הרא"ש דהא עד אחד במשאל"ס לא תצא ע"ש ומ"מ בהחזיקה היא מלחמה בעולם פסק דתצא אלמא הבדדמי באשה עצמה חמירא טפי דבע"א איכא טעמא דמלתא דעבידא לגלויי וא"כ ה"נ י"ל אף דאיכא מיגו מ"מ חיישינן לבדדמי לגבי אשה עצמה דחמיר טפי וזה הוא כוונת הש"ס כיון דחזקה היא דאמרה בדדמי ובדדמי אלימתא הוא לא אתי מה לי לשקר ומרע חזקתה

והיינו דלא דחינן להבדדמי מחמת המיגו דאף דמיגו דאורייתא היא מ"מ חיישינן לה כיון דחזקה דאמרה בדדמי ובזה יש לתרץ ג"כ שיטת הרי"ף דפסק דאף בשני עדים נמי אמרינן דאמרי בדדמי והקשה עליו הרא"ש מהא דאמרינן והא מאה נשים כע"א דמיין ועוד הקשו אמאי לא בעי הש"ס בשני עדים במלחמה ולפמ"ש א"ש דהרי"ף סובר דזה הוא גופא בעיית הש"ס דהחזיקה היא מלחמה בעולם אי חיישי' לבדדמי היכא דנאמנת מדאורייתא מחמת מיגו ולא ס"ל לחלק בין הבדדמי דאשה לע"א ולכך כיון דהאבעיא לא איפשטא ה"ה בשני עדים במלחמה נמי חיישי' לבדדמי ולפ"ז ניחא דלכך קאמר הש"ס והא מאה נשים הע"א דמיין משום דהש"ס רוצה ליפשוט אף אי אמרי' דהחזיקה היא מלחמה בעולם נאמנת ולכך בעי ג"כ האבעיא בע"א אף אי אמרי' דהחזיקה היא נאמנת אבל לדינא כיון דלא איפשטא אף בב' עדים א"נ במלחמה וא"ש והדברים נכונים מאוד ודוק לולי שהתוס' לא פי' כן ועמ"ש בסי' כ"ג סק"א:

ז כתב הכנה"ג באות קי"ז אע"ג דמיגו במקום חזקה הוא בעיא דלא איפשטא ה"מ אם הטענה שטוען סותרת החזקה וטענת המיגו אינה סותרת החזקה אבל אם טענת המיגו סותרת החזקה לא אמרי' מיגו במקום חזקה כן יש לדקדק מהא דאמרי' מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה א"א מעיז עכ"ל ולפענ"ד אין הנדון דומה לראיה כלל דהתם אין טענת המיגו סותרת החזקה כלל אלא דאנן אמרינן דכיון שחזקה דא"א מעיז לא הוי מיגו שאינו יכול להעיז כלל אבל היכא שטענת המיגו סותרת החזקה י"ל דהוי מיגו מעליא כיון דמ"מ הוא נאמן בטענה ההיא הויא שפיר מיגו דאי בעי הוי טעין טענה ההיא אך לכאורה יש להביא ראיה דל"א מיגו בכה"ג מההיא דקדושין דף מ"ג דפרכינן על ההיא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו מאי קסבר אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים הנהו נוגעי' בעדותן נינהו דאי אמרי לא פרענוהו אמר הלוה פרעוני ומשני דקסבר א"צ לפורעו בעדים ומיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה מהימני לומר לומר פרעינהו למלוה ומאי קושיא הא ודאי אף למ"ד צריך לפורעו בעדי' מהימני לומר פרעינהו למלוה לפטור את עצמן דהא אמרי שעשו שליחותן ופרעו למלוה וא"כ ממילא הויין ג"כ עדים לפטור את הלוה בעדותן דהא אף אם יאמרו אהדרינהו ללוה אף דצריך לפורעו בעדים מ"מ נאמנים במיגו דפרענו למלוה וא"כ כשאומרים פרענו למלוה הדר ה"ל עדי' מעליא לפטור את הלוה כיון דיכולין לומר אהדרינהו ללוה א"ו כיון דלמ"ד צריך לפורעו בעדים אם יאמרו אהדרינהו ללוה הוי טענה גרוע' משום חזקה שאינו פורע אלא בעדי' כמ"ש הר"ן פ' ש"ה א"כ אף שנאמני' לומר כן במיגו דפרענו למלוה מ"מ כשאומרים פרענו למלוה ליכא מיגו דאהדרינהו ללוה שאינם רוצים להכחיש החזקה

אך שתי תשובות בדבר חדא די"ל דע"כ ל"א סברא זו אלא גבי עדים שאין להם הנאה בדבר לכך דחינן המיגו בכל דהוא שאינם רוצים לטעון טענה שמכחיש החזקה וחשובים נוגעים בדבר אף בדרך רחוקה ונפלאה משא"כ בבע"ד להחזיקו בממון אמרינן שפיר מיגו דאי בעי הוי טעין טענה שנאמן בה אף שיכחיש החזקה ועוד י"ל דכיון דטעמא דמ"ד דצריך לפורעו בעדים מבואר בתוס' דב"ב דף מ"ה ע"ב ד"ה המפקיד דכיון דגלי אדעתיה דלא מהימן ליה ה"ל כאלו אמר בהדיא שאל יחזיר לו אלא בעדי' א"כ כשמסר להשלוחים בפני עדים הוי כאלו פירש בהדיא שלא יחזירו לו או לפרוע למלוה אלא בעדים ולא מהימני לומר פרענו למלוה אלא מתורת עדים שהן הן הם עצמם עדים על הפרעון ולכך פריך שפיר דכיון שנוגעים בעדותן הן שאין נאמנים לומר אהדרינהו ללוה אם כן ממילא לא מהימני נמי לומר פרענו למלוה וכן מוכח בתוס' שם שהקשו דאף למ"ד צריך לפורעו בעדים מהימני לומר אהדרינהו ללוה במיגו דנאנסו ולהימני לומר פרענו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה אלמא אף דאהדרינהו ללוה טענה גרועה היא וא"נ עליה אלא במיגו דנאנסו אפ"ה נאמני' לומר פרענו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה ולא אמרינן שלא רצו לטעון כן כיון שהיא טענה גרועה בעצמותה א"ו דלמ"ד צריך לפורעו בעדים אף פרענו למלוה גרועה היא משום דמסתמא אינו פורע אלא בעדים ועוד דאי אמרת דטענת פרענו למלוה היא טענה טובה לפטור א"ע אף למ"ד צריך לפורעו בעדים א"כ קושית התוס' מעיקרא לק"מ דהיכי שייך להאמינם מתורת עדי' כדי לפטור הלוה מלשלם במיגו דאהדרינהו ללוה הא כיון שא"נ אלא במיגו דנאנסו שבועה בעי א"כ הוי נוגעים גמורי' דלמה להו למימר אהדרינהו ללוה שיהיו חייבים ש"ד מוטב להם שיאמרו פרענו למלוה שהיא טענה טובה בעצמותה ופטורי' משבועה למאי דלא תיקנו היסת א"ו דגם פרענו למלוה היא טענה גרועה בעצמותה וא"נ עלי' אלא בשבועה במיגו וא"כ שייך שפיר להאמינם בשבועה מתורת עדים במיגו ולכך הוצרכו לתרץ דעד שצריך שבועה אינו עד ודוחק לומר דהתוס' בקושייתם לא סלקי אדעתייהו דבטענת אהדרינהו ללוה יתחייב שם שבועה ומאי דנקטי בתירוצם דעד שצריך שבועה אינו עד קושטא דמילתא נקטי ובזה יש לתרץ קושית מוהרש"א שם דלכך נקטי בקושייתם מיגו דאהדרינהו ללוה זה דוחק והעיקר דהתוס' ס"ל דאף פרענו למלוה א"נ למ"ד שצריך לפורעו בעדים וז"ב ודוק היטב ואף דלפמ"ש הר"ן בפ' ש"ה בטעמא דמ"ד דצריך לפורעו בעדי' משום דכיון דהלוה רואה שהמלוה אינו מאמינו אף הוא אינו מאמין לפורעו בינו לבינו וירא שיוציא לעז עליו כיון שהוא יכול לברר הלואתו בעדים וא"כ משמע דהיכא ששלח הפרעון למלוה בפני עדים נאמני' השלוחים לומר פרענו למלוה דלמה יחשדו אותו שיכפור הפרעון

כיון שהמלוה לא גלי אדעתיה שאינו מאמינם וגם הלוה לא יהיה יכול להוציא לעז עליו כיון שהוא אינו יודע האמת מ"מ על הר"ן בלא"ה לק"מ מה שהקשיתי דלהימני לומר פרענו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה דאז יהיו נאמנים במיגו דפרענו למלוה משום דהוי מיגו במקום עדים כמ"ש הר"ן שם דלכך לא מהימן לומר פרעתי ביני לבינו במיגו דפרעתי בפני פ' ופ' והלכו למד"ה משום דהוי מיגו במקום עדים דחזקה הוא שאינו פורע אלא בעדים ומה דמקשים על הר"ן דלפי דבריו מאי פריך הש"ס למ"ד צריך לפורעו בעדים הני נוגעין בעדותן הן דהא מהימני לומר פרענו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה בפני עדים והלכו למדינת הים דהא טענת פרענו למלוה טענה מעלייתא היא לדידיה והויין עדים מעליא יפה השיב בזה בני המנוח המופלג מוהר"ר שמואל ז"ל בבחרותו והוא מותיב ליה והוא מפרק ליה דיש לומר דגם הר"ן סובר כסברת הרא"ש בשבועות דטענת פרעתיך בפני עדים והלכו למדינת הים טענה גרועה היא ולאו מיגו היא אלא דלא ניחא ליה להר"ן בסברא זו משום דמ"מ הוי מיגו מעליא דהא טענת פרעתי בינו לבינו ג"כ היא טענה גרועה דהא מסתמא אינו פורע אלא בעדי' וא"כ פריך הש"ס שפיר דכיון שהעדים אומרי' פרענו למלוה שהיא טענה טובה בעצמותה א"כ נוגעים בעדותן נינהו דל"ל מיגו דאהדרינהו ללוה בפני עדים והלכו למד"ה שהיא טענה גרועה ולאו מיגו היא וזה נכון סוף דבר דמסוגי' דקדושין אין שום הכרח לסברת הכנה"ג ואדרבה כל היכא שא"נ בטענתו מפני שהיא טענה גרועה בעצמותה מאיזה טעם נראה מסברא דמהימן במיגו אף שטענת המיגו יכחיש חזקה מ"מ הוי מיגו מעליא דהא בטענה זו ג"כ מכחיש החזקה ודרך העולם ועמ"ש סי' פ"ז ס"ק י"ב:

ח מיגו לא מהני אלא תכ"ד כגון נשביתי וטהורה אני וכן א"א הייתי וגרושה אני אבל לאחר תכ"ד לא מהני דהוי מיגו למפרע כ"כ הר"ש מקינון וכ"כ התוס' בכתובות דף פ"ה ע"א והטעם כיון דמיגו מתורת ראיה היא שאינו משקר דאי בעי לשקר היה טוען טענה מעליא שהיה נאמן בה א"כ זה לא שייך אלא בתכ"ד אבל לאחר תכ"ד כגון שמתחלה אמרה נשביתי ואחר כ"ד אמרה טהורה אני לא שייך מיגו די"ל דעכשיו שאמרה טהורה אני משקרת ומתחלה כשאמרה נשביתי לא רצתה לשקר ועכשיו לבשה רוח אחרת ומשקרת וזו היא כוונת התוס' בכתובות שם שכתבו ליישב הא דא"נ לומר דתבעיתינהו מחיים במיגו דלקוח משום דלא חשיב מיגו הואיל ועכשיו אינה יכולה לטעון לקוח שכבר אמרה מחיים תפיסנא . ומשום דאי בעי אמרה לקוח בשעה שאמרה מחיי' תפיסנא לא מהימנא השתא דבאותה שעה סבורה היתה שהיא טענה מעולה ולא היתה יודעת שהיא צריכה לטעון מחיים תבעיתינהו מיניה מדלא טענה מעצמה עכ"ל והיינו

כיון דמיגו מתורת ראיה היא וא"כ כיון שלא טענה מתחילה מחיים תבעיתינהו ע"כ שלא ידעה מזה דהא לאו דבר שקר הוא וא"כ י"ל דעכשיו שאומרת דתבעיתינהו מיניה מחיים הוא שקר ואף דהיתה יכולה לטעון לקוח בעת שאמרה מחיים תפיסנא דילמא אז לא רצתה לשקר ועכשיו משקרת וז"פ בביאור דבריהם ודברי הפ"י שם אינם מובנין בזה וע' סי' קמ"ו סי"ד ובש"ך שם אמנם איכא למידק ממתניתין דכתובות העדים שאמרו כת"י הוא אבל אנוסים היינו וכו' נאמני' ואם יש עדים שהוא כת"י או שכת"י יוצא ממ"א אינם נאמנים ואמאי לא נקט רבותא טפי דאם אמרו כת"י הוא זה ואחר כ"ד אמרו אנוסים היינו א"נ וכ"ש כשיש עדים וכה"ג הוכיח הה"מ בר"פ י"ב מה"ג דבאומרת א"א הייתי ולאחר כ"ד אומרת גרושה אני דנאמנת ע"ש ואפשר לומר ע"פ מ"ש התוס' בכתובות דף כ"ג ע"ב אמתניתין דזאת אומרת נשביתי וטהורה אני א"נ דל"ג נשביתי דהא מיירי דאיכא עדים שנשבית וכתבו די"ל דאשמועינן אע"ג דהיא לא ידעה שיש עדים שנשבית ואמרה נשביתי וטהורה אני דה"א דמהימנא במיגו קמ"ל דא"נ וא"כ י"ל דהא דקתני ואם יש עדים שהוא כת"י קאי אדלעיל וה"פ ואם יש עדים שהוא כת"י והם אומרים כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו והם לא ידעי שיש עדים אפ"ה א"נ במיגו אבל בההיא דא"א הייתי וגרושה אני הקשה הה"מ שפיר דקתני התם ואם יש עדי' שהיתה א"א והיא אומרת גרושה אני משמע שאינה אומרת אלא גרושה אני לבד ואינה אומרת אשת איש הייתי כלל משום דאיכא עדי' וא"כ קשה שפיר דלאשמועינן רבותא טפי דלאחר כ"ד א"נ:

ט זה פשוט דלא אמרי' מיגו בכל דוכתי אלא היכא שנאמן בטענת המיגו אבל היכא שא"נ בטענת המיגו אף שטענת המיגו היא טענה מעולה יותר ממה שטוען עכשיו לאו מיגו היא כלל די"ל איערומי קמערים אך בחי' הרשב"א לקדושין פ"ב דף נ' גבי הא דאמרינן ה"ל למימר מזיד הייתי כתב דבבו"ש אמרי' אף מיגו כי האי והביא ראיה מפ"ק דכתובות גבי משארסתני נאנסתי דס"ל לר"ג דנאמנת ומפרשינן לה משום מיגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני דלא מיפסלא נפשה מכהונה אף דמ"ע גופה לא מהימנא לר"י אלא כיון דמ"ע היא טענה מעולה יותר ולא אמרה לה חזקה דלא משקרא כיון דאיהי ברי ואיהו שמא והמיגו מסייע לברי שלה וביאר כן הרשב"א גם דברי התוס' בקידושין שם דס"ל הכי ע"ש אמנם בחי' הריטב"א פ"ק דכתובות הקשה קושיא זו דלאו מיגו היא כלל כיון דגם מ"ע לא מהימנא וכתב דעיקר אחזקה דגופה קסמיך הש"ס ויש ספרים דלא גרסי כלל האי טעמא דמיגו ע"ש ועמ"ש בר"ס ע"ח:

הלכות טוען ונטען סימן פג

פג

א הדין עם המלוה. בבעה"ת והטור מפורש הטעם משום דעבד לוה לאיש מלוה ונראה דאף בחוב שאינו דרך הלואה רק שחייב א"ע בכך מ"מ הרשות ביד המלוה ליקח המעו' על חוב זה דכיון דמ"מ נתחייב לו מקרי שפיר עבד לוה לאיש מלוה וראיה לזה מהא דאמרינן בפ' ג"פ דהא דקיי"ל כותבין שובר ולא אמרינן אבד שוברו של זה יאכל הלה וחדי משום דעבד לוה לאיש מלוה ואפ"ה אף בכתובה שחייב הבעל א"ע קיי"ל דכותבין שובר כדמוכח מדברי התוספות ס"פ הכותב וש"פ שם כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ק' ס"ק כ"ח דלא כהש"ג שמחלק בכך ע"ש וא"כ ה"ה לענין דינא דהכא ג"כ אין חילוק וגם ביורשים שמשלמים חוב אביהם ג"כ הרשות ביד המלוה לגבות איזה חוב שירצה כדמוכח בבעה"ת והביאו הב"י ע"ש:

ב נאמן הלוה בשבועת היסת ונפטר הערב. ויש להקשות שבועה זו מה טיבה הא מ"מ חייב הלוה חוב האחר וכיון דמיירי שאין להלוה לשלם דהא אין נפרעין מהערב אלא כשאין להלוה לשלם א"כ שבועה זו לבטלה היא דהא השתא אין לו במה לשלם וכשיהיה לו מעות יצטרך לשלם להמלוה חוב האחר ועוד קשה דהא בסי' פ"ז סכ"ה פסק הרב בהגה דמי שאין לו לשלם אין משביעין אותו היסת כלל ולכאורה י"ל דלכך משביעין אותו משום דכיון שאם יודה הלוה שלא פרע יצטרך הערב לשלם ובזה יוצא הלוה ידי חובת הפרעון נגד המלוה ובמה שכופר הלוה שפרעו מפסיד את המלוה בדיבורו נגד הערב ולכך משביעין את הלוה היסת שיודה ויתחייב הערב ולא יפסידנו בדיבורו ודמי למה שמבואר בסי' שפ"ח ס"ז בהגה דהאומר לחבירו מסרתני והוא כופר דחייב היסת והכא נמי חייב היסת ע"ז שאינו מפסידו בכפירתו אך מ"מ זה ליתא דהא בסי' קכ"ט ס"ט כתבו הט"ו דכשהמלוה בא ליפרע מן הערב צריך הלוה לישבע שאין לו וגם יכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו חוב זה כדי שלא יעשו קנוניא על נכסי הערב ובמלוה ע"פ מיירי התם כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם והנה גם שם קשה לכאורה דשבועה זו מה טיבה דכיון שכבר הודה הלוה בפני ב"ד שחייב להמלוה חוב זה א"כ אף שיחזור מהודאתו אח"כ ויטעון שפרע מה תועיל כיון שכבר הודה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי וממילא מחויב ג"כ הערב לשלם ובע"כ צ"ל דאין הערב מחויב לשלם אלא כשהלוה עומד בהודאתו דלכך הימניה הערב מתחלה דכשיודה הלוה יתחייב לשלם משא"כ כשהלוה אינו עומד בדיבורו והוא אינש דלא מהימן בזה לא חייב א"ע ואף

דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי מ"מ א"נ לחוב לאחרים בהודאתו וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דהכא נמי כיון שהלוה כבר טען בפני הב"ד שפרע ובזה לא שייך שבועה כלל על גוף הטענה דהא שבועה לבטלה היא וא"כ למה משביעין אותו שיחזור ויודה דהא אף שיחזור ויודה לא יהא יכול לחייב את הערב בהודאתו להכחיש דבריו הראשונים דאדעתא דהכי לא חייב א"ע הערב כלל ואפשר לומר דהט"ו סברי דכל עיקר אזלינן אחר הודאתו שבאחרונה שהוא מודה מחמת שאינו רוצה לישבע דכיון שהוא מודה מחמת אימת השבוע' רגלים לדבר שמה שאומר באחרונה הוא האמת ולכך משביעינן ליה הכא וכן בסי' קכ"ט בכדי שיודה משום דהודאתו שבאחרונה הוא העיקר בין לחיוב בין לפטור וזה דוחק גדול ויותר נראה דהכא מיירי שיש ללוה נכסי' במדינ' אחרת דבכה"ג נפרעין מן הערב תחלה מפני שאין אומרי' לו להוציא מאתים על מנה כמבוא' בסי' קכ"ט סי"א והיינו משום דההוצאות שמוציא המלוה לילך למקום אחר לגבות את חובו פטור הלוה מלשלם כמ"ש הש"ך בסי' י"ד סק"י בשם מוהרש"ל ע"ש וא"כ לכך חייב הלוה היסת נגד המלוה שפרע החוב שיש בו ערב משום דאם יודה הלוה שלא פרע זה החוב והמלוה יש לו לגבות מן הערב א"כ נהי שלא תועיל הודאתו נגד הערב לגבות ממנו מ"מ תועיל הודאתו נגד המלוה שהמלוה יהיה יכול לגבות מן הלוה מנכסיו שבמדינה אחרת כל ההוצאות שהפסידו בדיבורו והזקיקו לגבות מנכסיו שבמדינה אחרת דהוי כמסרב לדין שמבואר בסי' י"ד ס"ה דחייב לשלם אף ההוצאות משום דיני דגרמי וה"נ הרי הפסידו בדיבורו וחייב לשלם מדד"ג כמו מעיד עדות שקר דחייב לשלם מדד"ג וא"כ הוי כפירת ממון גמור כמו האומר לחבירו מסרתני והוא כופר דחייב הנתבע היסת כנלפענ"ד ועדיין צ"ע לדינא ודוק:

ג ואם יש בו נאמנות נוטל בלא שבועה. ואיכא למידק לפי מה שהוכיח הש"ך בר"ס ע"א מהבעה"ת וש"פ דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א ואינו נוטל אלא בשבועה וא"כ ה"נ הלוה גופא שטוען שפרע החוב שיש בו ערב ונשאר חייב לו החוב האחר שאין בו ערב יחשב כעד שהרי לדידיה אין שום נ"מ אי חייב חוב זה או חוב האחר ואם יהיה לו מעות יצטרך לשלם להמלוה מחמת חוב האחר וא"כ הוי עד מעליא וגדולה מזו פסק הסמ"ע בסי' קכ"ג סי"א דלוה שאין לו לשלם מעיד על הערב לחייבו כיון שאינו נוגע בעדו' כלל דהא יצטרך לשלם להערב ואף דהש"ך שם פקפק ע"ז מ"מ הכא כ"ע מודי דאינו נוגע בעדות כלל דהא סוף סוף חייב למלוה חוב האחר אך לפמ"ש דמיירי הכא שיש ללוה נכסים במדינה אחרת ניחא די"ל דהוי נוגע בעדות משום דחיוב הלוה נוח לו מחיוב הערב לכך הוא אומר שפרע החוב של הערב ואף דהסמ"ע שם כתב דדוחק לומר

דהוי נוגע משום סברא זו דהשני נוח לו והא' קשה ממנו והש"ך שם הסכים עמו משום דל"א השני נוח לו אלא לענין אם העד בא להוציא אבל לא כשהעד חייב כבר תמהתי עליהם בסי' ל"ז סי"א ממה דאיתא שם ובסי' ס"ו סכ"ב דראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכומ"ס והיה שמעון אחד מעדי המתנה דפסולה משום דשמעון נוגע דבר שהשני נוח לו הרי אף שהעד הוא החייב מיחשב נוגע בדבר מה"ט וכן הבעה"ת שם בשער נ"א האריך בסברא זו ופלפל שם בזה ע"ש ולפ"ז כשאין לו להערב לשלם כלל לא מהני נאמנות סתם שבשטר דהוי כע"א מעיד שהוא פרוע ולא אמרינן דהוי נוגע משום דשמא יתעשר משום דלשמא יתעשר לא חייש כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם וכ"ש הכא דאף אם יתעשר לא יהיה לו שום נ"מ אלא מה שהלוה נוח לו דפשיטא דלא הוי נוגע בהכי:

ד נאמן לומר שקבלם בשביל החוב שאין לו בו ערב. בטור מבואר בשם בעה"ת דאע"ג דכי איכא עדים א"נ לומר סטראי נינהו כדלעיל בסי' נ"ח שא"ה שהפרעון ודאי והחיוב האחר הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי משא"כ הכא שגם החוב האחר הוא ודאי נאמן לומר שקבלם עבור החוב האחר ונ"ל דדוקא כששני השטרות הם לפנינו בפני ב"ד ויש עדים שפרע לו וא"י על איזה שטר אז נאמן המלוה אבל אם עדים אחרים מעידים שהמלוה היה לו עוד שטר אחר וכעת אינו תח"י בכה"ג אין המלוה נאמן לומר שקיבל הפרעון עבור החוב האחר דמ"מ איתרע שטר זה שיש עכשיו ביד המלוה כיון שעדים מעידים שפרעו בפניהם הוי הפרעון ודאי והחוב האחר ספק דאע"ג שהיה לו שטר אחר מ"מ דילמא פרע לו שטר האחר בינו לבינו בפעם האחר והשטר האחר הוא ודאי בחזקת פרוע כיון שאינו ביד המלוה וזה הוא דעת הסמ"ע בסי' ל' ס"ק ל"א והרב בעל מ"ל פי"ד מה' מלוה השיג על הסמ"ע מדברי בעה"ת שבכאן ואין דבריו מוכרחים כלל אך מ"מ מדברי בעה"ת ריש שער י"ט שרמז המ"ל שם משמע להדיא דאם המלוה מברר שהיה לו עוד שטר אחר דמיא לדינא דהכא אך מ"מ יש לחלק דהיכא שמברר שהיה לו עוד שטר אחר אך שאינו ידוע אימת בא ליד הלוה בזה הדין דאיתרע השטר שלפנינו מה"ט דכתיבנא אבל אם מברר שהיה לו עוד שטר והחזירו להלוה אחר אותו זמן שהעדים מעידים שנתן לו מעות בפניהם בסתם בזה הדין עם המלוה דכיון דחזינן דאם שני השטרות לפנינו מהימנינן ליה לומר שקבל בשביל החוב שאין לו בו כח כ"כ א"כ ה"נ כשהעדים מעידים שהחזיר לו שטר אחר אחר אותו זמן שנתן המעות לפני העדים בסתם א"כ נתברר לפנינו שבעת נתינת המעות היה בידו שני שטרות ונאמן לומר שנתינת המעו' היה ע"ז השטר שהחזיר לו אח"כ וגם מסתמא ע"ז השטר היה הפרעון ודמי קצת למ"ש הרב בסימן ס"ה סכ"ג בהגה דאם אמר שטר בין שטרותי פרוע הגדול פרוע ולא הקטן ואם נמצא שובר

בבית לוה על הקטן ודאי הקטן פרוע ולא הגדול דמסתמא כיון על הקטן ע"ש וה"נ כיון שהשטר האחר אינו בידו מסתמא הפרעון היה על השטר האחר וא"כ י"ל דהבעה"ת בשער י"ט מיירי בכה"ג כ"כ לפענ"ד ודוק:

ה נשבע הלוה היסת ונפטר. וכתב הסמ"ע דאף להסוברים בסי' פ"ב דאמרינן מיגו להוציא הכא שאני כיון דתחלת ביאתו לב"ד היה לתובעו בשטר מזויף ואין אומרים מיגו אלא להוכיח מיניה שתחלת טענתו היתה אמת וכ"כ התוס' והשיג עליו הש"ך דהתוס' לא כתבו כן אלא לרב יוסף אבל לפי מאי דפסקינן הלכתא כרבה בארעא וכר"י בזוזי אלמא דליתא לסברא זו דא"כ אף בארעא נמי אלא הטעם משום דמיגו להוציא לא אמרינן ולכך בארעא כיון שהוא מוחזק בה הלכתא כרבה והנה באמת דבריו נכונים בפי' דברי התוס' והרא"ש אך מ"מ אין זה השגה כ"כ על הסמ"ע די"ל דאף להסוברים דאמרינן מיגו להוציא מ"מ במיגו גרועה כי האי שהוצרך לשקר בתחלתו לכ"ע לא אמרינן מיגו להוציא ולכך בקרקע שהוא מוחזק בה ולא הוי להוציא אמרינן אף מיגו גרועה כזו כן יש ליישב דברי הסמ"ע אך מה נעשה שמרן הטור בקיצור פסקי הרא"ש כתב דלא אמרינן מיגו להוציא וגם לא אמרינן מיגו היכא שהוצרך לשקר מתחלה וכן הוא בפסקי התוס' דלא אמרינן מיגו היכא שהוצרך לשקר מתחלה והוא תמוה מאוד דהא לפי מסקנת הש"ס מוכח איפכא ואפשר לומר דכוונתם דבכה"ג שהוצרך לשקר מתחלה לא אמרינן מיגו להוציא אף בגווני דאמרינן מיגו להוציא כגון בברי ושמא ונגד יורשים או היכא דהחזקה מסייע ליה מ"מ מיגו גרועה כזו ל"א להוציא וילפי לה משום דס"ל מן הסברא דבמיגו אלימתא כזו דאי בעי הוי שתיק והשטר מסייעו כיון שהוא מקוים אמרינן מיגו להוציא כמ"ש התוס' ברפ"ק דמציעא ד"ה וז"א חצי' שלי דזהו טעמ' דרב' וכן הוא בפסקו תוס' שם לפסק הלכ' אלא דכיון דהיה מוכרח לשקר תחל' לא אמרינן מיגו להוצי' אף בכה"ג ולכך ה"ה בכל גווני דאמרינן מיגו להוציא מ"מ היכא שהיה מוכרח לשקר בתחלה לא מהני המיגו זה נראה ליישב דבריהם בדוחק אך כ"ז הוא לשיטת המחבר אולם הש"ך הביא שהרמב"ן והרשב"א חולקין על דין זה וס"ל דבשטר מקוים נאמן במיגו אף להוציא ומפרשים כולה סוגיא דפחז"ה בשטר שאינו מקוים והש"ך הביא בשם הגיד"ת וכבר קדמו הרמב"ן בחי' להקשות לפי שיטה זו מאי פריך הש"ס בפ' הכותב גבי פוחתת כתובתה נפרעת שלא בשבוע' במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ומשני באומרת אמנה היתה ביני לבינו ומאי קושיא הא נאמנת במיגו דלא היתה פוחתת והרמב"ן והש"ך נדחקו בזה ולפענ"ד לק"מ לפי מה שהסכימו הגאונים דבטוען על המשכון בעי שבועה בנק"ח וכתבו הטעם דכיון דלאו אגופא דמשכון קטעין כנוטל

חשבינן ליה ובעי שבועה ליטול הרי אף דהמוחזק במשכון אית ליה מיגו מעליא דאי בעי היה טוען להד"ם או החזרתי אפ"ה לא מהני המיגו ליטול בלא שבועה דכיון דלאו אגופא דמשכון קטעין נוטל הוא וצריך שבועה א"כ כ"ש בנוטל ע"י שטר מתורת מיגו דצריך שבועה בנק"ח ליטול דהא המוחזק במשכון חשיב טפי מוחזק ממי שמוחזק בשטר כמבואר בי"ד סי' קס"ט סכ"ה בהגה לענין רבית וטוען שבהיתר נעשה דהמוחזק במשכון א"צ שבועה ומי שיש בידו שטר צריך לישבע ע"ש וא"כ פריך הש"ס שפיר האי שטר' חספא בעלמא הוא ונהי דאית לה מיגו מ"מ אמאי נפרעת שלא בשבועה כיון שא"נ אלא מתורת מיגו צריכה שבועה בנק"ח ליטול והנה לפי מ"ש הש"ך בסי' קמ"ט ס"ק כ"ד בשם הרבה פוס' דשבועת הגאונים לא שייכא במשכון קרקע כיון דאין נשבעין על הקרקעות ש"ד ה"ה דאין נשבעין שבועת הגאונים א"נ הקשו שפיר דהא כתובה אינה נגבית אלא מקרקעי ובכה"ג א"ל לישבע היכא דאיכא מיגו מעליא אך לפי מה שהעלה הש"ך דאין חילוק וכ"ה דעת הרמב"ן לק"מ ולפ"ז אף לשיטת הרמב"ן והרשב"א דבשטר מקוים המלוה נאמן במיגו מ"מ עכ"פ צריך שבועה בנק"ח כמו במלוה על המשכון לכ"ע דהא בשטר זה ליכא שיעבוד קרקעות כיון דשטרא זייפא הוא אך מדברי הש"ך בסי' ק"ח סק"ד מוכח דלא ס"ל סברא זו דהא העלה שם דבשטר שאין בו נאמנות והלוה טוען פרעתי והמלוה טוען סטראי נינהו דהמלוה גובה בשטרו בל"ש אם לא שטען הלוה אשתבע לי ע"ש אלמא אף דא"נ לומר סטראי נינהו אלא במיגו כדאיתא בש"ס ופוס' שם דסטראי טענה גרוע' היא וא"נ עלי' אלא במיגו ואפ"ה גובה השטר בלא שבועה משום מיגו דלהד"ם ובאמת לא ידעתי ההבדל מה בין זה לטוען על המשכון דצריך שבועה בנק"ח ליטול וצ"ע ועמ"ש בסי' נ"ב סק"ג:

פד

א לא יפרע אלא בשבועה. בריש פ' אע"פ איתא אר"א אר"י תנאי כתובה ככתובה דמיא וקאמר הש"ס נ"מ לפוגמת ופי' התוס' והרא"ש שם דאם פגמה הכתובה נשבעת אף על התוס' אף שהכתובה בשטר אחד והתוס' בשטר אחר דאי שניהם בשטר אחד אפילו לא הוי תוס' ככתובה כך הדין בכל השטרות הפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה ואיכא למידק דאף אי התוס' כתובה לא הוי ככתובה מ"מ כיון דפוגמת הכתובה צריכה לישבע אף על התוס' מכח גלגול שבועה דהא על כל הנשבעין ונוטלין מגלגלין אף שלא תבע התובע לגלגל כמבואר בר"ס צ"ד ויש לתרץ ע"פ מ"ש התוס' בפ' הכותב דלכך הפוגמת כתובתה צריכה שבועה ולא מהימנא במיגו דאי בעי לא היתה פוגמת משום

כיון דטעמא דצריכה שבועה משום דמיפרע לא דייק לכך לא שייך כאן מיגו כלל כיון דסבורה שאומרת אמת ואינה רוצה לשקר כלל ולפ"ז ניחא דאי לא הוי התוס' ככתובה לא היה הבעל יכול לגלגל השבועה שלא נפרעת התוס' דכיון דבתוספת לא שייך לומר דלא דייקא כיון שהיא כתובה בשטר אחר כמו בשאר שני שטרות דאי פוגם שטר אחד א"צ שבועה על שטר האחר א"כ אף ע"י גלגול א"צ לישבע על התוס' משום דמהימנא במיגו דאי בעיא לשקר ולתובע התוס' אף שיודעת שנפרעת ממנו לא היתה פוגמת עיקר הכתובה ולא היתה צריכה לישבע כלל אלא ודאי דקושטא קאמרה לכך קמ"ל דהתוס' הוי כגוף הכתובה דחד חיובא הוא מחמת הנשואין וכשנפרעת מקצת עיקר הכתובה לא דייקא גם על התוס' וליכא מיגו כלל וזה נכון ולפ"ז יש ללמוד מכאן דבשבועת פוגם אין מגלגלין אף היכא שהלוה תובע למלוה תביעות אחרות שהמלוה חייב לו ממקום אחר וגם טוען שפרע לו החוב שבשטר מ"מ א"נ המלוה לישבע משום דאי האמת הוא שהמלוה חייב לו התביעה האחרת א"כ מיחשב זה פרעון נגד השטר ותובע החוב שבשטר בחנם דמיפרע לא דייק לא שייך הכא וא"כ מהימן במיגו דאי בעי לא היה פוגם ואין לדקדק מההיא דס"פ כל הנשבעין דאמרינן לכל מגלגלים חוץ משכיר ופי' התוס' דדוקא בשכיר הדין כן ולא בשאר נשבעין ונוטלין דמגלגלין וא"כ אמאי לא נקט נמי פוגם שטרו דאין מגלגלין זה ליתא דבשכיר אין מגלגלין לעולם אבל בפוגם משכחת גלגול דאחר דנתחייב המלוה שבועת הפוגם הוציא עליו עוד שטר אחר לתבוע אותו והלוה טוען פרעתי דבכה"ג מגלגלין על השבועה הראשונה דהכא לא שייך מיגו דאי בעי לא היה פוגם דהוי מיגו למפרע אך כ"ז לפי שיטת התוס' דפ' השואל דף צ"ז ד"ה ביום שהיתה שאולה מתה דמוכח מדבריהם דס"ל דאמרי' מיגו לאפטורי אף משבועת גלגול אבל לפי מה שהארכתי בסי' צ"ד להוכיח דלא אמרינן מיגו לאפטורי מגלגול שבועה לכ"ע א"כ מגלגלין אף בפוגם שטרו והא דאמרינן בר"פ אע"פ דתנאי כתובה ככתובה נ"מ לפוגמת היינו משום דנ"מ בין עיקר שבועה לשבועת גלגול בכמה גווני כגון שהבעל מודה שלא פרע לה מותר עיקר הכתובה רק שפרע לה התוס' או שיש לה נאמנות בעיקר הכתובה ולא בהתוס' וא"כ אינה מחויבת לישבע כלל על העיקר לכך קמ"ל דכיון שפגמה עיקר הכתובה הוי כפגימת התוס' וצריכה שבועה על התוס' מצד עצמו ועמ"ש סי' פ"ט ס"ק י"א ע"ש ודוק:

ב אפילו היו עדים. הט"ז באה"ע סי' צ"ו ס"ק י"ב כתב דדוקא בלא יחד עדים הדין כן אבל ביחד עדי' לא הוי פוגם והשיג שם על הפרישה ודבריו תמוהי' דמי עדיף יחד עדים מכתב לו שובר דפסקינן הכא דהוי פוגם ואין לך יחוד עדים גדול מזה ודוחק גדול לחלק

בין שובר ליחד עדים וכן משמע להדיא בתשו' הרא"ש כלל ס"ח שהביא הש"ך בסק"ד וכ"נ מסתימת כל הפוס' וכן עיקר:

ג בד"א כשעבר זמנו. וכתב הפרישה דנראה דאם לאחר שעבר זמנו טוען שכבר פרע בת"ז צריך שבועה דהא אית ליה מיגו דאי בעי אמר פרעתיך אחר הזמן עכ"ל וכן יש להוכיח מדברי ההג"מ בפי"ד מה"מ שכתב על לשון הרמב"ם ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה וכתב ההג"מ על תיבת בזמנו וז"ל בת"ז או ביומא דמשלם זמנו ע' בתוס' פ"ק דב"ב עכ"ל ולכאורה תמוה הא מסקינן בפ' השואל דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זימניה ואמאי לא ישבע א"ו דכוונתו דאם יאמר ביומא דמשלם זימניה פרעתיך בתוך זמנו א"צ התובע לישבע מחמת מיגו דאי בעי אמר פרעתיך היום משום דהוי מיגו דהעזה דיותר נוח לו לומר פרעתיך אתמול ושכחתי כמ"ש התוס' בפ"ק דב"ב משמע להדיא דאם עבר זמנו לגמרי וטען הלוה שפרע בת"ז חייב התובע לישבע משום דהלוה אית ליה מיגו דפרעתיך לאח"ז דאמרינן מיגו להשביע אמנם הב"ש באה"ע סי' צ"ו סק"ח כתב דמתשו' הרי"ף משמע דבכה"ג א"ל התובע לישבע משום דלא אמרינן מיגו להשביע ולפענ"ד יש ראיה ברורה לדבריו מהא דמבואר בבעה"ת והט"ו בסי' פ"ב ס"י דאם טען על השטר אשתבע לי שאין השטר אמנה או רבית א"צ שבועה משום דאין השטר עומד לכך ומשמע התם דאפילו כשאין בשטר נאמנות הדין כן כמבואר בטור שם להדיא וכן משמע מלשון הרמב"ם בפי"ד מה"מ ואמאי להימין הלוה לומר אשתבע לי שאין השטר אמנה במיגו דאי בעי אמר אשתבע לי דלא פרעתיך דהא בסי' ס"ט ס"ב מבואר דבכת"י נאמן הלוה לומר אמנה במיגו דפרוע א"ו דמיגו להשביע לא אמרינן וז"ב וטעמא רבה איכא במילתא לפי מ"ש הסמ"ע בסי' קל"ט סק"ח לענין אם אחד אכל שדה ואומר שהוא שלו ויש לחבירו חזקת אבות בה אף שאכל שלא בעדים ויש לו מיגו דלא אכלתי חייב לשלם אף הפירות דכיון שהשדה יוצא מתחת ידו דהא לית ליה מיגו אגוף השדה צריך להחזיר אף הפירות דהפירות בתר ארעא גרירי וכיון שצריך להחזיר השדה ממילא חייב לשלם אף הפירות דלא שייך מיגו להאמינו בחצי טענתו והיא שיטת התוס' והג"א והטור כמ"ש הש"ך שם וא"כ ה"נ כיון דלית ליה מיגו להאמינו בגוף פרעון השטר וצריך לשלם המותר מה שתובע אותו המלוה היאך שייך להאמין הלוה שפרע המותר לענין להשביע שכנגדו ולא לגוף הפרעון והיאך שייך להאמינו לחצאין ודמיא ממש להתם דלא מהימנינן ליה שהקרקע שלו בכדי שלא לשלם הפירות והקרקע יחזיר להבעלים כיון דתליא זה בזה וה"נ ואף לשיטת הפוס' החולקים שם בההוא דינא כמ"ש הש"ך שם אפשר דהכא גרע טפי מהתם ודוק והכנה"ג בסי' פ"ב בדיני מיגו אות ק"ע

הביא בשם הגיד"ת דתלי דין זה דמיגו להשביע בדין אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ע"ש אך לפי מ"ש דמוכח סברא זו מדברי הטור וסתימת הרב רמ"א בסי' פ"ב ס"י והרי הם ס"ל בסי' רצ"ו ס"א דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה וע"כ צ"ל הטעם כמ"ש ולפ"ז בהיה המלוה חשוד על השבועה לשיטת הסוברים בסי' פ"ב ס"ח דפוגם שטרו והוא חשוד דנשבע הלוה ונפטר וכן לענין כתובה והאשה חשודה והבעל טוען שפרע לה קודם הגירושין ובאשה חשודה לכ"ע נשבע הבעל ונפטר כמ"ש הש"ך בסי' פ"ב שם א"כ אי יכול לומר שפרע אחר זמנו או לאחר הגירושין הוי מיגו מעליא דמהימנינן ליה אכולי טענתו שאומר אמת שפרע בת"ז או קודם הגירושין במיגו דאי בעי היה טוען שפרע לאחר זמנו או לאחר הגירושין והיה נפטר לגמרי לשלם כיון שבעל השטר הוא חשוד ואפשר אף לפי סברת הגיד"ת הדין כן ודוק:

ד אבל אם הוא ת"ז. זהו שיטת הרמב"ם אבל הטור כתב בשם רב האי גאון דצריך שבועה אף בת"ז וכן הה"מ בפי"ד מה"מ כתב שיש לפקפק בהאי דינא דהא איתרע החזקה דהא חזינן שפרע מקצת בת"ז והניח בצ"ע והרב בעל מ"ל כתב דלא כתב הה"מ כן אלא לענין שבועה אבל לענין ממון כגון מלוה ע"פ בת"ז והמלוה מודה שנפרע מקצת גובה המותר ולא אמרינן דאיתרע החזקה דאל"כ אמאי גובה בפוגם שטרו אף בשבועה הא איתרע החזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא חזינן שפרע מקצת ולא נטל השטר וגם לא כתב שובר א"ו לענין ממון לא אמרינן והנה לכאורה הדברים נכונים ומ"ש המ"ל דאפשר לדחות זה דבת"ז גוף הפרעון מבטל החזקה דא"א פורע ת"ז דהא חזינן דפרע אבל גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא לכתוב שובר מיד ונטרפה השעה מאיזה סיבה ולא כתב לא נהירא לי דהא תינח כשהלוה טוען שפרע המותר בזמן אחר אבל כשהלוה טוען שפרע הכל בבת אחת להימן דהא כיון שהמלוה מודה שנפרע מקצת ע"כ צ"ל דמאיזה סיבה לא נכתב שובר א"כ נימא דילמא אז פרע כולו או פחות מעט מתשלום דמי השטר אדעתא לכתוב שובר ומחמת הסיבה לא נטל השובר א"ו דלענין ממון כל מה שנוכל להחזיק החזקה מחזיקינן דמאי דאיתרע איתרע ולא המותר אמנם הרב בעל מ"ל גופיה בר"פ ט"ו מה"מ כתב בפשיטות לענין אם א"ל אל תפרעני אלא בעדים שכתב הר"ן דמהני אף שלא בשעת הלואה משום דכיון דהתרה בו לפורעו בעדים לא עביד לפורעו שלא בעדים דאם המלוה מודה שנפרע מקצת שלא בעדים הלוה נאמן על הכל משום דאיתרע החזקה כמ"ש הה"מ בפוגם שטרו ע"ש וכן מוכח להדיא בתוס' דב"ב פחז"ה דף מ"ה שהקשו שם אברייתא דקתני אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה והקשו התוס' כיון דברייתא זו אתיא כר"י דס"ל

דאף בקציצה לא דכירי אינשי ור"י סבר דשכיר אינו נשבע ונוטל אלא כשהבע"ה מודה במקצת וא"כ אמאי עבר זמנו אינו נ"ו דהא טעמא דאמרינן עבר זמנו אינו כ"ו נשבע ונוטל משום חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וחזקה דאין שכיר משהה שכרו והכא הרי השהה והרי עבר דהא מודה שקצץ לו אחת ועדיין חייב לו ול"ל כגון שאומר אותה אחת שקצצתי לך ברשותך השהיתי דלא עבר בבל תלין דמ"מ חזקה דאין שכיר משהה שכרו ליכא דהרי שיהה אחת ודוחק לומר דמאי דחזינן דשיהה שיהה ומאי דחזינן דלא שיהה לא שיהה זהו תורף דבריהם הרי להדיא דהתוס' ס"ל דכל היכא דאיתרע החזקה לא מהני אף לענין ממון ולענין מה שהקשה המ"ל דא"כ בפוגם שטרו אמאי גובה השאר בשבועה הא איתרע חזקה דשטרך בידי מאי בעי יש לתרץ ע"פ מ"ש התוס' דלכך הפוגם שטרו צריך שבועה ולא מהימן במיגו דאי בעי לא היה פוגם משום כיון דהטעם דצריך שבועה הוא משום דמיפרע לא דייק א"כ ליכא מיגו כלל דהא אין רצונו לשקר כלל אלא דלא דייק ולפ"ז ניחא דלכך מהימן בשבועה דכיון דע"י השבועה מידק דייק א"כ מהימן במיגו דאי בעי לא היה פוגם כלל ומיגו להוציא לא הוי דהא בשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא ובפוגם שטרו בעדים דליכא מיגו בלא"ה לא איתרע החזקה במאי דפרע מקצת די"ל דסמך אעדים אבל בהמותר שטוען שפרע שלא בעדים איכא חזקה אלימתא במאי שלא נטל שובר ועוד דבפוגם בעדים שודאי לא פרע הכל בבת אחת דהא העדים מעידים שלא פרעו אלא המקצת ניחא שפיר תי' של המ"ל דדילמ' מאיזה סיבה לא נטל שובר על הפרעון ומאי דלא איתרע לא איתרע וכן שמעתי תי' הלזה מא"א מו' הרב הגדול זצ"ל אך לכאורה אכתי קשה לשיטת התוס' והסכמת כל הפוס' דל"א מיגו למפרע כגון אמרה נשביתי ואחר כ"ד אמרה טהורה אני לא מהימנא במיגו דאי בעי לא אמרה מתחלה שנשבית משום דדילמא מתחלה לא רצתה לשקר ואח"כ לבשה רוח אחרת לשקר וא"כ ה"נ אמאי הפוגם שטרו נאמן ליטול בשבועה אף דאיתרע חזקת השטר משום מיגו דאי בעי לא היה פוגם הא קודם שנשבע איכא למימ' דלא דייק וסבר דקושטא קאמר ולא רצה לשקר כלל ואף לאחר השבועה דדייק שפיר מ"מ דילמא באמת נזכר ומשקר במזיד ומשום מיגו דאי בעי הוי משקר בתחלת תביעתו לתבוע הכל אין להאמינו דמיגו למפרע הוא אך מ"מ זה לק"מ דלא מבעיא לפי שיטת רוב הפוס' דפוגם שטרו והוא חשוד דנוטל שלא בשבועה א"כ חזינן דחז"ל לא תקנו להפסיד ממון ע"י חששא זו דמיפרע לא דייק שאינו אלא חששא דרבנן ולא חששו כן אלא לענין שבועה ולא לענין הפסד ממון היכא דאינו יכול לישבע וא"כ ה"נ מתחלה לא תקנו חז"ל לגבי פוגם אלא שבועה בעלמא אך אפילו לשיטת הפוס' דפוגם שטרו והוא חשוד מפסיד

היינו משום כיון דתקנו חז"ל שבועה אלמוה לתקנתם דהיכא דא"י לישבע יפסיד אבל מ"מ תחילת תקנת חז"ל לא חששו לחשש זה דמיפרע לא דייק אלא להשביעו אבל כולי האי לא חששו דדילמא מתחלה לא דייק ואח"כ נשבע לשקר דחזקה דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר וכן מצינו דתקנו חז"ל דמנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה משום דחיישינן לקנוניא דדילמא הלוה החזיר לו שטרו שנטל ממנו בעת הפרעון ואפ"ה בשבועה מיהא מהימן דלא חששו לזה אלא להשביעו ולא להפסידו ממון וזה נכון ובזה מתורץ קושית המפרשים על התוס' שהקשו על הא דאמר רבא לרמב"ח דבעי למימר דפוגמת כתובתה הוא חיוב ש"ד שתי תשובות בדבר וכו' הא איכא תשובה שלישית דלהימנה במיגו דאי בעי לא היתה פוגמת דאשתמוטי לא שייך הכא כיון שבאה ליטול והקשו המפרשים דדילמא רמב"ח ס"ל דהאי סברא דמיפרע לא דייק הוא מדאורייתא וליכא מיגו כלל כמו לרבא ולפמ"ש א"ש דאי אמרת דמדאורייתא חיישינן להא דמיפרע לא דייק א"כ אף בשבועה לא היתה נוטלת דהא איתרע החזקה דשטרך בידי מאי בעי ומשום מיגו לא מהימנא דהוי מיגו למפרע וא"ש אך כ"ז הוא לפי שיטת התוס' דפחז"ה והה"מ ורב האי גאון שהביא הטור דס"ל דהיכא דאיתרע החזקה לא מהני אף לענין ממון אך בהג"א פ' המקבל גבי שכיר דעבר זמנו אינו נשבע ונוטל כתב וז"ל היינו דוקא בכופר הכל או במודה במקצת וכגון שלא עבר על אותו מקצת משום בל תלין דלא הוה גביה או שלא רצה הפועל ליטלו אבל אם עבר באותו מקצת אין בעה"ב נאמן דבעי תרי חזקה וליכא פר"י מוהרי"ח עכ"ל הרי להדיא דאף דשיהה מקצת איכא חזקה דאין שכיר משהה שכרו ולא אמרינן דאיתרע משום מאי דחזינן דשיהה שיהה ומאי דלא חזינן לא אמרינן דשיהה וכן נראה דעת הרמב"ם והמחבר כאן דס"ל דפוגם שטרו והוא ת"ז נוטל בלא שבועה ול"א דאיתרע החזקה כיון שפרע מקצת ומה שמחלק המ"ל בין שבועה לממון דלענין שבועה מקילינן טפי הוא דוחק גדול דמנ"ל להרמב"ם לחלק בהכי א"ו דהרמב"ם סובר דאף לענין ממון אמרינן הכי וכשיטת ר"י ומוהרי"ח שבהג"א דפ' המקבל אמנם מן שמיא אנהירינהו לעייניו ומצאתי ת"ל ראיה גדולה שמכרעת לשיטת רב האי והתוס' דפחז"ה והה"מ מש"ס ערוכה בס"פ ג"פ דף קע"ג ע"א דאיתא התם אמר רבא שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע והקטן אינו פרוע חוב לך בידי פרוע שטרות כולן פרועין א"ל רבינא לרב אשי אלא מעתה שדי מכוכה לך שדה גדולה מכורה לו שדה שיש לי מכורה לך כל שדותיו מכורין לו ופירשב"ם דנימא כל שדותיו מכורין לו קאמר כמו שדה אדום וכמו בהמה רבה ומשני התם יד בעל השטר על התחתונה ופירשב"ם דהממע"ה דהיינו לוקח ומילתיה דרבא דלעיל נמי משום האי טעמא דיד בעל השטר

על התחתונה דהיינו מלוה הלכך חוב לך בידי פרוע כל השטרות שיש לו עליו פרועין וכ"כ הנ"י וכן הוא בהה"מ בס"פ ט"ז מה"מ בשם רבינו יוסף הלוי אבן מיגא"ש דלשון חוב משמע שטר אחד ומשמע נמי על כל שטר שיש לו עליו לפי שכולן חוב אחד מקרי וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי יד בעל השטר על התחתונה וכל שטרות שיש לו נחזיק עליהן שהן פרועין ע"כ והנה דין זה מבואר ברמב"ם והט"ו בס"ס ס"ה ומדברי הש"ס והפוס' משמע דאף אם המלוה חי וטוען אח"כ דכוונתו היה לשטר הקטן א"נ וכן מוכח בש"ס מדפריך רבינא לרב אשי אמילתא דרבא אלא מעתה שדי מכורה לך שדה גדולה מכורה לו ולא פריך כן אמתניתין דהתם דהאומר לבנו שטר בין שטרותי פרוע וא"י איזהו ונמצא לאחד שנים הגדול פרוע א"ו דקושית הש"ס היא אלימא טובא לרבא דמיירי שהוא חי ואומר אח"כ שכוונתו היה לשטר הקטן ואפ"ה א"נ והגדול פרוע וכ"כ הת"ח שם וממילא דאף באומר חוב לך בידי פרוע דכל השטרות פרועין אף שאומר אח"כ דכוונתו היתה לשטר אחד והנה יש לתמוה בזה ג' תמיהות עצומות חדא כיון דחזינן בכל דוכתי דבשטר מוציאין ממון מיד המוחזק וא"נ לומר פרעתי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלמא דחזקה זו אלימא טובא ומוציאה מחזקת ממון וא"כ כיון דחזינן דבאומר שדה שיש לי מכורה לך אף דאיכא למימר שכוונתו היתה לכל השדות מ"מ אמרינן שלא מכר אלא שדה אחת משום דהממע"ה ומוקמינן שאר השדות בחזקת מרא קמא וא"כ ה"נ באומר חוב לך בידי פרוע כיון דאיכא למימר שלא כיון אלא לחוב אחד ואיכא חזקה ששאר השטרות אינן פרועין משום דשטרך בידי מאי בעי וחזקה זו אלים טובא מחזקת ממון ואמאי לא אמרינן שלא כיון אלא לשטר אחד ושאר השטרות נוקמא בחזקתייהו וכ"ש אם מפרש דבריו שלא כיון מתחלה אלא לשטר אחד ועוד יש לתמוה טובא כיון דחזינן באומר שטר לך בידי פרוע דהגדול פרוע והקטן אינו פרוע אלמא אף דיש שטר אחד בידו פרוע מ"מ מוקמינן הקטן בחזקתו משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא ודאי משום אמירתו שלא הודה אלא בשטר אחד לא מהימן להוציא ממון וא"כ אף באומר חוב לך בידי פרוע אמאי כל השטרות פרועין הא באמירתו אין הכרע דהא בלשון חוב יש לפרש נמי דשטר אחד קאמר וא"כ דל אמירתו מהכא ולא הוי אלא ספק גרידא אי נפרעו גם השטרות האחרי' או לא וא"כ כי היכ' דבאומר בפירוש שטר אחד בידי פרוע הגדול לבד פרוע ולא הקטן ולא מרעינן בזה להקטן משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ה"נ באומר חוב לך בידי פרוע מה"ת נאמר דכוונתו היה לשאר השטרות וכ"ש אם מפרש דבריו שלא כיון אלא לשטר אחד אמאי לא מהימנינן ליה ועוד יש לתמוה טובא אמאי א"נ לפרש דבריו שלא כיון אלא לשטר אחד והרי בסי' נ"ט

פסקו הט"ו דהיכא שטוען הלוה ברי שהשטר פרוע והמלוה אומר איני יודע אם פרעתני אינו גובה בו ואם חזר המלוה ואמר עיינתי בחשבוני ונזכרתי בבירור שאינו פרוע חוזר וגובה בו אלמא אף היכא שהוא בעצמו היה מגרע לשטרו בהודאתו שא"י אם פרוע הוא מ"מ מהימן לומר נזכרתי שאינו פרוע כדי לגבות בו כיון שאינו סותר דבריו הראשונים מהימנינן ליה לאוקמא שטרא בחזקתו א"כ כ"ש הכא דבמה שאמר חוב לך בידי פרוע אין הכרע בדבריו אם כוונתו היתה לכל השטרות או לשטר אחד לבד אלא שנולד לנו ספק בכוונת דבריו דפשיטא דיש להאמינו לפרש דבריו הראשונים שלא היתה כוונתו אלא לשטר אחד ולהחזיק שאר השטרות בחזקתן משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"ו מכאן ראיה גדולה לשיטת הסוברים דכל היכא דאיתרע חזקה לפלגא איתרע לכולה והא דפוגם שטרו גובה בשבועה אף דאיתרע חזקה דשטרך בידי מאי בעי מ"מ מהימן במיגו דלא היה פוגם כלל ולפ"ז ניחא הכל דודאי אם הודה ששטר אחד שבידו פרוע איתרעו כל השטרות שבידו דהא עיקר מעליותא דשטרא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי והרי חזינן דפרע שטר אחד והאמינו ולא נטל השטר ממגו א"כ דילמא פרע הכל אלא דבאומר שטר לך בידי פרוע הרי אומר בפירוש דרק שטר אחד בידו הוא פרוע ולא יותר ונאמן שהשטרות אחרים אינם פרועים במיגו דאי בעי לא הודה בכלום כמו בפוגם שטרו דנאמן מה"ט אבל כשאומר חוב לך בידי פרוע כיון דבלשון חוב איכא למימר דבאמת כוונתו לכל השטרות לכך אף שהוא מפרש דבריו אח"כ שלא היתה כוונתו אלא לשטר אחד לא מהימנינן ליה דכיון דהחזקה איתרע וכל השטרות איתרעו וא"נ אלא במיגו וא"כ הכא לא שייך מיגו דדילמא באמת מתחילה היתה כוונתו לכל השטרות ועכשיו נשאו לבו לשקר ומתחילה לא רצה לשקר כלל והוי מיגו למפרע ול"א לה וא"ש ובאמת בזה יש לדחות ראיית הה"מ שם שהוכיח מהתם דיד בעל השובר על העליונ' בכל דוכתי ולפמ"ש אין כאן ראיה די"ל בשובר כל מה שאינו מבורר בתוך השובר מוקמינן השטר בחזקתו דשטרך בידי מאי בעי משום דה"ל להעדים לכתוב בפירוש בשובר כל מה שנפרע והשטר לא איתרע במה שנפרע קצתו כיון דנטל שובר משא"כ היכא דאמר חוב לך בידי פרוע א"כ איתרעו כל השטרות ומיגו לא שייך בזה כיון די"ל דבאמת כוונתו היתה לכל השטרות וכ"ש דמה שהביא הה"מ שם ראיה מהא דשטר לך בידי פרוע דהגדול פרוע דאין כאן ראיה כלל דלא שייך בזה החזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דעכ"פ שטר אחד שבידו הוא פרוע והלוה הניח השטר בידו חיישינן דהגדול הוא הפרוע אך י"ל דהה"מ סובר דבשובר נמי איתרע כל השטר די"ל דהעדים כתבו סתמא בכדי דכל מה דמפיק לירעיה דהממע"ה וכמ"ש הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ"ח בשם הבעה"ת

ע"ש אך מ"מ בפירוש הש"ס נ"ל ברור כמ"ש ועיין בסי' קמ"ו סי"ד ובש"ך שם ודוק כי נכון הוא ומוכרח בס"ד וזה ראי' גדולה לשיט' התו' פחז"ה ורב האי והה"מ דס"ל בפוגם שטרו והוא ת"ז דצריך שבועה דכיון דפרע מקצת איתרע החזקה לכולה ודלא כהרמב"ם והמחבר כי דוחק גדול לחלק בין ממון לשבועה ומ"ש הכנה"ג לתרץ שיטת הרמב"ם דכאן לא איתרע החזקה די"ל דפרע מקצת בת"ז בכדי שימתין לו השאר אחר זמנו וכיון דאיכא שום טעם במה שפרע המקצת לא איתרע החזקה לכולה לא נהירא מתרי טעמי חדא דהתינח אם טוען כן אבל אם אינו טוען כן למה לא יצטרך להישבע ועוד דאכתי אם השטר אלף זוז והלוה טוען שפרע כולו והמלוה מודה שנפרע מנה בת"ז אמאי לא יצטרך לישבע שלא נפרע יותר דנהי דהחזקה דת"ז לא איתרע דמסתמא לא נפרע כולו מכל מקום אכתי יש לחוש שפרע לו ג' מנים או יותר בכדי שימתין לו המותר עד הזמן ויצטרך לישבע שלא נפרע יותר אמנם בחידושי אמרתי לתרץ דברי הרמב"ם ע"פ מה שהקשו התוס' דלמה בפוגם צריך שבועה ואינו נאמן במיגו דכופר הכל משום כיון דמיפרע לא דייק אמרינן שאין רצונו לשקר כלל והרי חזינן לענין שכיר דמהני מיגו לבעה"ב בשכרו שלא בעדים אף דחיישינן דטרוד בפועליו והוא טועה והניחו בקושיא והנה על מיגו דאי בעי תובע הכל לא קשיא קושית התוס' כלל די"ל דאין רצונו לשקר להוציא ממון בחנם אבל גבי שכיר הוי מיגו מעליא דאי בעי היה טוען לא שכרתיך מעולם שהיא טענה מעולה ולא יכפור ממון כלל ואף היכא שהוא מודה במקצת אית ליה מיגו לבעה"ב דאי בעי אמר שקצץ לו פחות וקציצה מידכר דכיר אלא דמ"מ קושית התוס' קשיא שפיר דלהימן במיגו דאלו בעי היה פוחת שטרו שהיא טענה מעולה שא"צ שבועה ומיגו כי האי מהני בשכיר אף לפטור את הבעה"ב משבועה אף לשיטת הסוברים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כמבואר בר"ן בסוגיא דקציצה וא"כ ה"נ לענין פוגם שהוא מדרבנן להימן בל"ש במיגו דפוחת וכ"כ מוהרש"א בתוס' ד"ה או דילמא פוגמת ע"ש אך יש לתרץ דאין כאן מיגו דירא לפחות משום דדילמא יטעון הלוה אח"כ אשתבע לי דלא פרעתיך המותר וכיון שכבר פיחת השטר לא יהא יכול לישבע שלא נפרע כלל על השטר הלזה ויצטרך להודות כדי שלא ישבע לשקר ויפסיד הכל וליכא למימר שיחזור בו ויאמר מה שפחתתי את השטר היה בשקר אלא שנפרעתי מקצתו דהא מפטור לפטור יכול לחזור בו זה לית' דלאו מיגו הוא דבוש הוא לחזור מדבריו הראשונים וגרע ממיגו דהעזה וכ"כ הכנה"ג בדיני מיגו סי' קצ"ד ולפ"ז יפה פסק הרמב"ם וסייעתו דבפוגם שטרו והוא בת"ז נוטל בל"ש משום דהוא נאמן במיגו דאי בעי היה פוחת שטרו והיא מיגו מעליא דהא אף כשיטעון אישתבע לי דלא פרעתיך המותר לא יהא צריך לישבע כיון דת"ז הוא

כמ"ש הסמ"ע והש"ך דלא כהמחבר וא"ש ונכון וא"כ לפ"ז י"ל דגם הרמב"ם מודה בכל דוכתי דכל היכא דאיתרע חזקה לפלגא איתרע לכולה וכמו שהוכחתי מש"ס ערוכה דס"פ ג"פ אמנם אף שהוכחתי דהיכא דאיתרע השטר במקצתו איתרע לכולו אכתי יש להסתפק אי דוקא כשטוען הלוה שפרע הכל בבת אחת אמרינן כן דמאותו הטעם דפרע מקצת י"ל דפרע הכל אבל בזמנים מתחלפים לא אמרינן דאיתרע החזקה לכולו ואם טוען שפרע המותר אח"כ לא מהימן משום די"ל דמאיזה סיבה לא נטל השובר אז ומאי דלא איתרע לא איתרע כמ"ש המ"ל ועוד דדעתן של ב"א משתנות מזמן לזמן ומשום דלא נטל שובר פעם אחת והאמינו לא אמרינן שהאמינו לעולם כיון שאין דרך ב"א בכך או דילמא אף בזמנים מתחלפים אמרינן דאיתרע החזקה לכולו ומסוגיא דס"פ ג"פ אין ראיה דהתם אף שהלוה טוען שלא פרעו בב"א מ"מ נאמן הלוה במיגו דאי בעי היה טוען שפרע הכל בב"א אך מ"מ נ"מ לדינא מספק זה היכא שהמלוה הודה בפני עדים שנפרע מקצת השטר ואח"כ נולד הכחשה ביניהם שהלוה טוען שפרע לו אח"כ המותר אי הלוה נאמן משום כיון דאיתרע החזקה דשטרך בידי מאי בעי לפלגא איתרע לכולה והמלוה לית ליה מיגו דהוי מיגו למפרע וכן ביורשים שפגמו שטר ואומרים שאביהם אמר להם שנפרע קצתו דדינא הוא שהיורשים נשבעים שלא פקדנו ונוטלים כמ"ש הש"ך בר"ס זה בשם רי"ו וא"כ אי אמרינן דאף שטוען שפרע בזמן אחר איתרע לכולה א"כ בעינן דוקא שהיורשים אומרים שאביהם צוה להם כן קודם מותו או אף קודם לכן ויודעים שלא נפרע אח"כ אבל אם אינם יודעים שנפרע עוד אח"כ והלוה טוען שפרע אח"כ נאמן דהא כיון שנפגם השטר איתרע שטרא לכולה והכא לא שייך מיגו דדילמא בשעה שאמר האב שנפרע מקצת לא רצה לשקר והוי מיגו למפרע א"כ אף שהלוה אומר שפרע הכל בבת אחת והאב שקר ענה בו נאמן במיגו דאי בעי אמר שפרע אח"כ אף שלפי דברי היורשים היה לו להאב מיגו דאי בעי לא הודה בכלום מ"מ כיון דעכשיו יש ג"כ מיגו להלוה אין מוציאין מידו דהממע"ה והשטר איתרע כבר אך מ"מ הסברא נוטה דבזמנים מתחלפים לא אמרינן דאיתרע לכולה משום דאל"כ לא אשתמיט בש"ס ופוס' לאשמועינן האי מילתא חידושא דהיכא שהודה לפני עדים שנפרע מקצת השטר דאיתרע שטרא לענין שיהא הלוה נאמן לומר פרעתי אח"כ ואדרבה יש להוכיח איפכא מדברי הט"ו בסי' ל' ס"ח שכתבו שם בהודה לפני ע"א שפרע מנה בניסן ולפני השני הודה שפרע מנה בתשרי מחזיקינן השטר בפרוע ממנה משמע דאף שהלוה טוען שפרע שניהם מ"מ גובה המותר ולא אמרינן כיון שעכ"פ פרע בזמן אחד מנה ולא נטל שובר איתרע שטרא ומהימן לומר שפרע הכל א"ו דבשני זמנים ל"א כן אך מ"מ אי משום הא לא איריא דהא

הטעם דעידי צרוף מהני משום דודאי אחד מהן אומר אמת א"כ י"ל דמסתמא השני אומר אמת דבזמן השני נפרע ולא מקודם דמוקמינן השטר בחזקה קמייתא ואמרינן דהשתא הוא דאיתרע ולא נפרע קודם לכן כלל ועדיין צ"ע לדינא בכ"ז והארכתי בזה מפני שנ"מ טובא לדינא באומר אל תפרעני אלא בעדים ומלוה ע"פ בת"ז וכן בדבר שאין הדין פשוט שמחויב ליתן לו שאין הנתבע נאמן לומר פרעתי כמבואר בסי' קצ"ז סי"א וסי' שע"ה ס"ט אם התובע מודה שנפרע מקצתו והנתבע טוען שפרע הכל אי החזקה איתרע לכולו או לא ועמ"ש סי' פ"א ס"ק י"ד:

ה נפרע שלא בשבועה. והקשו התוספות דנימא דאיערומי קמערים שהאמת הוא שנפרע מקצת ומערים לומר שנפחת בכדי ליפטר משבועה כמו בפוגם בפחות מש"פ דאמרינן דמערים והניחו קושיא זו בתימה וע' במוהרש"א ולפעד"נ לתרץ דהכא לא חיישינן לערמה דהא אם יפחות יכול להיות שיפסיד הכל דדילמא יטעון הלה אשתבע לי דלא פרעתיך שום מעות על שט"ח זה ובכדי שלא ישבע לשקר יצטרך להודות ויפסיד הכל ואף שיכול לחזור מפטור לפטור מ"מ אין דרך ב"א לחזור בהן בב"ד מטענה לטענה ולכך ל"ח לערמה כי האי. שוב מצאתי להגאון בעל מגיני שלמה שתירץ כן ע"ש והוא נכון. אך לפ"ז לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דפוגם שטרו או בטוען הלוה אשתבע לי והמלוה חשוד דנשבע הלוה היסת ונפטר כמבואר בסי' נ"ב ס"ט א"כ אף בפוחת שטרו והוא חשוד אף שאין הלוה טוען אשתבע לי מ"מ נשבע הלוה היסת ונפטר דהכא קושית התוס' במ"ע דחיישינן דילמא איערומי קמערים דליכא למימר שירא להערים דדילמא יטעון הלוה אשתבע לי ולא יהא יכול לישבע ויפסיד הכל זה ליתא דהא גם השתא אם יטעון אשתבע לי יפסיד שטרו בלא"ה דהא הוא חשוד וא"י לישבע וא"כ שייך שפיר ערמה בזה דמוטב לו לפחות שטרו בכדי שאם לא יטעון הלוה אשתבע לי יגבה שטרו וכן צ"ל ע"כ לפי מ"ש בס"ק הקודם בשיטת הרמב"ם דלכך הפוגם שטרו צריך שבועה וא"נ במיגו דפוחת משום דלאו מיגו הוא דירא לפחות שמא יטעון אשתבע לי ולא יהא יכול לישבע ויפסיד הכל וא"כ קשה בחשוד ופוגם שטרו ואין הלוה טוען אשתבע לי להימן במיגו דפוחת דליכא למימר דירא שמא יטעון אשתבע לי דהא כשיטעון אשתבע לי יפסיד אף השתא שפוגם דהא הוא חשוד וא"י לישבע א"ו דבחשוד אף פיחת שטרו נשבע הלוה ונפטר דחיישינן לערמה וא"ש ודוק וזה הוא דין חדש. ובחידושי אמרתי לתרץ קושית התוס' באופן אחר והוא משום דהתוס' הקשו בפוגם שטרו להימן בלא שבועה במיגו דאי בעי לא היה פוגם כלל וכן הקשה המרדכי ויש לתרץ דהוי מיגו דהעזה דהשתא כי פוגם שטרו אינו מעיז נגד הלוה שהלוה יסבור שאינו משקר במזיד אלא

דמיפרע לא דייק אבל אם יתבע הכל דל"ש דמיפרע לא דייק הוי העזה וכעין זה כתבו התוס' בסוגיא דקציצה גבי שכיר דבשכרו שלא בעדים מיגו דלא שכרתיך מעולם הוי מיגו דהעזה דכי טוען פרעתיך יסבור השכיר שהוא טרוד בפועליו ע"ש ולפ"ז מיושב קושית התוס' דלכך בפוחת שטרו א"צ שבועה ול"ח דאיערומי קמערים ובאמת נפרע מקצתו משום דאף אם האמת הוא כן מ"מ נאמן במיגו דאי בעי היה תובע את הכל ולא הוי מיגו דהעזה דהא אף השתא כשפוחת שטרו וכופר הפרעון לגמרי נמי מעיז הוא ולכך פטור משבוע' וא"ש:

ו ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע. ודעת הכ"מ פרק כ"ד מה"א דדוקא כשטוען הלו' ברי שהוא פרוע צריך שבועה אבל לא כשטוען הלוה שמא והש"ך חולק דכיון דקיי"ל בטענו בספק ע"פ העד צריך ש"ד ה"ה בע"א מעיד שהוא פרוע וטוען שמא והביא ראיה מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' ע"ב ע"ש ועוד ראיה גדולה ממ"ש המרדכי בפ' מי שמת בשם מוהר"ם והביאו הרב בהגה סי' של"ה ס"א במלמד שאמר לו הבעה"ב שילך לנסותו אצל קרובו וע"א מעיד שלא ידע ללמוד דנשבע נגד העד ונוטל כדין ע"א מעיד שהוא פרוע אף שהבעה"ב אינו יודע ע"ש אך מ"מ בדינא דהכא בשטר והלוה טוען א"י אם פרעתיך וע"א מעיד שפרע נ"ל עיקר לדינא כהכ"מ ולא מטעמיה אלא משום כיון דחזינן דכשע"א מעיד שהוא פרוע והוא ת"ז א"צ לישבע והיינו משום כיון דחזקה א"א פורע בת"ז מסייע להתובע א"צ שבועה כמ"ש בס"ק שאח"ז וא"כ ה"נ כיון שהלוה טוען א"י אם פרעתיך א"כ אף בלא השטר היה המלוה נוטל בל"ש כמבואר בסי' ע"ה אלא כיון שע"א מכחישו היה צריך שבועה ליטול כדין ע"א מעיד שהוא פרוע וא"כ הכא שהשטר מסייע להמלוה דאיכא חזקת שטרך בידי מאי בעי נוטל בל"ש וכמו שהוכיח הרא"ש בפ"ק דמציעא דעד המסייע פוטר משבועה מהא דמצינו דהיכא דהשטר מסייע פוטר משבועה ע"ש וכמ"ש בסי' ע"ח סק"ז באריכות כנלפענ"ד:

ז אבל אם הוא ת"ז נפרע שלא בשבועה. ויש להסתפק אם ע"א מעיד שחוב זה אמנה הוא או רבית דמבואר בסי' פ"ב סי"ב דאין המלוה צריך לישבע אף כשהלוה טוען אשתבע לי כיון שאין השטר עומד לכך אם כשע"א מעיד כן אם צריך בעהש"ט שבועה נגד העד כדין ע"א מעיד שהוא פרוע או דילמא כיון שאין השטר עומד לכך א"צ שבועה כלל ולכאורה יש להוכיח כן מדברי הה"מ פי"ד מה"מ שהוכיח דא"צ לישבע בטענות אלו כשטוען אשתבע לי מהא דאמר ר"פ בפ' ש"ה דאי אמר על שטרא אשתבע לי דלא פרעתיך דצריך לישבע שלא פרעו ואמאי לא אשמועינן רבותא טפי דאף בטוען אמנה משביעין אותו א"ו דבכה"ג אין משביעין אותו וא"כ ה"נ יש להוכיח ממתניתין דקתני ע"א מעידה שהי'

פרועה לא תיפרע אלא בשבועה ולא נקט רבותא טפי דאף אם ע"א מעיד שהוא אמנה לא תיפרע אלא בשבועה א"ו דבאמנה כיון שהשטר אינו עומד לכך א"צ שבועה כלל אך באמת בהה"מ בפ' כ"ד מה"א מוכח להיפך דכתב בפשיטות דכשהבעל אומר לאשתו אישתבע לי דלא זנית אין משביעין אותה כיון שאין השטר עומד לכך אבל אם ע"א מעיד כן משביעין אותה ע"ש בלח"מ ובאה"ע סי' קט"ו ס"ז באחרונים וכן מוכח מדברי הר"ן בספ"ק דגיטין גבי הני גינאי דעבדי חושבנא בהדי הדדי ופש לי' ה' איסתרי וא"ל הב לי' למארי דארעא לסוף עבד חושבנא בין דיליה לנפשי' ולא פש גביה מידי דכתב הר"ן שם דלשיטת ר"ת ורב האי אי מארי דארעא מעיד שאינו חייב לו מארי דארעא חוזר וגובה מגננא וגננא נמי גובה מאידך גננא חבריה ואע"ג דמארי דארעא מעיד שאינו חייב לו כלום ה"ל ע"א ויטול הלוה בשבועה כדין ע"א מעיד שהוא פרוע כיון שהוא יכול לישבע עכ"ל והרי התם הני גינאי עבדי חושבנא בפני עדים ואמאי צריך האי גננא לישבע נגד חבירו שלא טעה בחשבונו להכחיש את העד והא לא עבידי למיטעי בחשבונא כמ"ש הר"ן שם דאפי' במיגו א"נ לומר טעיתי והרי הר"ן גופי' כתב בפ' ש"ה בפשיטות דאין צריך לישבע היכא דנקט שטרא בדבר שאין השטר עומד לכך אף שהלוה טוען אשתבע לי א"ו דלהכחיש העד נשבעין אף בכה"ג ועיין סי' קכ"ו סי"ד בהגה ועוד ראיה ממ"ש המרדכי בפרק מי שמת בשם מוהר"ם והביאו הרב רמ"א בסי' של"ה ס"א בהגה בבעה"ב ששכר מלמד ואמר שילך לנסותו אצל קרובו אם יכול ללמוד עם הנער ולא הלך ואחר שלמד עמו אומר שינסנו עדיין וע"א מעיד שלא ידע ללמוד עמו הדין עם המלמד כיון שידע עכשיו מוקמינן ליה אחזקה שידע כבר דרוב מלמדים יכולים ללמוד ונשבע נגד העד ונוטל כדין ע"א מעיד שהוא פרוע הרי להדיא אף דמוקמינן המלמד בחזקה שידע ללמוד משום דרובא הכי איתנייהו ואין הדבר עומד לכך אפ"ה אם ע"א מכחישו צריך לישבע נגד העד וליטול כדין ע"א מעיד שהוא פרוע אך לכאורה בדברי הרא"ש בפ' שבועת הדיינין גבי סיטראי מבואר להיפך דכתב שם בשם ר"ח דהא דאמרינן בפ' הכותב כגון אבא מארי ברי מרענא שטרא אפומיה היינו להשביעו דאף דע"א מעיד שהוא פרוע בלא"ה צריך לישבע מ"מ אם ע"א מעיד שהוא אמנה או שטר פסים א"צ שבועה דאפי' שני עדים אינם נאמנים כדאיתא בכתובות דף י"ט עכ"ל הרי להדיא דאם ע"א מעיד שהוא שטר אמנה א"צ שבועה אך אי משום הא לא איריא דהרא"ש מיירי שהעד אומר שהעדים ידעו מזה שהוא שטר אמנה לכך בכה"ג ודאי דאין בעל השטר צריך לישבע משום דהוי כאילו שני עידי השטר אומרים להיפך כדאמרינן בכתובות דף י"ט תרי ותרי נינהו הרי להדיא דעדי השטר חשיבי כמעידין שאין זה שטר אמנה וה"ל כחד לגבי תרי

אבל אם ע"א מעיד שהוא שטר אמנה ועדי השטר לא ידעו מזה דבכה"ג העדים עצמם שבשטר נאמנים אף כשכת"י יוצא ממ"א כמבואר בסי' מ"ו סל"ז א"כ ה"ה כשע"א מעיד כן צריך בעהש"ט לישבע נגד העד וליטול אף שאין השטר עומד לכך וכדמוכח מכל הני פוסקים שהבאתי, שוב מצאתי בתשו' מוהרי"ק סי' כ"ב שכתב לענין שטר מברחת דאם ע"א מעיד שהוא שטר מברחת והעדים שבשטר ידעו מזה לאו כל כמיניה דמברחת עולה הוא ועדים אעולה לא חתמו כדאמרינן בשטר אמנה וה"ל חד במקום תרי ולא מהימן אבל אם אינו מעיד שהעדים ידעו שהוא שטר מברחת אז מחויב בעהש"ט לישבע בטרם שיגבה חובו דהוי כע"א מעיד שהוא פרוע ע"ש הרי מבואר להדיא כמו שחלקתי ומוכח מדבריו דס"ל נמי דאף היכא שאין השטר עומד לכך דצריך לישבע להכחיש את העד וליטול כמו בע"א מעיד שהוא פרוע אך לפ"ז יש להבין דלמה בת"ז א"צ לישבע נגד העד כיון דאיכא חזקה אלימתא דא"א פורע בת"ז והיכא דע"א מעיד שהאשה זנתה או שטעה בחשבון או שהמלמד לא ידע ללמוד או ששטר מברחת הוא צריך לישבע נגד העד אף דבכל הני נמי איכא חזקה אלימתא ואין הדבר עומד לכך דהא מה"ט א"צ לישבע בעניינים אלו כשהנתבע טוען אשתבע לי ואפ"ה צריך לישבע להכחישו משום דבכ"מ ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה וא"כ אף לענין ת"ז נמי נאמר כן והנראה בזה דכל היכא דעיקר הוצאת ממון אינו אלא משום החזקה כגון טעות בחשבון דמסתמא א"א טועה בחשבונו או במלמד שמסתמא ידע ללמוד או באשה והבעל טוען שזינתה דמוקמינן לה בחזקת כשרות דחזקה דשטרך בידי מאי בעי לא שייך בזה לכך בכל הני כשיש ע"א שמעיד להיפך צריך התובע לישבע מדרבנן וליטול אף דחזקה היא נגד העד מ"מ כללא הוא דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה אף ליטול מדרבנן כדי להפיס דעתו של הנתבע משא"כ הכא דמיירי בשטר והוא ת"ז וע"א אומר שהוא פרוע בכה"ג מדינא היה לו ליטול בהשטר לבד משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלא דחז"ל תיקנו מדרבנן לישבע כדי להפיס דעתו של נתבע א"כ כיון דהחזקה דא"א פורע בת"ז מסייע להתובע נוטל בלא שבועה דבכה"ג לא תיקנו חז"ל לישבע דהוי כעד המסייע דפוטר משבועה וכמ"ש בסי' ע"ח סק"ז באריכות ובאמת במלוה ע"פ והוא ת"ז וע"א מעיד שנפרע צריך המלוה לישבע נגד העד וליטול דכיון שכל עיקר הוצאת ממון אינו אלא משום חזקה דא"א פורע בת"ז ע"א מחייב שבועה כמו ששנים מחייבין ממון ומה"ט נקטו הרמב"ם והט"ו דין זה במלוה בשטר בת"ז ולא במלוה ע"פ ת"ז משום דדוקא במלוה בשטר דינא הכי ולפ"ז אף כשע"א מעיד בשטר שהוא אמנה צריך התובע לישבע נגד העד משום דלענין שטר אמנה לא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי כדמוכח

מדברי התוס' בכתובות דף י"ט ע"א ד"ה מודה בשטר שכתבו ע"ש אלא דהא דא"נ לומר אמנה משום דסתם שטר לאו להכי עומד ולכך כשיש עדים שאומר שהוא אמנה והעדים שבשטר לא ידעו מזה צריך לישבע וליטול ולכך פסק מוהרי"ק דאף לענין שטר מברחת אף דהוי נאמנה אם ע"א מעיד שהוא שטר מברחת והעדים לא ידעו מזה דצריך שבועה ליטול והא דנקט במתניתין ע"א מעיד שהוא פרוע ולא נקט רבותא טפי דאף במעיד שהוא אמנה צריכה שבועה י"ל דאיידי דנקט הפוגמת כתובתה שהוא דוקא לענין פרעון דפוחתת א"צ שבועה נקט נמי בע"א לענין פרעון כנ"ל ברור בדינים אלו ועיקר ועמ"ש סי' ע"ח סק"ז:

פה

א ואומר אלו הייתי חייב לך היה לך ליפרע ממני וכו' טענתו טענה. ואיכא למידק מהא דכתבו הט"ו בסי' נ"ט דמלוה שהוציא שט"ח מקוים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו ואם חזר המלוה ואומר עיינתי בחשבוני וזכור אני בברי שאינו פרוע חוזר וגובה בו וא"כ אמאי נפסל השטר שביד המלוה מחמת שלא גבה המלוה את חובו כשמכר לו את השדה הא המלוה יכול לומר בשעה שמכרתי לו את השדה לא הייתי זכור אם הוא פרוע ולכך לא הייתי יכול לגבות ממנו ועכשיו נזכרתי שלא נפרעתי דהא המלוה נאמן בכה"ג ואפשר לומר דבאמת אם המלוה טוען כן נאמן לגבות שטרו אלא דהכא מיירי שאינו טוען כן והא דא"נ המלוה במיגו דאי בעי היה טוען כן דהא מהני מיגו בכה"ג כמ"ש הש"ך בסק"א י"ל דטענת איני יודע ונזכרתי לאו מיגו היא דטענת א"י טענה גרועה היא כמ"ש התוס' פ' השואל דף צ"ז ע"ב ע"ש ויותר נראה דאף אם המלוה טוען כן שהיה אז מסופק ואחר כך נזכר גם כן אינו נאמן דאף על גב דבסי' נ"ט מבואר דנאמן בכה"ג שאני התם שיש בידו שטר מעליא וא"כ כשאמר שאינו יודע אם הוא פרוע ודאי האמת אתו שא"י משום דאי בעי לשקר היה אומר בברי שאינו פרוע והיה גובה בו אלא דפסלינן לשטרא משום כיון דהלוה המוחזק אומר ברי שהוא פרוע והמלוה טוען שמא בכה"ג לכ"ע אמרינן בו"ש ברי עדיף להחזיק הממון בחזקתו ולכך כשהמלוה אומר נזכרתי הדר ה"ל טענתו טענת ברי ומהימנינן ליה לאוקמא שטרא אחזקתו משא"כ הכא כיון שהלוה הוציא שטר שהמלוה מכר לו את השדה הרי יש ריעותא לפנינו דמן השטר מכר מוכח שהשטר שביד המלוה אינו ראוי לגבות בו ואנן סהדי בזה ולכך איתרע שטרא שביד המלוה ולא מהימנינן ליה לומר שאז היה מסופק ועכשיו נזכר דטענה גרועה היא כיון שיש ריעותא לפנינו ואיתרע שטרא כמו בסטראי

כשפרע לפני עדים בסתם ואין העדים יודעים אם מחוב זה או מחוב אחר דאיתרע שטרא וה"נ אנן סהדי דאיכא ריעותא בשטר וחיישינן דילמא נפרע ואינו גובה בו וזה נכון בסברא אלא דמדברי הש"ך סי' ס"ה ס"ק ס"א לא משמע כן יע"ש:

ב ונאמן הלוה לומר פרעתי. הנה בט"ו לא נתבאר אם חייב הלוה שבועת היסת אך בבעה"ת שער ל"ד ח"ג מבואר להדיא דחייב הלוה היסת ע"ש וכן מוכח מדברי הרב רמ"א בס"ג בהגה דס"ל דמהני מיגו להמלוה היכא דליכא עדים שמכר לו את השדה והוא מדברי המרדכי והג"א כמ"ש הש"ך בסק"א וא"כ מוכח דחזקה דהכא אילו הייתי חייב לך היה לך ליפרע ממני לא הוי חזקה אלימתא כולי האי דהא בריש ב"ב הוא איבעיא דלא איפשטא אי אמרינן מיגו במקום חזקה דא"א פורע בת"ז ופסקו הפוסקים קולא לנתבע כמבואר בסי' ע"ח ס"ד וא"כ אי החזקה דהכא חזקה אלימתא היא היכי אמרינן מיגו במקום חזקה להוציא בשטר מן הלוה דכיון דלא איפשטא ה"ל למימר קולא לנתבע א"ו דחזקה דהכא לא אלים כולי האי כמו חזקה דת"ז וא"כ כיון דבחזקה דת"ז חייב היסת לאחר הפרעון כמו שהכריע הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו א"כ כ"ש הכא דחייב היסת אך בתשו' מיימוני לספר משפטים סי' ל"ד האריך שם באחד שתובע לחבירו שחייב לו והלה אומר פרעתי וקנית ממני מעיל ולא רציתי להקיף לך כי אם על ידי ערב ואילו הייתי חייב לך ה"ל לומר תנהו לי בחובי אי חייב הנתבע היסת והעלה שם דנאמן במיגו ואף כשיש עדים שקנה ממנו מעיל מ"מ לא דמיא למכר לו את השדה דיוכל לומר יראתי שלא תמכור לי כלל ע"ש שהאריך בזה משמע להדיא דהיכא דליכא הני טעמי פטור אף מהיסת אך מכל מקום נראה דלא פליגי דדוקא היכא דיש שטר למלוה נהי דפסלינן לשטרא מהאי טעמא דמכר לו את השדה מ"מ לא מהני סברא זו לפוטרו מהיסת אבל היכא שאין התובע תובע אלא בע"פ מהני האי סברא דמכר לו את השדה לפוטרו מהיסת כיון דמסייע לו החזקה דאילו היה חייב לו היה לו לתבוע מעותיו פטור מהיסת דהוי כעד המסייע דפוטר מהיסת וכמו שכתבתי בסימן ע"ח סק"ז ובס"ס פ"ד ע"ש וזה נכון להשוות דברי הפוסקים אהדדי ובתשובת פנים מאירות ח"ב סימן פ"ו האריך בדין זה אי חייב היסת ולפה"נ לא ראה רק דברי הבעה"ת שהעתיק הב"י ואישתמיטו ליה דברי הבעה"ת גופיה שמבואר בדבריו להדיא דחייב היסת וגם לא ירד לכל מ"ש בזה ומ"ש נראה נכון ועיקר לדינא:

ג ואפילו שיש בו נאמנות. הבעה"ת מדמה דין זה לסטראי בסי' נ"ח דהיכא דאיתרע שטרא איבטל אף הנאמנות שבו וה"נ דכוותי' הוא כיון דאיתרע שטרא לא מהני הנאמנות וכתב הדרישה וצ"ע לפי מה דמדמה דין זה לסטראי אי אמרינן ג"כ כאן אי

תפיס לא מפקינן מיני' כמו בסטראי בסי' נ"ח או לא לגמרי מדמינן ליה עכ"ל ובתשו' פנים מאירות ח"ב סי' פ"ו כתב בפשיטות דמהני תפיסה בכה"ג והביא ראיה מסי' פ"ח סי"ב גבי טענו חיטים והודה לו בשעורים דמהני תפיסה משום כיון דהוא מוחזק יכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי אלא שלא רציתי לתבוע הכל בבת אחת כמ"ש הסמ"ע שם וה"נ כיון שהוא מוחזק יכול לומר האמנתיך ולכך לא תבעתי ממך המעות ואין ראייתו מוכרחת כלל דאין לדמות דברי חז"ל זה לזה דאפשר דחזקה דהכא אלימא טפי וכ"ש לפי דברי הרב בהגה שם דבעינן דוקא שתפס קודם התביעה דיכול לומר לכך לא תבעתי שעורים מפני שהיית מוחזק בהם א"כ התם טעמא אחרינא איכא ואין ראיה משם כלל ואדרבה לפענ"ד ראיה ברורה מדברי הט"ו בס"ג דלא מהני תפיסה דכתבו שם דאם ראובן הוציא שטר על שמעון ושמעון על ראובן מאוחר לשטרו של ראובן והגיע זמן הפרעון של ראובן קודם שלוה משמעון יכול שמעון לומר לראובן אילו הייתי חייב לך לא היה לך ללוות ממני אלא היה לך ליפרע מחובך ומשמע שם להדיא דראובן אינו גובה משמעון בשטרו ושמעון גובה בשטרו מראובן ואי אמרת דמהני תפיסה אמאי יכול לגבות שמעון בשטרו הרי ראובן מוחזק במעותיו ויש לו שטר על שמעון הרי יכול לומר אני תופס המעות עבור חובי ואין לך תפיסה גדולה מזו ואף שיש לו לשמעון שטר עליו מ"מ הוי תפיסה מעליא דמי גרע מתפיסה בעדים וראה אף דליכא מיגו מ"מ הוי תפיסה מעליא וכן מוכח מדברי הרמב"ן והר"ן שהובא באס"ז פא"נ והריב"ש בסי' ש"ה שהשיגו על הראב"ד דס"ל דאף דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים מ"מ מהני תפיסה מהא דאמרינן במשכנת' שהוא א"ר דאין מחשבין משטרא לשטרא דהוי כתפיסה ע"ש וא"כ כ"ש הכא שיש שטר בידו של ראובן ג"כ דהוי תפיסה גמורה ויכול לומר האמנתיך שתתן לי מעותי בזמן קרוב א"ו דבכה"ג לא מהני תפיסה כלל ודוחק גדול לחלק בין שנים שלוו למכר לו את השד' דהא אידי ואידי חד טעמא הוא אך באמת אף דמדברי הט"ו מוכח דלא מהני תפיסה מ"מ סברא מעליא היא די"ל דמהני תפיסה הכא כמו בסטראי דאף דאיתרע שטרא מהני תפיסה וה"ה הכא ובזה יש לתרץ קושית הראשונים בשמעתין דס"פ בתרא דכתובות גבי שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דר"נ אמר זגוז"ג ורב ששת אמר הפוכי מטרתא הוא ומוקי לה בש"ס דאית ליה לחד עידית ובינונית ולחד זיבורית דמ"ס בשלו הן שמין דאזיל בעל זיבורית גבי בינונית ומגבי ליה לאידך זיבורית ומר סבר בשל כל אדם הן שמין ולכך הפוכי מטרתא היא ופריך הש"ס תנן שנים שהוציאו שט"ח זע"ז אדמון אומר יכול לומר אלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני וחכמים אומרים זוז"ג תרגמה ר"נ אליבא דר"ש כגון שלוה זה לעשר וזה לחמש ופריך ה"ד אילימא ראשון לעשר ושני לחמש בהא

לימא אדמון אילו הייתי חייב לך וכו' הא לא מטא זימניה אלא ראשון לחמש ושני לעשר ה"ד אי דמטא זימניה מ"ט דרבנן ואי דלא מטא זימניה מ"ט דאדמון ומשני ל"צ דאתא ביומא דמישלם זימניה וכו' והקשו הבעה"מ והמלחמות ומהרש"א ז"ל דמאי ענין קושיא זו דה"ד אי דמטא זימניה מ"ט דרבנן וכו' לר"ש הא אף לר"נ קשה קושיא זו אמתניתין גופה דאי מטא זימניה מ"ט דרבנן ואי לא מטא זימניה מ"ט דאדמון וכבר האריך הש"ך בישוב קושיא זו ולפמ"ש א"ש דעל מתניתין לא תקשה אי דמטא זימניה מ"ט דרבנן די"ל דרבנן סברי דאף דאיתרע שטרא מ"מ מהני תפיסה ולכך גובה ראובן בשט"ח שלו מכח התפיסה והא דקתני זגוז"ג אף דראובן אינו יכול להוציא בשטרו אלא דמחזיק בשלו מכח התפיסה מ"מ י"ל דמתניתין מיירי דהראשון יש לו עידית ובינונית והשני יש לו זיבורית ובשלו הן שמין כר"נ ולכך קתני זגוז"ג דהגובייניא הוא בשביל השני דאית ליה רווחא גביית הבינונית ומגבין ליה לאידך זיבורית דאף דהראשון מוחזק בשטרו מ"מ לא יכול לגבות טפי מדיניה דהיינו זיבורית והשני גובה בינונית ולכך נקט זגוז"ג בשביל רווחא דהשני כמו דמתחילה ס"ד דהש"ס לאוקמא בראשון לעשר ושני לחמש דאיכא רווחא להשני אריכות הזמן ונקט זגוז"ג בשביל דאיכא רווחא להשני משא"כ לר"ש דס"ל בשל כל עולם הן שמין ולא שייך רווחא כלל בגביית בינונית וזיבורית וא"כ ע"כ צ"ל לדידיה הא דנקט במתניתין זגוז"ג מיירי בראשון לחומש ושני לעשר והא דנקט זוז"ג הוא בשביל רווחא דהראשון דגובה חובו לזמנו והשני אינו גובה ממנו אלא לאחר זמן מרובה ולכך פריך הש"ס שפיר אי דמטא זימני' מ"ט דרבנן דליכא למימר דראובן גובה בשביל התפיסה דכיון דאיתרע שטרא א"כ אין הראשון יכול להוציא בשטרו כלל לזמנו אלא דבעת שיבוא השני לגבות ממנו א"צ לשלם לו דיכול לתופסו עבור חובו וא"כ הדרא קושי' לדוכתה דהיכי קתני זגוז"ג דהא הפוכי מטרתא היא דהא ליכא רווחא כלל לא להראשון ולא להשני ופריך שפיר וזה נכון לולי שהראשונים לא פירשו כן ואפשר דהבעה"מ והרמב"ן ז"ל ס"ל דאף בסטראי לא מהני תפיסה אבל לשיטת הסוברים דמהני תפיסה בסטראי ה"ה הכא הדין כן אך באמת הר"ן והטור והרב רמ"א בסי' נ"ח ס"ב בהגה ס"ל דמהני תפיסה בסטראי ואפ"ה משמע מדבריהם דס"ל דבדינא דהכא לא מהני תפיסה וכמ"ש ומי יכריע נגדם:

ד ואם הוא באתרא דכתבי שטרא וכו' אלא כ"א גובה חובו. זו היא שיטת הרמב"ן בס' המלחמות וסיים וז"ל דלר"נ סיפא דמתני' כרישא דאוקמינא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי ובין הגיע הזמן ובין לא הגיע הזמן יכול הראשון לומר לכך לויתי ממנו בכדי שאוכל למשכנו באותו הלואה שלויתי ממנו ומ"מ זגוז"ג הואיל ולשם הלואה קיבל

דומיא דמכר לו את השדה שמכירתו קיימת אע"פ שמכירתו היתה כדי למשכנו עליה הואיל ולא מסר מודעא עכ"ל ומשום הכי פסק המחבר דבכה"ג כל אחד גובה חובו אם יש ריוח בגבייתם ויש לתמוה על הרמב"ן בממ"נ מדכתב דומיא דמכר לו את השדה דמכירתו קיימת אע"פ שמכירת אותה השדה היתה כדי למשכנו עלי' הואיל ולא מסר מודעא משמע להדיא אם מסר מודעא דמכירתו היתה כדי למשכנו מכירתו בטילה וקשה הא כל מודעא דלא ידעו העדים באונסו לאו מודעא היא כלל כדאיתא בפחז"ה ובט"ו ר"ס ר"ה וא"כ היכי ידעו העדי' דעיקר מכירתו היתה כדי למשכנו א"ו ע"כ צ"ל דכיון דהלוקח חייב מעות להמוכר והמוכר מוכר לו את השדה ואינו גובה מעותיו הוי אנן סהדי שעושה כן בשביל למשכנו והוי כהכירו העדים באונסו וא"כ קשה אמאי בשנים שלוו זה מזה וכתבי שטרא והדר יהבי זוזי אמאי זגוז"ג אם יש ריוח בהגבייה כיון דהטעם דהראשון גובה הוא משום דיכול לומר דלכך לוה ממנו כדי למשכנו על חובו א"כ אמאי השני גובה מן הא' אם יש ריוח בגבייתו הא אנן סהדי דהא' לא חזר ולוה ממנו אלא כדי למשכנו על חובו וא"כ הוי כתלוהו ויהיב לו מתנה דמבואר ברא"ש פחז"ה והטור בס"ס ר"ה דאם יש עדים שאנסו ליתן לו מתנ' אף דלא מסר מודע' הוי אונס והמתנה בטילה דדוקא בתלוהו וזבין הוי זביניה זבינא דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני אבל במתנה דליכא מעות המתנה בטילה אי ידעינן באונסיה אף דלא מסר מודע' וא"כ ה"נ הוי כתלוהו ויהיב דהא מבואר בסי' ר"ה סי"א בהגה דאם הודה באיזה דבר שאינו חייב הוי כמתנה לכל דבר וא"כ הכא כיון דמה שנתן הראשון שט"ח עליו היה כדי למשכנו הוי כמחייב א"ע בדבר שאינו חייב באונס דלא שייך לומר בזה אגב אונסא וזוזי גמר ומקני דהא מעות שלו לקח ולא עשה כן אלא כדי למשכנו והוי כתלוהו ויהיב כיון דלא קיבל אלא המעות שמגיע לו ממנו וכ"כ מוהרי"ק בשורש קס"ו בביאור דברי התוס' דשבועת ישראל בערבות מואב לקיום התורה מיחשב אונס מחמת שהיו יראים שאם לא ישבעו לא יביאם לא"י שהיא מוחזקת בידם מאבותיהם דמי שעושה דבר מפני יראה שלא יקח את שלו חשיב אונס כדמוכח בעובדא דפרדיסא ע"ש וא"כ ה"נ כיון שעשה כן כדי למשכנו מיחשב אונס גמור והוי תלוהו ויהיב דהשטר בטל כיון שלא לקח אלא מעות שלו שמגיע לו וצ"ע ודוק שוב ראיתי בש"ך בסי' ר"ה סק"ד שפלפל בזה במי שחייב לחבירו והמלוה מוכר לו את השדה וקודם המכירה מסר מודעא שמוכר לו השדה כדי למשכנו על חובו אי המכירה בטילה ולא העלה דבר ברור בזה ותמיהני שלא היה למראה עיני הכהן דברי הרמב"ן בס' המלחמות שהביא הוא עצמו בסי' זה דמשמע מדבריו להדיא דכשמסר מודעא המכירה בטילה שוב מצאתי בבעל העיטור בדיני חוב

בשטר שהביא פלוגתא דאדמון סובר דאיבעי ליה למימסר מודעה אשטרא ורבנן סברי חברך חברא אית ליה וכתב ע"ז וקיי"ל כרבנן וש"מ דכתבינן מודעא כה"ג כדכתבינן באות מ' עכ"ל הרי להדיא אף דקיי"ל כרבנן דשטר החוב קיים מ"מ כתבינן מודעא כה"ג לבטל שטר מכירה של הקרקע ומהני וגם באות מ' מיירי במודעא של מכירת קרקע ע"ש: ה הלוקח גובה מהלוה. כ"כ הטור בשם הרמב"ן דאע"ג שהדין הוא שכל א' עומד בשלו מ"מ לא מיחשב השטר כגבוי ופרוע וכ"כ הבעה"ת בשער ל"ד בשמו אלא דכתב שם בשם קצת רבוותא דס"ל דכיון שהדין הוא שכ"א עומד בשלו אשתכח דכי זבין שטרא פרוע זבין ואינו גובה מהלוה אלא שהוא חולק עליהם אך הד"מ הביא בשם תשובת הרא"ש כלל ע' ס"א דס"ל דהשטר מיחשב כפרוע דלא כהרמב"ן ויש לתמוה היאך סתם הטור שלא כדבריו ולא הביא דעתו כלל וכן תמה הכנה"ג והנראה בזה משום דלכאורה יש לתמוה טובא לשיטת הרא"ש וקצת רבוותא דס"ל דהשטר נחשב כפרוע א"כ הא דפרכינן לרב ששת דס"ל דשנים שהוציאו שט"ח זע"ז הפוכי מטרתא למה לי ממתניתין דקתני וחכמים אומרים זגוז"ג ומשני רמי בר חמא דהכא ביתמי עסקינן דמיגבי גבי ואגבויי לא מגבינן מנייהו משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח והאיך מצי למיגבי מן הלוה הא השטר שירשו מאביהם נחשב כפרוע בחיי אביהם ובאמת מזה הוכיח הרמב"ן סברתו דלא מיחשב כפרוע כמבואר בחי' סוף כתובות המכינה להרשב"א ונ"ל לתרץ ע"פ מ"ש התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכתבו התוס' דהכא לא שייכא כל הני פלוגתא דר"מ ורבנן דפליגי בכל דוכתי אי כל העומד לבצור כבצור דמי דהכא כ"ע מודי דאמרינן לאו כגבוי דמי והעמד ממון בחזקת בעליו שהרי צריך דיינים ולאו בידו הוא כדאמר גבי גר מי יימר דמזדקקי ליה בי דינא וטעמא דר"מ דכבצורות דמיין משום דבידו הוא ואין צריכין לגופן הלכך לא חשיב להו כקרקע עכ"ל וא"כ בכה"ג בשנים שיש להם שט"ח זע"ז ונכסיהם שוים לכ"ע אמרינן דכגבוי דמי שהרי א"צ דיינים לתבוע את מעותיו שהרי הוא מוחזק במה שתח"י ממון חבירו ולכך ס"ל להרא"ש ולקצת רבוותא שבבעה"ת דמיחשב כפרוע אך כ"ז לר"מ דס"ל כל העומד לבצור כבצור דמי והתוס' כתבו בכמה דוכתי בשם ר"ח דקיי"ל כר"מ בזה וכן הוא לשיטת הרבה פוס' דעת הרמב"ם בזה כמ"ש הש"ך בסי' צ"ה סק"ט באריכות אבל לרבנן דס"ל דלא אמרינן כל העומד לבצור כבצור דמי אלמא אף דבר שבידו והוא עומד לכך לא חשבינן ליה כעשוי א"כ ה"נ לא מיחשב השטר כפרוע כיון שעדיין לא נסתלקו זה מזה ולא באו לחשבון לקרוע השטרות ולפ"ז ניחא די"ל דהרא"ש בתשובה והי"א שבבעה"ת ס"ל כר"מ לכך פסקו דהשטר מיחשב כפרוע אבל בש"ס דמשני רמב"ח מילתייהו

דחכמים דמיירי ביתמי רבנן לטעמייהו אזלי דס"ל דלא אמרינן כל העומד לבצור כבצור דמי ולכך השטר לא מיחשב כגבוי ויכולין היורשים לגבות בשט"ח של אביהם ולפ"ז מתורץ מה שהשמיט הטור דעת הרא"ש בתשובה משום דכתב הטור בסי' צ"ה דמדברי הרא"ש בפסקיו נראה דפסק כרבנן דלאו כבצורות דמיין א"כ אין השטר מיחשב כפרוע כדמוכח בש"ס וידוע דדברי הרא"ש בפסקיו הן עיקר נגד תשובותיו וכמ"ש הטור בס"ס ע"ב ועיין בכנה"ג שם וא"ש ונכון אך מ"מ לענין דינא נלפענ"ד כיון דהי"א שבבעה"ת והרא"ש בתשובה ס"ל דלא כהרמב"ן וכן נראה מדברי התוס' בסוטה יכול הלוה המוחזק לומר קים לי כוותייהו:

ו וכמדומה לי שיש לי ראיות שאני פטור מהם וכו'. לאו דוקא שטוען כמדומה לי אלא אף שטוען ודאי שיש לו ראיות לפטור מ"מ אין שמעון צריך לשלם עד שיביא ראובן ראיות לבטל השטר כן משמע להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' כ"ד ונראה דאף שקבעו הב"ד זמן לראובן להביא ראיה לבטל השטר כמבואר בסי' כ"ד דנותנין לו זמן שלשים יום מ"מ לא אמרינן כיון דקיי"ל דשנים שהוציאו שט"ח זע"ז זה גובה וזה גובה שיגבה ראובן מנה שלו מיד כיון דשמעון נתחייב לו כבר בב"ד ושמעון ימתין לו עד זמן ב"ד דמ"מ כיון דשמעון מוחזק במעות לא מפקינן מיניה ודמיא להא דמבואר בס"ה דאפילו היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבו מהם עד שיגדלו כיון שתפס בחיי אביהם אלמא אף הא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים הוא מטעמא דחיישינן לצררי ושובר ודילמא לכשיגדלו יביאו ראיה על זה ואפ"ה אמרינן דכיון שתפס בחיי אביהם אין מוציאין מידו וא"כ ה"ה הכא אף שנותנים זמן ב"ד לראובן לבטל השטר מ"מ כיון דשמעון מוחזק במעות לא מפקינן מיניה:

סו

א בין דרך הלואה. וכתב בהג"א בפ' שור שנגח ד' וה' מא"ז ושייכא נמי בנפקד ומסור דמפקינן מנפקד של המוסר ויהבינן לנמסר ורבינו שמחה חולק במוסר וכתב מוהרש"ל שם שטעמו של רבינו שמחה הוא דס"ל דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן אבל למאן דס"ל דד"ג הוא מדאורייתא אף במוסר מוציאין מדר"נ והש"ך חולק ע"ז דכיון דחייב לו מדרבנן כל מה דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון אף אי הוי קנסא והיינו שלא מצינו בשום מקום בש"ס לחלק בהך דר"נ בחוב שהוא דרבנן ובאמת הדבר תמוה מאוד מכ"ל לרבינו שמחה לחלק בין חוב דאורייתא לדרבנן ואין אלו אלא דברי נביאות ולפעד"נ לתרץ ע"פ מה שהקשו הראשונים דלמה ליה לר"נ למילף דין זה מקרא דונתן לאשר אשם

לו ות"ל דכל אשר יש ללוה שלו משועבד הכל להמלוה לפרעון חובו וא"כ פשיטא דיכול המלוה לגבות מן החייבים ללוה שלו בתורת גוביינא ותי' הש"ך בסי' ק"א סק"ג דאי בתור' גוביינא א"כ אין לוי בע"ד של ראובן ויכול שמעון למחול ללוי אבל השתא דיליף מקרא דונתן לאשר אשם לו ה"ל מלוה ראשון בעל דבר של לוה שני וא"צ לבא בכח הלוה שלו ואין שמעון יכול למחול ללוי כמבואר בס"ה וכ"כ הריטב"א בפ"ב דכתובות ע"ש וא"כ כיון דכל עיקר דינא דר"נ לא אתא לאשמועינן אלא דאין שמעון יכול למחול ללוי א"כ במסור למאן דס"ל דד"ג אינו אלא קנסא דרבנן מהני מחילת שמעון המוסר להנפקד או הלוה שלו דהא אמרי' בפ' השולח דטימא טהרות של חבירו ומת לא קנסו בנו אחריו משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק אלא דקנסוהו רבנן ולדידיה קנסו רבנן ולבריה לא קנסו רבנן אלמא אף דירשו הנכסים מאביהם שנשתעבדו להניזק מ"מ לא קנסו חז"ל להיורשי' דלא עבדו איסורא וא"כ ה"נ במוסר כיון שאינו חייב לשלם אלא מקנסא דרבנן מהני המחילה שלו לגבי הנפקד או הלוה שלו דלא מפקינן מנייהו ויהבינן להמוכר דלדידיה קנסינן ולא קנסינן להמקבל מתנה ממנו דלא עביד איסורא כלל ועדיף מיורש לענין טריפה במלוה ע"פ כמבואר בר"ס קי"א וא"ש ונכון ונראה דאף הש"ך מודה לזה לדינא אלא דלא ניחא ליה לתרוצי הכי משום דא"כ צריכין אנו לומר דרבינו שמחה מיירי שעדיין לא עמד הנמסר בדין עם המוסר דהא אם עמד בדין ומת אף היורשי' צריכים לשלם כמבואר בסי' שפ"ח ס"ב ובש"ך שם וא"כ ה"נ אם עמד בדין עם המוסר ואח"כ מחל להנפקד או הלוה שלו לא מהני מחילתו ומסתימת לשונו של הג"א משמע דבכל גווני מיירי:

ב בין דרך שכירות. והא דכתב הרב רמ"א באה"ע סי' קס"ב בהגה דאין האשה גובה כתובתה משכר פעולה שלא היתה ביד הבעל מעולם דהוי ראוי ואין כתובה נגבית מהראוי ולא אמרי' דלא הוי ראוי כיון שהחייב נשתעבד להאשה מדר"נ דהא מה"ט כתבו הרא"ש והטור שם דכתובה נגבית ממלוה של הבעל ולא הוי ראוי כמו גבי בכור דאינו נוטל פי שנים במלוה משום דמשתעבד מדר"נ וא"כ ה"ה לענין שכר פעולה נמי וצ"ל דמ"מ שכר פעולה מקרי ראוי טפי כיון שלא היו המעות בידו מעולם וגרע ממלוה ומה"ט כתב הח"מ שם בס"ק י"ט והב"ש דאף במלוה שירש הבעל ממורישיו ולא בא עדיין לידו ולא היה בידו מעולם מקרי ראוי לענין כתובה ע"ש וזה שלא כדברי המ"ל פ"ב מה"מ ופכ"א מה"מ שכתב דהמרדכי שכתב האי דינא דשכר פעולה מקרי ראוי ס"ל דבשכירות לא שייך דינא דר"נ כלל כהאיכא מ"ד שבבעה"ת ע"ש ומדברי הרב רמ"א והאחרונים מבואר להיפך ולפ"ז להפוס' דס"ל דאף בע"ח אינו גובה מהראוי ה"ה הכא אם מת הלוה

אין בעל חוב גובה משכר פעולה שלא בא לידו עדיין מטעם ראוי וכך כתב הסמ"ע והש"ך בס"ס ק"ד ע"ש ודע דמסתימת לשון המרדכי והרב רמ"א באה"ע משמע דבכל שכירות פעולה בין שעשה במחובר לקרקע או שעשה לו כלי בכל ענין מקרי ראוי ולא כמו שעלה על דעת חכם אחד לחלק דבשכר פעולה של דבר המטלטל שהוא תחת ידו לא מקרי ראוי משום כיון דההפץ תח"י הוי כמשכון בידו עבור השכירות כמ"ש הר"ב רמ"א באה"ע סי' כ"ח סט"ו בהגה לענין קדושי אשה דאם הכלי עדיין אצל הפועל וקידשה בשכרו דמקודשת לכ"ע דהוי כמלוה שיש עליו משכון ובמלוה שיש עליו משכון לא מקרי ראוי כמבואר בסימן רע"ח ס"ז לענין ירושת בכור ואם כן אף שהחזיר לו החפץ בחיים לא מיקרי ראוי כיון שהיה מוחזק בו מקודם ובא לידו אם כן שוב הוי כשאר מלוה דלא הוי ראוי לענין כתובה וליתא דשאני קדושי אשה דכיון שמקדשה בשכרו בשעת חזרת הכלי גלי אדעתיה דתפיס ליה בשכרו ומבואר שם בב"ש דבעינן דוקא שמגלה דעתו דתפיס אשכרו ע"ש מה שאין כן היכא שהחזיר הכלי בחיים אדרבה הרי יש גלוי דעת דלא תפיס ליה אשכרו ולא מקרי משכון כלל דהא הטעם דמשכון לא מקרי ראוי משום דבע"ח קונה משכון והכא הרי גילה בדעתו דלא תפיס ליה למשכון וכן מוכח מפסקי מוהרא"י סי' קצ"ח וגדולת מרדכי ומוהר"ם מטיקטין בגליון המרדכי ר"פ י"כ שהקשו דברי המרדכי אהדדי דהכא ס"ל דשכר פעולה מקרי ראוי ובר"פ השותפין מוכח להיפך ונדחקו בזה והרי בר"פ השותפין מיירי התם בשכר פעולה של דבר המטלטל שהיה תח"י הפועל ובכה"ג לא הוי ראוי א"ו דס"ל דאין חילוק בזה אך מ"מ נראה דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי א"כ גוף הכלי היה של הפועל אף שהחזיר לו הכלי בחנם מ"מ הוי כבא לידו והוי כשאר מלוה דלא הוי ראוי ועיין באה"ע סי' כ"ח סט"ו ולקמן סי' ש"ז ס"ב ובש"ך שם:

ג שסידרו לו ב"ד והשביעוהו ולא מצאו לו אלא חוב זה. וכ"כ הטור ואיכא למידק דלמה מסדרין בכה"ג הא טעם הסידור איתא בס"פ המקבל דילפינן מיכה מיכה מערכין ובערכין דרשינן ואם מך הוא מערכך החייהו מערכך וא"כ הכא כיון דיש להלוה חוב אצל אחר למה צריך לגבות ממי שחייב לו יגבה מהלוה בעצמו כל חובו וא"צ לסדר לו דהא הלוה יכול לחיות א"ע ממה שיגבה מן הלוה שלו ואף דמבואר בס"ג דאין ראובן יכול לכוף את שמעון שיתבע מלוי ויפרענו היינו כשאין לשמעון ממה לשלם אבל הכא שיש לו במה לשלם למה לא ישלם לבע"ח שלו ולצורך מחייתו יגבה מלוי וצ"ל כיון דחוב ואשראי ספק אתי ספק לא אתי צרכין אנו לסדר לו כדין הסידור במטלטלין בעין ובע"ח שלו יגבה מן הלוה שלו וע' סי' ק"א ס"ה ובש"ך שם אך לפי מה שהעלה הש"ך כאן דהא דביש לו נכסים אין גובין משום דאין נפרעים ממשועבדים במקום שיש בנ"ח מיירי

דוקא ששמעון הרויח זמן ללוי דאיכא פסידא ללוי אבל כשהגיע הזמן דליכא פסידא גובין מלוי אף שיש לו נכסים א"כ ניחא הכא בפשיטות דלכך מסדרין לשמעון משום דהוא לא יכול לגבות מלוי כיון שעדיין לא הגיע הזמן אבל ראובן יכול לגבו' מלוי דלא מהני הרווחת הזמן של שמעון נגד ראובן ובאמת דברי הש"ך מוכרחי' דע"כ מיירי כאן דאיכא פסידא ללוי דאל"כ היכי כתבו הט"ו והשביעוהו דהיינו שבועת אין לי דלמה צריך שבועה כיון דראובן גובה חובו מלוי בע"ח שלו וכיון דשמעון אומר שאין לו נכסים הרי ראובן גובה בדין מלוי ולמה צריך שמעון לישבע ודוחק לומר דצריך שבועה בשביל מה שצריך להטריח א"ע לגבות מלוי דהא מבואר בט"ו סי' ק"א ס"י דאפילו בשביל חילוק בין גביית קרקע למטלטלין א"צ שבועת אין לי כיון שאינו אלא תקנת הגאונים א"ו דמיירי הכא שיש פסידא ללוי שעדיין לא הגיע הזמן ולכך צריך שבועת אין לי כדין כל טריפת משעבדי בסי' קי"ד וא"כ ה"ה דמה דמצריכינן הכא לסדר לשמעון הוא בשביל שעדיין לא הגיע הזמן ולא יהיה שמעון יכול לגבות מלוי וא"כ לפ"ז י"ל דהיכא שהגיע הזמן פרעון של לוי אין מסדרין לשמעון אלא ראובן גובה ממנו כל חוב שלו ושמעון גובה מלוי לצורך פרנסתו וצ"ע לדינא:

ד אין שמעון יכול למחול ללוי. הטעם מבואר בפוס' דדוקא במוכר שט"ח לחבירו יכול לחזור ולמוחלו אי משום דמכירת שטרות דרבנן או משום דשיעבוד הגוף ליתא במכירה וכיון דנמחל שיעבוד הגוף ליתנייהו לשיעבוד הנכסים אבל בשיעבודא דר"נ דהוי דאורייתא מקרא דונתן לאשר אשם לו וגם השיעבוד שיש לשמעון נשתעבד הכל לראובן מש"ה אין שמעון יכול למחול ללוי ויש להקשות לפ"ז לשיטת הסוברים דטעמא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול הוא משום דמכירת שטרות דרבנן א"כ במוכר שט"ח ואין להמוכר לשלם ללוקח המעות שקיבל ממנו לא יהא המוכר יכול למחלו להלוה בממ"נ אי מדרבנן מכירה מעלייתא היא והמוכר לאו בע"ד דלוה הוא ואי מדאורייי' כיון דהמכירה בטילה א"כ המוכר מחויב להחזיר המעות ללוקח וכיון דלית ליה לשלם אם כן נשתעבד הלוה להלוקח מדר"נ כמ"ש הרב רמ"א בר"ס ס"ו בהגה דהיכא דמכר שטר בלא כומ"ס כיון דהמקח בטל אם אין למוכר לשלם ללוקח מוציאין מן הלוה ונותנין להלוקח מדר"נ וא"כ ה"ה לדינא דאורייתא בכומ"ס וא"כ לא מהני מחילת המוכר דהא בשעבודא דר"נ לא מהני מחילה ונראה דזהו באמת דעת הב"י בסי' ס"ו מחודשים כ"ב והביאו הש"ך שם בס"ק פ"ט שכתב דמדברי הרא"ש בתשובה כלל ס"ח ס"ג איכא למישמע שהמוכר שט"ח לחבירו אם אין לו נכסים ממה לפרוע אינו יכול למחול ותמהו עליו הב"ח והט"ז והש"ך שם דהרא"ש שם מיירי באלמנה שהיתה חייבת לאחרי' דא"י

למחול כתובתה דבשעבודא דר"נ לא מהני מחילה משא"כ במוכר שט"ח לחבירו ועוד הקשה הש"ך שם מסוגיא דפ' החובל דפריך התם אאשה דפגיעתה רעה משום דלית לה נכסי לשלומי ואמאי תזבין כתובתה להאי דחבלה ביה ומשני דתמחול לבעלה כדשמואל אלמא אף דאין להמוכר לשלם מהני מחילתו ולפמ"ש ניחא הכל דהב"י דייק שפיר כיון דהרא"ש ס"ל דבשעבודא דר"נ לא מהני מחילה א"כ כיון דהרא"ש ס"ל בפרק הכותב ובתשובה דעיקר הטעם דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות לאו דאורייתא א"כ ממילא משתמע דאף במוכר שט"ח אם אין למוכר לשלם לא מהני מחילה כיון דמדרבנן הוי מכירה מעלייתא ומדאורייתא נתחייב הלוה להלוקח המעות שנתן מדר"נ ובזה ניחא נמי הך דפ' החובל דהא הר"ן בפ"ב דכתובות כתב דבחיוב כתובה מחיים דבעל לא משתעבד מדר"נ כיון דלא ניתנה כתובה לגבו' מחיים משא"כ בתשו' הרא"ש שם מיירי באלמנה שהגיע' עת גביית כתובתה בזה שייך שפיר דינא דר"נ וא"ש ונכון ואולי הש"ך בסי' ס"ו לטעמיה אזיל שהכריע בר"ס ס"ו כשיטת הסוברי' מכירת שטרות דאוריי' והא דיכול למחול משום דשיעבוד הגוף ליתא במכירה אבל לשיטת הסוברים דטעמא דיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן באמת הדין עם הב"י אך מ"מ לאחר העיון נראה דסברת הש"ך היא דאף להפוס' דס"ל דהא דמוכר שט"ח יכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן מ"מ יכול המוכר למחול אף באין לו נכסים לשלם ללוקח והוא משום דנהי דבדר"נ לא מהני מחילה היינו משום כיון שנשתעבד ליה מדר"נ פקע השיעבוד שיש לשמעון על לוי ונשתעבד לראובן אבל במוכר שט"ח נהי נמי דמדאורייתא לא מהני המכירה מ"מ כיון דמדרבנן הוי מכירה מעלייתא אף מדאורייתא לא הוי מקח טעות דכל הקונה אדעתא דמנהגא הוא קונה וכיון דמדרבנן הוי קנייה מעלייתא לא שייך לומר שהלוה נשתעבד להקונה מדר"נ שהרי המוכר לא נתחייב כלום להלוקח שהרי מכרו כדינא דרבנן בלי שום ערמה כלל אך מ"מ כיון דמדאורייתא לא מהני המכירה כלל אכתי נשאר זכות להמוכר בשטר הלזה ומהני מחילתו וע' בש"ך ע"ש בישוב קושית הרמב"ן מההיא דפ' החובל ודוק:

ה למחול ללוי. והקשה הש"ך מהא דכתב הרב רמ"א באה"ע סי' ע' ס"ח לענין מזונות האשה דאם הלך בעלה ולותה ואכלה דחייב לשלם ואם אין האשה כאן תובע לבעל ואם מחלה האשה לבעלה אין למלוה כלום אלמא אף דמשתעבד הבעל מדר"נ מהני מחילה וכבר עמדו בקושיא זו הח"מ והב"ש שם ומה שתי' הב"ש שם דמיירי התם דהיה לה לשלם ומחלה דאז יכולה למחול ועכשיו היא אינה בכאן לכך א"י המלוה לתבוע לבעל ליתא לפמ"ש הש"ך בסק"ה דאף דמחל בעת שהיו לו נכסים אם עכשיו אין לו נכסים

ל"מ מחילה כיון דהטעם דביש לו נכסים ל"ש דר"נ משום דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח וא"כ כי ליכא עכשיו נכסים ה"ל כאשתדוף בנ"ח דטריף ממשעבדי וה"ה כשאין הנכסים כאן כמ"ש הרב בס"ב בהגה ובע"כ צ"ל כמ"ש הש"ך דמיירי התם דמחלה קודם שלותה ואכלה אך לכאורה יש ליישב קושיא זו לפי שיטת הרי"ף והרא"ש דלכך מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן לכך מהני המחילה וא"כ י"ל דבמזונות אשה כיון דכל החיוב אינו אלא מדרבנן מהני המחילה אף בשעבודא דר"נ וכן מצאתי להט"ז באה"ע שתי' כן אך כי דייקת שפיר תראה דזה ליתא דדוקא גבי מכירת שטרו' מהני המחילה כיון שמדאוריי' גוף המכירה אינו כלום והמוכר בע"ד של הלוה הוא אף דחז"ל תקנו שתועיל המכירה היינו לענין שהמוכר לא יהיה יכול לחזור בו מהמכירה כיון שמכרה לו ברצונו הטוב אבל לענין להפסיד ללוה אם המוכר מחל לו גוף החוב לא תקנו ולא אלים כח המכירה להפקיע מחילת המוכר שלא יהא יכול למחול לו כמ"ש התוס' בקדושין דף מ"ח משא"כ לענין מזונות האשה אף שגוף החיוב הוא מדרבנן מ"מ כיון דשעבודא דר"נ הוא דאורייתא א"כ הבעל משועבד למלוה של האשה כמו להאשה עצמה ואין האשה יכולה למחול להבעל ואף דמזונות דרבנן אין חילוק בזה בין דאוריי' לדרבנן וכן מוכח מדברי הבעה"ת שער נ"א שהקשה בשם הרמב"ן על הראב"ד דמחלק דבשעבודא דר"נ לא מהני מחילה כיון שהוא מדאורייתא מסוגיא דפ' החובל דמקשינן דתזבין לכתובתה להאי דחבלה ביה דאי מחלה ליה גבי בעל לית ליה פסידא והיכי יכולה למחול דהא משתעבד לניזק מדר"נ וכן הקשה מסוגיא דשנים אוחזין גבי מצא שובר כתובה ומאי קושיא הא אנן קיי"ל דכתובה דרבנן וא"כ דמיא למכירת שטרות וכן הרא"ש בתשובה כלל ס"ח ס"ג פסק לענין כתובת אלמנה דאינה יכולה למחול היכא דמשתעבדא מדר"נ אף דבכלל ס"ט ס"ג ובפסקיו ס"ל דלכך במוכר שט"ח מהני מחילה כיון דמכירת שטרות דרבנן ובפ"ק דכתובות פסק הרא"ש דכתובה דרבנן א"ו כמ"ש וז"ב ומזה יש סתירה למה שפסק בס' ד' טורי אבן בתשובה סי' ט' בבעה"ב שלא היה ידו משגת לשלם להמלמד שכר לימוד עבור בנו קטן והבן מצא מציאה ותפס המלמד ממנו באמרו כיון שמציאת הבן לאביו והרי אביו חייב לו ופסק בפשיטות כיון דהא דמציאת הבן לאביו אינו אלא מדרבנן בשביל איבה א"כ יכול האב לומר אי אפשי בתקנת חכמי' שתקנו לטובתי והמציאה של הבן והנה לפמ"ש דאף במידי דרבנן לא מהני מחילה היכא דמשתעבד מדר"נ א"כ ה"נ לא מהני מחילת האב כיון שהבן משתעבד להמלמד מדר"נ ואף שהבן קטן מ"מ כיון דאף בפקדון שייך דינא דר"נ א"כ פשיטא דאף קטן מתחייב להחזיר הפקדון לבעליו וחייב להחזיר המציאה

לאביו ומשתעבד להמלמד מדר' נתן ולא מהני מחילת האב כמו במזונו' האשה אף דלא תקנו לה מזונות אלא לטובתה אפ"ה א"י למחול היכא דמשתעבדה מדר"נ וכמו שהסכימו האחרונים ואף לפי דברי הט"ז דבמידי דרבנן מהני מחילה מ"מ הכא שהבן היה קטן א"כ מדאוריי' בלא"ה המציאה של המלמד דהא מציאת חש"ו אינו אלא גזל מפני דרכי שלום ומהתימה שהגאון לא הרגיש בזה ואולי לא דמי לכתובה ומזונות דא"י למחול כשחייבת לאחרים דהתם הבעל נתחייב בהן בשעת הנשואין והאשה החזיקה בהחיוב שלה לכך אם חייבת לאחרים א"י למחול שעבודה משום דהבעל משועבד למי שחייבת לו מדר"נ אבל במציאה שהוא דבר דלא סליק אדעתיה והאב עדיין לא זכה בה אלא דחז"ל תקנו שהמציאה שלו לטובתו א"כ יכול לומר אי אפשי בה ואיני רוצה לזכות בה כלל מעיקרא ומסלק עצמה ממנה דפשיטא דמי שחייב לאחרים ואחד רוצה ליתן לו מתנה דיכול לומר איני רוצה לקבלה ואף שקבל אותה בסתם מבואר לקמן סי' רמ"ה ס"ז וס"י בהגה דאף שהוא חייב לאחרי' נאמן לומר שלא קיבל אותה לשם מתנה מעיקרא ע"ש אך מ"מ אכתי יש לדון בזה בכולה סוגיא דר"פ הכותב דמבואר דכל דבר שאדם זוכה מתקנת חז"ל וכבר בא לעולם א"י לסלק א"ע ממנו בלשון סילוק לומר אי אפשי בה אלא בלשון מתנה דוקא וע"ש וא"כ כיון שהאב חייב לאחרים והבן משועבד מדר"נ א"י ליתן אותה לבנו וצ"ע לדינא ודוק ו וכן אם אמר שטר אמנה או פרוע הוא. וכתב הסמ"ע ודוקא שיש נאמנות בשטר דאל"כ כיון דמלוה שני א"י לגבות בשטרו אלא בשבועה כשאמר לו השבע לי שאינו פרוע וכאן שמעון מודה שפרוע הוא גם ראובן הבא מכחו לא יוכל לגבות ממנו וכ"כ הט"ו סי' מ"ז והוא מדברי הבעה"ת שער נ"א עכ"ל והט"ז שם תמה ע"ז דמאי מהני הנאמנות הא לא האמינו למלוה אלא כ"ז שיאמר לא נפרעתי אבל זה שאומר בפירוש שנפרע נהי דלא מהימן כיון שחב לאחרי' מ"מ לא שייך נאמנות גביה ואי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי אף באין בו נאמנות שייך חזקה זו וכן הקשה הש"ך שם ולפעד"נ ע"פ מ"ש הש"ך בר"ס ע"א דלכך במלוה ע"פ והלוה נתן למלוה נאמנות סתם גובה המלוה בל"ש ולא אמרינן דלא הימניה אלא בשבועה דוקא משום דאנן סהדי שלא פרעו כיון שהתנה שיהיה לו נאמנות האיך יפרענו ויאמין למלוה ולא גרע מהיכא דא"ל אל תפרעני אלא בעדים שהמלוה נוטל בל"ש מה"ט ולזה נוטה סברת בעה"ת שער כ"ו שהביא הש"ך שם בסק"ז דכתב דלכך א"צ קנין בנאמנות דלאו שעבודא דנכסים איתא דיצטרך קנין אלא כמו התראה היא שלא יפרענו בלא קבול שטר או שובר ובכל ענין שמה התראה ע"ש ולפ"ז ניחא דבשלמא בשטר שאין בו נאמנות כיון שלא האמינו חז"ל לגבות בו אלא בשבועה א"כ כיון שאין שמעון רוצה לישבע אף ראובן

הבא מכחו אינו יכול לגבות בו אבל בשטר שיש בו נאמנות כיון דלאו משום דהימניה אתינן עלה אלא דאנן סהדי שאינו פורע ומניח השטר שיש בו נאמנות ביד המלוה דה"ל כאלו א"ל אל תפרעני אלא בעדים דנוטל בל"ש מה"ט לכך ראובן גובה מלוי בשטר זה אף דשמעון מודה שהוא פרוע הודאתו לאו הודאה היא כיון שחב לאחרי' דפקע שעבודו מלוי ונשתעבד לראובן וזה נכון אך מ"מ לדינא נראין דברי הש"ך שם וכאן דראובן גובה בהשטר כמו יורש ולוקח שנשבע שלא פקדנו ונוטל וה"נ כיון דראובן בע"ד של לוי הוא ונראה דלשיטת הש"ך ה"ה אם מת הלוה השני א"צ המלוה השני לישבע שלא נפרע דהא אף אם יודה לא תועיל דהא היורשים בע"ד של מלוה הא' נינהו אך בתשובת הריב"ש סי' שנ"ג מבואר להיפך נשמת לוה שני בחיי מלוה שלו ואחר כך מת מלוה דאינו גובה מלוה ראשון כלום משום דא"א מוריש שבועה לבניו וצ"ל דהריב"ש סבירא ליה כשיטת הט"ו דלא כהש"ך ועוד י"ל דבנידון הריב"ש דמיירי התם במת לוה בחיי מלוה ואחר כך לוה המלוה מאחר ומת בכה"ג אף הש"ך מודה דאין האחר גובה מן היורשים כיון שכבר נתחייב המלוה שבועה נגד היורשים קודם שלוה מאחר שוב לא נשתעבד לאחר מדר"נ אלא כשישבע דוקא כמ"ש הט"ו בסי' ס"ו סט"ו לענין מכירת שטר דאם מת הלוה קודם שלקחו זה ואח"כ מת מלוה אינו גובה אפילו בשבועה משום דאינו יכול למכור ממון שא"י לגבותו אלא בשבועה וה"ה שא"י לשעבד ממון כזה ואין היורשים משועבדים לאחרון יותר מלמלוה של אביהן עצמו כנ"ל ודוק:

ז ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד. עש"ך שכתב דלאו דוקא שנתחייב בב"ד דהא כיון שנשתעבד מדר"נ ה"ל מלוה א' בע"ד דידיה ומה לי נתחייב בב"ד או לא אלא אורחא דמילתא נקט דדוקא נתחייב בב"ד דקודם לכן יכול לומר לא הייתי יודע שהוא חייב או סבור הייתי שיש לו נכסים וישלם לך אבל אה"נ אם התר' בו שלא יפרע לשמעון כי שמעון חייב לו ואין לו נכסים ואח"כ מברר ראובן שכן הוא או שלוי מודה לו שידע שהוא חייב לראובן ושאין לו נכסי' ואע"פ כן פרע לשמעון חייב לוי לשלם לראובן כיון דבשעת פרעון היה יודע שנשתעבד לראובן ובע"ד דידיה הוא לא נפטר במה שפרע לשמעון ואינו יכול לומר לא הייתי יודע הדין דכיון דמשועבד מדר"נ עליו רמיא למידע ולא מסתלק שעבודא מיניה עד דפרע ליה אלו הן תורף דבריו ומכלל דבריו נראה דס"ל דבהתרה בו שלא יפרע לשמעון אף שלו' לא ידע בשעת התראה שהאמת אתו מ"מ כשראובן מברר דבריו אח"כ חייב לוי לשלם לראובן וכן אף שראובן לא התרה בו אלא שלוי בעצמו ידע שחייב שמעון לראובן ואין לו נכסים והלך ופרע לשמעון חייב לחזור ולשלם לראובן וכ"כ הש"ך בס"ס זה בקיצור דינים שלו בסתם דאם אחר שנשתעבד לוי לראובן מדר"נ פרע

לשמעון וידע שהיה חייב לו ושאין לו נכסים צריך לחזור ולפרוע לראובן משמע להדיא דאף שלא התרה בו כלל חייב לחזור ולפרוע לראובן והנה בהתרה בו מסתבר כוותיה דאף שלא ידע לוי בשעת התראה שהאמת אתו מ"מ אם ראובן מברר אח"כ שכדבריו כן הוא חייב לחזור ולפרוע לראובן דכיון דנשתעבד מדר"נ עליו רמיא למידק למי לפרוע כיון דהתרה בו אך מה שמחלק הש"ך בלא התרה בו בין ידע לוי דשמעון חייב לראובן או לא ידע לא ירדתי לסוף דעתו כיון דהש"ך העלה בס"ק י"א דשמעון אינו יכול למחול החוב ללוה אף שלא נודע בעת המחילה אם חייב לראובן או לא דכיון דנשתעבד לראובן בע"ד דראובן הוא ואין בידו של שמעון למחול דבר שאינו שלו א"כ ה"נ לענין פרעון מה מועיל מה שלוי לא ידע דשמעון חייב לראובן מ"מ כיון דנשתעבד לראובן פרעון דשמעון לאו פרעון הוא כלל וכאלו פרע לאינש אחרינא דמי ואי משום שיש לו הפסד ואנוס הוא בדבר מה לו לראובן בהפסדו של לוי הרי הוא בע"ח שלו וחייב בכל אונסין דמתייליד לו ומזליה גרם שפרע לאינש אחרינא בלא ידע ואשה ובאמת לפענ"ד נראה אף דידע לוי דשמעון חייב לראובן ופרע לשמעון מ"מ פטור היכא דראובן לא התרה בו דכיון דלא התרה בו איהו דאפסיד אנפשיה ודמי להההיא דסי' ע"ו ס"א בהלוו שנים בשטר אחד ש' והודיעוהו שלאחד מנה ולאחד מאתים והלוה שכח למי המנה ולמי המאתים שהדין הוא שנותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח ביד ב"ד עד שיבא אליהו והטעם ביאר הש"ך שם בשם הבעה"ת דכיון דסמכי אהדדי ומהימני אהדדי שהשטר הוא מונח ביד אחד מהן הוי ליה כהפקידו שניהם בכרך אחד או זה בפני זה דלא ה"ל למידק דא"ל אתון גופייכו לא קפדיתו אהדדי אנא קפידנא ע"ש הרי אף שהודיעוהו בשעת הלואה למי המאתים ולוה חייב באונסין מ"מ כיון דהמלוה גופיה לא דק אמרינן דאיהו דאפסיד אנפשיה ופטור הלוה לשלם שני פעמים וא"כ ה"נ נהי דידע לוי דשמעון חייב לראובן מ"מ כיון דראובן לא התרה בו שלא יפרע לשמעון שממנו נטל המעות ושמא א"י שחייב וגם שמא אינו יודע דמשתעבד מדר"נ א"כ ראובן גופא פשע ואיהו דאפסיד אנפשיה ולא מחייבינן ללוה לפרוע פעם שנית כיון שכבר הוציא המעות מתחת ידו ועוד נראה דלוי יכול לומר אני סברתי דשמעון בעצמו יפרע לראובן ולא גרע מהיכא שהלוה נתן דמי הפרעון לערב שמבואר בסי' קכ"ט סי"ב בהגה שנפטר הלוה בכך כיון שהמלוה האמין לערב מתחלה והסמ"ע שם החזיק דין זה מהא דמצינו בכל מקום לענין שואל ושאר שומרי' דאם מסרו למי שהימניה נפטר בכך ע"ש וא"כ ה"נ כיון דראובן הלוה לשמעון מתחילה והאמינו שיפרע לו אף דעכשיו אין לו נכסים אם הלך לוי ופרע לשמעון לא נתחייב בכך דהוי כנתן לו מעות אדעתא שיפרע לראובן דהא ראובן האמינו בתחלה

וכי בשביל שאין לו נכסים לשמעון עכשיו איתרע נאמנותו אדרבה י"ל דגם דעת שמעון היה לגבות מלוי ולפרוע לראובן ולכך אם פרע לוי לשמעון פטור דלא גרע מפרע לערב ואולי הש"ך לטעמיה אזיל דחולק בסימן קכ"ט אהאי דינא דנתן הלוה לערב דפטור אבל לתשובת מיימוני והרב רמ"א והסמ"ע שם דפטור ה"ה הכא דינא הכי כנלפענ"ד נכון ועיקר:

ח וטוען לוי פרוע הוא. ע' בסמ"ע שכ' דמיירי בשטר (שיש) [שאין] בו נאמנות ליורשים כ"א לאביהם וכמ"ש לפני זה עכ"ל וזה דלא כמ"ש בפרישה דהכא מיירי שאין בו נאמנות כלל דאם יש בו נאמנו' כיון דשמעון א"נ גם יורשיו אף דלא האמין אותם לוי מתחילה מכל מקום אינן יכולין לגרוע הנאמנות והרי הוא כאלו אביהן חי וגובה ראובן בל"ש בהשטר של שמעון שיש בו נאמנות עכ"ל ואינן דברים של טעם כיון דסתם נאמנות אינו מועיל ליורשי המלוה לפוטרם משבועה שלא פקדנו כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ע"א והביאו הט"ו בסי' ק"ח ס"ה ואם כן כיון שאינם רוצים לישבע לא עדיף כחו של ראובן מכח היורשים אך בסי' ע"א סק"ב הקשיתי על האי דינא דסי' ק"ח והעליתי דהיורשים נוטלים בל"ש א"כ דברי הפרישה נכוני' דמיירי הכא באין בו נאמנות כלל ועמ"ש בסק"ו:

ט חוזר זה עליהם. ע' בסמ"ע ובש"ך ובסי' ס"ו העליתי דהעיקר כהסמ"ע דאינו חוזר זה עליהם אלא בנכסים שירשו מאביהן דוקא גם הש"ך בס"ק י"ט הוכיח מדברי הט"ו כהסמ"ע ע"ש:

י והמחזיק אומר שמתיירא להוציא וכו' ולגבות ממנו הדין עמו. ופשוט דה"ה אם יש לו פקדון של ישראל אלים המוחזק באלמות וירא שיתבענו שנית דג"כ דינא הכי אולם ראיתי בתשו' מורי"ט צהלון סי' מ"ט שכתב בלוי שהלוה לראובן וראובן לשמעון ולוי בא להוציא מיד שמעון מדר"נ ושמעון טוען שהשטר ביד ראובן והו' אלים וירא שיחזור ויתבענו באלמותו ופסק בפשיטו' דשמעון חייב לשלם ללוי ואי משום דראובן אלים אנו אין לנו אלא שנכתוב לו שובר מב"ד ונגזור על ראובן שאל ישכן באהלו עולה ואי משום שראובן אלים ויחזור ויתבענו מה לנו לאלמותו להפסיד ללוי ותדע דא"כ בכל טריפה מלקוחות ניחוש דילמא ראובן אלים עכ"ד והוא לכאורה תמוה מאוד שהוא היפך מדין זה שמבואר בתשו' מיימוני דחיישינן בישראל מומר שיחזור ויתבענו שנית וא"צ הנפקד ליתן להנושה אך מ"מ דברי מוהרי"ט צהלון נכונים והוא משום דבתשובת מוהר"ם שבתשו' מיימוני לס' נזיקין סי' ז' מבואר הטעם דלכך א"צ הנפקד ליתן פקדון להנושה משום שירא שיחזור ויתבענו המומר שנית משום דדמי לפקדון שאנסוהו נכרים ליתן להם הפקדון שהדין הוא שיכול ליתן להם ופטור מלשלם כמבואר בסי' רצ"ב ס"ח

וא"כ יש לחלק דדוקא בפקדון הדין כן שהאנסים אונסים אותו על גוף הפקדון משא"כ בהלואה כה"ג חייב לשלם למלוה הראשון דכיון דמלוה להוצאה ניתן הוי כאנסוהו ליתן לו ממון אחר כמ"ש הרא"ש בפ"ק דגיטין והט"ו בסי' קכ"ו סכ"ב לענין מע"ש שאם היה הנותן עכו"ם והמקבל ישראל דאם הכותי הנותן אנס והוציא בכח מידו קודם שיתן לישראל המקבל אם מלוה הוא חייב הלוה לפרוע גם לישראל המקבל דכיון דמלוה להוצאה ניתנה כמי שאנסו להביא ממון אחר דמי אבל בפקדון אפילו אנסו הכותי עד שיביא הפקדון לביתו פטור דאינו אלא שומר לשני כמו שהיה שומר להראשון ופטור מהאונסין וא"כ ה"ה הכא לענין דינא דר"נ הדין כן וא"כ יפה פסק מוהרי"ט צהלון דמיירי בהלואה דאין חוששין לאלמותו של מלוה השני ואף בנכרי וישראל מומר דינא הכי דכיון דמשתעבד למלוה הראשון מדר"נ ופקע השיעבוד מהשני אף שהמלוה השני יכופו לפרוע שנית מה לו למלוה הראשון בכך כיון דבע"ד דידיה הוא והשני אנסו ליתן לו ממון אחר אך מ"מ בהאי דינא דמוהריט"ץ שיש שטר ביד המלוה השני ואינו רוצה להחזיר השטר להלוה איכא לאקשויי מהא דמבואר בסי' נ"ד ס"ג דאם אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתוב לך שובר אין שומעין לו דכיון שהשטר בעולם א"צ לפרוע לו עד שיחזיר לו שטרו וא"כ הכא אמאי צריך הלוה השני לפרוע למלוה הראשון כיון שהמלוה השני אינו רוצה להחזיר לו שטרו אף שב"ד נותנים לו שובר מ"מ אינו משועבד למלוה הראשון יותר מלמלוה השני שא"צ לשלם לו בשובר עד שיחזיר לו שטרו וכמ"ש הטור בשם תשו' הרא"ש שאם מפורש תנאי בשטר שלא יוכל לכופו לפרוע אלא כשירצה אינו משועבד למלוה הראשון יותר מלמלוה השני והביאו הסמ"ע וא"כ ה"נ כיון דלא נשתעבד לשלם למלוה השני עד שיחזיר לו שטרו אינו משועבד לראשון יותר מן השני אך מ"מ אחר העיון דברי מוהריט"ץ נכונים לפי מה שהוכיח הש"ך בסי' נ"ד סק"ד דהא דקיי"ל דאם השטר בעולם א"צ הלוה לפרוע לו בשובר עד שיחזיר לו שטרו היינו משום דסוף סוף יהיה המלוה פרוע בהחזרת השטר יש להלוה לעכב הפרעון עד שיחזיר לו את שטרו אבל שיעכב הלוה המעות לגמרי עבור זה לא כיון שנותן לו שובר וליכא פסידא כלל והביא ראיה ברורה לדבר מהא דפסקינן התם דאם המלוה אומר אבד שטרי והריני נותן לך שובר והלוה טוען ברי שהשטר אצלו הוא ועתה הניחו בכיסו דישבע המלוה היסת שאבד השטר וזה יפרע לו חובו ואמאי ישבע הלוה שהוא מוחזק בממון שהשטר אצל המלוה הוא ויפטר א"ו דבשביל זה לא מעכבינן הפרעון לגמרי אלא דכשידעינן שהשטר אצל המלוה יכול הלוה לעכב המעות בכדי לכופו שיחזיר לו שטרו ע"ש וא"כ הכא כיון שהלוה השני משועבד מדר"נ למלוה הראשון ופקע שעבודו ממלוה

השני אף שהמלוה השני אינו רוצה להחזיר השטר מ"מ לא אמפסידינן ממון למלוה הא' בזה ולא שייך בזה לומר כי אינו משועבד לראשון יותר מלשני דהא באמת אף ממון מלוה השני אינו נפקע עבור שלא החזיר לו שטרו ולא חשיב כתנאי בשעת הלואה אלא דכשידעינן שהשטר אצלו יכול הלוה לעכב מעותיו בכדי לכוף את המלוה להחזיר לו השטר אבל הכא שההפסד הוא למלוה הראשון אינו יכול הלוה לעכב מעותיו בשביל החזרת השטר דהא המלוה הראשון לא פשע כלום בזה וכי בשביל שהמלוה השני עושה עול להלוה נפסיד למלוה הראשון אשר אין עול בכפו ובזה מתורץ קושית הט"ז בסי' ס' ס"ח על מ"ש המחבר שם ראובן הוציא שטר שלוה שמעון מלוי וטען ראובן שלוי היה שלוחו ונכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו ושמעון טוען לאו בע"ד דידי את אם הודה לוי לראובן ששלוחו היה אם אינו חב לאחרים בהודאתו כופין את שמעון שיפרע לראובן והקשה הט"ז מדכתב אם אינו חב לאחרים משמע אם יש עליו חובות לאחרים ואין בידו לשלם א"נ לומר דעיקר החוב של ראובן כיון שחב לבע"ח ותמוה מאוד דמה הפסד הוא זה דאף אם יאמר דעיקר החוב של לוי מ"מ לא ישתלמו בעלי חובות של לוי מזה השטר דהא השטר ביד ראובן ונהי דאין לו כח לגבות בלא כתיבה ומסירה מ"מ גם לוי לא יוכל לגבות כל שאין השטר בידו דאין שמעון חייב לשלם ללוי אף אם יתן לו שובר כיון שהשטר ביד אחר כמ"ש הב"י סי' ס"ו מחודש י' עכ"ד הרי הט"ז תפס במושלם דאף בע"ח של לוי אינו יכול לגבות משמעון כיון שהשטר אין בידו ובאמת לק"מ כיון דשמעון משועבד לבע"ח של לוי מדר"נ מחויב לשלם להנושים בלוי ע"פ שובר מהב"ד כיון דהבע"ח לא פשעו כלום ול"ד למ"ש הב"י בסי' ס"ו בשם הבעה"ת והביאו הש"ך שם סק"ס במלוה שמכר שט"ח לאחר בלא כומ"ס דאין הלוה צריך לשלם להמלוה עד שיחזיר לו שטרו שאני התם דהמלוה פשע שמכר ומסר שטרו ליד אחר מרצונו הטוב ואח"כ חזר בו משא"כ בדינא דר"נ דלא פשע המלוה הראשון כלל לא מעכבינן פרעון שלו בשביל החזרת השטר וז"ב ונכון אמנם מ"מ בהאי דינא דמהריט"ץ דהמלוה השני אינו רוצה להחזיר לו שטרו והוא אלים והלוה ירא שיחזור ויתבענו שנית ולא יספיק לו שובר מב"ד אכתי יש לדון בו טובא מהא דפסק בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קצ"ג ובתשוב' צ"ל סי' י' במי שלוה מחבירו בממר"ם ונאבד השטר מיד המלוה דא"צ הלוה לשלם להמלוה אף שיתן לו שובר משום דדילמא ימצא אחר השט"ח ויוציא ממנו שלא כדין ולכך א"צ לשלם לו עד שיקבל עליו המלוה כל אחריות ההפסד של הלוה אע"פ דמה שאבד השט"ח אפילו גרמא בניזקין לא הוי דהא לא עביד מידי בידים ולא בריא הזיקא מ"מ א"צ לשלם לו עד שיקבל עליו המלוה כל האחריות באם שימצאנו אחר ע"ש הרי

להדיא דאף דמחמת שאבד השט"ח לא נתחייב המלוה באחריות מ"מ הלוה א"צ לשלם לו חובו עד שיקבל עליו המלוה אחריות וע"כ צ"ל דה"ל כאלו הלוה התנה עמו בשעת הלואה שלא יצטרך לשלם לו עד שיחזיר לו שטרו ויסלק ממנו כל היזק שיכול להגיע לו מחמת שטרו אף שלא כדין וא"כ ה"נ כיון דחזינן דאין משועבד למלוה א' יותר מלשני ואם היה לו תנאי עם המלוה השני שלא יכוף לפורעו אף המלוה הא' א"י לכופו לפרוע לו דלא נשתעבד להא' יותר מלשני כמ"ש הטור בשם תשובת הרא"ש וא"כ ה"נ כיון דמלוה השני הוא אלים ה"ל כאלו התנה עמו בשעת הלואה שלא ישלם לו עד שיחזיר לו שטרו שלא יהא יכול לבוא לידי היזק אף שלא כדין וא"כ האיך ישתעבד לראשון יותר מלשני ואולי י"ל דדוקא תנאי שלא יכוף לפורעו מהני שהוא כמחילה בשעת הלואה שלא יהא יכול לכופו על הפרעון ויכול ליתן מטלטלין שלו למי שירצה אבל תנאי שהוא תלוי כגון זה דאמרינן שהתנה עמו שלא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו אין הפטור אלא בעת שאין מקיים התנאי דהוי כאלו התנה עמו שאם לא תחזיר לי שטרי אזי אפטר מלשלם לך והוי כמו תנאי אם לענין קדושין וגיטין באה"ע סי' ל"ח וקמ"ד שאם קידשה אחר קודם קיום התנאי מקודשת לשני וה"נ כיון שקודם שהגיע הפרעון כבר נשתעבד למלוה הא' מדר"נ אף שמלוה השני אינו רוצה להחזיר השטר מ"מ שוב לא נפטר הלוה מחובו שכבר נתחייב למלוה הא' מדר"נ וצ"ע לדינא ודוק הטיב בכ"ז:

פז

א אם הוא מודה במקצת. הסמ"ע הביא בשם הר"ן בפ' שבועת הדיינים באחד שתבע לחבירו מאה זוז נ' זוז שהלוה לו ונ' זוז שחבל בו וזה כופר בכל אע"ג דדינא הוא שהנחבל נשבע ונוטל מ"מ לא הוי כמו הודה לו בנ' כיון שהנחבל עדיין לא נשבע אבל אם נשבע כבר והוא כפר בכל מקרי מודה במקצת דאנן סהדי דחייב לו נ' כיון שנשבע והוי כתבעו מנה וכפר בכל ועדים מעידים שחייב לו נ' וכו' ד"מ א' עכ"ל והש"ך בסקי"ג כתב ע"ז והיינו דוקא שנשבע כבר אבל לא נשבע לא אפילו ירצה לישבע עכשיו כדין נחבל ונראה דמ"ש ונתבע כופר בכל היינו שכופר שלא חבלו אבל מ"מ מודה שנשבע או מיירי שכפר הכל ובאו עדים שנשבע זה על חבלתו עכ"ל והדבר תמוה מאוד דבר"ן עצמו בס"פ ש"ה מבואר להיפך שכתב שם וז"ל ולענין תובע ואומר מנה לי בידך חמשין הלואה וחמשין מחמת חבלה שחבלת בי ועדיין לא נשבע נחבל על חבלתו ונתבע כופר בכל אע"ג שהתובע נאמן בשבועה בחמשין דחבלה מודינא דודאי הנתבע פטור מפני הטעם שכתבתי לפי שעדיין אין לתובע אצלו ממון אלא גורם לממון דמי יימר דמשתבע אבל

לאחר שנשבע נחבל על חבלתו ועדיין עומד בתביעתו בחמשין דהלואה ונתבע כופר בכל מסתברא לי דחייב דהיינו דר"ח קמייתא מנה לי בידך וכו' וה"נ אנן סהדי דחמשין דחבלה אית ליה גביה כיון שכבר נשבע אף על פי שבעת תביעתו לא הוי כאן עדים במקצת וחזינן לעיל דכל שיצא הודאה מפי הנתבע בפטור אע"פ שאח"כ בא לה צד חיוב אינו מתחייב עליו נ"ל שאין למדין מינה לנדון זה דש"ה שעל הודאתו אתה מחייבו וכבר יצאה מפיו דפטור אבל בדר"ח קמייתא על העדאת עדים אתה מחייבו ומה יעשה זה שמתחלה לא היו לו עדים ואח"כ באו עדים ונחבל נמי כשנשבע הרי אנו עדים עכ"ל הרי מבואר להדיא בדבריו דאף שנשבע אח"כ על חבלתו הוי כבאו עדים אח"כ וחייב ש"ד מדר"ח קמייתא והנראה בכוונת הש"ך דהוא ז"ל הכריע כן מסברא דנפשיה דודאי הר"ן סובר דאף שהוא נשבע עכשיו בב"ד חייב ש"ד דהוי כהעדאת עדים שבאו אח"כ אלא שהיה קשה להש"ך ע"ז מדברי הרמב"ם בפ"ד מה"ג והט"ו לקמן סי' שס"ד ס"ו דפסקו בחוטף זהו' לפני ע"א והעד א"י מניינם ואמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הם והנגזל אומר מאה חטף שדין הוא שישלם העשרים שהודה בהם ועל השאר נשבע היסת ואינו נשבע ש"ד כדין מודה במקצת שהרי לא הודה בכלום שהרי אומר דידי חטפתי ודלא כיש גאונים ברמב"ם שם דס"ל דחייב ש"ד הרי להדיא דאף שא"נ לומר דידי חטפתי מכל מקום לא מיחשב כהעדאת עדים עבור זה וכמו שכתב הסמ"ע שם וכ"ש דנחבל לאחר שנשבע לא מיחשב כהעדאת עדים וכן המחבר לקמן בס"ה כתב דאין המתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה חייב ש"ד והוא מתשובת הרשב"א וכתב הש"ך שם דהיינו שאמר ליה על נ' אל תפרעני אלא בעדים ותובעו מאה ואומר פרעתיך הכל אלמא דאף שא"נ בדבריו וחייב לשלם אף בלא שבועה מכל מקום לא מיחשב כהעדאת עדים דמכל מקום דילמא האמת אתו ואם כן כל שכן בנחבל דנ"ו שאינו אלא מדרבנן דלא מיחשב כהעדאת עדים ע"פ שבועתו וכן הקשה הט"ז ע"כ הכריע הש"ך דדינא דהר"ן לא שייך אלא כשנשבע כבר בב"ד אחר על חבלתו ונתחייב לשלם ע"פ פסק ב"ד לכך כשכופר בב"ד אחר אח"כ הכל ונתברר ע"פ עדים שכבר נתחייב ע"פ ב"ד לשלם נ' בזה מסתבר דחייב ש"ד דזה מיחשב העדאת עדים כיון שכבר נתחייב לשלם ממון גמור בב"ד וזה דמיא קצת למודה בקנס דפטור והיכא שהודה שנתחייב בב"ד מיחשב ממון גמור וכן משמע מלשון הסמ"ע דמיירי שנשבע כבר בב"ד אחר והוא מה"ט שיהא דין של הר"ן אמת אף לשיטת הרמב"ם והמחבר והר"ן גופיה ס"ל כשיטת הגאונים שברמב"ם אבל לדידן בעינן דוקא שכבר נשבע ונתחייב לשלם בב"ד אחר דכיון שכבר נפסק הדין לשלם והוא כופר בממון זה מיחשב ממון גמור וחייב ש"ד ע"פ העדאת עדים שמכחישים אותו

אך מ"מ מ"ש הש"ך דמיירי שכופר שלא חבלו ומודה שנשבע כבר קשה דאמאי לא מהימן במיגו דאי בעי היה כופר גם השבועה דהא אף בנחבל מהני מיגו כמ"ש הסמ"ע בסי' צ' ס"ק מ"ו בשם פסקי מוהרא"י ואף אי מיירי הכא דספק החבלה ידוע ע"פ עדים מ"מ יהיה נאמן על המותר בלא שבועה במיגו דהיה כופר החבלה וגם השבועה ואפשר דמיירי שיש עדים על השבועה רק שהוא אינו כופר רק גוף החבלה וקמ"ל דאף בכה"ג מיחשב העדאת עדים כן נ"ל בכוונת הש"ך אך בטוען על מקצת א"י אם פרעתיך הסכים הש"ך דזה מיחשב מודה במקצת כיון שע"פ טענתו מתחייב לשלם ע"פ הדין וגם אינו כופר הממון בברי ואף דבטוען על מקצת האחר פרעתי בברי העליתי בסי' ע"ה סק"ז דצריך התובע לישבע על המקצת שטוען הנתבע א"י אם פרעתיך מ"מ נראה דבכה"ג אף הש"ך מודה דכשנשבע התובע אח"כ מיחשב כבאו עדים אח"כ וחייב הנתבע ש"ד כיון שאינו כופר בממון בברי רק שטוען א"י אם פרעתיך ועמ"ש בסי' ע"ה שם ודוק בכ"ז

ב מוכן בידו בפני ב"ד. והעלה הש"ך מדברי כל הפוסקים דהיינו דוקא במלוה אבל בפקדון אף שהוא בביתו של נפקד הוי הילך דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא ונראה דה"ה בשני שותפים שהיו מתעסקים יחד בסחורה ובחובו' ואחד תובע לחבירו והשני הודה לו במקצת מחובו' שחייבים לו מעסק השותפות דזה נמי הוי הילך אף שאין המעות בעין רק שאחרים חייבים לו מ"מ כל מה שמודה הוא בחזקת השותפות וברשות חבירו נמי עומד והוי כפקדון דחשיב הילך אף שהוא בביתו של נפקד כיון דברשותא דמרא קאי וראיה לזה מתשו' הרא"ש שהביא המחבר בסי' ס"ז ס"ד לענין שמיטה דבכה"ג אין השמיטה משמטת ומשום דהוי כפקדון ע"ש:

ג והוא מודה לו ויש להבין דלהימן במיגו דאי בעי היה כופר שלא נפחת כלל דהיה פטור משבועה ומיגו דהעזה לא הוי דהא אכתי מודה לו בכלי אחד ושייך אישתמוטי על המותר של פחת הכלי וצ"ל כיון דהילך פטור אי יכפור בפחת הכלי יחשב ככופר הכל והוי העזה וכ"כ התוס' בב"מ דף ד' ע"א ד"ה וש"מ דהילך פטור דהקשו שם דא"כ אמאי סובר רשב"א בסלעים דינרים מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דהוי מודה במקצת דיהא נאמן בשלש במיגו דאי בעי אמר שתים ותירצו כיון דהילך פטור אם יאמר שתים ה"ל כופר הכל וא"א מעיז ולר"ע לא הוי עזות דמסייע ליה שטרא אך דברי התוס' שם אין מוכרחים בזה לפמ"ש התוס' שם בד"ה לעולם שתים פטור והילך חייב דהקשו שם כיון דהילך חייב כי אמר נמי שתים אינו כופר הכל וכי אמר שלש יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר שתים ומ"ט דרשב"א ותירצו דס"ל דמה שהשטר מסייעו אינו טוען ברצון לפי שנראה דמחמת השטר הוא מודה ואם לא היה השטר היה כופר הכל וא"כ כיון דלפי

תירוצו דהש"ס צ"ל כן א"כ אף למאי דס"ד דהילך פטור י"ל כן דטעמי' דרשב"א דלא הוי מיגו אי בעי אמר שתים דמה שהשטר מסייעו אינו טוען ברצון אך מ"מ מדברי הבעה"ת והט"ו בדין זה מוכח ע"כ דס"ל כסברת התוס' דטענת הילך הוי העזה וליכ' לאקשויי לפ"ז דאמאי אם נרא' לדיין שהוא מערים לומר הילך לדחות שבועת התורה מעליו חייב לישבע ש"ה כמבואר בס"ג ואמאי להימן בל"ש שאינו חייב לו יותר במיגו דאי בעי היה כופר הכל דליכא למימר דא"א מעיז דהא השתא נמי שהוא טוען הילך ג"כ מעיז זה ליתא דאיכא למימר דאף דטענת הילך הוי ג"כ העזה מ"מ ליכא מיגו דכופר הכל דמ"מ נוח לו יותר טענת הילך מלכפור הכל דהוי העזה טפי כן צ"ל בשיטת הבעה"ת והט"ו אמנם ראיתי להראב"ד בהשגות בפ"ד מה' טוען ד"ו שכתב על מ"ש הרמב"ם שם וז"ל מנה לי בידך על משכון זה אין בידי עליו אלא נ' ה"ז מודה וישבע אין המשכון שוה אלא נ' או פחות ה"ז נשבע ומשלם הנ' שהודה בהן וכתב עליו הראב"ד ואם שוה הנ' או פחות מה ישבע הילך הוא עכ"ל והיינו משום דס"ל דמשכון הילך הוא אך על מ"ש הראב"ד או פחות הקשה הלח"מ דאם הודה לו בחמשים והוא שוה פחות נהי דהוי הילך למאי דשוה למאי דלא שוה לאו הילך הוא והוי מודה במקצת לכך כתב הלח"מ דהך או פחות ט"ס הוא ובמגדול עוז העתיק לשון הראב"ד כפשוטו והנה לפמ"ש י"ל דהראב"ד חולק על פוסקים אלו וס"ל דבכה"ג הוי משיב אבידה דאי בעי לא היה מודה אלא כפי שווי המשכון דהיה פטור משבועה מטעם הילך וס"ל דבסברא זו פליגי רשב"א ור"ע גבי סלעים דינרים דס"ל לר"ע דהוי משיב אבידה ולא ס"ל כמ"ש רש"י והתוס' דטעמא דר"ע דלא הוי העזה כיון דהשטר מסייע דהא הש"ס מתחילה לא סליק אדעתיה סברא זו וכן בתירוצא בתרא דמשני דה"ל שיעבוד קרקעות וכמו שעמדו בזה הראשוני' הובא באס"ז לכך ס"ל להראב"ד דטעמא דר"ע דהוי משיב אבידה כיון דשתים פטור מטעם הילך או שיעבוד קרקעות כי מודה לו בג' אית ליה מיגו מעליא ולא הוי העזה כלל כגון שהוא מודה במקצת וכן לענין משכון נמי וזה הוא שלא כדברי הט"ו בדין זה אלא דקשה לפ"ז למה לא השיג הראב"ד על מ"ש הרמב"ם בספ"ג מה' טוען בדין מנה וכלי יש לי בידך שהביא המחבר בס"ד דשם נמי אית ליה מיגו דאי בעי אמר שזה הוא כליו שהפקיד אצלו ודוחק לומר דהיכא שהוא מודה לו בכלי אחר לגמרי מה שלא תבעו מיחשב העזה יותר לכך נראה דדברי הראב"ד נוטים לכוונה אחרת דבאמת הראב"ד נמי ס"ל דטעמא דר"ע גבי סלעים דינרים דלא הוי מיגו דהעזה משום דהשטר מסייעו כמ"ש רש"י והתוס' אלא דס"ל דכי היכי דאמרינן מיגו דאי בעי אמר שתים ולא הוי העזה משום דהשטר מסייע לו והיינו משום כיון דכתוב בשטר סלעים סתם אם איתא דהוי שלש כיון דהשטר נכתב

לראיה היה מפורש בשטר שהוא שלש ולכך אינו בוש להעיז והוי משיב אבידה ולכך ה"ה לענין משכון נמי אם הודה לו בנ' והמשכון שוה פחות פטור משבועה דהוי משיב אבידה דאי בעי לא היה מודה אלא כפי שווי המשכון דהיה פטור משום הילך ולא הוי מיגו דהעזה דה"נ המשכון מסייעו דאם איתא שהלוהו יותר לא היה נוטל משכון שהוא פחות מדמי ההלואה שאין דרך להלוות על המשכון יותר משויו ומה"ט ס"ל להראב"ד בפ"ה מה' גניבה דבהשכין הגניבה ביותר על דמיה א"ל בעל החפץ להחזיר דמי ההלואה משום תקנת השוק משום שאין דרך להשכין יותר מכדי דמיו ע"ש וא"כ ה"נ כי יטעון שאינו חייב אלא כפי שווי המשכון יהיה החזקה מסייע לו ואינו בוש להעיז וזה נכון מאוד בסבר' אלא דקשה ע"ז ממשנ' ערוכה דס"פ ש"ה המלוה על המשכון ואבד וטוען סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלה אומר שלשה דינרים היה שוה חייב ש"ד ואמאי ליהוי כמשיב אבידה דאי בעי היה אומר דסלע היה שוה ולא הוי כמיגו דהעזה דהחזקה יהיה מסייע לו דודאי המשכון היה שוה סלע דמסתמא א"א מלוה על המשכון יותר מכדי דמיו אך י"ל דשאני התם דהא המלוה נמי משיב אבידה דאי בעי היה טוען שנאנס המשכון והיה גובה כל דמי המשכון דמלוה על המשכון אינו אלא ש"ש אלא הא דלא מהימן הוא משום דמיגו להוציא לא אמרינן או משום דללוה נמי אית ליה מיגו דלהד"ם דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה וכמ"ש בסי' ע"ב ס"ק י"ד באריכות וא"כ לכך לענין לאפטורי משבועה ל"מ מיגו של לוה דאי בעי אמר סלע היה שוה דהא אית ליה להמלוה נמי מיגו דאי בעי אמר שהמשכון נאנס וכיון דלכל חד וחד אית ליה מיגו חיוב שבועה דמודה במקצת במקומה עומדת דלא גרע משתי כיתי עדים המכחישים זא"ז דאם היה חייב ש"ד בלא העדים חייב גם עכשיו כמ"ש הש"ך בס"ק ט"ו אבל מ"ש הראב"ד דאף אם המשכון שוה פחות ומודה בנ' פטור משבועה י"ל דמיירי שיש עדים שראו המשכון ביד המלוה דהא מיירי הכא שהמשכון הוא בעין וא"כ ליכא מיגו למלוה ולכך פטור הלוה כיון דאית ליה מיגו מעליא כנלפענ"ד בכוונת דברי הראב"ד והוא דין חדש ודוק:

ד אין לך בידי אלא הכלי והילך. ונראה דאף היכא שהנתבע תבע מקודם להתובע מנה וכפר בו דבכה"ג א"צ הנתבע להחזיר לו הכלי משום דמחזיקו עבור תביעתו ומ"מ הוי מודה במקצת להתחייב ש"ד כיון שלא א"ל כן בשעת הודאתו כדאיתא בסי' פ"ח סכ"א וכמ"ש שם אפ"ה בכה"ג היכא שהודה בכלי שהוא פקדון אף שא"צ להחזיר לו הכלי מ"מ מיחשב הילך כיון דפקדון ברשותא דמרא קאי וכ"ש אם א"ל הילך בפירוש וראיה לזה מההיא דפ' השואל דף ק' ע"ב גבי היו לו שני עבדים אחד גדול ואחד קטן הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר קטן ישבע המוכר שהקטן מכר ופריך הש"ס ואמאי מה

שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו ומשני דסבר לה כר"ג דס"ל טענו חיטים והודה לו בשעורים חייב שבועה ופריך ואכתי הילך הוא ודחיק לשנויי בדקטעא לידיה ומאי קושיא הא התוס' בפ' ש"ה וס"פ המניח והרא"ש שם כתבו דאף דר"ג מחייב ש"ד בטענו חיטים והודה בשעורים מ"מ מודה דפטור משעורים כרב"נ ע"ש וא"כ היכי מחשיב לה הילך כיון דפטור מהודאתו א"ו כיון דמ"מ ברשותא דמרא קאי הוי הילך וכ"ש אם אמר לו הילך בפירוש:

ה שפוטרו משבועה. הש"ך בס"ק ט"ז כתב דכל היכא דהוי משוי"מ אין עד המסייע פוטר משום דכיון דכבר נתחייב לשלם אין ע"א קם לממון וכ"כ הרא"ש בפ"ק דמציעא והתה"ד סי' של"ה כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ס"א ומבואר בדבריו שם דה"ה בטוען נ' ידענא ונ' לא ידענא ויש לו עד המסייע שאינו חייב הנ' האחרים חייב לשלם הנ' האחרים משום דאין ע"א קם לממון וכ"כ הסמ"ע שם ובאמת לפענ"ד נראה להיפך דבנ' ידענ' ונ' לא ידענא מהני עד המסייע אף דבתשובת הרשב"א שהביא הב"י שם מפורש דחייב לשלם אין ראיה מדבריו דאיהו אזיל לטעמיה דס"ל דאין עד המסייע פוטר מש"ד אלא משבועת התקנה דוקא כמ"ש המ"ל בפ"ה מה' שאלה אבל לדידן דקיי"ל דעד המסייע פוטר אף מש"ד ה"ה בנ' ידענא ונ' לא ידענא וע"א מעיד שאינו חייב הנ' האחרים ג"כ פוטרו מלשלם דהא הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א הוכיח דע"כ לא אמרינן בנ' ידענא ונ' לא ידענא משוי"מ אלא דוקא היכא שיכול להיות שיודע ולכך חייב שבועה שא"י וכיון שאין נשבעין שבועת התורה שא"י הוי משוי"מ אבל היכא דכ"ע ידעי שא"י בזה לכ"ע ל"א משוי"מ דהא כ"ע ידעי, שא"י ופטור משבועה כלל וא"כ היכא שיש לו עד המסייע שאינו חייב הנ' האחרים והוא טוען א"י א"כ אנן סהדי שא"י משום דאי בעי לשקר היה טוען ברי שאינו חייב הנ' האחרים והיה פטור משבועה כיון שהעד היה מסייעו וא"כ השתא שטוען א"י הרי אנן סהדי דקושטא קאמר שא"י ולא שייך בזה לומר שאין ע"א קם לממון דאנן לא מחמת נאמנות העד פטרינן ליה משבועה ומממון אלא משום דמכח העד אית ליה מיגו מעליא וראיה דקושטא קאמר ואנן סהדי תרי וכשירי שהאמת אתו שא"י דמיגו דאוריית' הוא לפטור מממון ומשבועה ול"ל דאין זה מיגו לומר להד"ם בברי דהוי מיגו דהעזה דהשתא שטוען א"י אינו מעיז וכשיטעון ברי יעיז זה ליתא דכיון דהעד מסייע לו מעיז ומעיז וראיה ברורה לדבר דהא הרא"ש בפ"ק דמציעא הוכיח דעד המסייע פוטר משבועה מהא דאמרינן בשטר שכתוב בו סלעים סתם והמלוה אומר ג' והלוה אומר שתים דפטור משבועה אף למ"ד הילך חייב משום דמסייע ליה שטרא וכיון דפטרינן ליה ע"פ סיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה שאינו אלא שתים אלא

דמסתמא כיון שכתוב בו סלעים סתם משמע שתים כ"ש בע"א שמעיד כדברי הנתבע הרי דהרא"ש ס"ל דסיוע ע"א עדיף טפי מסיוע השטר שכתוב בו סלעים סתם והרי התם קיי"ל דאם המלוה אומר ה' ולוה אומר ג' דפטור משבועה משום דהוי משיב אבידה דאי בעי אמר שתים ולא הוי מיגו דהעזה דכיון דהשטר מסייע לו מעיז א"כ כ"ש כשהעד מסייע לו דמעיז והוי מיגו מעליא ועוד ראיה דהא אנן קיי"ל דעד המסייע פוטר אף מהיסת והרי בשטר שכתוב בו סלעים סתם והמלוה אומר ג' ולוה אומר ב' חייב היסת כמ"ש הש"ך בסי' פ"ח ס"ק נ"ג בשם רוב הפוסקים אלמא דע"א המסייע עדיף טפי מסיוע השטר וא"כ כיון דהיכא דהשטר מסייע לו אמרינן דמעיז ונאמן במיגו דאי בעי אמר שתים שאינו העזה א"כ ה"ה כשע"א מסייע לו דמעיז ג"כ הוי מיגו מעליא וכעין זה כתב הב"ש סי' י"ז סק"ו באה"ע לענין אשה האומרת לבעלה גרשתני ע"ש וא"כ היכא שטוען נ' ידענא ונ' לא ידענא וע"א מעיד שאינו חייב הנ' האחרים הוי מיגו מעליא דאי בעי היה כופר הנ' בברי ולא הוי מיגו דהעזה דכיון שהעד מסייע לו מעיז ומעיז ואולי אף הסמ"ע והש"ך בסי' ע"ב לא מיירי אלא כשבא העד המסייע לאחר טענותיהם בב"ד ואם כן בשעת טענותיהם לא היה להנתבע מיגו דהא אף אם יטעון ברי להד"ם יתחייב ש"ד אבל אם העד המסייע היה קודם שטענו בב"ד אף הם מודים דהנתבע פטור מלשלם מטעמא דכתיבנא וכן נ"ל נכון לדינא ודוק:

ו בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע נוטל בלא שבועה. בתשובת הב"ח סי' ס"ד האריך להוכיח דדוקא באותן הנשבעין ונוטלין שמן הדין היו נוטלים בלא שבועה אז פוטר עד המסייע אבל באותן שמן הדין אף בשבועה לא היו נוטלין אלא דחז"ל תקנו שיהיו נ"ו בזה אין עד המסייע פוטר והשיג בזה על תשובת מוהר"ם שהביא הרב במי שנתחייב שבועה והפכה על שכנגדו ויש לו עד המסייע דפטור מן השבועה די"ל כיון שמן הדין אין ראוי ליטול בשבועה אין עד המסייע פוטרו וכל דבריו נכונים שם אלא מה דהשיג בזה על מוהר"ם לענין היפוך שבועה לפענ"ד אינו מוכרח לפמ"ש הש"ך בסק"כ דמוהר"ם מודה שיכול לחזור בו מן ההיפוך אלא דמיירי דאף לאחר שהביא עד המסייע אינו רוצה לישבע ואומר שחבירו ישבע כדמשמע להדיא מדבריו וא"כ י"ל נהי דהיסת מהפכינן בע"כ של התובע היינו דוקא כשאין לו עד המסייע אבל אם יש להתובע עד המסייע לא מהפכינן בע"כ של התובע כיון דהיפוך שבועה בשבועת היסת בע"כ של תובע תקנתא הוא כמ"ש בתה"ד סימן שכ"ז והביאו הרב רמ"א בר"ס צ"ד א"כ בכה"ג שיש לו להתובע עד המסייע כיון דעד המסייע פוטר מש"ד היכא שהוא מוחזק ובש"ד אף ליטול י"ל דבכה"ג לא תקנו חז"ל שיהא הנתבע יכול להפך בע"כ של תובע וצריך הנתבע לישבע

דוקא או לשלם ולפ"ז י"ל דאף מוהר"ם מודה דבאותן הנשבעין ונוטלים שמן הדין אף בשבועה לא היו נוטלים אין עד המסייע פוטר כמ"ש הב"ח והכי מסתבר ומעתה מה שהביא הש"ך בשם תשו' מהרי"ו דאף במוציא הוצאות ברשות מהני עד המסייע ליטול בל"ש צל"ע לדינא די"ל דמוהרי"ו ס"ל כשיטת הר"ן ר"פ כ"ה בשם ר"ח דמוציא הוצאות ברשות מדינא נוטל בל"ש אלא שחז"ל החמירו עליו לישבע ולכך מהני עד המסייע לפוטרו אבל לפמ"ש בסי' צ"א סק"ד דמדברי הט"ו באה"ע סי' פ"ח סי"א משמע דס"ל דבמוציא הוצאות ברשות מדינא אף בשבועה לא היה לו ליטול אלא דמתקנת חז"ל הוא נ"ו א"כ בכה"ג אין עד המסייע פוטר וכמ"ש:

ז אבל אם אין מאמינים אותו אלא מכח מיגו וכו'. כ"כ המרדכי בפחז"ה בשם מוהר"ם והקשה הש"ך דהא במרדכי רפ"ק דמציעא כתב בשם ר"מ אבל אם יש ביד שמעון משל ראובן נוטל בלא שבועה שהרי עד מסייעו ופטור משבועה וע"כ שמעון א"נ אלא ע"י מיגו כגון דליכא עדים וראה ואפ"ה ס"ל למוהר"ם גופיה דהעד המסייעו מועיל לפוטרו משבועה ולפענ"ד לק"מ דודאי היכא שא"נ על גוף הטענה אלא ע"י מיגו אין עד המסייע פוטרו כיון שבטענת המיגו ליכא עד המסייע א"כ צריך גם עתה לישבע כמו בטענת המיגו דאל"כ ליכא מיגו כלל וכמו דאמרינן בשטר פקדון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וצריך שבועה דאורייתא בטענת החזרתי כיון שא"נ בטענתו אלא ע"י מיגו דנאנסו דצריך שבועה דאורייתי' משא"כ היכא שיש ביד שמעון ממון משל ראובן כנגד מה שתובע ממנו א"כ הרי יש לו לשמעון מיגו מעליא דאי בעי היה אומר על מה שתחת ידו להד"ם וגם היה תובע ממנו הממון שתובע עכשיו וכיון שיהא לו עד שמגיע לו ממון מראובן כפי הממון שטוען להד"ם הרי עכ"פ לא יצטרך לישבע על הממון שמוחזק בו וטוען להד"ם כיון שיש לו עד המסייע שמגיע לו כ"כ ממון מראובן דהא עד המסייע פוטר ולכך גם עכשיו שאינו טוען להד"ם ומודה במה שתח"י אלא שטוען שראובן חייב לו כנגדו מהני העד המסייע לפוטרו משבועה כיון דאית ליה מיגו מעליא וגם העד מסייע לו וכבר הוכחתי בכללי המיגו דאמרינן מיגו דאי בעי היה טוען טענת המיגו וטענה דהשתא בשקר ע"ש. שוב ראיתי בט"ז ס"ק ל' שיישב ג"כ קושיא זו כעין זה ובכלל דבריו דברי. אך מה שהקשה הש"ך מדברי הרא"ש רפ"ק דמציעא היא קושיא אלימתא:

ח ואין יורדין לנכסיו. הש"ך הביא בשם פסקי הרב מהר"מ רקנטי שנסתפק במחויב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו אי מהני והניח בצ"ע ואני מצאתי בראב"ן בפ' שבועת הדיינים דף קט"ז ע"ב שכתב להדיא וז"ל בדרבנן לא נחתינן לנכסיה

ולדוחקו לפרוע לו אם אמר איני נשבע מיהו אם תפס לא מפקינן מיניה עכ"ל ועיין בסי' פ"ח סכ"ב ובסמ"ע שם:

ט אם קדם ותפס. וכתב הר"ן בפ' הכותב ומיהו כתב הרמב"ן ז"ל דמסתברא דדוקא בתפסה מיניה מעות אבל תפסה מיניה מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנינן מפקינן מינה והדר לא גביא אלא בשבועה עכ"ל והביאו הסמ"ע והש"ך וכתב הש"ך שכן דעת המחבר באה"ע סימן צ"ו שכתב אי תפסה מעות לא מפקינן מינה וכ"כ האחרוני' שם וקשיא לי מ"ש מהא דמבואר לעיל בסימן מ"ב ס"ח דכל היכא דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה אי תפס מטלטלין לא מפקינן מיניה וכן הוא בסימן מ"ו סל"ז ובהגה גבי שטר בספיקא דתרי ותרי דלא מגבינן בשטרא ואי תפס מטלטלי לא מפקינן מיניה וא"כ התם נמי נימא כיון דגופייהו לא מקנינן מפקינן מיניה והדר לא גבי בשטר מספיקא ולכאורה י"ל דשאני הכא דהטעם דמהני תפיסה הכא הוא משום דלא תקנו חז"ל לישבע על השטר אלא דוקא כשבא ליטול אבל היכא דתפס כיון שהוא מוחזק בדבר הוי כמו שגבה כבר הממון ולא החמירו עליו לישבע בכה"ג ולכך אם תפס מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנינן ואינו תופס בהן אלא למשכון א"כ אכתי מיחשב כנוטל וחייב לישבע כמו אם מחולקים על המשכון דהמלוה צריך שבועה בנק"ח כיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין מיחשב כנוטל כמבואר בסי' ע"ב סי"ז משא"כ בתופס מעות חשיב כפרעון גמור וא"צ שבועה כמבואר שם אך מ"מ קשה חדא מדכתב הר"ן כיון דגופייהו לא מקנינן מפקינן מינה והדר לא גביא אלא בשבועה משמע דעיקר טעמא הוא כיון דגופיי' לא מקנינן צריכה להחזיר המטלטלין מתחילה ולא חשיבא מוחזקת והדר לא גביא וא"כ זה שייך נמי כל היכא דאיכא ספיקא בשטר וביותר קשה דהא מבואר שם בר"ן לעיל מיניה דטעמא דמהני תפיסה כשאינו רוצה לישבע הוא משום דדמי לגזל דרבנן כיון דמדאורייתא א"צ שבועה כלל ולא נחתינן לנכסיה וא"כ ה"ה בתפס מטלטלין שייך נמי האי טעמא כיון דמדאורייתא א"צ שבועה כלל ומהני תפיסתו למשכון אלא דמדרבנן צריך שבועה וא"כ לא הוי אלא גזל דרבנן ולא נחתינן לנכסיה אמנם אי לאו דמסתפינא מרבותינו האחרונים ז"ל הייתי אומר דמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן לחלק בין תפיסת מעות למטלטלין הוא סברת הרמב"ן עצמו דלא נהירא ליה הסברא שכתב לעיל מיניה בדברי הרי"ף דמדמי ליה לגזל דרבנן ולכך מהני תפיסה אלא דס"ל דהא דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה אינו אלא בתופס ברשות ולא בתופס שלא ברשות כמ"ש הר"ן גופיה בפרק שבועת הדיינין גבי שבועת אשתבע לי דהעיקר הוא דבתופס שלא ברשות נחתינן לנכסי' ולכך כתב הרמב"ן מסברת עצמו דמסתברא לחלק בין תפס מעות למטלטלין דבתפיסת מעות הוי כאילו כבר פרע

את חובו ובכה"ג לא תקנו חז"ל לישבע אבל במטלטלין חשיב כנוטל וצריך שבועה וכן המעיין בחידושי הרמב"ן בפ' הכותב המכונה להרשב"א יראה דמתחלה פקפק בדברי הרי"ף שכתב דהא דאמר סבר רב"ח למימר ש"ד דנ"מ לענין נחתינן לנכסי' דבדרבנן לא נחתינן לנכסי' דשאני התם שתפוס ברשות משא"כ הכא שתפוס שלא ברשות ופלפל בזה וסיים אבל יש להשיב בפירוק מה ששאלו הראשונים דנ"מ שאם היתה אשה זו חשודה וכו' והאריך בכמה תירוצים ולבסוף סיים ובתפיסה דרבינו הגדול ז"ל מסתברא דוקא דתפסה מיניה מעות אבל תפסה מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנינן לה מפקינן מינה ולא גביא אלא בשבועה עכ"ל משמע להדיא דלבסוף הכריע מסברא דנפשיה לחלק בין מעות למטלטלין דבמעות הוי כאילו כבר נפרע ולא תקנו שבועה כלל בכה"ג משא"כ במטלטלין חשיב כנוטל וכן משמע במרדכי פ' ש"ה בשם רבינו מאיר ובהג"א פחז"ה ממוהרי"ח שכתבו גבי אדם שקנה קרקע ויש לו שטר והמוכר טוען שחזר ומכרו לו ולוקח מוחזק בקרקע שא"צ לישבע אף שבועה דרבנן דאם איתא שחזר ומכרו היה מחזיר לו השטר ול"ד לנקט שטרא דמלוה משתבע אף שיש בידו שטר דהתם להוציא והכא להעמיד דהתם נמי אי תפס אינו נשבע עכ"ל משמע להדיא דטעמא דמהני תפיסה דכיון שהוא מוחזק בכה"ג לא תקנו חז"ל שבועה כלל כיון דנקיט שטרא וזה נמי טעמא דהרמב"ן דמחלק בין תפיסת מעות למטלטלין משום דבמעות חשיב כאילו כבר נפרע משא"כ במטלטלין כיון דלאו אגופייהו קטעין חשיב כנוטל ולכך כתב הרמב"ן בסתמא כיון דלאו אגופייהו קטעין מפקינן מיניה ולא גביא אלא בשבועה ולא כתב כלשון הר"ן והדר לא גבי' אלא בשבועה וכוונתו כדפרישית וכ"ז הוא לסברת הרמב"ן אבל לפי מ"ש הרי"ף בטעמא דמהני תפיסה משום דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה אלמא דמדמי ליה לגזל דרבנן וכ"כ הרא"ש בפחז"ה גבי עובדא דרבה בר שרשים ומשום הכי פסק שם דמשמתינן ליה כמו בגזל דרבנן כמ"ש הט"ו בסי' ק"ח וכמ"ש הש"ך כאן ובסי' פ"ב ס"ק י"ז א"כ ודאי דאין חילוק בין תפס מעות או מטלטלין דאף בתפס מטלטלין שייך נמי לומר דלא הוי אלא גזל דרבנן ולא נחתינן לנכסיה ותדע דאי אמרת דהרי"ף נמי ס"ל לחלק בין תפס מעות למטלטלין דבמטלטלין לא מהני תפיסה א"כ קשה הא הרי"ף כתב זה ליישב הא דאמרינן בפ' הכותב גבי כתובה וע"א מעיד שהוא פרוע סבר רמב"ח למימר ש"ד דנ"מ אם תפס דנחתינן לנכסיה ולענין כתובה תפיסת מעות שוה לתפיסת מטלטלין דהא כתובה אינה נגבית מדינא דגמרא אלא מקרקעי ואפילו אית ליה זוזי לשלומי א"צ לשלם מעות וא"כ אף מעות נמי גופייהו לא מקנינן וא"כ אמאי מהני תפיסה גבייהו אף אי הוי רק שבועה דרבנן א"ו להרי"ף אין חילוק בין תפס מעות למטלטלין

וכן מוכח בבעה"ת שער כ"א שכתב שם גבי הא דאמרינן לענין שבועת אישתבע לי דלא פרעתיך ואי צורבא מרבנן הוא לא מזדקקינן ליה לדינא פי' ולא מגבי גבינן ביה ולא מקרע קרעינן ליה ויש תימה מה איריא צורבא מרבנן הלא כך הדין בשאר בני אדם אי לא בעי לאישתבועי ויש דפריש דנ"מ היכא דתפס עד שלא נשבע לצורבא מרבנן לא מפקינן מיניה ואין זה נח לפי מה שפסק הרי"ף ז"ל בפ' הכותב דהכי נמי דינא לכ"ע דאי תפס בדרבנן מקמי דלישתבע ואמר לא מהדרינא לא מפקינן מיניה ע"כ וא"א דיש חילוק בין מעות למטלטלי מאי קושיא דילמא בצורבא מרבנן מהני תפיסה אף במטלטלין וכן צ"ל בהר"ן פ' שבועת הדיינים שכתב להדיא לתרץ דנ"מ דבצורבא מרבנן מהני תפיסה ובשאר בני אדם לא מהני תפיסה כיון שתפס שלא ברשות וכתב שזה עיקר והרי בפ' הכותב הסכים הוא עצמו דמהני תפיסת מעות וא"כ דבריו סותרים זא"ז א"ו דכוונתו דנ"מ לענין תפיסת מטלטלין וא"כ אמאי לא תירץ הבעה"ת נמי כן א"ו דלשיטת הרי"ף דכתב טעמא דבדרבנן לא נחתינן לנכסיה ומדמי ליה לגזל דרבנן וכן כתב הרא"ש בפחז"ה ומ"ה פסק שם דמשמתין ליה כמו בגזל דרבנן אין חילוק בין תפיסת מעות למטלטלין דבכל גווני מהני תפיסה וא"כ לפמ"ש הט"ו בסי' ק"ח דמשתין ליה אם תפס וע"כ הטעם הוא דמדמי ליה לגזל דרבנן א"כ מהני ג"כ אף תפיסת מטלטלין דלא כפסק המחבר באה"ע ואחרונים שם והסמ"ע והש"ך כאן דפסקו בפשיטות כהר"ן להוציא מיד המוחזק וכן עיקר לענ"ד וענ"ש ס"ס צ"ב:

י אין שומעין לו. מסתימת לשון הש"ס ופוסקים משמע דאין שומעין לו ודינה כשאר ש"ד דצריך לישבע בנק"ח וצ"ע לפי מ"ש הרא"ש בר"פ ש"ה דהא דבעינן בש"ד נק"ח אינו אלא מדרבנן משום איום אבל מדאורייתא סגי אף בלא נק"ח ע"ש והביאו הב"י א"כ היה נראה דכשמהפך השבועה על שכנגדו נהי דש"ד לא מהפכינן מ"מ עכ"פ מהני דלא צריך נק"ח דהא טעמא דש"ד לא מהפכינן והיסת מהפכינן הוא משום דש"ד צריך לישבע או לשלם אבל היסת כיון דמדאורייתא פטור בל"ש כלל אלא שחז"ל החמירו עליו לישבע לכך יכול לומר השבע אתה וטול וכמ"ש הסמ"ע וא"כ בש"ד נמי כיון שמן התורה א"צ נק"ח יכול הנתבע לומר לו או אני אשבע בלא נק"ח כדינא דאורייתא ואם אתה רוצה להטיל עלי חומרת חז"ל לישבע בנק"ח השבע אתה אותה שבועה וטול כמו בהיסת שמהפך השבועה שהטילו חז"ל עליו שישבע התובע ואפשר לומר לפמ"ש התה"ד סי' שכ"ז דהיפוך שבועה בהיסת הוא תקנתא דרבנן ע"ש והביאו הרב רמ"א בר"ס צ"ד א"כ י"ל הא דתקנו חז"ל להפך היסת היינו דוקא כדי ליפטר הנתבע לגמרי מן השבועה והוא כיון שמן הדין פטור בל"ש ויש בני אדם שאינם רוצים לישבע אף על אמת וישלם שלא

כדין לכך הקילו חז"ל שיהא יכול להפכה על שכנגדו משא"כ ש"ד שרוצה להפכה כיון שא"י ליפטר מן השבועה לגמרי דהא ש"ד לא מהפכינן לעקרה לגמרי מן הנתבע ובע"כ צריך לישבע בלא נק"ח שוב לא הקילו חז"ל לפטור א"ע מנק"ח כיון דלענין חומר שבועה אין חילוק בין שבועה בנק"ח או שלא בנק"ח אלא דשבועת נק"ח משום איום היא וכיון שאינו יכול לפטור א"ע מן השבועה לגמרי החמירו עליו חז"ל שישבע בנק"ח משום איום ועדיין צריך ישוב:

יא וכן הנשבעים ונוטלים וכו'. ויש להסתפק במי שנשבע על המשכון שתח"י דמבואר בסי' ע"ב סי"ז דצריך שבועה בנק"ח משום כיון דלאו אגופא דמשכון חשבינן ליה כנוטל דצריך שבועה בנק"ח אי אמרינן דחשיב כנ"ו ממש דא"י להפך א"ד דדוקא בנוטל ממש א"י להפך משום דהנתבע יאמר לו אי ניחא לך לאשתבועי ומישקל לחיי ואי לא זיל דלית לך גבאי מידי אבל במשכון כיון דמ"מ התובע מוחזק במשכון יכול להפך השבועה על הנתבע ומדברי הרב רמ"א והסמ"ע והט"ז משמע דס"ל דמשכון דינו כשאר נ"ו שנדחקו בדברי הפסקי מוהרא"י שכתב דשבועה דרבנן חוץ מהיסת דבעי אנקוטי חפצא דמהפכינן לה לכ"ע ונתקשו דהא לא מהפכינן אלא היסת ומאי קושיא דילמא מיירי במשכון א"ו דס"ל דנשבע על המשכון דמי לכל הנשבעין ונוטלין דלא מהפכינן. שוב מצאתי בבעה"ת שער מ"ט סוף חלק י"ז שכתב להדיא דשבועת תופס משכון כנ"ו דמיא ולא מהפכינן לה ע"ש אך מ"מ לענין דינא לפי מה שהעלה הש"ך דאף בנ"ו אם תפס התובע יכול להפך דיכול לומר קים לי כהפוסקים דאף נ"ו מהפכינן א"כ כ"ש במוחזק במשכון דיכול להפך מה"ט:

יב אין מהפכין שהרי זה טוענו ספק. משמע דהנשבעין ונפטרין בנק"ח מדרבנן והתובע טוען ברי מהפכינן ומה"ט כתב הש"ך דבטוען החזרתי בשטר פקדון דא"נ אלא במיגו דנאנסו וצריך לישבע על החזרתי בנק"ח כעין דאורייתא כדלקמן סי' רצ"ו ס"ב דיכול הנתבע להפך על התובע שישבע ויטול עכ"ד ובאמת הש"ך לטעמיה אזיל דהוכיח לקמן סי' רצ"ו סק"ג דשבועת החזרתי אינו אלא מדרבנן כעין דאורייתא ונ"מ לענין היפוך ונחתינן לנכסיה אולם באמת הדבר תמוה דהאיך יעלה על הדעת דיפטר מדאורייתא בטענת החזרתי בלא שבועה הא כיון דא"נ בטענה זו אלא במיגו דנאנסו א"כ אם אתה מאמינו בל"ש ליתא למיגו כלל דניחא ליה למיטען החזרתי כדי שלא יצטרך לישבע וכשיטעון נאנסו יצטרך לישבע וגם השתא דמהפך השבועה על שכנגדו מ"מ ליכא מיגו דניחא ליה למיטען החזרתי כדי שיוכל להפך השבועה על חבירו כי סובר שחבירו לא ישבע אף על האמת אבל אם יטעון נאנסו לא יהיה יכול להפך ולכאורה ראיה ברורה דלא

כהש"ך מהא דפריך הש"ס בר"פ כל הנשבעין שבועת השומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה להימן במיגו דלהד"ם ומשני דאפקיד ליה בעדים ופריך דאכתי להימן במיגו דהחזרתי ומשני דאפקיד ליה בשטרא ואי אמרת דבשטר פקדון נמי נאמן מדאורייתא לומר החזרתי בל"ש במיגו דנאנסו א"כ הדרא קושיא לדוכתי' דאמאי חייבה רחמנא שבועה בנאנסו להימן במיגו דהחזרתי א"ו דאף בהחזרתי חייב שבועה דאורייתא ולדברי הש"ך ע"כ צ"ל דהכי משני הש"ס דנהי דבשטר פקדון נאמן מדאורייתא לומר החזרתי בל"ש מ"מ בטוען נאנסו חייב ש"ד ולא מהימן במיגו דהחזרתי משום כיון דאפקיד ליה בשטר לא ניחא ליה לומר החזרתי דטענה גרועה היא משום שטרך בידי מאי בעי ולכך אינו רוצה לומר טענה זו אף שנאמן בה וכמ"ש בכללי המיגו אך מ"מ זה דוחק דכיון שנאמן לומר החזרתי בל"ש ל"ש לומר בזה שטרך בידי מאי בעי כלל א"ו העיקר דבטענת החזרתי חייב ש"ד וכ"מ בתוס' בב"ב דף ע' ע"ב דהקשו שם אמאי שטר כיס היוצא על היתומים אינו גובה אלא מחצה משום דטענינן ליתמי החזרתי הא צריך שבועה והוי משויל"מ וא"א דאינה אלא מדרבנן הא שבועה דרבנן לא אמרינן משויל"מ ובזה הוי ניחא נמי מה שהקשה שם דאמאי לא טענינן להו נאנסו משום דבנאנסו חייב ש"ד והוי משויל"מ א"ו דאף בהחזרתי חייב ש"ד והא דקרו ליה הפוסקים שבועה דרבנן הוא משום דלא מצינן דכוותיה בדאורייתא אבל מ"מ חיוב השבועה הוא דאורייתא וכן עיקר ולפ"ז היה נראה דה"נ לא מצי הנתבע להפך השבועה על התובע כמו בכל ש"ד דלא מהפכינן וכמ"ש הש"ך בסי' רצ"ו להדיא אך מ"מ נראה ברור דמצי להפכה על התובע כיון דבשטר הלואה אי טעין הנתבע אשתבע לי דלא פרעתיך חייב לישבע וה"ה בשטר פקדון בגוונא דליכא מיגו כדלקמן סי' רצ"ו ס"ב א"כ בשלמא בכל ש"ד לא מהפכינן דכיון שהתורה הטילה עליו שבועה מחויב או לישבע או לשלם דהא חזינן דהיכא דאיל"מ וה"ה כשאינו רוצה לישבע אבל הכא לענין שטר פקדון דהשבועה היא כדי לבטל השטר שעל ידה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו א"כ אף שאינו רוצה לישבע מ"מ מי גרע משאר שטר הא יכול לומר אי אפשי בתקנה זו לישבע וליפטר לא יהא אלא כשאר שטר וישבע שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך ויטול וז"ב שוב מצאתי בס' תמים דעים סי' רי"א שכתב גם כן סברא זו אלא שלשונו מגומגם שם וסיים שם דצ"ע ולפענ"ד אין בזה שום ספק ובאמת י"ל דאף הש"ך מודה לזה ומ"מ נ"מ לענין היפוך אי הוי ש"ד או דרבנן דאי הוי ש"ד א"כ אין ההיפוך מועיל אלא מחמת דבכל שטר צריך לישבע שבועת אשתבע לי א"כ אי תפס התובע בעדים ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיניה דהא ש"ד לא מהפכינן ומחמת אשתבע לי א"צ לישבע כשתפס כמבואר בס"י ואף דהנתבע יכול

לומר לא הפכתי אלא ע"ד שתשבע דוקא מ"מ עכ"פ מהני תפיסת התובע שהנתבע צריך דוקא לישבע וליפטר ובאם שלא ישבע לא יחזיר לו משא"כ אי הוי שבועת הנתבע רק מדרבנן אף דתפס התובע צריך לישבע דוקא כשמהפך הנתבע עליו ובאם שלא ירצה לישבע צריך להחזיר הדבר שתפס דהא בהיפוך שבועה ל"מ תפיסת התובע כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ה וצריך התובע להחזיר מה שתפס בלי שבועת הנתבע כמו בכל היפוך שבועה דאם שכנגדו אינו רוצה לישבע פטור הנתבע בלי שבועה:

יג אם יאמר התובע אי אפשי בתקנה זו. הש"ך תמה על הרמב"ם בזה דלמה הוצרך לכתוב דין זה בשם רבותיו דהאיך יעלה על הדעת שלא יכול זה לומר וכי בשביל שתקנו חכמים לטובתי אפסיד דל תקנת חכמים מהכא והריני כשאר התובעים וישבע לי הנתבע היסת ולפענ"ד אשתמיט ליה תשובת מיימוני לס' קנין סי' י"ד והמרדכי בסוף כתובות שהעתיקו תשובת מוהר"ם שהביא בשם ריב"א שהוכיח מפ"ק דב"ק דלא אמרינן שיכול אדם לומר אי אפשי בתקנת חכמים אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והוא מוחזק כגון אשה שאומרת איני נזונת ואיני עושה שהיא מוחזקת במעשה ידיה אבל להוציא מיד חבירו כגון בבע"ח שדינו מתקנת חז"ל בבינונית אינו יכול לומר אקח זבורית ע"ש וא"כ לפי סברא זו ה"נ אין בעל השטר יכול לומר אי אפשי בתקנה זו לישבע וליטול בכדי לחייב את הנתבע היסת דהנתבע יכול לומר או אשתבע ושקול כדינך ובאם לאו לא אשבע אפי' היסת גם הג"מ בפ"א מטוען באות מ' רמז לתשובה זו ע"ש ואדרבה קשיא על הרב רמ"א דסתם הכא כהמחבר ולקמן בסי' קע"א ס"ג בהגה פסק בג' שהיו שותפין בבית לשנים היה להן דין חלוקה ולאחד אין בו כדי חלוקה וקנה אחד מן השכנים חלקו של האחד שאין לו כדי חלוקה אינו יכול לבטל החלוקה אף על פי שהמוכר היה יכול לבטלה והוא מדברי תשובת מוהר"ם הלזה משום דאינו יכול לומר אי אפשי במה שתקנו לי אחד מיצרא כי אם אתרי מיצרא דלא אמרינן כן אלא להחזיק ולא כשבא להוציא מחבירו ולבטל החלוקה ע"ש וא"כ ה"נ נאמר דאין בעל השטר יכול לומר אי אפשי בטובתי להוציא לחייב הנתבע בהיסת ועיין סי' קע"ד ס"ד וצ"ע:

יד חוץ משבועת היסת שאין צריך נק"ח. הש"ך האריך להוכיח מכמה פוסקים דגם היסת צריך נק"ח והביא ראיה מפ"ק דמציעא ההוא רעיא דהוו מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרי ליה בלא סהדי לסוף אמר להד"ם אתו סהדי דאכל תרי מנייהו א"ר זירא אי איתא לדר"ח קמייתא משתבע אשארא א"ל אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא א"ל שכנגדו קאמינא ופריך השתא נמי דליתא לדר"ח נחייביה מדר"נ ומשני דר"נ תקנתא הוא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ואם איתא דהיסת בלא נק"ח מאי פריך השתא

נמי נחייביה מדר"נ הא נ"מ בדר"ח חייב נמי שכנגדו בנק"ח ושוב מצאתי בבעל העיטור ראיה זו עכ"ד ויש מי שתמה על ראי' זו דהא לפי מאי דס"ד דש"ס דבהיסת נמי שכנגדו נשבע היסת ונוטל א"כ אף אם איתא לדר"ח שהנתבע חייב ש"ד מ"מ כיון שהנתבע חשוד אם כן יאמר התובע איני חפץ ממך רק היסת בלא נק"ח בכדי שגם הוא לא ישבע רק היסת כמבואר בסי"א בהגה ולק"מ דדוקא אם הנתבע אינו חשוד יכול התובע לומר איני חפץ ממך רק היסת כדי שלא יהפך עליו רק היסת כיון דלית ליה לנתבע פסידא בכך דהא אכתי הברירה ביד הנתבע לישבע וליפטר אבל כשהנתבע חשוד התובע יכול לומר כן דאומר כן לטובתו כדי שגם הוא לא ישבע רק היסת ובאם שלא היה חשוד ודאי היה משביעו ש"ד בנק"ח וכ"ה להדיא בפסקי מוהרא"י סי' ל"ב שהקשה על האי דינא דסי"א דיכול התובע לומר איני חפץ ממך רק היסת כדי שגם הוא לא ישבע רק היסת מהא דאיתא בסי' צ"ד דאם אחד נתחייב שבועה וראה שמגלגלין עליו וחזר ואמר הריני משלם התביעה הראשונה דחייב לשלם כל מה שרוצים לגלגל עליו או שישבע על הגלגול ותירץ דהתם היה התובע נפסד שאר התביעות אם ישלם לו התביעה הראשונה ולא ישבע א"כ נראין הדברים שבשביל כך רוצה לשלם בכדי שלא ישבע על הגלגול אבל הכא הנתבע לא מפסיד מידי דאכתי הברירה ביד הנתבע לישבע היסת ע"ש וא"כ ה"נ אם הנתבע חשוד אין התובע יכול לומר לא בעינא ממך רק היסת דהא הנתבע מפסיד בזה שהתובע לא ישבע רק היסת והתובע ודאי לטובתו אומר כן וז"ב אך בלא"ה ראיית הבעל העיטור והש"ך תמוה לי טובא דהאיך יעלה על הדעת דלפי הס"ד דהש"ס דכל היכא שנתחייב היסת והוא חשוד דשכנגדו נשבע רק היסת ונוטל כיון דחזינן דבשבועת מודה במקצת והוא חשוד לא האמינו חז"ל לשכנגדו רק בשבועת המשנה שהיא בנק"ח א"כ כ"ש היכא שנתחייב הנתבע רק היסת והוא חשוד דשכנגדו צריך שבועה בנק"ח דוקא כדי ליטול דכי יגרע ש"ד מהיסת דבש"ד יצטרך שכנגדו בנק"ח ובהיסת לסגי לשכנגדו בלא נק"ח ואולי דדעת בעל העיטור והש"ך הוא דהא דחשוד על השבועה שכנגדו נ"ו הוא מתורת היפוך שבועה דבחשוד הקילו חז"ל דיכול להפך אף שבועה דאורייתא ולכך אין הנתבע יכול להפך אלא כעין אותה שבועה שהוא חייב לישבע אך אין דברים אלו מוכרחים כלל דכבר כתבו התוס' שם דהא דבחשוד על השבועה שכנגדו צריך לישבע ולא אמרינן משויל"מ הוא משום כדי חייו של חשוד דאל"כ יטלו כל אשר לו או משום כיון שהוא רוצה לישבע אלא שאין מניחין אותו תקנו שבועה על התובע וא"כ כ"ש דלפי הס"ד דש"ס אף בהיסת והוא חשוד צריך שכנגדו לישבע בנק"ח מה"ט ודברי הש"ך צ"ע:

טו חוזר ונשבע ש"ד בנק"ח. הרב הגדול אאמ"ו ז"ל הכ"מ נסתפק בזה לפי שיטת הרא"ש בר"פ ש"ה דשבועה בנק"ח אינה אלא מדרבנן משום איום אי בכה"ג יכול להפך השבועה על שכנגדו כיון דכבר נשבע בלא נק"ח ומדאורייתא סגי בשבועה זו אלא שמדרבנן צריך לחזור ולישבע א"כ לא הוי אלא כשאר שבועה דרבנן דמהפכינן לה אשכנגדו או דילמא כיון דאם יהפכנה א"כ ודאי אחד מהן בא לידי שבועת שוא בכה"ג לא מהפכינן וצ"ע ועמ"ש סק"י:

טז אם יש לפלוני אצלו ממון ולא יודה לו והוא עונה אמן. זה הוא לשון הרמב"ם וקשיא לי טובא לפמ"ש המחבר בסט"ז בב' שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו אלא האמת ואח"כ נתחייב א' מהן שבועה לחבירו שאינו נפטר בשבועה הראשונה והטעם הוא משום דבשבועה הראשונה עדיין לא יצא שקר מפיו משא"כ שבועה דהשתא שבא על דבר שכבר נעשה ואם משקר בה יוצאה השבועה לשקר מפיו כמ"ש הסמ"ע שם וא"כ ה"נ אמאי מועיל כשאומרים לו הרי פב"פ ארור אם יש לפלוני אצלו ממון ולא יודה לו והוא עונה אמן הא השבועה הוא שיודה לו אח"כ א"כ בשעת השבועה לא יצא שקר מפיו כמבואר באה"ע סי' צ"ו סכ"א דהאידנא משביעין אלמנה בב"ד מפני שבאותו ענין שרגילין להשביעה שגוזרין בחרם ובשבועת התורה שתודה מה שקבלה בכתובתה אין העונש מרובה כ"כ כמו שבועה שבשעה שנשבעה יוצאה שבועה מפיה לשקר והוא מהרא"ש פ' השולח ומשמע מדבריו שם להדיא דלשיטת הסוברים דעובר על שבועה דלהבא אינו נעשה חשוד דה"ה דבכה"ג לא הוי חשוד ע"ש ואין לחלק ולומר דהכא שאני כיון שהב"ד משביעין אותו שיודה מיד והוא עונה אמן אחר השבועה ואמן בו שבועה הוי ככופר מיד ועובר על לשעבר דהשבועה והכפירה באין כאחד משא"כ באה"ע מיירי שהאשה עצמה נשבעת שתודה אחר כך ולכך הוי כשבועה דלהבא זה ליתא חדא דלשון הרא"ש והמחבר שכתבו שם שגוזרים עליה בחרם ובשבועת התורה משמע שהב"ד משביעים אותה והיא עונה אמן או שאר קבלת שבועה ועוד דלמה יהא עניית אמן עדיף משבועה שנשבע בעצמו שיודה אח"כ דחשיב שבועה דלהבא דהא עניית אמן אינו אלא קבלת דברים כמ"ש הרמב"ם והמחבר ביו"ד סי' רל"ז ס"ב והסמ"ע לקמן ס"ק ק' א"כ כשמשביעין אותו שיודה והוא עונה אמן י"ל שאינו מקבל עליו אלא שיודה אח"כ ואפשר לומר דהמחבר ס"ל דהיכא שמשביעין אותו שיודה מיד לא חשיב כשבועה דלהבא לומר שחשב בלבו לקיים אלא דמ"מ אין העונש מרובה כ"כ ולכך מקילינן בשבועת אלמנה משא"כ בשנים שנתעצמו בדין בסט"ז דהוי שבועה דלהבא ממש א"י ידי חובת השבועה וכן משמע בהגמ"ר סוף שבועות אך באמת מדברי הרא"ש בפ' השולח משמע להיפך

וכן מוכח להדיא בתשובת מהר"ם מלובלין סי' נ"ח ע"ש וא"כ י"ל דהרמב"ם בעל דין זה אזיל לטעמיה דאין מחלק בין שבועה דלהבא לשעבר כמ"ש הב"י בסי' ל"ד לכך מהני לשון זה אבל למאן דמחלק בין שבועה דלהבא לשעבר לא מהני לשון זה וצ"ע ודוק:

יז יש לו להחרים סתם וכו'. הט"ז כתב דנראה דאף אותן הנשבעין בטענ' ספק שמבואר בריש סי' צ"ג צריך ג"כ המשביע לקבל בחרם קודם השבועה והיינו שחשדו בכך ובאמת מדברי הרב ב"י בבד"ה מוכח להיפך שכתב על מ"ש הטור בשם הרמ"ה דאף דבשבועת השותפין שבא על הספק אין מהפכין מ"מ אי טעין לישתבע לי דחשיד לי בכך הדין עמו דהא לא רמי עליה שבועה דלא מצי לאשתבועי וכתב הבד"ה ויש לתמוה דטענת שמא היא זו ואין נשבעין עליה ואפשר דחרם סתם קאמר ולא דק עכ"ל והביאו הש"ך בס"ק ל"ב ואי אמרת דבכל שבועת השותפין צריך התובע לקבל בחרם שחשדו בכך א"כ מאי קמ"ל דמצי להפך עליו שיקבל בחרם ומה צורך להיפוך הא בלא"ה צריך התובע לקבל בחרם קודם שישבע ופשיטא דיכול לומר שיקבל בחרם בכך וכך וישלם לו א"ו דבשבועת השותפות א"ל התובע לקבל בחרם כלל וכן נלפענ"ד עיקר לדינא כהב"י משום כיון דחרם זה אינו אלא תקנה מרבותיו של הרמב"ם כמ"ש הה"מ פ"א מטוען וכל היכא שאין התובע יכול לקבל בחרם אין מעכבין השבועה של הנתבע משום זה כמבואר בסי' קכ"ג ס"ט בבא בהרשאה דאם נתחייב הנתבע שבועה אינו יכול לעכב ולומר איני נשבע עד שאחרים בפני המרשה על מי שטוען עלי שקר שאין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנה זו הקלה ואף להי"א שהביא הש"ך שם שב"ד ישלחו כתבם לב"ד שבמקום המרשה ויחרימו בפניו ואז ישבע זה היינו משום דאפשר בתקנה זו אבל במת התובע כ"ע מודים דאין פוטרין הנתבע משבועה בשביל זה דלא גרע מאמר לי אבא דחייב היסת ליש פוסקים כמבואר בסי' ע"ה סכ"א וא"כ כיון דמלשון הרמב"ם אין הכרע אם התובע צריך לקבל בחרם בשבועות הבאות ע"י טענת ספק או לא ה"ל ספק בתקנה ואין ספק תקנה מוציא מידי ודאי שבועה דרבנן אף שהנתבע מוחזק כמ"ש הב"ש באה"ע סי' קי"ח סק"ה דכל היכא דיש תקנות לגרוע מהכתובה אם יש איזה ספק בתקנה אין לגרוע מכתובה אף דאנן קיי"ל כתובה דרבנן ע"ש וכ"ש הכא דקיל טפי דאף לפי התקנה אין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנה זו היכא דליתא המשביע לפנינו וזה נכון ולענין הנשבעין ונוטלין או בנ"ו ע"י היפוך שבועה דעת הסמ"ע דהנתבע צריך לקבל בחרם קודם שבועת התובע והט"ז חולק בזה ועמ"ש בסי' ע"ג סק"ג:

יח שאפילו אם הודה לא יתחייב ממון. הש"ג ר"פ הכונס כתב בשם ריא"ז היודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו הואיל ובכלל הגרמות הוא יכול חבירו להשביעו שבועת היסת

שלא כפר עדותו שהרי אם כפר חייב לשלם לו הרי תביעה זו כשאר תביעת ממון עכ"ל והב"ח בר"ס כ"ח ובסי' זה השיג עליו דהא אף שני עדים פטורים מדיני אדם כשכובשים עדותן ולא הוי כפירת ממון ע"ש ודבריו נכונים אך לכאורה היה נראה לפ"ז דאם א' תובע לחבירו שקר העדת לי כ"ע מודים דחייב היסת דהוי כפירת ממון דהא עד המעיד שקר חייב לשלם מד"ג לכ"ע כמבואר בסי' ל"ח וכמה דוכתי אך מ"מ זה ליתא כיון דהתורה האמינה שני עדי' מתורת עדות לחייב את חבירו ממון ה"נ נאמנים ג"כ לגבי עצמם נגד התובע שודאי לא העידו שקר כיון שהן לא היו נוגעים בדבר והרי הם מסייעים לעצמם וראיה ברורה לזה מש"ס דקדושין דף מ"ג דאמרי' לענין דיני ממונות דהשולח ע"י שנים מעות לפרוע למלוה הן הן שלוחיו הן הן עדיו משום דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה לכך מהימני לומר פרעינהו למלוה ומסיק הש"ס דהשתא דתקון רבנן שבועת היסת משתבעי הני דפרעי למלוה ומשתבע מלוה דלא שקיל ויהיב ליה לוה למלוה ופרש"י והר"ן דכיון דתקון שבועת היסת הוי נוגעים בעדותן דאי אמרי אהדרינהו ללוה בעי אשתבועי ולפיכך הם מעידי' שקיבל המלוה מידם כדי שיפטרו מהשבועה וכו' עכ"ל ור"ל דאי אמרינן שיהיו נאמנים להעיד א"כ בע"כ יהיו פטורים משבועה דעד שצריך שבועה אינו עד וא"כ אי מחשבי להו עדים ליפטר משבועה נוגעים בעדותן הן שהם חושבים שאם יאמרו החזרנו ללוה נצטרך לישבע משא"כ עכשיו וכ"כ הש"ך בסי' קכ"א סק"נ ואי אמרת דיכול הבע"ד להשביע העדים שלא העידו לו שקר א"כ לא הוי נוגעים בעדותן כלל דהא אף אם יהיו נחשבים עדים יהיה המלוה יכול להשביעם אח"כ שלא העידו לו שקר א"ו שהעדים נאמנים הם אף לגבי עצמם והא דס"ל לריא"ז דיכול להשביע העד שלא כפר לו עדותו וגם הב"ח לא נחלק עליו אלא משום דלא הוי כפירת ממון י"ל דשאני התם כיון שלא העיד העד בב"ד לא חשיב עד כלל והוי כשאר טענות שתבעו ממון שכפר לו ולא אמרינן דמסתמא העד אינו משקר דא"א חוטא ולא לו דמ"מ כ"ז שלא העיד עדות בב"ד הוי בע"ד ואין לו נאמנות וכן מבואר בסי' שפ"ח ס"ז בהגה דהאומר לחבירו מסרתני והוא כופר חייב היסת ולא אמרינן א"א חוטא ולא לו ויחשב כעד ועד המסייע פוטר משבועה א"ו דלגבי עצמו לא מיחשב כעד אבל היכא שהעיד בב"ד בתורת עדות כיון שהאמינה אותו התורה להוציא ממון מחבירו ה"ה שנאמן נמי לגבי עצמו שאין הבעל דין יכול להשביעו היסת וכ"כ בתשובת הריב"ש סי' מ"ב בפנויה שתובעת לאחד שהולד ממנו והוא חייב לזונו והוא כופר שפטור אף משבועת היסת דכיון שהאמינה תורה לאב לומר אף על מי שמוחזק שהוא בנו לומר אינו בני שלא יירשנו ה"ה נמי שנאמן לענין זה שאינו חייב היסת וע"ש וא"כ כ"ש גבי עדים כיון שהאמינה התורה אותם להוציא ממון מחבירו ה"ה

נמי שנאמנים לגבי עצמם ליפטר מהיסת משא"כ כשלא העידו בת"ע וכן מוכח מדברי הש"ך בסי' נ"ו סק"כ לפי פירושו בדברי הטור שם ואף שהביא שם בשם הרבה פוסקים דשליש שהוציא השלישות מתחת ידו פטור מהיסת כשהבע"ד תובעו שעשה שלא כדין משום דחזקה שכדין עשה למפרע דא"א חוטא ולא לו אלמא אף שלא העיד בתורת עדות מחזיקינן ליה שכדין עבד ליפטר משבועה היינו דוקא בשליש דלאו מתורת עדות מהימן דהא אפילו קרוב נאמן כשני עדים לכך מחזיקינן ליה שכדין עבד למפרע משא"כ לענין עדות כ"ז שלא אמר בב"ד בת"ע לא מיחשב עד אף שאין הדבר נוגע לו ויכול שכנגדו להשביעו היסת שלא עשה שלא כדין וכדס"ל לריא"ז והב"ח וכ"ש לשיטת הש"ך דאף בשליש שהוציא השלישות מתח"י הדין כן לדעת הטור וכנ"ל ודוק:

יט מי שנתחייב שבועה בב"ד. בש"ס איתא אמר ר' אבהו מסתברא מילתא דר' יוחנן שנתחייב שבועה בב"ד אבל חייב עצמו שבועה נאמן עביד אינש דמקרי ואמר ופי' באס"ז דמיירי שחייב א"ע בקנין או שיצא חוץ לב"ד דשוב א"י לחזור בו אפ"ה לא הוחזק כפרן דכיון שחייב עצמו עביד לאשתמוטי וכ"כ הש"ך ולכאורה נראה דה"ה כמחייב א"ע ממון בדבר שאינו חייב וכדרך שנתבאר בסי' מ' אם אמר פרעתי והכחישוהו עדים ג"כ לא הוחזק כפרן דכיון שחייב א"ע בדבר שאינו חייב עביד ג"כ לאשתמוטי ובאמת בש"ס מבואר להיפך דאמרינן שבתאי ברי' דר' מרינוס כתב לכלתיה אצטלא דמילתא בכתובתה וקבלה עליה ארכס כתובתה א"ל להד"ם אתו סהדי ואמרו אין כתב לה לסוף אמר לה פרעתי אתא לקמיה דר"ח אמר ליה הוחזק כפרן לאותה אצטלא והרי התם חייב עצמו במה שלא היה חייב דהא לא היה אלא ערב בעלמא ודמי למחייב עצמו וכמ"ש הרמב"ם והמחבר בסי' מ' דערב הוי כמחייב עצמו ואפ"ה הוחזק כפרן ודוחק גדול לומר דכיון שנתערב עבור בנו הוי כמו שמגיע ממנו דאגב חיבת בנו גמר ומקני כדאיתא בפ' ג"פ א"ו צ"ל דיש חילוק בין ממון לשבועה והטעם דלענין ממון אף שחייב א"ע מ"מ כיון שעכ"פ עכשיו מגיע ממנו ממון ע"פ דין לא עביד לאשתמוטי משא"כ לענין שבועה עביד לאשתמוטי יותר דכיון שיודע שהאמת אתו שאינו חייב לו כלל וגם לא היה חייב שבועה אלא שחייב א"ע בכה"ג עביד יותר לאשתמוטי אך לפ"ז נראה בחייב שבועה ע"פ ב"ד ואמר הריני משלם ויצא חוץ לב"ד ואמר פרעתי והכחישוהו עדים לא הוחזק כפרן דכיון שחייב א"ע מחמת השבועה ויודע שאינו חייב לו ממון עביד לאשתמוטי וליכא למימר דמ"מ הוחזק כפרן במה שפטר א"ע ג"כ מהשבועה שחייבוהו ב"ד זה ליתא דמשבועה לא פטר א"ע דהא אף עכשיו שטוען פרעתי יודע שיתחייב שבועה ומה לי שבועה זו או שבועה שמקודם כנלע"ד. שוב מצאתי בירושלמי פרק שבועת הדיינין ר'

מרינוס הוה ערב לכלתיה הוי דיינין קמי ר' חמא אבי בר קפרא ור' הושעיה א"ל יהבית שאלון לר' חייא רובה אמר כל המתחייב בב"ד לא כל המינו מאי לא כל המינו ר"א בשם ר' יוחנן אמר אם מעצמו משלם נאמן לומר נתתי אם מפי אחרים לא כל המינו ר' בון בר כהנא אמר אף בשבועות כן מהו אף בשבועו' כן אמר ר' אבוה בשם ר' יוחנן אם מעצמו נשבע נאמן לומר נשבעתי אם מפי אחרי' לא כל המינו עכ"ל ונרא' דהירושלמי מיירי בהוחזק כפרן דהרי אלו הדברי' נאמרו בש"ס דילן בפ"ק דמציעא ואם לא כן דברי הירוש' סותרי' עם ש"ס דילן בדברי ר' אבוה בשם ר"י א"ו דאף הירוש' מיירי בהוחזק כפרן כמו בש"ס דילן אלא דהירו' מקצר כדרכו ושוב מצאתי בבעל העיטור מאמר עשירי שהביא ירושלמי זה וגרס מן דאודי וא"ל יהבי' שאלון לר"ח וכו' הרי להדיא דאם מעצמו משלם נאמן לומר נתתי ואדרבה יליף שבועה מממון והיינו בגוונא דפרישית לעיל כנלפענ"ד:

כ נאמן. הטור חילק בשם רב האי גאון דדוקא בשבועה דרבנן שאומר נשבעתי נפטר דתקנתא לתקנתא לא עבדינן אבל בשבועה דאורייי' אם אומר נשבעתי חייב לישבע היסת וכן הסכים הש"ך וקשה דהא לא הוי אלא כפיר' שבועה והוי דבר הגורם לממון ולאו כממון דמי כמ"ש הש"ך בס"ק נ"ג וסי' צ"א ס"ק כ"ו ואין נשבעין אלא על כפירת ממון דוקא ובאמת מצאתי שכן הקשה הבעל העיטור על דברי רב האי אלו בדיני חוב ע"פ וז"ל ותמיהא לי אין ב"ד משביעין שבועה אלא על ממון עכ"ל ונראה דטעמא דרב האי הוא כיון דבשבועה דאורייתא הדין הוא אם אינו רוצה לישבע מחויב לשלם ונחתינן לנכסיה וכן כשאינו יכול לישבע משלם א"כ כשהתובע תובע אותו שישבע לו ש"ד שנתחייב לו מכבר והנתבע אינו רוצה לישבע וטוען כבר נשבעתי א"כ כופר הנתבע בממון גמור דהא לפי דברי התובע שהנתבע חייב לו שבועה ואינו רוצה לישבע חייב לו ממון גמור וכן אם היה מודה לו הנתבע בזה שחייב לו ש"ד אלא שאינו רוצה לישבע היה צריך לשלם א"כ הוי כפירת ממון גמור וחייב ע"ז היסת ואפשר שגם בעל העיטור לא תמה על רב האי בזה אלא משום דאיהו אזיל לטעמיה דנראה מדברי בעל העיטור שם שנוטה לדעת הפוסקים כמר בר רב אשי דאף ש"ד מהפכינן וכ"כ התוס' בפ' ש"ה בשם רב האי גופא וא"כ נהי שאין הנתבע רוצה לישבע מ"מ אכתי מחויב התובע לישבע דהא מסתמא מהפך הנתבע השבועה על התובע כיון דאף ש"ד מהפכינן וא"כ אכתי אף לפי דברי התובע לא הוי כפירת ממון ולא הוי אלא גורם לממון דמי יימר דאשתבע התובע כמ"ש בעל העיטור והביאו הש"ך בס"ק נ"ג דע"א המעיד שנתרצה הנתבע בהיפוך שבועה אין הנתבע חייב ש"ד דהוי גורם לממון דמי יימר דאישתבע התובע ע"ש אך לדידן דקיי"ל ש"ד לא מהפכינן סברת רב האי נכונה מאוד ובזה יש ליישב מ"ש הרי"ף והרא"ש בפז"ב

בשם רב האי דפוסק דש"ד לא מהפכינן ותמה הב"ח דדברים אלו סותרים למ"ש התוס' בפ' ש"ה בשם רב האי להיפך ולפמ"ש יש לומר דהרי"ף והרא"ש הוכיחו כן מדברי רב האי בתשובה שמחלק בין ש"ד לדרבנן באומר נשבעתי וכמ"ש ולפ"ז יצא לנו מזה אם אחד תובע לחבירו בספק ואומר שכבר נתחייב לו בב"ד אחר שבועה דאוריי' ע"פ ע"א חייב הנתבע היסת דזה היו כפירת ממון גמור וכן אם תובע לחבירו ע"פ ע"א שמעיד שנתחייב לו ש"ד בב"ד אחר שהודה לו במקצת או שנתחייב לו ש"ד בב"ד אחר ע"פ ע"א והנתבע כופר חייב גם עכשיו ש"ד להכחיש את העד דהא העד מעיד עכשיו בממון גמור כיון דאם אינו רוצה לישבע משלם ולא הוי כעד מפי עד דזה אינו מעיד רק על פסק ב"ד שנתחייב שבועה בב"ד אחר וכ"ש לפי שיטת הט"ז בס"ס ל' שחולק על הסמ"ע וסובר דשני' שהעידו שהוגבה עדות שני עדים בב"ד אחר לא הוי עד מפי עד כלל ומועיל עדותם ע"ש וא"כ בכה"ג חייב הנתבע ש"ד להכחיש העד כנלפע"ד ברור:

כא ונשבע היסת ונפטר. ונראה דהיינו דוקא בתפס מעות אבל בתפס חפץ צריך שבועה בנק"ח דודאי לא גרע ממשכון שנתבאר בסי' ע"ב סי"ז דהגובה ממנו צ"ש בנק"ח כיון דלאו אגופא דמשכון קטעין אם לא בתפס מעות כמבואר בהגה שם שוב ראיתי שכן מבואר להדיא בבעה"ת בשער נ"ז ס"ס י"ז ע"ש ותמיהני מסתימת הט"ו בזה ואפשר דסמכו א"ע על מ"ש בסי' ע"ב ור"ס קל"ה ע"ש:

כב ולא טען הנתבע להד"ם. וכ"כ הרמב"ם משמע דאם טען להד"ם ונשבע נעשה חשוד ע"פ השטר ויש להקשות לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' כ"ח ס"ב דהא דמהני עדות שבשטר הוא מדרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לווין אבל מן התורה לא מהני דהוי מפי כתבם א"כ ה"נ למה נעשה חשוד ע"פ שטר כיון דמדאוריי' עדותן לאו כלום היא ומאי כדי שלא תנעול דלת בפני לווין איכא הכא וצ"ל כיון דחז"ל הכשירו שטר בכדי לגבות בו לא פלוג רבנן בתקנתן ונעשה חשוד מדרבנן אבל מדאוריי' באמת לא נפסל ע"פ השטר אך לשיטת הש"ך שם דשטר מהני מדאוריי' ה"ה דנפסל מדאוריי' ע"י:

כג יחרימו במעמד היורשי'. מסתימת המחבר נראה אף בנתחייב שד"א ומת ולא נשבע מ"מ פטורי' וכ"ה להדיא בתשובת מהרי"ק סי' ק"ך והביא ראיה מר"פ המפקיד גבי אמר הריני משלם ומת ואמרו בניו אין אנו משלמים מיהדר קהדרי בהו אלמא דיכולים לחזור אע"פ שאביהם רצה לשלם כ"ש היכא שלא נתרצה האב לשלם שהיורשי' פטורים ואף שאין ראייתו מוכרחת לפמ"ש התוס' שם דהאיבעיא קאי משום דאטרחיה לב"ד מ"מ הוכחתו לפר"ת בתוס' שם יע"ש וכ"מ מפרש"י שם על הא דשלמו בנים שלא הספיק האב לומר הריני משלם עד שמת משמע דהאב נתחייב שבועה וא"א כשמת האב ולא נשבע

היורשים חייבים לשלם מדינא א"כ אמאי מקני להו כפילא הא הם חייבי' לשלם מהדין והוי כמו איכא עדי' שפשע דלא מקני ליה כפילא א"ו דהיורשים פטורים ובזה מיושב דברי הר"א מהשגת בעל המאור בסוגיא דשטר כיס בב"ב וז"ל ואיכא דק"ל אמאי לא טענינן ליתמי נאנסו ומ"ט דמ"ד נשבע וגובה כולו וכו' יש מי שסובר דה"ט דלא טענינן להו ליתמי נאנסו דא"כ ה"ל משויל"מ אבל שבועת החזרתי שד"ר היא וכו' והר"א דחה זו הסברא דל"א משויל"מ אלא כענין שניהם חשודים דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא או גבי נ' ידענא ונ' לא ידענא דריעא נמי טענתיה מ"ש דידע בהנהו ובהנהו לא ידע אבל הכא דגבי אביהן לא הוי ריעותא דאלו היה קיים היה נשבע ופטר נפשיה ל"א הכי והביא ראיה מדברי ר"ח וכתב עליו הבעל המאור ולא היה צריך לטעם שאמר ולא לראיה שהביא כי הטעם והראיה מן הכתוב ומההלכה דתני אמי שבועת יי' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים אלמא שאין על היתומים לעולם שבועה בטענת א"י ול"א ביה משויל"מ עכ"ל הרואה יראה שהבין בעה"מ דנאנסו אין היורשים יודעים ולכך סברי היש מי שסובר דה"ל משויל"מ ולפענ"ד לא נעלם זה מהיש מי שסובר והר"א אלא דכוונתם היא כיון דהאב מחויב להחזיר הפקדון או לישבע שנאנס דהא א"ל שום טענה יותר דהא איכא שטר וכל שלא נשבע הוא מחויב לשלם ועתה שמת כיון שאי"ל החיוב על האב גופיה לשלם וממילא חייבים היורשים לשלם אבל בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא לא נתחייב האב כלום דאילו היה האב קיים היה כופר בכל או היה טוען הילך וביתומים גופייהו ל"א משויל"מ וע"ז דחה הר"א דאף הכא לא נתחייב האב כלום דאלו היה קיים היה נשבע ול"ש ביה משויל"מ כיון דלא ריעא טענתו וז"ב לענ"ד אלה הם דברי אחי המופלג מוהר"ר הילל נ"י והם נכונים:

כד היכא דאיכא למיחש שיתברר הדבר ופי' הש"ך דהיינו היכא דאיכא למיחש שהמלוה יוציא שטר עליו או יביא עדי' שהמלוה התנה עמו אל תפרעני אלא בעדים ויתחייב לשלם לו מפני השטר או התנאי ונמצא שבועת הלוה לבטלה וש"ש מתחלל והביא ראיה מדברי התוס' בפ' המפקיד שפירשו כן דלכך אינו נשבע הלוה כמה היה שוה שמא יוציא המלוה המשכון ונמצא שבועת הלוה לבטלה וגנאי הוא לישבע בדבר שיתברר אח"כ ולפ"ז נראה דה"ה אם ידוע לב"ד שיש עדי' שהיו אצל גוף המעשה אלא דליתנייהו קמן נמי אין משביעין את הלוה דדילמא יבואו העדים אח"כ ויעידו כדבריו ונמצא ש"ש מתחלל דהוי שבועה לבטלה כמו גבי משכון דחיישינן להכי דאף אם יוציא המשכון יהיה כדבריו מ"מ הוי שבועה לבטלה וכן משמע מלשון המחבר דבגווני שכתב הש"ך הא כבר מבואר זה בס"ס ע"ה אך קשה ע"ז מהא דמבואר בר"ס ט"ז בט"ו דאם גלוי וידוע

לב"ד שפ' ופ' הם עדי' בדבר והרחיקו נדוד נותנים לו זמן עד שיוכל להביאם ומשמע התם דקאי ג"כ אנתבע שחייב שבועה וכן פי' הב"ח שם להדיא וא"כ למה ליה להנתבע להביא העדים כלל ואם אינו מביאם לזמן שקבע משביעין אותו ת"ל דבלא"ה אין משביעין אותו כלל כיון שהדבר יכול להתברר ע"פ עדים וזה קשה ג"כ לפי' הסמ"ע דחיישינן שיתברר הדבר להיפך משבועתו וצ"ל דהט"ו בסי' ט"ז מיירי שהנתבע נתחייב ממון ורוצה להביא עדים ליפטר מהממון דבכה"ג נותנים לו זמן ודלא כהב"ח ומה שהקשה הב"ח שם מסי' כ"ד דמבואר שם דאין נותנים זמן יותר משלשים יום י"ל כתירוץ מוהרש"ל דשאני התם שטוען שיש לו משכון כנגדו משא"כ כשטוען אנוף המעו' פרעתיך עדיף טפי וכ"כ הט"ז שם ע"ש אמנם מ"מ נראה שאם גלוי וידוע לב"ד שיש ע"א בדבר שיודע גוף המעשה משביעין אותו היסת אף דעד המסייע פוטר משבועה מ"מ לא הוי שבועה לבטלה כ"כ כיון שאינו יודע בדבר אלא ע"א וכן משמע בתוס' רפ"ק דמציעא גבי וליחזי זוזי ממאן נקט שפירשו שם דקושית הש"ס היא דנשאל להמוכר ומי שהמוכר יסייע לו יפטר מהשבועה דעד מסייע פוטר משבועה וכתבו התוס' שם והוי מצי לשנויי דליתא קמן דנישייליה ומאי קושיא דאכתי היכי משביעין ליה דהא הכא ידוע שהמוכר עד בדבר ויאמר כדברי אחד מהן וא"כ הוי שבועה לבטלה דדילמא יבוא המוכר אח"כ ויתגלה הדבר ודוחק לומר דכוונתם הוא דלוקמי שמת המוכר דפשיטות לשונם לא משמע כן א"ו דמה שיוכל להתברר ע"י ע"א לא חשיב בירור וחייב לישבע כ"ז שאין העד לפנינו:

כה או שנתן ת"כ על תנאי כך וכך נאמן במיגו. כ"כ המרדכי בפ"ק דמציעא בשם ר"י בר' מנחם ויש לתמוה דלמה ליה מיגו לטענה זו שטוען שהת"כ היה על תנאי הא גוף הטענה מעליא היא מצד עצמה ולכאורה י"ל דמיירי שאומר שבשעה שנתן ת"כ היתה כוונתו על תנאי כך וכך ולא פירש התנאי ולכך צריך מיגו לטענה זו וכן נראה שהבין הכנה"ג בסי' פ"א אות ט"ו שהקשה מכאן לשיטת הסמ"ע דס"ל דל"א מיגו דהעזה אף לענין ממון מדינא דהכא דהא כאן הוי מיגו דהעזה דאם יכפור הת"כ יהא מעיז ע"ש מוכח דס"ל דבמה שטוען שהיה על תנאי אינו מעיז כיון שהתובע אינו יודע מזה דהא לא פירש התנאי אך קשה ע"ז דמאי מהני שהיתה כוונתו בשעת ת"כ על תנאי כך וכך כיון שלא פירש הוי דברים שבלב ולא הויין דברים כלל לענין שבועה כדאמרינן בנדרים דף כ"ח גבי נודרים להרגין ולמוכסין שהן של בית המלך אע"פ שאינן של בית המלך ומפרש התם באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי אם אינן של בית המלך ואומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם ואע"ג דסבירא לן דברים שבלב אינן דברי' לגבי אונסא שאני הרי להדיא דהיכא דליכא אונס כיון שמוציא בשפתיו סתם לא מהני מה שמחשב בלבו היום או תנאי

אחר וליכא למימר דהכא שאני דכיון דאית ליה מיגו דאי בעי היה כופר הת"כ א"כ איכא ראיה שאינו משקר במה שאומר שחשב תנאי בשעת הת"כ והוי כאומדנא דמוכח שחשב להתנאי והיכא דאיכא אומדנא דמוכח למה שהיה בלבו לא הוי דברים שבלב כמ"ש הרא"ש בפרק אלמנה נזונת זה ליתא דהא בקדושין דף נ' יליף הש"ס דדברים שבלב לא הויין דברים מהאומר לשלוחו הבא לי מן החלון או מן הדלוסקמא והביא לו אע"פ שאמר בעה"ב לא היה בלבי אלא ע"ז כיון שהביא לו מזה בעה"ב מעל ואמאי הא קאמר בלבי אלא משום דדברים שבלב אינן דברים ופרכינן דילמא שאני התם דלמיפטר נפשיה מקרבן קאתי ופרש"י דלא מהימנינן ליה ומשני דה"ל למימר מזיד הייתי או נזכרתי ואית ליה מיגו אלמא אף היכא דאית ליה מיגו מעליא מ"מ דברים שבלב אינן דברים ולא מקרי אומדנא דמוכח כיון דמ"מ בשעת אמירתו לא היה שום גילוי דעת למה שבלבו וכן מוכח בסי' ע' ס"ה דאיתא התם דאם א"ל אל תפרעני אלא בעדי' ופרעו בינו לבינו ונאנסו המעות והמלוה אומר בתורת פקדון קבלתים אין בדבריו כלום מאחר שמודה שקבלם ופירשו הסמ"ע והש"ך משום דהוי דברים שבלב ואינן דברים אבל כשאומר בפירוש שקבלם בתורת פקדון מהני הרי אף דאית ליה מיגו דאי בעי אמר שלא קיבל המעות כלל דהא פרעו בינו לבינו מ"מ הוי דברים שבלב ואינן דברים ובאמת ראיתי להגאון ח"צ בתשובותיו סי' קט"ו שהשיג על הח"מ באה"ע סי' מ"ב לענין קדושי ע"א דהיכא דאיכא מיגו לא הוי דברים שבלב דהוי כאומדנא דמוכח וברור בעיני דאישתמיט ליה ש"ס ערוכה דקדושין שהבאתי ליישב דברי ר"י בר' מנחם והרב בהגה צ"ל דמיירי שאומר שבלבו היה על תנאי כך וכך ורצה לומר כן אלא שטעה בדיבורו ואמר סתם דכה"ג הוי כמו גמר בלבו לומר פת חטים ואמר פת סתם דאינו אסור אלא בפת חטים כיון שטעה בדיבורו כמ"ש הרא"ש בפ"ג דשבועות בשם הרמב"ן והש"ך בי"ד סי' רל"ב ס"ק ל"ד או י"ל דמיירי שהוציא התנאי בפיו בלחש כמ"ש הש"ך בס"ק כ"ו שם בשם הכ"מ אבל היכא שאומר שחשב בלבו לבד ולא טעה בדיבורו ודאי לא מהני וחל עליו השבועה וז"ב שוב ראיתי בט"ז שעמד בזה והבין דברי המרדכי כפשוטו שאמר בפירוש התנאי והא דנקט טעמא דמיגו הוא לאפוקי כשיש עדים שנתן לו ת"כ ולא הוזכר בפירוש התנאי דלא מהימן וזה דוחק עצום לומר הא דנקט מיגו הוא לאו דוקא והרי הרא"ש ומוהר"ם בתשובת מיימוני סימן ס"ג הוכיחו דטענת סטראי טענה גרועה היא מדאמרינן בש"ס מיגו דיכול לומר להד"ם יכול לומר סטראי נינהו וכן ס"ל לכל הפוס' כמבואר בש"ך סי' נ"ח ולא אמרינן דנקט להד"ם לאפוקי דכשיש עדים שפרע בפניהם לא מהימן לומר סטראי דאיתרע שטרא הרי אף בש"ס דחיקא למימר כן וכ"ש בלשון הפוס' א"ו כמ"ש:

כו וזה משיב שכבר החזיר לו. הקשה הסמ"ע מהא דמבואר בט"ו סי' צ"ה דמעות עניים והקדשות דבזמה"ז דינן כנכסי הדיוט ומשביעין עליהם ומחמת זה רצה להגיה וזה משיב שכבר החזיק בו והיינו שמכחישים זא"ז בענין החלוקה שהמפקיד רוצה לחלקם והנתבע כופר שנתנם לידו שהוא יחלקם והט"ז השיג עליו דהתם מיירי שיש להקהל תביעה עליהם כמ"ש הטור שם ודוקא קהל שהם יד עניים מצי להשביעו משא"כ כאן שהמפקיד מודה שהוא ממון עניים וטובת הנאה אינה ממון ונמצא הנפקד לאו בע"ד דעניים הוא והוי ממון שאין לו תובעים והגאון ח"צ בהגה הוסיף לתמוה דהא בהדיא מפלגינן בס"פ החובל בין מידי דקייץ למידי דלא קייץ והא לא קייץ הוא א"כ ה"ל ממון שאין לו תובעים ולכך פטור משבועה ואני אומר דהסמ"ע אזיל לטעמיה שביאר בסי' ש"א סק"ט לשון הרמב"ם והמחבר שם שכתבו דמי שהפקידו אצלו ממון עניים ופשע בהם דפטור משום דכתיב לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים דמ"ש שני טעמים היינו משום מדכתיב לשמור ילפינן דלא חייבה התורה כי אם שבא לידו בתורת שמירה ואח"כ יחזירהו לידו משא"כ ממון זה דהנותנו בידו לשמור אינו רוצה שיחזירהו לידו רק לחלקו לעניים וא"ת א"כ יהיה זה שומר לעניים שיחלק להם הממון ע"ז קאמר שהוא ממון שאין לו תובעים שהרי לא ניתן לידו לחלקם לעניים מיוחדים ומה"ט מסיק הרב רמ"א שם דאם הגבאי אמר לו שמור לי חייב דהרי גילה בדעתו שיהיה שומר לו ויחזירנו לידו והוא יתננו למי שירצה עכ"ד אלמא דס"ל דכל היכא שנותנו לו בתורת פקדון שיחזירנו לידו חשיב ממון שיש לו תובעין וכ"כ הנ"י בפ' הגוזל ומאכיל גבי ההוא גברא דאפקידו גביה ארנקי דפדיון שבויים וכן מוכח בתוס' והרא"ש פ' ש"ה שהוכיחו דבקרקעות ושטרות אין דין שומרים אף לענין פשיעה מההיא דפ' החובל דפטרינן בפושע בממון עניים משום לשמור ולא לחלק ומאי קושיא הא אף מזיק גמור פטור בממון שאין לו תובעין דהא קיי"ל המזיק מתנו' כהונה פטור משום דה"ל ממון שאין לו תובעים א"ו דהתוס' והרא"ש ס"ל דכיון שבא לידו מיד איש מיוחד חשיב ממון שיש לו תובעין וכבר האריך והרחיב בזה הרב בעל משנה למלך בפ"ד מה"מ ולוה דין י"ד ע"ש אך י"ל דהרמ"א אזיל לטעמיה שכתב בתשובותיו סי' ל"א דדוקא כשהגבאי תובע חשיב ממון שיש לו תובעים דגבאי יד עניים הוא משא"כ איש אחר וכדמשמע מלשון המרדכי בפ"ק דב"ב ע"ש וא"כ י"ל דהכא לאו בגבאי מיירי אך מ"מ הסברא נוטה לדברי הסמ"ע דכיון שהמעות נמסרו לידו שהוא יחלקם לעניים אין לך גבאי גדול מזה וגם אף דמלשון המרדכי דרפ"ק דב"ב משמע דדוקא כשהגבאי תובע חשיב ממון שיש לו תובעין מ"מ מלשון הנ"י בפ' הגוזל ומאכיל משמע דס"ל דאין חילוק דהא לא נזכר שם

דהמפקיד גבאי הוה וגם יש להביא ראיה מתה"ד סי' ש"ח שפסק בראובן ששלח מעות ביד שמעון להוליכם ללוי לקנות לו איזה דבר ושמעון אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו דאין ראובן יכול להשביע ללוי דאין נשבעין על טענת ספק אבל שמעון יכול להשביע ללוי אף לאחר שנשבע לראובן ולא מצי לוי לומר לשמעון לאו בע"ד דידך אנא כיון שאין הממון שלך וכבר נפטרת מראובן דכיון שמידו בא לו הממון מיקרי בע"ד דידיה והביא ראיה מפ' הגוזל קמא בש"ח שנגנב ממנו באונס ונשבע ואח"כ נמצא הגנב דאם רצה עושה השומר דין עם הגנב אלמא כיון שהדבר נגנב מידו אף שכבר נשבע ונפטר מהבעלים מיקרי בע"ד דידיה ע"ש וא"כ ה"נ כיון שמידו בא הממון ליד הנפקד אף שהוא ממון עניים ולא קייץ לעניים מ"מ מיקרי ממון שיש לו תובעים כיון שהוא תובע שהוא נתנו לידו ע"מ להחזיר לידו הוי הוא בע"ד של הממון וחייב הנתבע היסת ועוד נראה לומר דאף דטובת הנאה אינו ממון מ"מ הנאה הוי ומקרי בע"ד דידיה כדאמרינן בפ' מי שהיה נשוי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא בע"ח של ראובן דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את דא"ל לא ניחא לי דליהוי לשמעון תערומת עלי ע"ש ברש"י ותוס' אלמא דמשום חשש תערומת מיחשב בע"ד דידיה לענין שבועה ושאר דברים אף דלא הוי ממון גמור א"כ ה"ה לענין טובת הנאה נמי י"ל כן אף דלא הוי ממון מ"מ כיון דחשיבא הנאה מיקרי בע"ד דידיה וכן מוכח מדברי הש"ך בסי' ל"ז סק"י דפסק דמשום הנאת טובת הנאה מיחשב נוגע בעדות ומשום דלא ניחא ליה דליהוי תרעומת עליו פסק שם בס"ק כ"א דלא הוי נוגע בעדות וא"כ כיון דמשום דלא ליהוי תרעומת עליו מיחשב בע"ד דידיה כ"ש משום טובת הנאה אלא דק"ל על כל זה טובא דלפ"ז היה נראה דהא דמזיק מתנות כהונה פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעים הוא דוקא כשהבעלים בעצמם הזיקם אבל איש אחר חייב לשלם דהא הבעלים עצמם יכול לתובעם כיון שממנו לקחם והוי כמו שומר שעושה דין עם הגנב ובאמת בפ"ב דקדושין דף נ"ח ע"ב מוכח איפכא דאיתא התם דהגונב טבלו של חבירו למ"ד טובת הנאה אינו ממון משלם אלא דמי חולין שבו משום דנגד התרומה ומעשר אומר לו לאו בע"ד דידי את כדפרש"י התם וכ"פ הרמב"ם בפ"ב מה' גניבה ד"ה ואמאי לא אמרינן דכיון שנגנב מביתו בע"ד דידיה הוא וגם יש לו בו ט"ה וזה דומה ממש לפ' הגוזל שהביא התה"ד והיא קושיא גדולה לדבריו דמה חילוק בין ממון שאין לו תובעים כלל או ממון של איש מיוחד אלא שהוא לאו בע"ד של הנתבע כי אין שום טעם לחלק ביניהם וצ"ע טובא אך מ"מ דברי הסמ"ע נראין נכונים כיון שמבואר להדיא בסי' ש"א

ובתשובת רמ"א דגבאי הוי ממון שיש לו תובעים וה"נ כיון שהמעות ניתן לו לחלקם הוי כגבאי ועדיין יש להתיישב בכ"ז ודוק:

כז למי שרץ אחר שבועה. דין זה סתום ואם ר"ל דבש"ד שכנגדו נ"ו ובהיסת יפטר לגמרי ויהא חוטא נשכר ואולי ר"ל דהב"ד יראו לפשר ביניהם שלא יבוא לידי שבועה ועיינתי במקור דין זה וראיתי שהוא מהגמ"ר רפ"ק דמציעא בשם אגדה ומצאתי שכן הוא במדרש רבה בפרשת ויקרא בפסוק ונפש כי תחטא ומוהר"ש יפה בס' יפה תואר הרגיש בזה ופירש כן עוד תי' דנ"מ במי שחייב היסת והתובע רץ אחר שבועה בכה"ג אין הנתבע יכול להפך השבועה עליו כמו אם היה התובע חשוד שאין הנתבע יכול להפך היסת עליו אלא משלם או נשבע כמבואר בסי' צ"ב סי"ג ע"ש:

פח

א אין מודה מקצת הטענה וכו'. והיכא דכופר הכל ועדים מעידים שחייב לו פרוטה נראה דבעינן נמי כפירת שתי מעין כיון דהא דהעדאת עדים חייב ש"ד ילפינן בפ"ק דמציעא משום דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים א"כ כי היכא דבהודאת פיו בעינן שתי כסף ה"ה בהעדאת עדים ואע"ג דבפ"ק דמציעא מסיק התם דילפינן העדאת עדים מהודאת פיו וע"א במה הצד ובע"א מכחישו לא בעינן כפירת שתי כסף כמבואר בס"ד מ"מ הא לפי גירסת הנ"י שם ושאר קדמונים המבואר באס"ז שם ילפינן מפיו וגלגול שבועה דע"א ע"ש ועוד דאף לפי גירסת הספרים דילפינן ליה מהודאת פיו וע"א גופא מ"מ מה"ת לדמותו לע"א אדרבה נדמה אותו להודאת פיו דבעי שתי כסף דהא עיקר הילפותא הוא מהודאת פיו שדומה לו לגמרי אלא דהש"ס רוצה לדחותו מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה לזה אמר דע"א יוכיח ויליף לה במה הצד וכ"כ הרא"ש בריש ב"ק להדיא גבי אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש הגג ונפלו לר"ה דילפי לה התם מבור ואש דכל דין בור יש להם כיון דלבור דמיין לגמרי ע"ש וא"כ ה"נ וז"ב אמנם בשערי רב אלפס בסוף שער ו' כתב וז"ל והשבועה המחויבת לנתבע ע"פ שנים עדים או ע"פ ע"א אין בזו שיעור כפירה שתי כסף שאפי' לא תהא כל התביעה אלא פרוטה ובא ע"א והעיד לו עליה נתחייב הנתבע ש"ד וכדגרסינן וכו' עכ"ל הרי להדיא דמדמי העדאת עדים לשבועת ע"א דא"צ שתי כסף ולא כתב שום טעם וראיה לזה ודבריו תמוהים מאוד ואולי איזה ט"ס יש בדבריו ולדינא העיקר כמ"ש וכן משמע מסתימת כל הראשוני':

ב והוא מודה בפרוטה וכופר בשתי מעין. והיכא שטענו שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה וכפר בפרוטה ועל השאר אומר איני יודע שמעתי מהה"ג אאמ"ו זצ"ל שנסתפק

בזה אי אמרינן כיון דמה שאומר א"י צריך לשלם דהא חמשין ידענא וחמשין לא ידענא הוי משויל"מ וה"נ כיון שחייב שבועה על כפירתו וא"י לישבע על מה שטוען איני יודע וצריך לשלם א"כ שוב לא נשאר חיוב השבועה רק על פרוטה לבדה ופטור או דילמא כיון שנתחייב השבועה על הב' כסף ביחד אף שמשלם על מה שאומר א"י מ"מ לא פקעה השבועה מהפרוטה שהוא כופר בברי וחייב עליו ש"ד והביא סעד לזה מהא דאמרינן בר"פ ש"ה על מתניתין דהטענה שתי כסף רב אמר כפירת טענה שתי כסף ושמואל אמר טענה עצמה שתי כסף אפילו לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה אלא בפרוטה חייב ולכאורה יש לתמוה טובא דמאי קמ"ל שמואל דלא הודה אלא בפרוטה חייב הא כיון אף שהכפירה אינה אלא פרוטה דעל מה שנשבע אינו דבר חשוב מחייבינן ליה שבועה א"כ כ"ש דכשההודאה אינה אלא פרוטה וכל המותר הוא כופר דחייב שבועה ועוד דלמה ליה לשמואל דין זה הא רב לא פליג עליו בזה א"ו דה"פ דמה דקאמר לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה אלא בפרוטה היינו שההודאה אינה אלא פרוטה והכפירה אינה אלא פרוטה ועל השאר טוען איני יודע ורב ושמואל לטעמייהו אזלי דס"ל בפ' כ"ה גבי נ' ידענא ונ' לא ידענא דפטור לגמרי דלא אמרינן משויל"מ וא"כ כאן כיון דעל מה שאומר איני יודע פטור משבועה ומתשלומין ה"א דאף על הפרוטה שכופר פטור מהשבועה כיון שההודאה והכפירה ביחד אינם שתי כסף וה"א דגזה"כ הוא שההודאה והכפירה שהם גורמים השבועה הם בעצמם צריכים להיות ב' כסף כמו דאיכא למ"ד דטענו חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור דההודאה והכפירה צריכים להיות ממין אחד קמ"ל שמואל דכיון דהטענה היא שתי כסף חייב לישבע כמו אם לא כפר אלא בפרוטה והודה בכל השאר אך זה לא יתכן אלא לשמואל דס"ל דבטענה תליא מילתא אבל לרב דס"ל דבכפירה תליא מילתא דבעינן שתהא הכפירה דבר חשוב א"כ כיון דעל מה שטוען א"י פטור לדידיה לגמרי משבועה ומתשלומין א"כ השבוע' אינה באה אלא על כפירת פרוטה לבד שאינו דבר חשוב ופטור לכך קמ"ל שמואל דין זה דל"ש אלא לסברתו וא"ש ונכון וא"כ ממילא מוכח דה"ה לדידן כיון דמשלם מה שטוען א"י א"כ לא באה השבועה אלא על כפירת פרוטה לבד ואין נשבעין עליו אך מ"מ אכתי יש לחלק דדוקא לרב דס"ל בנ' ידענא ונ' לא ידענא דפטור לגמרי כיון שאינו יכול לישבע הוא דלא מחייבינן ליה שבועה על הכפירה דפרוטה שאינו דבר חשוב כלל ומה שאומר א"י הוא פטור לגמרי אבל לדידן דקיי"ל משויל"מ א"כ כיון דהשבועה חלה על כפירתו שתי כסף אלא דעל מה שאומר א"י אינו יכול לישבע וחייב לשלם אבל על המותר כיון דמ"מ נתחייב שבועה עליו בצירופא דהא בבת אחת היא שתי כסף ביחד שוב לא פקעה

השבועה מעליו בשביל מה שחייב לשלם מקצת הטענה וכן מסתבר אלו הם דברי הה"ג אאמ"ו וצ"ל והם נכונים ודוק:

ג כיון שאין בכפירה שתי מעין. בב"י ר"ס פ"ט מבואר דכפירה שהיא פחות מב' מעין מגלגלין על שבועה אחרת אבל כפירה פחות מפרוטה אין מגלגלין דפחות מש"פ אינה ממון ע"ש ודבריו אינם מוכרחים שם ולפעד"נ כיון דאין נשבעין על פחות משתי כסף כיון שאינו דבר חשוב ה"ה נמי שאין מגלגלין טענה שהיא פחות מב' כסף על שבועה אחרת כיון שאינו דבר חשוב לישבע עליו כמו שאין מגלגלין כפירת שבועה אף שיכול לבא לידי ממון מ"מ אין מגלגלין אותה כיון דלא מיחשב ממון כמבואר בסי' צ"ג ס"ט והכא נמי פחות משתי כסף לא מיחשב ממון לענין שבועה וכן יש לדייק מדברי התוס' בב"ק דף ק"ג שנדחקו שם במתניתין דהגוזל שוה פרוטה ונשבע עליו יוליכנו אחריו למדי והקשו שם דהא בעינן כפירת שתי כסף ומאי קושיא דילמא מיירי שנשבע ע"י גלגול שבועה אחרת א"ו דבכה"ג אין מגלגלין אך מ"מ לענין דינא נראה כיון דקיי"ל דבהיסת א"צ כפירת שתי כסף דחז"ל תיקנו היסת בכל גווני כמבואר בס"ו א"כ בשבועת היסת ודאי מגלגלין אף בפחות משתי כסף דלא גרע מעיקר השבועה אם כן ה"ה היכא שחייב ש"ד דמגלגלין עליו מדרבנן מיהא בכל גווני וכן הוא בש"ע סי' ר"צ סי"ט והוא מדברי הטור בשם הראב"ד שם וע"ש ועיין בש"ע ס' ו':

ד דבשבועת השומרים בעינן נמי שתי כסף. לכאורה נראה דהיכא דטענו פקדון שתי כסף ופרוטה והודה בפרוטה ועל מעה אחת כופר ואומר להד"ם ועל השניה טוען נאנסו דפטור משבועה לגמרי דמכח מודה במקצת אין לחייבו דהא הכפירה אינה אלא מעה אחת ובשניה הוא מודה אלא שטוען נאנסו ואין לחייבו שבועה מחמת הודאה במקצת דהא טענת התובע הוא ספק ואין נשבעין על טענת ספק ומחמת שבועת שומרים אין לחייבו בספק כיון דעל מה שטוען נאנסו ליכא ב' כסף ורחמנא לא חייבה שבועת השומרי' בכה"ג ולא מצרפינן שני הטענות להדדי כיון דשתי שבועות חלוקות הן דעל מעה אחת נשבע שלא הפקיד אצלו ועל המעה האחרת נשבע שנאנס מידו אלא דלפי זה יש להקשות על הר"ן דהוא הסכים נמי דשבועה השומרי' בעינן ב' כסף והר"ן גופיה הוכיח דאף בפקדון נמי אמרי' דשוה קטעין ממתניתין דקתני שתי כסף יש לי בידך ואמרי' עלה בש"ס דשוה קתני ויש לי בידך משמע טפי בפקדון ע"ש וא"כ לפי זה תקשה ממתניתין דקתני שתי כסף ופרוטה יש לי בידך אין לך בידי

אלא פרוטה חייב ואמאי חייב בפקדון ש"ד מחמת הודאה במקצת להימין הנפקד במיגו דאי בעי היה טוען על אחת להד"ם ועל השניה היה טוען נאנסו דהיה פטור משבועה

דהא בכל מב"מ הא דלא מהימן במיגו דלהד"ם הטעם הוא משום דהוי מיגו דהעזה כדאמרינן בריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מ"מ הטענה ישבע חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח ע"ש וא"כ הכא דאיכא מיגו מעליא דאי בעי היה טוען נאנסו על המעה השניה שכופר לפטור מש"ד אך יש לתרץ קושיא זו ע"פ מ"ש

הסמ"ע בסי' ק"ח ס"ק י"ז על הא

דאיתא התם דבשטר פקדון נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אע"ג דנאנסו לא שכיח ומיגו דלא שכיח ל"א מ"מ אין בה העזה כ"כ כמו בהחזרתי ומש"ה מיחשב מיגו ע"ש ולפ"ז ניחא הכא דלכך לא מהימן במיגו דנאנסו דאם יטעון נאנסו על הכל יתחייב שבועת השומרים ואי דיטעון נאנסו על מעה אחת ועל השניה יטעון להד"ם א"כ הדר ה"ל מיגו דלא שכיח דלא אמרינן דהא אכתי יצטרך להעיז במה שיטעון להד"ם על השניה וזה נכון לכאור' אלא דתי' זה לא יתכן לשיטת הסוברים דאמרינן מיגו דל"ש כמבואר בכללי המיגו ועוד דא"כ בטוענו שתי כסף ופרוטה פקדון שאינו עליו אלא שומר חנם יפטר מש"ד במיגו דגניבה ואבידה השכיחין ולא יתחייב ש"ד אלא בטוענו ד' כסף ופרוטה ויודה לו בפרוטה דאז ליכא מיגו לכך נראה יותר דהיכא שהודה בפרוטה וטוען על מעה אחת להד"ם ועל השניה נאנסו דחייב ש"ד על שתיהם אף דמ"מ בעי כפירת שתי כסף וכן שבועת השומרים מ"מ כיון דהטעם דבעינן שתי כסף דרחמנא לא חייבה שבועה אלא בדבר חשוב שהוא ב' כסף ולא בפחות וא"כ כיון דחזינן דרחמנא חייבה שבועה במ"מ על הכפירה וכן בשומרים אחשביה רחמנא לטענת המפקיד וחייבה שבועה לנפקד בטענת ספק א"כ הכא שהודה בפרוטה ועל מעה אחת טוען להד"ם ועל השניה נאנסו כיון דסוף סוף הכפירה היא שתי מעין והיא דבר חשוב מצרפינן שתי הטענות להדדי וחייב ש"ד על שתי המעין יחד שאחת להד"ם והשניה נאנס ובזה יש ליישב קושית הראשוני' הובא באס"ז רפ"ק דמציעא ובפ' השואל לרמי בר חמא דס"ל דד' שומרים צריכין הודאה במקצת וכפירה במקצת ועל השאר יטעון נאנסו אבל כי טעין שנאנס הכל אינו חייב שבועה כלל א"כ למה אשמועינן קרא דחייב שבועת השומרים כלל ות"ל דבלא"ה נמי כיון שמחויב לישבע ש"ד על מה שכופר מדין מודה במקצת א"כ ממילא מחויב לישבע על השאר שנאנס מתורת גלגול וג"ש דאורייתא הוא ולפמ"ש ניחא דאשמועינן קרא דאף היכא דמה שכופר אינו שוה ב' כסף וכן מה שטוען שנאנס ג"כ אינו שוה ב' כסף וא"כ אי לאו דגלי קרא לחייב שבועה בכה"ג לא הוי חייב שבועה כלל מתורת גלגול דהא אינו חייב ש"ד כלל מדין מודה במקצת דהא אין בכפירה ב' כסף ומה שטוען שנאנס ודאי דלא מצרפינן ליה דהא הוי טענת ספק ואין נשבעין עליו כלל לכך אשמועינן קרא

דכה"ג שהודה במקצת וכפר במקצת מחויב ש"ד על השאר שטוען נאנסו מצד עצמה ולא מתורת ג"ש ואם כן פשיטא דמצרפינן שתי הכפירות להדדי כיון דבשתיהם איכא כפירת שתי כסף ורמי רחמנא שבועה עליו על פי צירוף שני הטענות יחד וא"ש ואף לדידן דלית לן דרמב"ח מכל מקום הסברא נותנת כן ועיקר:

ה שבועת היסת וכו'. ולפי דעת הרב בהג"ה לעיל דבשבועת השומרים בעינן כפירת ב' כסף א"כ בפקדון פטור בכופר הכל מהיסת בפחות משתי כסף במיגו דנאנסו אך לפי מ"ש הש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ז דלא אמרינן מיגו לאפטורי מהיסת אין חילוק בזה ע"ש ו בסתמא שוה דינר קאמר לפי וכו'. מסתימת הראשונים משמע דלא שיילינן ליה להתובע לברר טענתו אם שוה קטעין או דוקא קטעין ובאמת טעמא בעי דלמה לא מצרכינן להתובע לברר טענתו דאולי דוקא טעין ויפטר הנתבע משבועה ואפשר לומר דלענין שבועה אף דשיילינן להתובע אח"כ ואמר דכוונתו היתה לדוקא מ"מ חייב הנתבע ש"ד כיון דבשעה שהודה הנתבע במקצת מיחשב הודאה ממין הטענה כיון דמסתמא שוה קטעין אף דאח"כ נתברר שכוונתו היתה לדוק' ולא הוי הודאה ממין הטענה מ"מ אזלינן בתר הודאתו שהשיב לטענת התובע וכמבואר בסכ"א בשני בע"ד שתובעי' זא"ז דאם הודאת השני יותר מהודאת הראשון אז גם השני חייב ש"ד כיון שלא א"ל בשעת הודאתו להד"ם שהרי יש לך משלי כנגדו אלא הודה לו בדרך הודאה גמורה מב"מ הוא ומשמע התם דאף דהנתבע הוא פטור מהודאתו מ"מ מיחשב מב"מ דעיקר מב"מ תלוי לפי הודאתו שהשיב על טענת התובע וכמו שהוכחתי שם מלשון בעה"ת ע"ש וא"כ ה"נ כיון דבשעת הודאתו הוי ממין הטענה דהא מסתמא שוה קאמר מיחשב מב"מ ואף שנתברר אח"כ דדוקא קאמר ולא הוי ההודאה ממין הטענה ופטור אף מדמי הודאתו מ"מ אזלינן בתר הודאתו שהשיב על טענת התובע וחייב ש"ד ועיין בב"י סכ"א גבי תבעו מנה מלוה והודה לו בפקדון מ"ש בשם תלמידי רשב"א ע"ש כנ"ל נכון ודוק ודע דאף דקיי"ל הכא בתובע לחבירו מנה דשוה קטעין מ"מ במצוה ליתן מנה לחבירו במתנה אמרינן דדוקא קאמר וכמבואר בסי' רנ"ג סי"ט בהגה וכ"כ הר"ן בפ' שבועת הדיינין בשם הרשב"א וכן הוא בתשובת הרשב"א המיוחסת להרמב"ן סי' ס"ב ומבואר שם עוד דה"ה אם הודה בלתי תובע שאמר מנה לפ' שלויתי ממנו נמי דוקא קאמר כיון שלא תבעו וע' בהה"מ רפ"י מה"ז והלח"מ שם אישתמיטו ליה דברי הר"ן אלו:

ז ולפיכך אפילו יש עדים וכו'. הקשה הש"ך דלקמן סי' ת' ס"ג גבי שני שוורים רודפים כתב דברי הרמב"ם בסתם דאם לא היתה ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד מהן הזיק משלם המזיק כמו שאומר הרי להדיא דביש עדים חייב אף דהתם

הוי כחיטים ושעורים דהא הש"ס מדמי להו אהדדי ותירץ הש"ך דמ"ש כאן אם יש עדים פטור היינו שמעידים בבירור שחייב לו שעורים והרי התובע הודה שאינו חייב לו שעורים משא"כ התם דמיירי שהעדים א"י איזה הזיק ולכך חייב הקטן משום דהניזק אומר העדים מעידים כדברי ובאם לאו תן לי לפחות הקטן עכ"ד ולפענ"ד דבריו תמוהים מאוד דהא מקור דין זה הוא מדברי בעה"ת והרא"ש ס"פ המניח שהוכיחו דאף ביש עדים פטור מהא דפריך בס"פ המניח הא אי לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק לימא תיהוי תיובתא דרב"נ דאמר פטור אף מדמי שעורים וע"כ מיירי דיש עדים דאל"כ בלא"ה פטור משום מודה בקנס אלמא אף ביש עדים פטור וא"כ מוכח דאף שאין העדים יודעים איזה הזיק מ"מ פטור דהא ע"כ מתניתין בהכי מיירי דאל"כ אלא שעדים מעידים שהקטן הזיק א"כ היכא קתני הממע"ה הא אף שיביא ראיה שהגדול הזיק מ"מ תרי ותרי נינהו ועוד דמנ"ל להש"ס להקשות דילמא מיירי מתניתין שהעדים אינם יודעים איזה הזיק וכן מבואר בבעה"ת והרא"ש להדיא דמתני' מיירי שהעדים א"י איזה הזיק הרי להדיא דאף בכה"ג שהעדים א"י מ"מ פטור מדמי שעורים וכ"כ רי"ו בנ"ג ח"ב והביאו הב"י והש"ך בס"ק ט"ז ואולי המחבר מסברא דנפשיה הכריע כן לחלק בין העדים יודעים ללא יודעים והא דפריך הש"ס בס"פ המניח לרב"נ צ"ל דהסוגיא אזלא למ"ד פלגא נזקא ממונא כמ"ש הש"ך בשיטת הרמ"ה וזה דוחק גדול ויותר נרא' דמ"ש המחבר בסי' ת' לא היתה שם ראי' ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד מהן הזיק משלם המזיק כמו שאומר קאי אתם ומועד כמו שביאר הראב"ד דברי הרמב"ם שהביא המחבר שם מיד אח"ז ואם טען הניזק אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר דאתם ומועד קאי דכיון דמועד משלם מעליה חשיבא הודאת התם ממין הטענה דמועד וא"כ י"ל דה"ה הבבא שמקודם שכתב לא היה שם ראיה ברורה וכו' משלם המזיק כמו שאומר מיירי נמי בתם ומועד דהוי ממין הטענה והא דצריך ראיה היינו משום דאל"כ הוי מודה בקנס ופטור ובאמת לכאורה יש לתמוה מאוד על הה"מ שם שביאר דברי הרמב"ם הבבא דלא היתה שם ראיה ברורה דס"ל דביש עדים חייב בשעורים וכן נראה מדברי הטור שם ומנ"ל לומר כן כיון דפירשו דבבא השנית אתם ומועד קאי א"כ דילמא גם בבא זו בהכי מיירי והנראה בזה ע"פ מה שהקשו הלח"מ והש"ך שם להראב"ד דס"ל דתם ומועד חשיב ממין הטענה א"כ מאי פריך הש"ס לרב"נ מבבא דתם ומועד הא בכה"ג חשיב ממין הטענה ובאמת קושיא זו לק"מ דנהי דחשיב ממין הטענה לענין ש"ד היינו משום כיון דמועד משלם מעלייה חשיב התם בכלל תביעת המועד אבל לענין פטור מדמי שעורים דטעמא הוא משום כיון

דטענו חטים הודה לו שלא נתחייב לו שעורים א"כ בתם ומועד נמי שייך לומר כן דכיון שטוען שמועד הזיק הרי הודה שהתם לא הזיק ופטור אף מן התם ולכך פריך שפיר לרב"נ וז"ב ולפ"ז ע"כ מה דפסק הרמב"ם דמשלם מה שהודה בשני הבבות טעמו הוא משום דביש עדים חייב בשעורים דאל"כ אף בתם ומועד אף דחשיב ממון הטענה לענין ש"ד מ"מ יש ליפטר מהודאתו כמו בחטים ושעורים אמנם לפ"ז קשה על מ"ש הטור שם על דברי הרמב"ם דטען הניזק וכו' ולדעת א"א הרא"ש אין כאן שבועה כלל דה"ל כטענו חטים והודה לו בשעורים דמנ"ל כן בדעת הרא"ש ומ"ש הש"ך בסי' ת' סק"ט דכיון דס"ל להרא"ש דאפי' יש לו עדים על הנגיחה פטור א"כ אפילו בתם ומועד פטור מתשלומין ומש"ד ליתא לפמ"ש דנהי דפטור מדמי התם שהודה משום דחשיב כאלו הודה הניזק שהתם לא הזיק מ"מ לענין ש"ד י"ל דהוי ממין הטענה וחייב ש"ד אף דפטור מהודאתו וכמ"ש התוס' ס"פ המניח ופ' ש"ה דאף דר"ג סובר דטענו חיטים והודה לו בשעורים חייב ש"ד מ"מ מודה דפטור משעורים ואפ"ה חשיב הודאה במקצת וכן מוכח מלשון הרא"ש ס"פ המניח בהשיגו על הרי"ף דכתב דבטענו חיטים והודה לו בשעורים לא מהני תפיסת שעורים דלדמי חיטים א"י לתופסן דהרי כופר בהן ולא מהני תפיסה בעדים ונפטר בשבועה לר"ג ולרבנן אפילו בלי שבועה ולשעורים לא מהני תפיסה שהרי כבר הודה ומחל עליהם עכ"ל הרי להדיא דמשעורים פטור לכ"ע אף לר"ג וכ"ה שיטת כמה ראשונים וא"כ ה"נ בתם ומועד י"ל כן דפטור מן התם אף אם יש עדים ומ"מ ש"ד חייב והנה בלא זה הייתי יכול לומר דהטור לא ס"ל לחלק בתם ומועד בין פטור התם מדמיו ובין פטור מש"ד אלא ס"ל דאי חשיב ממין הטענה חייב אף בגוף התם ואי לא פטור אף משבועה דאורייתא וכשיטת הלח"מ והש"ך והא דפריך בהמניח ממתניתין לרב"נ קושית הש"ס קאי מבבא דקטן וגדול דשניהם תמים אבל מתם ומועד באמת לא קשיא כלל ולפ"ז כתב הטור שפיר דלדברי הרא"ש אינו חייב שבועה כלל שכן מוכח מדברי הרא"ש דכתב דלפי מה שיש רוצים ליישב דברי הרי"ף בבבא דתם ומועד מהני תפיסה בתם או בשביל עצמו או בשביל המועד דמשלם מהעליה ע"ש א"כ מוכח דבלא תפיסה פטור מגוף התם וה"ה דפטור מש"ד אבל לפי מ"ש דהטור וההמ"מ ס"ל לחלק בתם ומועד דפטור מגוף התם וחייב ש"ד הדרא קושיא לדוכתי' סוף דבר אני נבוך בכוונת דבריהם בזה וצ"ע. ובחידושי אמרתי לתרץ ע"פ דברי' אלו לשון רש"י בשמעתין שכתב וז"ל ורבה דאוקמא למציעתא בניזק שמא ומזיק ברי ולא אוקמא בברי וברי וראוי ליטול ואין לו משום דס"ל דסומכוס לא אמר חולקין בברי וברי הילכך רישא דקתני לא כי אלא בסלע לקה לא איצטריך למיתני בברי וברי לאשמועינן דהממע"ה להכי אוקמא

למציעתא בשמא וברי דתיקו נמי רישא בברי ושמא עכ"ל והנה דברי רש"י תמוהים מאוד מאוד דא"כ מאי פריך ר"פ מדרישא בו"ב סיפא נמי בו"ב וכו' לימא תיהוי תיובתא דרב"נ הא קושיא זו לק"מ די"ל ראוי ליטול ואין לו ובפשיטות ה"ל לאקשויי דבבו"ב מאי קמ"ל הא בכה"ג לא פליג סומכוס ולפמ"ש א"ש דהנה הראב"ד הקשה לשיטת הרמב"ם דבתם ומועד חייב ש"ד אמאי לא קתני במתניתין ישבע אך לפי מ"ש הרמב"ם דבעינן דוקא שהניזק טוען אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך אז חייב ש"ד אבל בלא"ה פטור א"כ י"ל דמתניתין מיירי כשאין הניזק טוען ברי שזה הזיק בפניך ואף אי מתניתין מיירי בבו"ב מ"מ י"ל דמיירי שהניזק לא ראה את המזיק אלא שהמזיק טוען ברי שהיה שם ואף דבכה"ג מיחשב ג"כ טענת הניזק ברי כדמוכח בפ' הניזקין גבי שני כיסים קשורים ולקמן סי' רס"ז סכ"ז מ"מ בכה"ג שהניזק אינו טוען ברי שזה הזיק בפניך אית ליה להמזיק מיגו מעליא דאי בעי היה אומר איני יודע כי לא הייתי שם כלל אף דבכל דוכתי לא אמרינן מיגו דאינו יודע מ"מ הכא הוי מיגו מעליא כיון שאין דרך המזיק להיות שם ולפ"ז ניחא דר"פ פריך שפיר לרב"נ ממתניתין וקושיתו קאי לר' אבא בר ממל דמוקי מתניתין כסומכוס כסתמא דמתניתין דר"פ הפרה ומוקי מתניתין בבו"ב לזה פריך ר"פ מדרישא ברי וברי וכו' הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק לימא תיובתא דרב"נ וליכא לשנויי ראוי ליטול ואין לו א"כ תקשה אמאי לא קתני ישבע כיון דבבו"ב מיירי ול"ל דנאמן במיגו דא"י זה ליתא כיון דמתני' אתיא כסומכוס א"כ ליכא מיגו דאי יטעון א"י יצטרך לשלם חצי דהא בבו"ש ודאי חולקין לסומכוס בשלמא בלא רב"נ ניחא דהוי מיגו מעליא דאי בעי אמר א"י דל"ל שירא דיצטרך לשלם חצי דהא השתא נמי משלם חצי דהא מודה בתם אבל לרב"נ דפטור אף מהתם א"כ ליכא מיגו כלל דהשתא פטור מהכל ואם יטעון א"י יצטרך לשלם חצי א"ו דמתניתין דלא כסומכוס וחלוקין עליו חביריו אלא דקושית רש"י לפי המסקנא דמוקי בבו"ש ומתניתין דלא כסומכוס א"כ הוי מצי לאוקמא בבו"ב וראוי ליטול ואין לו לזה מתרץ רש"י דס"ל לסברא פשוטה דבברי ובברי לא פליג סומכוס ומאי קמ"ל אבל מ"מ אין זה מוכרח לכך פריך ר"פ קושיא חמורה מזה לראב"מ להוכיח דמתניתין דס"פ המניח הוא דלא כסומכוס דלא כסתמא דר"פ הפרה וא"ש ונכון ודוק ובחידושי הארכתי יותר:

ח דאין אדם מוחל על שאר תביעות. זהו שיטת הרא"ש ס"פ המניח דרב"נ מיירי דוקא שהנתבע השיב לו שבאותו יום ובאותו שעה שעורים היו אבל בלא"ה חייב בשעורים ובאמת מסתימת כל הראשוני' לא משמע כן וכן תמה מוהרש"ל ביש"ש דזהו תימה גדולה דרב"נ יהא מיירי דוקא בטענו חיטים הלויתיך באותו יום ובאותו שעה ומה

שהקשה הרא"ש דאין אדם מוחל על שאר תביעות אם לא תבעו אלא אחת דדילמא לא רצה לתבוע הכל בפעם אחת נלפע"ד לתרץ ע"פ מ"ש הר"ן ר"פ ש"ה לדחות דברי הרשב"א שהוכיח דבטענו דינר פקדון לא אמרינן שוה קטעין אלא דוקא קטעין כמו בנותן מתנה דמוכח בפ"ק דגיטין דדוקא קאמר ודחה הר"ן דלא דמיא פקדון לנותן מתנה משום דמסתמא טוען התובע באותו ענין אשר יתחייב בו הנתבע שבועה וכבר כתבתי למעלה דתובע שוה אפי' נתבע משיב דוקא חייב שבועה אבל תובע דוקא אע"פ שהנתבע משיב שוה פטור ומש"ה אמרינן דתובע בין פקדון בין מלוה לעולם שוה קאמר כדי שיתחייב נתבע שבועה באיזה דבר שיודה מה שאין לומר כן בנותן מתנה עכ"ל והוא שיטת הי"א שהביא המחבר בס"י וא"כ ה"נ י"ל דלכך פטור הנתבע מדמי שעורים מדלא תבעו התובע גם שעורים בכדי שאם יודה לו באחת מהן יהא חייב דהא טענו חיטים ושעורין והודה לו באחד מהן חייב אבל עכשיו שתובע לו חטים בלבד אף שיודה לו בשעורים יהא פטור משבועה כיון שאינו ממין הטענה אלא ודאי מדלא תבעו השעורים ודאי מחל לו עליהם ובזה מתורץ קושית הת"ח בפ' שבועת הדיינים על הא דפריך הש"ס התם למ"ד טענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור ממתניתין דקתני טענו חטים והודה לו בשעורים פטור הא טענו חטים ושעורין והודה לו באחד מהן חייב והקשה הת"ח דדילמא קמ"ל מתניתין דפטור אף מדמי שעורים כדאמרי' בס"פ המניח ולפמ"ש א"ש דאי טענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן פטור א"כ ע"כ ליתא לדרב"נ וחייב בדמי שעורין דליכא למימר דה"ל לתבוע ג"כ בשעורין דדילמא יודה לו בהן דהא אף אם יודה לו בהן יפטר ג"כ משבועה ואם כן מוכח ממ"נ דטענו חטים והודה לו באחד מהן חייב ובזה יש ליישב ג"כ קושית התוס' שם ובסוף פרק המניח לרב"נ דס"ל דפטור אף מדמי שעורים דהא ר"ג ס"ל במתניתין טענו חטים והודה לו בשעורים חייב ש"ד וא"כ ע"כ ס"ל דחייב בדמי שעורים דאל"כ ליכא הודאה כלל ומנ"ל דרבנן פליגי עליו בזה ולפמ"ש י"ל דלר"ג דס"ל דחייב ש"ד ה"ה דחייב נמי בדמי שעורים דל"ש לומר דה"ל לתובעו שניהם בכדי שאם יודה לו באחת מהן יתחייב שבועה דהא אף עתה אם יודה לו בשעורים יתחייב שבועה לרבן גמליאל ומסתמא אם לא יעיז הנתבע כשיתבענו שניהם ה"ה נמי כשיתבענו חטים לבד נמי יודה לו בשעורים כדי שלא יעיז נגדו לגמרי וא"ש ונכון ובאמת מדברי התוס' מוכח דלא כהרא"ש מדהקשו לרב"נ מר"ג דמחייב שבועה בטענו חטים והודה לו בשעורים ומאי קושיא דילמא מתניתין מיירי בלא טענו שעה ידועה כפשטא דמילתא א"ו דאין חילוק ואולי לא ניחא להו למימר דמתניתין מיירי בגוונא אחרינא ממה דמיירי רב"נ כיון דאידי ואידי חד לישנא הוא וכן צ"ל בהרא"ש

ס"פ המניח דמוכח מדבריו דס"ל דאף דפטור משעורים חייב שבועה לר"ג כמ"ש לעיל והוא מדברי התוס' ומנ"ל הא הא י"ל דר"ג מיירי בלא טענו שעה ידועה א"ו דלא ניחא להו לאוקמא בהכי:

ט ואם תפס התובע. מדברי המחבר משמע דס"ל דתפיסה מהני אף לאחר שעמד בדין וכסתימת לשון הרי"ף והרמב"ם ודלא כהי"א שהביא הרב בהגה וכ"כ הב"ח שכן דעת המחבר וקשה דהא המחבר גופיה בס"ס ת' גבי היו הניזקין שנים דמהני תפיסה כתב ודוקא תפס קודם שבא לב"ד אבל לאחר שבא לב"ד לא מהני ליה תפיסה אפילו ליטול כדברי המזיק הרי להדיא כהי"א ואולי יש לומר כיון דהמחבר שם מיירי דליכא עדים כמו שכתבו הסמ"ע והש"ך שם והנה המ"מ הקשה שם דהא הוי מודה בקנס ופטור ותי' בשם הראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שאם תפס אין מוציאין מידו ע"ש וא"כ י"ל דדוקא כשתפס קודם שבא לב"ד הוא דמהני תפיסתו דלא ליהוי כמודה בקנס די"ל שהודה מפני אימת התפיסה אבל לאחר שבא לב"ד לא מהני ופטור משום מודה בקנס אך באמת מקור הדין דלשם הוא מדברי בעה"ת שער ז' והרא"ש ס"פ המניח והטור שם והמה לאו מטעם זה אתו עלה דהא לדידהו כולה סוגיא איירי התם שיש עדים שאחד מהן הזיק כמבואר בדבריהם שם ואפ"ה מצרכי תפיסה קודם שבא לב"ד דוקא וצ"ע:

י נשבע היסת שא"י ומשלם לו שעורים. זהו שיטת הרמב"ם וכל הראשונים הקשו עליו מסוגיא דס"פ המניח דקאמרינן אלא בניזק ברי ומזיק שמא אכתי ליהוי תיובתא דרב"נ אלמא אף בברי ושמא פטור מדמי שעורים והנראה בזה ע"פ מה שהעליתי בסק"ז לשיטת הרמב"ם דפסק בפ"ט מנזקי ממון דהיכא דתבעו מועד והודה לו בתם דהוי מודה במקצת וחייב ש"ד אם הלה תובעו בברי אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך דמ"מ מוד' דפטור מהתם דכיון שטוען שהמועד הזיק הרי הודה שהתם לא הזיק ומ"מ חייב ש"ד כיון דהרמב"ם מיירי שם ביש עדים שאחד מהן הזיק ובכה"ג חייב בתם ולשיטת התוס' אף היכא דליכא עדים שפטור מן התם מ"מ מיחשב מב"מ ע"ש והנה הראב"ד הקשה לשיטת הרמב"ם למאי דמוקי בניזק ברי ומזיק שמא ליהוי בתם ומועד משוי"מ כמו בנ' ידענא ונ' לא ידענא ומה שתי' הראב"ד דמיירי שהניזק לא היה שם ולא ה"ל למידע ולא אמרינן משוי"מ ליתא לפי מ"ש הש"ך לתרץ למ"ד פלגא ניזקא קנסא דמיירי מתניתין בתבעו מועד הזיק והעמדתיך בדין עליו והלה מודה לו בתם שהעמידו בדין עליו דהוי ממון גמור וא"כ בכה"ג ה"ל להמזיק למידע וה"ל משוי"מ אך לפמ"ש ניחא כיון דבטוען מועד הזיק והודה לו בתם פטור מן התם ופטור מש"ד כיון דלא הוי מודה במקצת א"כ י"ל אף בטוען שמא תם הזיק אף דחייב בתם מ"מ לא הוי משוי"מ כיון דבברי פטור מש"ד לא

שייך לומר בטוען א"י הוי משויל"מ כמו שהוכחתי בסי' ע"ה סק"ט מדברי הר"ן בפ' כ"ה ע"ש וגם י"ל כיון דהיכא שהניזק מודה שהמזיק אינו יודע לא אמרינן משויל"מ כמ"ש הש"ך בסי' ת' סק"ד א"כ הכא אנן סהדי שאינו יודע דאי בעי לשקר היה טוען ברי שהתם הזיק דהיה פטור משבועה כיון דלא הוי מודה במקצת כיון שפטור מן התם ולא הוי מיגו דהעזה כיון שמ"מ מודה בתם וטענת איני יודע נמי הוי העזה כמ"ש בסי' ע"ה שם ע"ש אך תי' זה לא יתכן אלא אי אמרינן דכל היכא דפטור מהודאתו לא מיחשב מודה במקצת אבל לשיטת התוס' דס"ל דאף היכא שפטור משעורים מיחשב מודה במקצת ליתא לתירוץ זה והנה התוס' הוכיחו כן דאם כן תקשה לרב"נ כיון דר"ג ס"ל טענו חטים והודה לו בשעורים חייב שבועה ס"ל דחייב בשעורים א"כ מנ"ל דרבנן פליגי עליו בזה א"ו אף דפטור משעורים הוי מודה במקצת ולפ"ז הכי אזלא קושית הש"ס אלא בניזק ברי ומזיק שמא וקשה דליהוי משויל"מ וצ"ל כיון דבטוען ברי תם הזיק פטור מן התם ופטור מש"ד ולכך אף בשמא לא הוי משויל"מ וגם דנאמן במיגו דאי בעי היה טוען ברי תם היזק א"כ אכתי ליהוי תיובתא דרב"נ כיון דמוכח דר"ג במתניתין ס"ל דחייב בשעורים מנ"ל לרב"נ דרבנן פליגי עליו בזה כקושית התוספות וא"ש והדברים נכונים:

יא דאפי' בכה"ג פטור מן השעורים. והא דמבואר בסימן ש' ס"ב דאם הפקידו אצלו שני כלים אחד גדול וא' קטן וכ"א אומר אני בעל הגדול דאם הביאם בכרך אחד נותן הקטן לאחד מהן ודמי הקטן לשני והשאר יהא מונח עד שיבוא אליהו ולא אמרינן שהנפקד יזכה בקטן דהתם אין להם טענה על הנפקד אלא ביניהם ועצמן יש להם טענה כ"כ המרדכי ס"פ המניח ור"ל דהתם לא שייך לומר כיון שלא תבע הקטן הודה ומחל להקטן דהא שניהם אומרים שהקטן אינו של הנפקד אלא שכ"א אומר שהקטן של חבירו וא"כ כיון שכ"א תובע הגדול עכ"פ נוטל כ"א הקטן ושויו עבור מה שתובע כלי גדול והרי זה נכון:

יב כיון שלא א"ל בשעה שתבעו להד"ם וכו' אלא הודה לו בדרך הודאה גמורה וכו'. מלשון זה משמע דפטור ממה שהודה דיכול לתופסו עבור תביעתו רק כיון דבשעת הודאתו לא אמר כן מיחשב מודה מקצת וכן משמע יותר בדברי הראב"ד שבבעה"ת שער ז' ח"ב שממנו מקור דין זה שכתב וז"ל אבל אם בהודאת השני יותר ממה שהודה הראשון השני נמי חייב שבועה חמורה מאחר שלא אמר בשעת הודאה זה שאני מודה לך שנשתייר בידי איני מחזיק בו אלא מפני שיש לי בידך כך וכך דכיון דבשעת הודאה הודה כדרך כל מודה במקצת חייב שבועת התורה ודומה לו מה שכתב ה' יוסף הלוי ז"ל בטענו חטים וקדם והודה לו בשעורים ואיכא למילף מדבריו דעיקר מודה במקצת אינו

אלא בשעת הטענה הלכך זה הדין ששאלתם מאחר שלא השיב לו מקצת איני חייב לך כלום שהרי יש בידך משלי נ' דינרין ונמצא שנפרעת מן הכל מאחר שלא השיב כן מודה מקצת הטענה הוי וחייב שבועה עכ"ל הרי משמע להדיא דס"ל דפטור ממה שהודה ואפ"ה חייב ש"ד כיון שלא אמר כן בשעת הודאתו וקשיא לי דהא ע"כ מיירי כאן דמה שאומר שמחזיק מה שהודה עבור התביעה הוא אחר כדי דיבור של הודאתו דאי בתכ"ד הרי תכ"ד כדיבור דמי ולא מיחשב מודה במקצת כלל כיון שחזר תיכף מהודאתו א"ו מיירי הכא שאומר כן לאחר כ"ד וא"כ אמאי אינו חייב לשלם מה שהודה הא יש לי בידך כנגדו לא מהימן בכל דוכתי אלא במיגו כמבואר בסי' ע"ה והכא מאי מיגו אית ליה דאי בעי לא היה מודה הא הוי מיגו למפרע ולא אמרינן דלא אמרינן מיגו אלא תכ"ד לתביעתו כמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"ג ואי משום כיון שתבעו מקודם שהודה הרי גילה דעתו שתובע זה המעות מכל מקום הא הטעם דמיגו למפרע לא אמרינן משום דדילמא מקודם לא היה רוצה לשקר ועכשיו נשתנה דעתו ומשקר א"כ ה"נ נאמר להיפך דילמא מקודם לכן מה שהיה תובעו תביעה האחרת היה משקר ועכשיו שהודה לו בסתם שחייב לו מקצת חטים ולא אמר שמחזיקו עבור תביעתו אינו רוצה לשקר ואף שחוזר אח"כ ואומר שמחזיקו עבור טענתו נשתנה דעתו עכשיו לשקר וצ"ל דכיון דמעיקרא גילה דעתו שהוא תובעו ממון אף שאח"כ הודה לו במקצת חטים מ"מ נאמן אח"כ ואף דלאחר כ"ד לית ליה מיגו מ"מ נאמן לפרש דבריו שמקודם דאף שהודה לו בחטי' היה כוונתו להחזיקו עבור תביעתו שמקודם אלא שהודה לו בגופא דעובדא שחייב לו חטים וכעין זה מבואר בסי' קמ"ו סי"ד דאם המחזיק ג' שנים טוען שפ' שמכרה לי לקחה ממך בפני נאמן במיגו דאי בעי אמר ממך לקחתי אף אם מתחילה אמר מפ' קניתיה סתם ושוב הוסיף ואמר שקנאה ממך בפני שומעין לו אלמא אף דבטענה זו שקנאה ממך בפני א"נ אלא במיגו מ"מ נאמן לפרש דבריו שמקודם היתה כוונתו לטענה זו ואף להש"ך שם שחולק בדין זה מ"מ י"ל דכאן כ"ע מודי דכיון שגילה דעתו מקודם שהוא תובעו ממון נאמן לפרש דבריו דאף שהודה לו בחטים היתה כוונתו להחזיקו עבור תביעתו אך מ"מ נ"ל דדין זה לא שייך אלא היכא דתביעת הכור חטים שתבעו השני שוה יותר ממנה שתבע הראשון אבל היכא שהכור חטים אינו שוה יותר אף שהודה במקצת חטים פטור מש"ד משום דנאמן במיגו דאי בעי כפר הכל דהא אמרינן בריש ב"מ בפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע ופי' התוספות דלהימן במיגו דכופר הכל ומשני חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח והאי בכולי בעי דליכפריה והא דלא כפריה משום דאין אדם מעיז והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקמשתמיט מיניה סבר עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה

ופירשו התוס' דהא דקאמר ובכולי בעי דלודי ליה כלומר מאחר דאינו מעיז א"כ אמת הוא שאינו חייב לו יותר ולמה ישבע יהא נאמן במיגו דכופר הכל ומשני דאין זה העזה דאשתמוטי קמשתמיט ע"ש וא"כ הכא אם הכור חטים אינו שוה יותר ממנה והודה לו במקצת חטים פטור מש"ד כיון שהוא פטור מהודאתו כשטוען אח"כ שהוא מחזיקו עבור טענתו ומהימנינן ליה שכך היתה כוותו מתחילה א"כ מוכח דקושטא קאמר שאינו חייב אלא כפי הודאתו דאי בעי לשקר היה כופר הכל ואי דאינו רוצה להעיז אבל השתא שמודה במקצת לא הוי העזה כולי האי אף שפטור מהודאתו א"כ למה כופר בהמותר ה"ל להודות בכל הכור חטים דליכא למימר אשתמוטי דהא אף אם יודה יפטר מהכל דהא יחזיק אותו עבור המנה שהוא תובע אבל כשהכור חטים שוה יותר ממנה ליכא למימר הכי דהא אם יודה בכל יצטרך לשלם המותר ואשתמוטי קמשתמיט כן נ"ל ודוק ועמ"ש סי' ע"ה סק"ב:

יג והלה משיבו לא היו אלא עד החלון חייב וקשה דאמאי לא מהימן במיגו דאי בעי אמר לא מדדתים ומה שהנחת אתה נוטל דהיה פטור דהא בכל מודה במקצת הא דלא מהימן במיגו דכופר הכל מפרשינן בריש ב"מ משום דהוי מיגו דהעזה אבל הכא מאי העזה איכא אם יאמר לא מדדתים ומה שהנחת אתה נוטל בשלמא לשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה והא דפריך בריש ב"מ דמודה במקצת להימן במיגו דכופר הכל משום דהיכא דאיכא הרווחת ממון אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ניחא דכי יאמר מה שהנחת אתה נוטל ליכא הרווחת ממון ולכך לא אמרינן מיגו אבל לשיטת רוב הפוס' דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה קשה וצ"ל דמסתמא כשאחד מפקיד אצל חבירו דבר לשמור והוא דבר המדוד או המנוי מראה לו לנפקד כמה הם ולכך אי יטעון איני יודע כמה הם ומה שהנחת אתה נוטל טענה גרועה היא ודמיא למ"ש התוס' בפ' השואל דף צ"ז דמיגו דאיני יודע אם הלויתני לאו מיגו היא ע"ש ולפ"ז אם התובע מודה שבעת שמסר לו הבית לשמור לא הראה לו הפירות אלא שהיו עד הזיז והלה משיב שראה אותם אח"כ ולא היו אלא עד החלון פטור מש"ד דבזה הוי מיגו מעליא וכן לענין ממון פקדון בסכ"ג צ"ל כן ועדיין צ"ע:

יד אלא משלם נ' שהודה ושל השטר שכפר ישבע בעהש"ט ויטול. ואיכא למידק אמאי ישבע בעל השטר ויטול הא כל מעליותא דשטרא דא"נ לומר פרעתי בכל דוכתי הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ הכא כיון שהנתבע מודה שחייב לו עדיין נ' בע"פ אמאי לא יהיה נאמן לומר פרעתי נ' שבשטר הא י"ל דלכך לא נטל ממנו השטר משום דסמך עצמו ע"ז שחייב לו נ' שבע"פ ויכול לכפור מה שע"פ ויפרע לו השטר

ויש לתרץ ע"פ מ"ש הפוס' דעיקר טעמא דשטרך בידי מאי בעי הוא משום דאינו מניח שטר שטורף בו ממשועבדים ביד המלוה משום דזילי נכסי ולכך בכת"י דאינו טורף בו ממשעבדי ולא זילי נכסי עביד להניחו ביד המלוה ואינו חושש עליו ולכך נאמן לומר פרעתי בכת"י כמבואר בסי' ס"ט ס"ב ובש"ך שם ולכך ניחא הכא דא"נ לומר שפרע הנ' שבשטר דמה בכך שחייב לו עוד נ' בע"פ מ"מ לא היה לו להניח השטר ביד המלוה דזילי נכסי על ידו שטורף בו ממשעבדי א"ו דמשקר בהכי ובזה יש ליישב מה שהקשה הש"ך דאמאי א"נ הלוה במיגו דאי בעי היה כופר החוב שבע"פ והיה מודה מה שבשטר דהא אף נגד שטר אמרינן מיגו בסי' רצ"ו ס"ב ולפמ"ש י"ל דאין זה מיגו מעליא דניחא ליה לפסול השטר ולטעון עליו פרעתי בכדי שלא יהיה זילי נכסיה וא"ש ועמ"ש בס"ס ע"ז ולפ"ז אם תבעו מנה נ' בע"פ ונ' בכת"י בנאמנות והודה בנ' שבע"פ וכפר בנ' של הכת"י לשיטת הפוס' שהבאתי בסי' ס"ט סק"ד ובסי' נ"א סק"ד דהא דמהני כת"י בנאמנות משום דכת"י כזה אינו מניחו ביד המלוה ושייך גביה חזקה דשטרך בידי מאי בעי א"כ בכה"ג שמודה לו נ' שבע"פ י"ל דלא שייכא חזקה זו משום דסמיך א"ע אזה שחייב לו נ' בע"פ ובכת"י לא זילי ניכסי כיון שאינו טורף בו ממשעבדי וגם אית ליה מיגו דהיה מודה מה שבכת"י והיה כופר החוב שבע"פ משא"כ לשיטת הפוס' שהבאתי שם דנת"י בנאמנות מהני משום דהא הימניה א"כ אף בכה"ג חייב לשלם הכל וגם המיגו לא מהני דלא אמרינן מיגו נגד נאמנות כמ"ש הש"ך בסי' ע"א סק"ד ע"ש ובזה יש לתרץ לשון הרמב"ם ספ"ד מה' טוען ד"ד שכתב וז"ל אין מב"מ חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לכפור בו כיצד מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך נ' בשטר זה ונ' בלא שטר אין לך בידי אלא נ' בשטר אין זה מב"מ שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם לפיכך נשבע היסת ונפטר עכ"ל ופי' הה"מ דטעמו הוא משום כיון דהודה בדבר שא"י לכפור בו ה"ל הילך ותמהו כל המחברים דא"כ ל"ל להרמב"ם לכתוב הטעם משום דכל נכסיו משועבדים בו והא אף בכת"י בנאמנות דליכא שיעבוד קרקעות נמי לא הוי מ"מ כיון שא"י לכפור בו ועוד דנהי נמי דכוונת הרמב"ם לשני הטעמים למה הפריד בין הדבקים שכתב שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו וכו' ואפילו היה כופר וכו' הכי ה"ל לכתוב שהשטר לא תועיל בו כפירתו ואפילו כפר בו וכו' והרי כל נכסיו משועבדים בו ולפמ"ש ניחא דנראה אם תבעו מנה נ' בע"פ ונ' בכת"י בנאמנות והודה לו בנ' שבכת"י דהוי מב"מ אף שא"י לכפור בו דהנה הרמב"ם פסק שם בדין ו' באם תבעו על המשכון מנה והמשכון אינו שוה רק נ' והלוה הודה לו בנ' דחייב ש"ד דמשכון לאו הילך הוא וכתב הש"ך בסי' פ"ז סק"ה ואע"ג

דדבר שא"י לכפור בו הוי הילך היינו משום דהתם א"י לכפור המעות עצמו שתובעו ולא הוי מב"מ באותו דבר שתובעו משא"כ הכא מ"מ יכול לכפור המעות ואינו חייב ליתן לו מעות ונהי דיכול לגבות מהמשכון מ"מ לאו הילך הוא וא"כ ה"נ באם תבעו מנה נ' בכת"י ונ' בע"פ והודה לו בנ' שבכת"י בנאמנות הוי הודאה במקצת דהא יכול לכפור בנ' שבכת"י ולומר שפרעו והא דלא נטל הכת"י מפני שהוא חייב לו פירות או חפץ שוה נ' ולכך סמך א"ע על זה שלא ליטול הכת"י ממנו וא"כ מה שהודה לו מעות נ' שבכת"י הוי מב"מ במה שתובעו שהרי לא היה מוכרח להודות לו במעות דוקא והוי מודה בדבר שיכול לכפור בו אך כ"ז לא שייך אלא בכת"י בנאמנות דליכא שעבוד קרקעות ולא זילי נכסי אבל בשטר גמור דאיכא שעבוד קרקעות וזילי נכסי לא שייך לומר דפרע ולא נטל השטר משום דחייב לו בע"פ דמ"מ ה"ל ליטול השטר בכדי דלא ליזלי נכסיה וא"כ הוי דבר שא"י לכפור בו לגמרי ופטור מש"ד וזה הוא כוונת הרמב"ם שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים בו והיינו משום כיון דכל נכסיו משועבדים בו אינו יכול לכפור בו לגמרי והוי הילך וא"ש ודברי הרמב"ם מדוקדקים היטב ועיין בש"ך ס"ק נ"א:

טו אבל אם א"י לקיימו הרי הוא כהודאה ע"פ. כ"כ הטור בשם הרמב"ן ובחידושי הרמב"ן ס"פ ג"פ גבי ע"א בכתב וע"א בע"פ כתב ליישב הא דמוכח התם דע"א בשטר מהני ולא הוי מפ"כ ומבואר מדבריו שם דפירש הא דאיתא בירושלמי ר' מונא בעי ע"א בכתב מהו לזוקקו לשבועה וע"א בכתב מילתא הוא לכן צריכא בשהיו שנים מצאו לקיים כתב ידו של זה ולא מצאו לקיים של זה דה"פ דהאבעיא היא אם ע"א בכתב מחייב שבועה דהוי כמעיד על שעבוד קרקעות ופריך וע"א בכתב כלום הוא לענין שעבוד קרקעות ומשני שהיו שנים מצאו לקיים כת"י של זה ולא של זה דבכה"ג הוי כמעיד על שעבוד קרקעות וכן צ"ל לפי מ"ש הריב"ש בסי' קצ"ג בשם הרמב"ן והרב בעל מ"ל פ"ד מה"ע לא ראה דברי הרמב"ן בחי' שהבאתי והנה דברי רמב"ן אלו סותרי' למ"ש הטור כאן בשם הרמב"ן דהודאה בשטר שאינו מקוים לא מיחשב הודאה בקרקעות כיון שאינו יכול לטרוף בו ממשועבדים א"כ ה"ה בשטר שאינו מקוים ומצאו לקיים כת"י של אחד ולא של השני חייב ש"ד ע"פ העד שמקוים חתימתו ולא הוי כמעיד על שעבוד קרקעות כיון שא"י לגבות בשטר זה ממשועבדים כיון שחתימת עד השני אינו מקוים ואפשר דמש"ה הניח הרמב"ן בחי' שם דבריו בצ"ע ע"ש:

טז דאם רצה היה אומר שנים. ונראה דה"ה אם מודה בשלש ועל המותר אומר איני יודע אף דלא שייך מיגו בזה כיון שאומר א"י מ"מ לא אמרינן דה"ל כחמשין ידענא וחמשין

לא ידענא דה"ל משויל"מ אלא כיון דאם היה כופר בברי היה פטור מש"ד ה"ה כשטוען א"י לא הוי משויל"מ כמו שהוכחתי בסי' ע"ה סק"ט מדברי הר"ן בפ' כל הנשבעין ע"ש:

פט

א השכיר. הש"ך הביא בשם המרדכי דהעלה שהשכיר יכול להפך השבוע' בנק"ח על הבעה"ב שישבע שא"י בבירור שלא פרע והש"ך השיג עליו כיון דקיי"ל בסי' פ"ז סי"א דכל הנשבעין ונוטלין אינן יכולין להפך ה"ה שכיר נמי רק שיכול השכיר לומר אי אפשי בתקנת חז"ל וישבע לי היסת ול"כ עיקר כהמרדכי דהשכיר יכול להפך דהא בש"ס פריך וניתיב ליה בלא שבועה ומשני כדי להפיס דעתו של בע"ה וא"כ הכא עדיף טפי משאר נ"ו שמן הדין היה שיטלו בל"ש כיון דשבועה דהכא אינה באה אלא כדי להפיס דעתו של בע"ה שטוען שפרע א"כ בכה"ג שמהפך השבועה על הבעה"ב מפויס הבעה"ב בזה שהשכיר נותן לו רשות לישבע וליפטר ולכך כשאין הבעה"ב רוצה לישבע נוטל השכיר בל"ש דהא מדינא היה ראוי לו ליטול בל"ש ואע"ג דע"א מעיד שהשטר פרוע נמי א"צ בעה"ש לישבע אלא כדי להפיס ואפ"ה ס"ל להפוסקי' דא"י להפך התם שאני כמ"ש התוס' ומרדכי בס"פ כל הנשבעין דלכך אין מגלגלין על שבועת שכיר כיון שמן הדין היה ראוי ליטול בל"ש והשבועה אינה אלא להפיס ול"ד לע"א מעידה שהיא פרועה דג"כ אמרינן דהשבועה אינה אלא להפיס דש"ה דאינה פטורה אלא מגזה"כ דאין נשבעין על הקרקעות משא"כ בשכיר שמן הדין היה נוטל בל"ש לכך אין מגלגלין עליו וא"כ ה"נ לענין היפוך שבועה יש להקל בשכיר מה"ט והכי מסתברא גם מה שסיים הש"ך דכ"ז מיירי שטוען הבעה"ב ברי שפרע אבל בטוען איני יודע פשיטה דנוטל השכיר בלא שבועה דה"ל א"י אם פרעתיך ולפענ"ד יש להסתפק בעבר זמנו אם הדין כן כיון דאיכא תרתי חזקה דבל תלין וחזקה דאין שכיר משהה שכרו א"כ י"ל דמסתמא פרע וכ"ש למ"ש הט"ז בס"ס ע"ה דהטעם דא"י אם פרעתיך חייב לשלם משום דמוקמינן אותו בחזקת החיוב דמעיקרא א"כ הכא דאיכא תרתי חזקה להיפך שפרע פטרינן ליה וצ"ע ודוק

ב אפילו היה שכרו פרוטה. הב"י והש"ך האריכו לתרץ בזה דברי הרמב"ם והטור דסותרים זא"ז דהרמב"ם בפ"ג מה' טוען פסק דכל הנשבעין ונוטלין צריכין טענה שתי כסף והטור כתב דהכי מסתברא ובספ"א מה' שכירות כתב דשכיר אפילו היה שכרו פרוטה אחת ובע"ה אומר נתתיו לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבע ונוטל וכ"כ הטור בס"ס זה לענין שכיר ותירץ הרב בב"י ובכ"מ דבהלכות שכירות לא בא אלא ללמדנו שלא נאמר כיון שפרוטה דבר מועט הוא בין שכיר בין שאר נוטלים יטלו שלא בשבועה

קמ"ל דאין נוטלין אלא בשבועה ומ"ש אלא בשבועה דמשמע דבשבועה הוא נוטל אפשר לומר דהיינו אם נתחייב שבועה ממ"א וגלגל עליו בע"ד גם את זאת דאז יטול אע"פ שאינו אלא פרוטה אבל בפחות מש"פ אין מגלגלין דלאו ממון הוא עכ"ל והב"ח השיג עליו דגלגול זה מה טיבו אם הנתבע מניחו לתובע לישבע וליטול אף בלא גלגול יכול להשביעו וליטול ואם התובע אינו רוצה האיך יגלגל עליו לישבע וליטול בע"כ גם הש"ך כתב דתי' הב"י לא נהירא כמו שהקשה הב"ח ובאמת שתימה גדולה על הב"י שיעלים עיניו מדבר פשוט כזה וחובה עלינו להמליץ עבור מרן הב"י ז"ל והנראה בזה משום דיש להבין טעמו של הרמב"ם והטור דס"ל דכל הנ"ו בעינן ב' כסף דוקא שהוא לכאורה רחוק מן הדעת דבשלמא בנשבע ונפטר ניחא דלא חייבה רחמנא שבועה אלא בכפירת ב' כסף שהוא דבר חשוב אבל בפחות מב' כסף כיון שאינו חשוב לא חייבה התורה שבועה אבל בנשבעין ונוטלין כיון דאף בשתי כסף שהוא דבר חשוב הימנוהו חז"ל לישבע וליטול כ"ש בפחות משתי כסף שאינו חשוב שראוי להאמינו בשבועה ליטול וכן הקשה הר"ן בר"פ ש"ה בסוגיא דשתי כסף והנראה בזה משום דכל הנשבעין לא תקנו חז"ל לישבע וליטול אלא משום גריעותא דטענת הנתבע רמו חז"ל שבועה על הנתבע ומחמת גריעותא דטענתייהו עקרו חז"ל השבוע' מהנתבע ורמו לה אהתובע כדאמרינן בש"ס גבי שכיר עקרוה רבנן לשבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר אלמא דתחילת התקנה היתה שהבעל הבית ישבע אלא משום דטרוד בפועליו שדיוה אשכיר וכן בכל הנ"ו היה ראוי לתקן השבועה על הנתבע כל א' לפי טעמו ועקרוה ושדיוה אשכנגדו וכמו שהוכיח הש"ך בסק"ג מדברי התוס' דפ' המקבל ולכך בפחו' משתי כסף כיון דהנתבע פטור משבועה לגמרי כיון שאינו דבר חשוב בכה"ג לא תקנו חז"ל שיהא התובע נשבע ונוטל דלא תקנו חז"ל כן אלא היכא שמגיע שבועה לנתבע ומחמת גריעותא דטענתייהו עקרוה לשבועה ממנו ושדיוה אשכנגדו כמו בחשוד על השבועה דשכנגדו נ"ו ולפ"ז דברי הב"י נכוני' ונוטים לכוונה אחרת דהרמב"ם מיירי שיש על הנתבע גלגול שבועה שנתחייב שבועה דאוריי' ממ"א וא"כ חייב הנתבע שבועה דאוריי' ע"י גלגול בפחות משתי כסף ולכך בכה"ג נשבע התובע ונוטל אף בפחות משתי כסף כיון שמגיע להנתבע שבועה דאורייתא שקלוה לשבועה ממנו ושדיוה אשכנגדו אבל בפחות משוה פרוטה אין מגלגלין על הנתבע ולכך אין התובע נשבע ונוטל זה נ"ל נכון ליישב דברי הב"י אך לפי זה בפוגם שטרו ודכוותייהו שמן הדין היה ראוי להם ליטול בל"ש בזה מודה הרמב"ם דאף בפחות משתי כסף נשבע התובע ונוטל וע' בתשו' ה"צ סי' קנ"ה

ג נשבע השכיר בנק"ח כעין של תורה ונוטל. ויש לעיין אם הבע"ה טוען פרעתי כל שכרך והשכיר מודה שקבל מקצת אם השכיר נשבע ונוטל המותר דהא טעמא דשכיר נ"ו הוא משום דבע"ה טרוד בפועליו א"כ הכא שהשכיר מודה שקיבל מקצת איכא ריעותא נמי להשכיר דהא הפוגם שטרו קיי"ל דלא יפרע אלא בשבועה משום דמיפרע לא דייק א"כ טענת השכיר נמי טענת ספק הוא וריעא טענתו וליכא למימר דהא חזינן דבפוגם שטרו מידכר ע"י השבועה וגבי הבע"ה שקלוה לשבועה מיניה משום דטרוד בפועליו ושדיוה אשכיר אלמא דטענת בע"ה ריעא טפי זה ליתא דהא חזינן דהיכא דהשכיר חשוד דהבע"ה נשבע ונפטר ולא אמרינן דהיכי מצי לאשתבועי הא טרוד בפועליו הוא א"ו דאמרי' דע"י השבועה מידכר דכיר אלא היכא דהשכיר יכול לישבע אפנוה חז"ל השבועה על השכיר דמוטב יותר שהשכיר ישבע אבל כל היכא דהשכיר אינו יכול לישבע נשבע הבע"ה ונפטר וכ"כ הרמב"ן בס' המלחמות בסוף שבועות להדיא ולפ"ז אין ראיה ממאי דבפוגם שטרו נשבע ונוטל משום דע"י השבועה דייק דהתם לא רצו חז"ל להפך השבועה על הנתבע משום דאית ליה למלוה חזקה אלימתא דאם איתא דפרע שטרא בידיה מאי בעי ואדרבה מוכח דבפוגם שטרו החמירו חז"ל טפי דהא בשכיר כששכרו שלא בעדי' מהימן בע"ה במיגו אף ליפטר מן השבועה ובפוגם שטרו אף דאיכא מיגו לבעל השטר דאי בעי לא היה פוגם מ"מ צריך שבועה משום דלא אמרינן מיגו בכה"ג כיון שאינו רוצה לשקר כלל כמ"ש התוס' בפ' הכותב אלמא דיותר יש לומר דלא דייק בפוגם שטרו מהבע"ה נגד שכיר וא"כ בשכיר שהודה שקיבל מקצת אינו נשבע ונוטל מהבע"ה כיון דריעא טענתו יותר מטענת הבע"ה ונשבע בע"ה ונפטר אך מסתימת הש"ס והפוסקים משמע דאין חילוק וכן מוכח לפי מה שהעליתי בסי' פ"ד דבפוגם שטרו איתרע כל השטר מדינא והא דנוטל בשבועה הוא משום מיגו דאי בעי לא היה פוגם ואפ"ה בשבועה מיהא נוטל דלא החמירו חז"ל רק לענין שבועה ולא לענין ממון ע"ש באריכות וגבי שכיר חזינן דאפכוה רבנן לשבועה מהבע"ה ושדיוה אשכיר אלמא דשכיר אקילו ביה רבנן טפי מפוגם שטרו וא"כ אף שמודה השכיר שקיבל מקצת נ"ו השאר ועדיין צריך ישוב:

ד היה השכיר קטן וכו' נשבע בע"ה ונפטר. משמע שנפטר הבע"ה בשבועתו לגמרי ויש לתמוה דלמה מפסידינן להקטן ולא נמתין עד שיגדיל השכיר וישבע ויטול כמבואר בסי' ק"ח במת המלוה ויורשיו מוציאים שטר על הלוה והלוה טוען אשתבע לי דנשבעין היורשין כשיגדילו ונוטלים וא"כ ה"נ נמתין עד שיגדיל השכיר וישבע ויטול וליכא למימר דאם נמתין עד שיגדיל א"כ יהיה עבר זמנו דאינו נשבע ונוטל זה ליתא דהא

הטעם דעבר זמנו אינו נ"ו הוא משום חזקה דאין שכיר משהה שכרו והכא כשבע"ה כופר והב"ד מצריכין להשכיר שימתין איבטלא החזקה והיינו טעמא דשכיר בזמנו נשבע ונוטל ולא אמרינן דנמחין עד אחר זמנו דלידכר כמ"ש התוס' בפ' כ"ה ובפ' המקבל ונ"ל דאה"נ דהשכיר כשיגדיל נ"ו אלא דהכא קאמר דקודם שיגדיל צריך הבע"ה לישבע כיון דהשכיר טוען ברי חייב הבעה"ב היסת דכפירת זמן הוי ככפירת ממון כמבואר בסי' ע"ג ס"ב דאם המלוה אומר היום סוף הזמן והלוה אומר עד עשרה ימים הלוה נשבע היסת ואם יש ע"א חייב ש"ד וא"כ ה"נ כיון שאין השכיר יכול לישבע עד שיגדיל לכך צריך הבעה"ב לישבע עכשיו עכ"פ היסת דהוי ככפירת זמן הפרעון ואח"כ כשיגדיל השכיר יהא נשבע ונוטל ולא מצי הבעה"ב לומר דלמה לי לישבע עכשיו בחנם כיון שאח"כ ישבע השכיר ויטול דמכל מקום השתא שאין השכיר יכול לישבע הוי כפירת ממון וחייב היסת עכ"פ ואחר כך כשיגדיל יהא נ"ו דהוי כנתברר אח"כ שהאמת עם השכיר ודמיא לשטר שאינו מקוים דנשבע הלוה היסת ונפטר ואח"כ כשימצא המלוה לקיימו נשבע ונוטל כמ"ש הש"ך בסי' פ"ב סק"ד משא"כ בסי' ק"ח א"צ הלוה לישבע היסת קודם שיגדילו היתומים כיון שאין היורשים טוענים ברי שהשטר אינו פרוע אין נשבעין היסת על טענת ספק ובאמת לפ"ז נראה דאף להני פוסקים שהביא הש"ך דבכל הנשבעין ונוטלין אם הם חשודים צריך הנתבע לישבע בנק"ח משום דתחלת תקנת חז"ל היתה למירמי שבועה על הנתבע אלא שהפכו אותה על התובע היכא דיכול לישבע מ"מ בכה"ג שהשכיר קטן א"ל הנתבע שבועה בנק"ח דלא עבדינן תקנתא דרבנן בשני אופני' שישבע הבע"ה ויפטר ואח"כ ישבע השכיר ויטול ועוד כיון דחז"ל לא תקנו שישבע השכיר ויטול אלא משום דמוטב יותר שישבע השכיר משישבע בעה"ב אבל כשהשכיר חשוד נשבע בעה"ב ונפטר כמ"ש הרמב"ן והבאתיו לעיל א"כ כשכבר נשבע הבעה"ב שבועת המשנה ע"פ הדין האיך יטול השכיר אח"כ בשבועה כנלפענ"ד נכון בזה אלא דק"ל ע"ז מהא דלעיל סי' ע"ב סל"ה ביורשים שיש בידם משכון שירשו מאביהן ואמרו שאביהן צוה שממושכן במאה והלוה אומר שממושכן בחמשים החמשים שהלוה מודה יתן ביד היורשים ונ' האחרים יתן ביד שליש עד שיגדילו היתומי' וישבעו שלא פקדנו בד"א שהיה המשכון שוה מאה ואם לאו אין עליו לתת אלא כדי דמיו ועל השאר ישבע היסת וכיון דמיירי התם שהיורשים טוענים ברי שממושכן במאה כמ"ש הט"ז והש"ך שם א"כ ברישא נמי ישבע הלוה שאינו חייב רק נ' כיון שהנ' האחרי' אינם נוטלים היורשים עד שיגדילו וליכא למימר כיון שהלוה צריך להשליש הנ' האחרי' ביד שליש לא מיחייב שבועה כיון שאינו נהנה מהן כמ"ש המחבר בסי' רס"ז ס"י זה ליתא חדא

דהא הרא"ש פליג התם בזה וכמ"ש הרב בהגה שם ועוד דלענין חיוב שבועת היסת כ"ע מודים דמשביעינן ליה בכה"ג כמ"ש בסי' ע"ו סק"ב ע"ש וצ"ע:

ה אין יורשי השכיר נ"ו. משמע אף מיורשי בע"ה וכ"כ הסמ"ע בשם הרשב"א שכן הוא בירושלמי ויש להקשו' דהא בב"מ דף ק"ב בעי התם אי פרע אינש ביומא דמשלם זמני' ופשטינן ליה ממתניתין דשכיר בזמנו נשבע ונוטל שכיר הוא דנ"ו משום דטרוד בפועליו אבל בעלמא לא ע"ש וא"כ כיון דהוי יומא דמשלם זמניה הא מבואר בסי' ע"ח ס"ד בהגה דדוקא איהו מהימן לומר שפרע ביומא דמשלם זמניה אבל ליתמי דידיה לא טענינן להו וליכא למימר דשאני הכא כיון דגם יורשי השכיר טוענין שמא גרע טפי זה ליתא דהא טעמא דהתם משום דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי ומקור דין זה ילפינן ליה משטר כיס היוצא על היתומי' דמוכח בב"ב דף ע' דלא טענינן ליתמי נאנסו הרי אף דגם המפקיד אינו יודע אם נאנס הפקדון אפ"ה לא טענינן ליתמי נאנסו וגם קשה למה צריך השכיר לישבע וליטול מיורשי בעה"ב בלא שבועה היה לו ליטול כיון דיומא דמשלם זמניה הוא וצ"ל ע"פ מ"ש באס"ז בב"מ שם בשם הראב"ד שהקשה דמאי פשיט הש"ס משכיר הרי התם הבעה"ב ע"כ צריך לשלם ביומא דמשלם זמניה דהא אח"כ יעבור בבל תלין ותי' דהש"ס דייק דסתמא קתני במתניתין שכיר בזמנו נ"ו משמע כל זמנו אף שטוען שפרעו מבעוד יום מ"מ צריך השכיר לישבע ש"מ דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה וא"כ י"ל דהירושלמי והרב מירי בסוף הזמן ואומר שפרעו עכשיו דבכה"ג שכיח דפרע כדי שלא יעבור בבל תלין וא"כ במת בע"ה באמצע היו' גובין אף יורשי השכיר מיורשי בע"ה בלא שבועה ולפי דברי הראב"ד יש ליישב לשון הירושלמי שהביאו הרשב"א בחידושיו והר"ן דאיתא התם גבי שכיר הקדים לו שכרו בהא נשבע ונוטל היה בידו משכון בהא נוטל בלא שבועה ופירשו הרשב"א והר"ן הקדים לו שכרו פי' אם טוען שהקדים לו שכרו יהא בעה"ב נאמן לפי שבתחלת היום אינו טרוד בפועליו לא היא דלעולם מחמת טרדת פועליו גם בזה אינו זוכר ומיהא נשבע אומן אבל כשיש בידו משכון נוטל בלא שבועה ורבים הקשו ע"ז דלפי פירושם שטוען שהקדים לו שכרו בתחילה למה צריך השכיר שבועה כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וחזקה א"א פורע בת"ז בלא שבועה ה"ל ליטול כדאיתא בסי' ע"ח ולפי דברי הראב"ד יש לפרש לשון הירושלמי בפשיטות הקדים לו שכרו פי' שטוען שפרע לו באמצע היום ולא בכלות היום וא"כ הוי יומא דמשלם זמניה וה"א דלא עביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה ובלא שבועה ה"ל ליטול קמ"ל הירושלמי דאף בהא צריך

השכיר לישבע וליטול דעביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמניה כדברי ר' יוחנן בש"ס דילן בב"מ והן הן דבריו בירושלמי אבל ביש בידו משכון נוטל בלא שבועה:

ו ושעשה עמו מלאכה. משום דאם אין עדי' ע"ז אף שיש עדי' ששכרו דילמא לא עשה עמו מלאכה כ"כ הה"מ ורבים מהמחברים תמהו ע"ז דא"כ אף שאין עדים ששכרו מה מיגו איכא דלא שכרתיך מעולם הא כיון שיש עדים שעשה ממו מלאכה א"כ לא גרע מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות דשמין לו מה שעשה ונוטל כדלקמן סי' שע"ה ולענ"ד לק"מ דביורד לשדה חבירו מיירי שירד בסתם לכך לא אמרי' דבחנם עשה עמו משום דמסתמא לאו למתנה איתכווין אבל הכא איכא מיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך מעולם ובפי' לשם מתנה עשית עמי דהיה נאמן והוי מיגו מעליא בכה"ג כמו שהוכחתי בסי' ע"ה ס"ז מדברי הר"י הלוי והרמב"ם והמחבר בסי' נ"ח ס"ב והבאתי שם שכ"כ בתשו' מהרי"ט להדיא ומכאן ראיה ברורה לדבריו וז"ב

ז וכן אם תבעו אחר זמנו. בהג"א בפ' המקבל כתב דדוקא בכופר הכל אבל במודה במקצת בעינן דוקא שלא עבר בעה"ב באותו מקצת משום בל תלין כגון דלא הוי גביה או שלא רצה הפועל ליטלו אבל אם עבר בעה"ב באותו מקצת אינו נאמן דבעינן תרי חזקה וליכא ומסתימת כל הפוס' לא משמע כן ואפשר דבעה"ב נאמן במיגו דאי בעי אמר שלא רצה הפועל ליטלו אך מלשון הג"א לא משמע כן ולא ידעתי למה ויותר נראה מ"ש בזה הגאון בעל ת"ח בפרק כ"ה דנאמן במיגו דכופר הכל ולא הוי מיגו דהעזה כיון דמסייעי לי' תרתי חזקה [חזקה] דאין שכיר משהה שכרו וחזקה דאינו עובר על בל תלין מעיז ומעיז וזה נכון מאוד דלתירוץ הג"א קשה כיון דחזקה דשכיר אין משהה שכרו איתרע לפלגא איתרע לכולה וצ"ל דמאי דחזינן דשיהה שיהה ומאי דלא שיהה לא שיהה וזה דוחק כמ"ש התוס' בפחז"ה וכן הוכחתי לעיל בסי' פ"ד ס"ב באריכות א"ו העיקר כמ"ש הת"ח ונכון:

ח אף על פי שכבר נתן לו שתים. ופי' הסמ"ע שהשכיר הודה לו אלא שאמר שקצב עמו בג' ועדיין לא נתן לו הג' אבל אם לא היה השכיר מודה לו כיון שמחולקים בפרעון השכיר נ"ו עכ"ל והא דלא מהימן השכיר שקצב עמו ג' במיגו דאי בעי אמר שעדיין לא פרע לו השתים משום דהוי מיגו להוציא ומיגו להוציא לא אמרינן וא"כ לשיטת הסוברים דאמרינן מיגו להוציא מהימן השכיר במיגו אך הה"ג אאמ"ו וצ"ל הוכיח דאף להסוברי' דאמרינן מיגו להוציא מ"מ לא מהני הכא המיגו דאל"כ קשה הא דפריך הש"ס לשמואל דס"ל דקציצה מידכר דכירי אינשי מהברייתא דהנותן טליתו לאומן אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת דבזמנו נ"ו ומאי קושיא דילמא

מיירי הברייתא שהאחד שהוא מודה שקצץ מודה השכיר שכבר נפרע וא"כ נאמן במיגו דלא פרעתני א"ו כיון דהא דשכיר בזמנו נ"ו אינו אלא תקנתא דרבנן ומשום כדי חייו כמ"ש הרי"ף והר"ן לא אמרינן שיהא נאמן השכיר בשאר טענות במיגו דאי בעי הוה טעין כן כמ"ש הר"ן בקדושין פרק האומר דלכך מי שאומר נשבית בתי ופדיתיה א"נ במיגו דאי בעי אמר קדשתיה וגרשתיה משום דהא דהאמינה התורה לאב לומר גרשתיה חידוש הוא שלא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א ולכך לא אמרינן מיגו בכה"ג ע"ש וא"כ ה"נ כיון דהא דשכיר נאמן לענין פרעון אינו אלא תקנת חז"ל לטובת השכיר לא מהימן השכיר בקציצה במיגו דאי בעי אמר לא נפרעתי עכ"ד והנה אף שראייתו אינה מוכרחת כ"כ לפמ"ש התוס' בפ' המקבל ד"ה א"ה קצץ נמי דסתמא משמע אף שלא פרע אותה אחת מ"מ סברתו נכונה מאוד לשיטת הר"ן ונ"מ לדינא אף לדידן דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא מ"מ באומן שהטלית תח"י בגוונא שא"נ לטעון לקוח' היא בידי שיש עידי ראה ומחולק בקציצה דמבואר לקמן בס"ה שא"נ מ"מ בכה"ג שיש לאומן מיגו דלא פרעתני האחד שמודה נאמן האומן ולא הוי מיגו להוציא כיון שהטלית תח"י ואף דאיכא עידי ראה מ"מ לא גרע מהיכא דמוחזק בקרקע דמהני מיגו ולא הוי מיגו להוציא אף דקרקע בחזקת בעליה קיימא כדאמרינן בפחז"ה גבי והלכתא כרבה בארעא ע"ש ולסברת א"א ז"ל לא מהימן האומן במיגו כי האי וצ"ע לדינ':

ט הרי האומן נשבע בנק"ח ונוטל. כ"כ הרמב"ם והטור והש"ך תמה בזה מהברייתא דקתני כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נ"ו עבר זמנו אינו נ"ו משמע להדיא דברישא כשהטלית ביד האומן נוטל האומן בל"ש וזו היא קושית בטל המאור על הגאונים שחייבו כל הטוען על המשכון שבועה בנק"ח ותמה הש"ך שלא נמצא מי שנתעורר בזה על הרמב"ם ואשתמיטו ליה דברי הנ"י פחז"ה בסוגיא שהקשה כן על הרמב"ם ומה שתירץ הש"ך דהברייתא כיון דס"ל דאף בקציצה השכיר נ"ו ולכך כשהטלית ביד האומן מעלינן ליה חד דרגא דנוטל בל"ש אבל לדידן דס"ל דקציצה מידכר דכירי לכך אף שהטלית ביד האומן צריך לישבע בנק"ח כשאר טוען על המשכון כבר קדמו הרשב"א בחידושיו לשבועו' לתרץ כן והוא נכון אך מה שלמד הש"ך מזה דה"ה בכל הנ"ו אם תפסו משכון בלא עדים מעלינן להו דנוטלים בל"ש האי כללא לאו דוקא דפוגם ותפס שלא בעדים צריך שבועה בנק"ח דהא התוס' בפ' הכותב כתבו דלכך בפוגם שטרו צריך שבועה ולא מהימן במיגו דלא היה פוגם משום כיון דטעמא דהפוגם צריך שבועה משום דמיפרע לא דייק לא שייך מיגו כיון דאין רצונו לשקר וא"כ אף שתפס שלא בעדים ל"מ דהא התפיסה שלא בעדים לא תוסיף תת כחה כלל דמה לי

המיגו דאי בעי היה כופר מה שתפס מה לי המיגו שלא היה פוגם השטר כלל סוף סוף חיישינן דמיפרע לא דייק ואין רצונו לשקר כלל וחייב שבועה כי היכי דלידוק

י נשבע בע"ה בנק"ח. כתב הט"ז נראה דכלל בזה שני דברים דעל חלוקה האחת שאין הטלית בידו נמצא שהשבועה על בע"ה ש"ד כדין מ"מ דהא מודה באחד ועל החלוקה שאין יכול לטעון לקוח והוא ביד האומן נשבע בעה"ב בנק"ח ונוטל כדין נשבע ונוטל ודברי הסמ"ע בס"ק כ"ג בזה נעלמים ממני עכ"ל ודבריו תמוהים מאוד במ"ש דהיכא שהטלית ביד האומן ואינו יכול לטעון לקוח דנשבע בע"ה ונוטל כדין נ"ו דלמה צריך בזה נק"ח דהא היכא שראינו הטלית ביד האומן והוא טוען לקחתיו נוטל הבעה"ב הטלית מן האומן בהיסת כמבואר בסימן קל"ד ס"א ולמה כשמחולק בקציצה יצטרך בעה"ב נק"ח גם מה שנראה מדברי הט"ז דס"ל דהיכא שהטלית ביד האומן לא מיחשב הבעה"ב מב"מ כשהודה באחד אנכי לא כן עמדי דאף שדעת המחבר בסי' ע"ב סכ"ז דמשכון שלוה עליו מתחילה מקרי הילך כמ"ש הסמ"ע והש"ך שם היינו משום שבתורת משכון בא לידו ושייך גביה בע"ח קונה משכון משא"כ באומן וראיה לדבר שהרי הש"ך בסי' ע"ב סכ"ג העלה דהיכא שיש עדים שבמשכון בא לידו ואינם יודעים בכמה דנאמן המלוה בשבועה אף דל"ל מיגו ואפ"ה באומן כשמחולק בקציצה א"נ היכא דלית ליה מיגו א"ו משום דאומן גרע טפי כיון שלא בתורת משכון אתא לידיה לא מקרי מוחזק כמ"ש הש"ך שם וה"ה לענין הילך נמי וכ"מ להדיא מלשון הרמב"ם והטור שכתבו ואם יצאת הטלית מתח"י או שאין לו בה חזקה וא"י לטעון לקוח' היא בידי הממע"ה ואם לא הביא ראיה ישבע בעל הטלית היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת עכ"ל משמע אף היכא שהטלית ביד האומן אלא שאין לו בה חזקה מ"מ חייב בע"ה ש"ד אם הודה במקצת ולא הוי הילך וכן עיקר:

יא אין מחמירין עליו ואין מגלגלין עליו. הכי איתא בש"ס לכל מגלגלין חוץ משכיר דאין מגלגלין ומסתימת לשון הש"ס והפוס' משמע דהאי גלגול הוי כשאר גלגול דעלמא שהנתבע מגלגל על התובע שאר טענות מה שתובע אותו בממון אחר ויש לתמוה טובא מדברי הר"ן בפ' השולח שכתב דמהא דמשמע בש"ס התם דאשה שנשבעה על כתובתה חי ה' אם נהניתי מכתובתי כלום דבלשון זה סגי מזה יש ללמוד דמי שגזל את חבירו וחבירו חייב לו ממון ומשביע אותו אם נפרע שאינו יכול לישבע שלא נפרע שאותו ממון שגזל עולה לפרעון וכ"פ באה"ע סי' צ"ו ס"ב דאלמנה מחויבת לישבע שלא התפיסה צררי ושלא תפסה היא משלו כלום ואם נשבעה סתם שלא נהניתי מכתובתי סגי בכך וכתבו הח"מ והב"ש שם דל"ת דדילמא גזלה משל בעלה ושפיר נשבעת שלא

נהנית מכתובתה קמ"ל דגזילה עולה לפרעון ואם איתא דגזלה איך נשבעת שלא נהנית מכתובתה וה"ה דאם הגזלן יש לו שטר על הנגזל אינו יכול לישבע שלא נפרע דממון הגזילה עולה לפרעון כמ"ש הר"ן ע"ש וא"כ האיך שייך נלגול מן הנתבע להתובע דהא אם הנתבע תובע ממון אחר להתובע א"כ ממילא הוא נכלל בכלל השבועה שהוא נשבע ונוטל וגם למה בשכיר אין מגלגלין הא כיון שהשכיר נשבע שלא נפרע ממון השכירות א"כ ממילא בכלל השבועה שאין השכיר חייב לב"ה ממון אחר דא"כ היה עולה לו לפרעון וא"כ אמאי לא יהא יכול לגלגל עליו שהשכיר ישבע לו בפירוש שאינו חייב לו ממון אחר דהא בלא"ה הוא בכלל השבועה והדיין יש לפרש בשבועה כל צד רמאות שיש לחשוב בלבו אף שנשבע על דעת ב"ד כמבואר בסי' פ"ז ס"כ ועמ"ש בר"ס צ"ד ומתוך זה היה נ"ל דהא דאמרינן לכל מגלגלין חוץ משכיר מיירי שהתובע יש לו על הנתבע שאר תביעות שהוא נוטל בל"ש כגון שטר בנאמנות או מלוה ע"פ בת"ז שאין צריך לישבע כלל ולכך בשאר נשבעין ונוטלין מגלגל עליו שיצטרך התובע לישבעג"כ על התביעות האחרות שתובע אותו משא"כ בשכיר אין מגלגלין עליו שישבע' על התביעה האחרת והיינו מטעמא שכתבו רש"י והתוס' והר"ן משום דשבועת שכיר אינה אלא להפיס דעתו של בע"ה שמן הדין יש לו ליטול בל"ש כדפריך הש"ס וניתיב ליה בל"ש ולכך אין מגלגלין עליו להשביעו אף על תביעה אחרת וזה סתירה למ"ש הסמ"ע בר"ס צ"ד דלכך אין מגלגלין על השכיר משום שעל שכר זה הוא נושא את נפשו דזה לא שייך כשהשכיר תובע תביעה אחרת ומשביעינן ליה ע"י גלגול שבועת השכירות דהא על טענה האחרת אינו נושא את נפשו אבל לפי הטעם משום דהשבועה אינה אלא להפיס ומן הדין לא היה חייב שבועה כלל א"כ בכל גווני אין מגלגלין על שבועה זו ובאמת י"ל דלכך כתבו רש"י ותוס' והר"ן טעם זה ולא כתבו הטעם משום דאליו הוא נושא את נפשו והיינו כדפרישית אמנם באמת מסתימת כל הפוס' משמע דאף שהנתבע תובע להתובע שאר תביעות מ"מ אין מגלגלין על השכיר להצריכו לפרש טענת הגלגול בשבועתו ואולי כיון דס"ל להרמב"ם והמחבר דבשכיר פותחין לו ואומרים לו אל תצעד מצמך השבע וטול ה"נ אין מצריכין אותו לפרש טענת הגלגול בשבועתו אף דבלא"ה נכלל הוא בשבועתו ובאמת בזה יש לפרש הסוגיא דס"פ כ"ה אמר ר"ה לכל מגלגלין חוץ משכיר דאין מגלגלין ור"ח אמר לכל אין מקילין חוץ משכיר דמקילין מאי בינייהו א"ב לפתוח לו ונסתבכו בזה כל הראשונים והרמב"ם והר"ן פירשו לפתוח לו היינו לומר לו אל תצער עצמך השבע וטול ור"ה ור"ח לא פליגי והאי דקאמ' מאי בינייהו היינו משום דס"ד דפליגי והש"ס משני דלא פליגי כמ"ש הב"י והוא דחוק ולפמ"ש יש לפרש דר"ה אמר לכל מגלגלין חוץ

משכיר דאין מגלגלין משמע דוקא אין מגלגלין בשכיר דהיינו אם השכיר תובע לבעה"ב עוד ממון אחר וזה נקרא גלגול אז אין מגלגלין אבל אם הבע"ה תובע לשכיר ממון אחר זה אינו נקרא גלגול דהא בלא"ה הוא נכלל בשבועתו אלא שמצריכינן אותו לפרש היטב שבועתו גם טענת הגלגול וזה חייב גם השכיר לפרש היטב שבועתו ור"ח סובר לכל אין מקילין דהיינו שמחייבינן אותו לפרש בשבועתו כל צד ערמה אף דבלא"ה נשבע ע"ד הב"ד חוץ משכיר דמקילינן דא"צ לפרש כלל טענת הגלגול בשבועתו וזה הוא כוונת הש"ס א"ב לפתוח לו היינו אם מצריכינן אותו לפרש שבועתו שהיא סתומה שנשבע שלא נפרע שיפרש ג"כ שאינו חייב לו ממון אחר אף שהוא ממילא נכלל בשבועתו וזה נכון מאוד לולי שהראשוני' לא פי' כן אך מ"מ מן הסברא נראה דאף בשכיר נמי מגלגלין טענת הנתבע על התובע כיון דבלא"ה נכלל טענת הגלגול בשבועתו מצריכינן אותו לפרש שבועתו היטב דהא הרא"ש בפ"ק דמציעא כתב דלכך אם יש צד ערמה בדבר מחויב לפרש שבועתו אף דבלא"ה נשבע ע"ד ב"ד מ"מ טפי מסתפי אינשי כשמזכירין להם צד השבועה שהוא עובר בה ממה שהיה נשבע סתם אע"פ שלדעת ב"ד עובר בה אף בסתם וא"כ ה"נ בשכיר אנו מחויבין לראות שלא ישבע לשקר ומה"ת נקל עליו בזה ומהתימה שלא נתעורר בזה שום אחד מהראשונים ואולי מקום הניחו לי בזה ודע דלפי מ"ש רש"י ותוס' והר"ן ומרדכי דטעמא דשכיר אין מגלגלין עליו משום דשבועתו אינה אלא להפיס דעתו של בע"ה ומן הדין א"צ שבועה כלל כדפריך וניתיב ליה בל"ש א"כ היכא דהשכיר מודה שנפרע מקצת אף דגם בכה"ג נ"ו כמ"ש בסק"ג מ"מ עכ"פ מגלגלין עליו שאר טענות בכה"ג דהא הטעם דפריך הש"ס וניתיב לי' בל"ש הוא משום דה"ל כא"י אם פרעתיך דנוטל בל"ש וא"כ בכה"ג דהשכיר מודה שנפרע מקצת חייב שבועה מן הדין דהוי כפוגם שטרו דחייב שבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק וא"כ ה"נ נהי דהבע"ה טרוד בפועליו מ"מ הא השכיר ג"כ הוי כטוען א"י ובטוענים שניהם א"י אם פרעתיך פטור לשלם כמבואר סי' ע"ה וא"כ מגיע שבועה להשכיר מן הדין כדי שיזכור ומגלגלין עליו וליכ' למימר דלמ"ד דבשכיר מקילין עליו אף בכה"ג מקילין עליו שלא לגלגל עליו דא"כ לימא הש"ס זה האיכא בינייהו א"ו דבכה"ג לכ"ע מגלגלין ועמ"ש בר"ס פ"ד:

צ

א הנגזל כיצד. הרמב"ם והטור כתבו דקנס חכמים הוא שקנסו לגזלן והקשו הלח"מ והש"ך דתיפוק ליה כיון שעדים מעידים שהוציא כלים והוא כופר בכולם א"כ חייב

ש"ד מכח העדאת עדים כאומר לחבירו מנה לי בידך ועדים מעידים שיש בידו חמשים דחייב ש"ד כח דר' חייא קמייתא וכיון שהוא חשוד מפני שנכנס לביתו למשכנו שלא ברשות א"כ א"י לישבע ושכנגדו נשבע ונוטל ותירץ הלח"מ דמיירי שהכלים שמעידים העדים הן בעין ואף שאומר ששלו נטל מ"מ כיון דלא מהימן ה"ל הילך והש"ך תירץ דזה גופא דנעשה חשוד אינו אלא קנס דרבנן והנה התוס' בשמעתין הקשו כעין קושיא זו אמתניתין דנגזל נ"ו דאמר ר"י עד שיהיה שם הודאה במקצת כיצד א"ל שני כלים נטלת והוא אמר לא נטלתי אלא אחד הא אף לרבנן ה"ל מודה במקצת למאי דמוקי הש"ס שיש עדים שנטל כלים אלא שע"י כמה א"כ לר"ח קמייתא ה"ל העדאת עדים דחייב ש"ד ותירצו דמיירי שכבר החזיר אותה אחת שהעידו העדים והנה התוס' לא מצו לתרוצי כתי' הלח"מ דה"ל הילך דאכתי תקשה לר"ח קמייתא דהא איהו גופי' ס"ל ברפ"ק דמציעא דהילך חייב לכך הוצרכו לתרוצי שכבר החזיר אותה אחת אלא דתי' תמוה טובא דאכתי למה ליה לר"י למימר עד שיהיה שם הודאה במקצת כיצד הוא אומר נטלת שנים והוא אומר לא נטלתי אלא אחת וא"כ ע"כ מיירי שלא החזיר האחת שהוא מודה דאל"כ לא הוי מב"מ וא"כ בכה"ג שלא החזיר אחת אף שהוא כופר הכל אכתי הוי מודה במקצת משום העדאת עדים ול"נ לתרץ קושית התוס' דלפי מה דמוקי הש"ס בטוענו כלים הנטלין תחת כנפיו י"ל דמיירי שהעדים ראו שנטל כלים אך כיון שנטלם תחת כנפיו אינם יודעים מה הם אם גדולי' או קטנים ומה צורתן כמ"ש הרמב"ם והטור ואינם יודעים מה הם וכ"כ הרא"ש כגון שראו עדים שהטמין כלים שאין יכול לכפור ולומר שלא הטמין כלום א"כ ידעו במקצת כלים שהטמין והוא טוען שהטמין יותר ממה שראו העדים עכ"ל הרי דפשטא דתלמודא משמע שראו שהוציא כלים תחת כנפיו וא"י אם הם גדולים או קטנים ומה צורתן ואם כן בכה"ג אין העדים יכולים לחייבו אלא בכלים קטנים כיון שהוא טוען להד"ם וא"כ ל"ה מב"מ כלל דהא מבואר בסי' פ"ח סכ"ה דמנורה גדולה וקטנה לא הוי ממין הטענה כלל וכן בתבעו דינר זהב זהוב וזה הודה לו בחצי דינר זהב זהוב כמבואר שם בסי"א וכמ"ש התוס' והרא"ש בסוגיא דשתי כסף וא"כ ה"נ כיון שהנגזל תבע כלים מיוחדים בכמותן וצורתן והגזלן משיב להד"ם אלא כיון שהעדים ראו שהוציא כלים תחת כנפיו וא"י מה הם הוחזק שקרן ואין אתה יכול לחייבו אלא בפחו' שבכלים בכמותן ובכל צורה שירצה הגזלן לשלם א"כ לא הוי ההודאה ממין הטענה ופטור מש"ד דהעדאת עדים לא עדיף מהודאת פיו דבעינן דוקא הודאה ממין הטענה ולפ"ז אמר ר"י שפיר במתניתין עד שיהיה שם הודאה במקצת כיצד שני כלים

נטלת והוא אומר לא נטלתי אלא אחת שמודה בכלי אחת שתובע הנגזל דבכה"ג הוי ממין הטענה וחייב ש"ד וזה נכון ועמ"ש בס"ס זה

ב וא"י מה הם. וכתב הש"ך דמשמע מה שיודעים בבירור מחויב להחזיר בלא שבועה וכ"כ הרי"ף להדיא דאלו היו העדים יודעים מה שנטל היה מחויב להחזיר לבע"ה בל"ש ונראה דאף שטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי ואין העדים מכחישים את זה מ"מ כיון דהעדים מעידים שנטל מביתו וא"כ ל"מ לי' טענתו אלא במיגו דלא נטלתי והרי העדים מעידים שנטל א"כ חייב להחזיר בל"ש וע"ז לא תקנו חכמים שבועה כלל רק דתקנתא דנגזל נשבע ונוטל היה על מה שלא ראו העדים דמדינא היה נאמן לומר לא נטלתי יותר או שלי נטלתי או בחובי נטלתי במיגו דלא נטלתי עכ"ל ובאמת אין מדברי הרי"ף ראיה דא"צ שבועה על מה שראו העדים באומר שלי נטלתי דהא הרי"ף מיירי שהנגזל אומר להד"ם ולכך על מה שראו העדים הוחזק כפרן ומשלם בל"ש וגם דברי הרמב"ם והמחבר יש לפרש נמי בהכחשת עדי' (שהנגזל) [שהגזלן] אומר שלא נטל כלום ומה שאומר שהכלים שהוצאתי תחת כנפי שלי הם היינו שהיו לו כלים תחת כנפיו שהם שלו ונכנס בהם לביתו של נגזל ולא נטל מכליו של בעל הבית כלום וכך כתב הט"ז אך מ"מ יש ראיה מדברי הרמב"ם והט"ו ס"ג שכתבו באם היה ע"א מעיד שנכנס לביתו למשכנו ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הם והוא אומר לא גזלתי או בחובי נטלתי הואיל ואין העד יודע מהו תחת כנפיו ה"ז נשבע שלא גזל משמע להדיא דאם היה העד יודע מה נטל היה משוי"מ כיון שאין בע"ה צריך שבועה כלל מה שאין כן על המותר כיון שהעד א"י מה נטל א"כ היה צריך שבועה אף בשני עדים ולכך בע"א לא הוי משוי"מ כמו שכתב הסמ"ע בס"ק מ"ג ובסי' שס"ד סק"ג והט"ז בסי' זה ס"ג וכ"כ הה"מ בפ"ד מה"ג להדי' דאם היה העד יודע מה שנטל היה משוי"מ אלמא דנוטל בל"ש אלא דאיכא למידק אמאי צריך שבועה על המותר בטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי במיגו דלא נטלתי הא אף אי היה טוען לא נטלתי הוה ג"כ הבע"ה נ"ו וא"כ אמאי צריך שבועה בטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי הא בטענה זו א"נ אלא במיגו וא"כ הוי מיגו להשביע דלא אמרינן כמ"ש בסי' פ"ד סק"ג מטעם דלא אמרינן מיגו להאמינו לחצאין רק להשביע התובע וא"כ ה"נ הא הוי מיגו להשביע וצ"ל כיון דמן הדין כשטוען לא נטלתי יותר היה נשבע ונפטר רק שחז"ל האמינו לנגזל לישבע וליטול לא פלוג רבנן בתקנתן ואמרו דאף בטוען שלי נטלתי צריך הנגזל שבועה על המותר כיון דמ"מ איכא מיגו להגזלן אמנם יש לתמוה מהא דכתב הרמב"ם בפ"ד מה"ג והט"ו בסי' שס"ד ס"ה חטף ממנו זהובים בפני ע"א והוא אומר שלי חטפתי ועשרים היו אע"פ שאין העד יודע כמה חטף מ"מ צריך לשלם כל העשרים

שהרי ידע בודאי שזהובים חטף נמצא דה"ל משויל"מ וכן בנכנס לבית חבירו שלא בפניו ונטל כלים הדין כן כמבואר בס"ז שם הרי אף שאין העד יודע מה הן וכמה הן צריך לשלם כל הכלים שהודה שנטל וכל המעות שהודה שחטף א"כ אף בנכנס לבית חבירו למשכנו שלא ברשות כשיש עדים שהוציא כלים אף שא"י כמה כלים הוציא מ"מ כיון שהודה כמה נטל אלא שטוען שלי הן היה לו לבע"ה ליטול בל"ש ואף דיש לחלק דחטף וכן נכנס לתוך בית חבירו שלא בפני בע"ה גרעי טפי שהוחזקו גזלנים משא"כ כשנכנס לתוך בית חבירו והיה בע"ה שם לא הוחזק גזלן כ"כ די"ל דהבע"ה מכרו לו או מסרו לו ברצונו מפני שהיו פקדון בידו ואף דלענין מה שראו עדים נוטל בל"ש מ"מ על המותר צריך שבועה מפני שלא הוחזק גזלן כ"כ מ"מ קשה טובא דמנ"ל להרמב"ם דין זה דהא במתניתין דנגזל נ"ו לא הוזכר שהוא טוען שפקדון היה ביד בע"ה או בחובי נטלתי וי"ל דמיירי שכופר שלא נטל כלום כדמשמע פשטא דמתניתין הוא אומר כלי נטלת והוא אומר לא נטלתי אבל כשאומר שלי נטלתי ועדים ראו שהוציא כלים וא"י כמה הם מנ"ל לחלק בין נכנס שלא בפני בע"ה לנכנס בפני כדי למשכנו דילמא בכל גווני צריך לשלם כל מה שהודה שנטל בל"ש כלל ולכאורה נראה שהרמב"ם הוציא דין זה מהירושלמי שהביא הטור על מתניתין דנגזל כיצד היו מעידין שנכנס לבית חבירו למשכנו שלא ברשות הוא אומר כלי נטלת והלה אומר לא נטלתי ואיתא בירושלמי למשכנו ולא לדבר אחר ופירש בעל העיטור שאם נכנס לביתו לדבר אחר ולא למשכנו וראוהו שנטל כלים תחת כנפיו נשבע ונפטר ובאמת שכן משמע לישנא דמתניתין דקתני היו מעידים שנכנס לתוך ביתו למשכנו משמע שכן אמר לפני העדים אבל אם לא אמר כן לפני העדים פטור ואף דבש"ס דילן אמרינן אימא ומשכנו מ"מ לא עקרינן פשטא דלישנא דמתניתין וכאלו אמרה המשנה שנכנס לתוך ביתו למשכנו ומשכנו וא"כ א"א דמתניתין מיירי שהגזלן מכחיש העדים ואמר להד"ם א"כ אף שלא אמר לפני העדים שנכנס למשכנו מ"מ כיון שהעדים ראו שהוציא כלים והוא אומר להד"ם הרי הודה שלא נטל הכלים בתורת קנין דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכן כופר בפקדון וטוען להד"ם הוי כאלו הודה שלא נאנס דאל"כ היה טוען כן כמ"ש הנ"י בפ"ק דמציעא והש"ך בסי' ע"ב סק"פ וה"נ אם האמת שנטלם בתורת קנין היה טוען כן וכיון שאומר להד"ם ועדים מכחישים אותו הוחזק גזלן על פיהם והנגזל נ"ו כמ"ש הטור במכחיש העדים שלא נכנס כלל ואף להרמב"ם בס"ב דחולק בזה היינו משום דהוי מילתא דלא רמיא עליו ולאו אדעתיה משא"כ הכא א"ו דמתניתין מיירי שטוען שנטל כלים שלו שהיו אצלו בפקדון או שקנאם וה"פ הוא אומר כלי נטלת והוא אומר לא נטלתי כלים שלך רק שלי ובכה"ג הנגזל נ"ו

ולכך צריך שיאמר לפני העדים שנכנס למשכנו דאל"כ נאמן לומר לקוח או פקדון במיגו דלקוח ואף להטור דמיירי דאיכא כל הני ריעותא דבסי"א מ"מ הכא הבע"ה טוען גנובים וא"נ כמ"ש הפרישה ולכך צריך דוקא שיאמר לפני העדים שנכנס למשכנו וא"כ מוכח דאף בטוען הגזלן שלי נטלתי מ"מ צריך הנגזל שבועה ליטול מה שלא ראו העדים וגם ממילא מוכח דמה שראו העדים א"צ שבועה כלל אף שטוען שלי נטלתי דאל"כ מאי פריך הש"ס על מתניתין וליחזי מאי משכנו והוצרך לשנויי בטוענו כלים הנטלין תחת כנפיו דהא הוכחנו דמתניתין מיירי בטוען שלי נטלתי א"ו דאף בכה"ג א"צ שבועה על מה שראו העדים זהו מה שנראה בדעת הרמב"ם אך מ"מ אני מסתפק בדין זה היכא שלא אמר לפני עדים שנכנס למשכנו אלא שלקח הכלים לפני העדים מביתו בסתם והעדים א"י כמה לקח ואח"כ כופר ואומר להד"ם אם בכה"ג הוא בחזקת גזלן שהנגזל יהיה נ"ו דהא הטעם הוא דאמרינן בכופר בפקדון דהוי כאלו הודה שלא נאנס מדלא טען כן לפטור א"ע בטענת אמת הוי כאלו הודה שלא נאנס וא"כ הכא שטוען להד"ם אף שהוחזק כפרן במה שטוען להד"ם מ"מ אינו מוכרח אי בתורת שאלה באו לידו או בתורת גניבה ומן הסתם ראוי לומר שבתורת שאלה באו לידו כדמוכח בסי"א דיותר נאמן בע"ה כשאומר השאלתים לו מטוען גנובין הן דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן וא"כ ה"נ כיון שלא אמר שנכנס למשכנו יותר ראוי לומר שבתורת שאלה באו לידו משנאמר שגנבם והא דלא טען ששאלם משום דאם יאמר כן יהא צריך להחזירם וא"כ כיון שבתורת שאלה באו לידו אף שטוען להד"ם והוחזק כפרן בזה במה שראו העדים מ"מ י"ל דבכה"ג לא עשו תקנת נגזל שיהא הבעה"ב נ"ו כיון שבתורת שאלה באו לידו והוי כשאר כופר בפקדון שלא מצינו שעשו חז"ל בו תקנת נגזל כדמוכח בפ"ק דמציעא גבי ההוא רעיא דהוי מפקדי לגביה חיותא לסוף א"ל להד"ם אתו סהדי דאכל תרי מנייהו אמר ר' זירא אם איתא לדר"ח קמייתא משתבע אשארא ופריך משתבע והא גזלן הוא ומשני לשכנגדו קאמינא והקשה באס"ז בשם מהר"י כ"ץ ת"ל דאף דליתא לדר"ח מ"מ בנגזל שכנגדו נ"ו לרבנן אף דליכא הודאה במקצת ותירץ דשא"ה דאיכא הוכחה דחשוד באותו ממון עצמו כיון שנכנס למשכנו שלא ברשות והכא ליכא הוכחה בשאר חיותא עכ"ל ומשמע דר"ל דכיון שאמר שהוא נכנס למשכנו על חוב כך וכך איכא הוכחה שנטל יותר ועוד נראה לתרץ דלכך בכופר בפקדון לא עשו תקנת נגזל משום די"ל דמשום ספק מלוה ישנה החזיק בו כדאמרינן בפ"ק דמציעא גבי ז"א כולה שלי דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא משום דספק מלוה ישנה יש לו עליו ואע"ג דכופר בפקדון פסול לעדות ולא תלינן בספק מלוה ישנה כיון שהוחזק בעדים לחשוד לא תלינן בהכי כמ"ש התוס'

שם היינו דוקא לענין חשוד דפסול לשבועה מדאורייתא משא"כ לענין תקנת נגזל שהוא תקנת חז"ל ליטול יותר ממה שראו העדים י"ל דבכופר בפקדון לא תקנו חז"ל כן כיון די"ל דמשום ספק מלוה ישנה החזיק בה משא"כ בנכנס לתוך ביתו למשכנו אף שמגיע לו מעות ממנו מ"מ הוי גזלן כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה"ג לכך בכה"ג עשו בו תקנת נגזל וזה נכון וא"כ לפ"ז היכא שנטל כלים לפני עדים ולא אמר שנכנס למשכנו כיון די"ל שלא נטלם בתורת גזלנות רק בתורת שאלה א"כ אף שכופר אח"כ וטוען להד"ם הוי כשאר כופר בפקדון דלא עשו בו תקנת נגזל ולכך בעינן דוקא שאמר לפני עדים שנכנס למשכנו וא"כ אין הכרח לשיטת הרמב"ם דבטוען שלי נטלתי דהנגזל צריך שבועה על מה שלא ראו העדים והדרא קושיא לדוכתה דמנ"ל להרמב"ם לחלק בין נכנס למשכנו שלא ברשות והבע"ה בביתו דצריך שבועה ובין אין הבע"ה בביתו דצריך לשלם כל מה שהודה בלא שבועה ובאמת מה דס"ל לרמב"ם בנכנס לביתו שלא בפניו דצריך לשלם כל מה שהודה בל"ש הוא מן התימה דאמאי לא יהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר שלא נטל רק פחות שבכלים ומ"ש הסמ"ע שם דהוי מיגו במקום חזקה דכל מה שיש ביד האדם הוא בחזקה שהוא שלו קשה טובא דא"כ בחטף שלא בעדים והוא אומר שלי הוא נמי לא יהא נאמן במיגו דלא חטף משום דהוי מיגו במקום חזקה ובש"ס ס"פ המקבל גבי סכינא דאשכבתא מבואר להדיא דנאמן במיגו דלקוח וליכא למימר דטעמא דהרמב"ם הוא דלא אמרינן מיגו דאי בעי היה טוען שתי טענות של שקר כמ"ש בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' ל"ג וסי' ק"ה דכבר השגתי עליו בסי' פ"ב בכללי המיגו ע"ש וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דהכא כיון שהוא צריך להחזיר שתים הוא מוחזק קצת בגזלן והחזקה שהמותר נמי של בע"ה אלים משא"כ כשהמיגו הוא על הכל מהימנינן ליה טפי אך לפ"ז קשיא טובא דלמה בנכנס שלא ברשות אמרינן מיגו בכה"ג להשביע את הבעה"ב על המותר בטוען שלי נטלתי או בחובי נטלתי כמו שהוכחתי לעיל מדברי הרמב"ם וכן מבואר בבעה"ת שער מ"ט ח"ז להדיא דתקנת נגזל איתא אף באומר שלי נטלתי או בחובי נטלתי וצ"ע ודברי הרמב"ם בדינים אלו נעלמו ממני טעמן ומקורן וע' בס' המלחמות להרמב"ן בפ' הזהב בסוגיא דדברים יש בהן משום מחוסרי אמנה שיטה חדשה בסוגיא דנגזל ע"ש:

ג דברים שאינו אמוד בהם. ויש להסתפק אם תבעו שני כלים שאינו אמוד בהם והודה לו באחת אי בכה"ג עשו תקנת נגזל דהא חזינן דהודה במקצת במה דלא אמוד או דילמא דמהימן במיגו דאי בעי כפר הכל דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה ונראה דיש לדמותו לשכיר שמבואר בסי' פ"ט ס"ג דבשכרו שלא בעדים דבכופר הכל נשבע היסת ובמב"מ נשבע שבועה דאורייתא ונפטר משום דנאמן במיגו דלא שכרתיך ואף דהוי מיגו דהעזה

מכל מקום כיון דתקנת שכיר אינו אלא מדרבנן במיגו כל דהוא אוקמוהו אדינא כמ"ש הש"ך שם בשם הר"ן וה"ה הכא הרי אית ליה מיגו מעליא דאי בעי כפר הכל והיה פטור לגמרי כיון דלא אמוד וליכא לאקשויי ממתניתין דנגזל דאמר ר"י עד שיהיה שם הודאה במקצת כיצד א"ל שני כלים נטלת והוא אומר לא נטלתי אלא אחד אלמא דלא מהימנינן ליה במיגו דכופר הכל בשלמא הא דבעי לגבי שכיר הודאה במקצת לר"י לא קשיא די"ל דלא הוי מיגו כיון דחשדינן ליה בטרוד בפועליו ואינו רוצה לשקר כלל אבל מיגו דלא שכרתיך הוי מיגו מעלי' דל"ל למיטען טענה דחשדינן ליה שהוא טועה טפי ה"ל לומר לא שכרתיך דלא חשדינן ליה כלל כמ"ש הר"ן שם משא"כ בנגזל קשיא אך זה ליתא דודאי במב"מ גמור דחייב ש"ד לא שייך מיגו כלל כיון דטעמא דבנגזל שהוא נ"ו הוא שהגזלן עשאוהו חז"ל כחשוד על השבועה כמ"ש הש"ך בסק"א ומה"ט היכא דלא אמוד נפטר הגזלן בל"ש לדיעה בתרייתא והוא עיקר כמ"ש הש"ך וא"כ לא מהני המיגו כלל משום כיון דלא מהני המיגו לפוטרו מהשבועה דהא מיגו דהעזה לאפטורי משבועה לכ"ע לא אמרינן וא"כ כיון שהוא חשוד וא"י לישבע שכנגדו נ"ו כמו בחשוד על השבועה אף שאינו אלא חשוד דרבנן שכנגדו נ"ו ולא מהימן במיגו דכופר הכל מה"ט אבל מ"מ בהודה במקצת בדברים שאינו אמוד בהם ואומר הילך על הודאתו שאינו חייב ש"ד רותורת מודה במקצת אלא שאתה בא לחייבו מכח תקנת נגזל וכיון דאית ליה מיגו מעליא מהימן הגזלן אף דהוי מיגו דהעזה מ"מ במיגו כל דהו אוקמוהו אדינא כמו בשכיר שוב ראיתי שכן משמע להדיא מפירוש המשניות להרמב"ם שכתב וז"ל ואם תבעו שלקח ממנו חוט מרגליות ואבנים טובות והוא מפורסם שאין אצלו כגון אלה הדברים א"נ ואין נותנין בזה שבועה בשום פנים אבל ישבע שכנגדו או היסת או של תורה כפי מה שהודה עכ"ל הרי משמע להדיא דאף בהודה במקצת בדבר שאינו אמוד פטור מלשלם והיינו מטעם מיגו ודוחק לומר דמיירי דבמקצת שהודה הוא אמוד דפשט דבריו לא משמע כן וליכא לאקשויי הרי מוכח מדבריו דאף דהיכא שהוא חייב ש"ד מ"מ שכנגדו אינו נ"ו בדבר שאינו אמוד שלא כדברינו לעיל זה ליתא דהרמב"ם לטעמיה כיון דס"ל כדיעה ראשונה דס"ל כאן דבלא אמוד חייב שבועה דלא הוי חשוד בהכי והא דנגזל נ"ו אינו אלא תקנתא דרבנן בעלמא ולכך בלא אמוד כיון דאית ליה מיגו דכופר הכל אוקמוהו אדינא כמו בשכיר משא"כ לדידן דקיי"ל דהגזלן שנכנס שלא ברשות הוי חשוד וא"כ במודה במקצת גמור שהוא חייב ש"ד מדינא שכנגדו נ"ו כמו בחשוד על השבועה אף שאינו חשוד אלא מדרבנן שכנגדו נ"ו ולא מהני המיגו אם לא בהודה מקצת בדבר שאינו אמוד ואומר הילך שאינו חייב ש"ד ואין אתה יכול לחייבו אלא מתקנת נגזל

א"כ בכה"ג דאיכא מיגו אוקמוהו אדינא כמו בשכיר כנ"ל בזה אלא דלשיטת הרמב"ם בפי' המשניות דס"ל דנכנס למשכנו שלא ברשות לא הוי חשוד הדרא קושין לדוכתה אמאי ס"ל לר"י במתניתין עד שיהיה שם הודאה במקצת להימין במיגו דכופר הכל כמו במודה במקצת בדבר שאינו אמוד וצ"ע ודוק והיכא שטענו דברים שאינו אמוד בהם והעדים ראו שנטל כלים תחת כנפיו אם צריך לשלם עכ"פ בפחות שבכלים עמ"ש בזה בסק"ד ובסק"ו דתליא בפלוגתת הרמב"ם והרא"ש והטור ע"ש:

ד הרי זה נשבע שלא גזל. זה הוא לשון הרמב"ם בפ"ד מה' גזילה רק שסיים ה"ז נשבע בנק"ח שלא גזל שאינו מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים והטור סיים בזה ה"ז נשבע היסת ונפטר שאינו מוחזק גזלן ע"פ ע"א והב"י הניח דברי הטור בצ"ע במה שכתב נשבע היס' דהא באומר שלא גזל כלום הרי מכחיש את העד וחייב ש"ד להכחיש את העד וכן הקשה מוהרש"ל הביאו הדרישה וגם באומר בחובי נטלתי הקשה הב"י דליהוי משויל"מ כמו בנסכא דר"א והנה הדרישה והב"ח תירצו קושיות אלו דמ"ש הטור והוא אומר לא גזלתי כלום ר"ל הכלים שהוצאתי שלי הם שהיו פקדון בידו וגם מה דס"ל דבאומר בחובי נטלתי נ"ו ולא אמרינן דהוי משויל"מ היינו משום כיון דאף בשני עדים אינו נוטל התובע אלא בשבועה לכך בע"א בכה"ג ל"א דהוי משויל"מ כמ"ש הט"ו בסי' ע"ה וכ"כ הסמ"ע אך עדיין אינו מיושב בזה דברי הטור דפסק דנשבע היסת דמ"מ יתתייב עכ"פ שבועה בנק"ח כיון דא"נ אלא במיגו דאי בעי היה מכחיש העד וכשהיה מכחיש את העד היה מחויב ש"ד להכחיש את העד וכמ"ש הטור בסי' פ"ט גבי שכיר דהיכא דשכרו בע"א דחייב הבע"ה שבועה בנק"ח מה"ט והדרישה והב"ח נדחקו בזה לחלק בין שכיר לנגזל והרמב"ם והטור חולקים בזה בסברות הפוכות והב"ח האריך בזה והוא מן התימה שהטור יחלוק על הרמב"ם ולא יביא דבריו כלל אמנם לפעד"נ דלהטור ז"ל רוח אחרת היתה אתו בזה והדברים כפשטן דהנה כבר כתבתי בסק"א דפשטא דלישנא דהש"ס דמוקי מתניתין דנגזל בכלים הנטלין תחת כנפיו היינו שאין העדים יודעים מה הם הכלים גדולים או קטנים והאיך צורתן וכ"כ הרא"ש והרמב"ם והט"ו בס"א ואינם יודעים מה הם ולכך לא הוי מודה במקצת לת"ק דהא אין ההודאה ממין הטענה דהא אין העדים יכולים לחייבו בהכלים שתובע הנגזל דהא לא ראו מה הן וכלי גדול וקטן לא הוי ממין הטענה ולכך לא הוי מודה במקצת מחמת העדאת עדים ע"ש וא"כ בבבא זו דנקטו הרמב"ם והטור בלשונם היה ע"א מעידו שנכנס למשכנו ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הם יפה פסק הרמב"ם דחייב שבועה בנק"ח ויפה פסק הטור דנשבע היסת שלא גזל כלום וא"צ ש"ד להכחיש העד דלטעמייהו אזלי דפליגי בסי' ת' ס"ג בשני

שוורים רודפים אחר אחד אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק הממע"ה ואם עדים מעידים שאחד מהן הזיק ואינם יודעים איזהו משלם המזיק כמו שאומר וזהו שיטת הרמב"ם שם ואף דתם ומועד וגדול וקטן הוי כטענו חיטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים מ"מ כיון שיש עדים על השעורים חייב בשעורים אך הרא"ש והטור שם חולקים בזה דפטור אף מן התם והקטן אף דיש עדים על אחד מהן מ"מ כיון שהודה שלא הזיק הקטן כיון שטוענו שגדול הזיק הודאתו עדיפא מעדים ומחילה היא כמבואר מקור פלוגתתם בסוגיא דשור שהיה רודף ובסמ"ע וש"ך שם ובש"ך בסי' פ"ח ס"ק ט"ז באריכות ולפ"ז בכה"ג שעדים מעידים שראו שנטל כלים תחת כנפיו ואינם יודעים מה הן והגזלן טוען להד"ם וא"כ לשיטת הטור אף בשני עדים פטור מהכל דהא התובע טוען כלים מיוחדים בגדלן וצורתן והעדים לא ראו דמות הכלים וא"כ האיך אנו יכולין לחייב הנתבע בכלים גדולים שטוען התובע אינו מחויב דהא טוען להד"ם והעדים לא ראו הכלי ובכלים קטנים אין אנו יכולין לחייבו דהא התובע לא תבע כלים כאלו והוי כמו טענו חטים והלה אומר להד"ם ועדים מעידים שלוה ממנו ואינן יודעים אם חטים או שעורים דפטור אף משעורים לשיטת הרא"ש והטור דהא אף בהודה בשעורים הוא פטור וכ"ש באומר להד"ם וכ"כ הש"ך בסי' פ"ט ס"ק ט"ז בפשיטות וא"כ יפה פסק הטור דבהכחיש העד שלא גזל כלום אינו נשבע אלא היסת כיון דאף בשני עדים היה פטור מלשלם לגמרי כיון שהעדים לא ראו מה נטל אלא דבשני עדים עשו תקנת נגזל אבל בע"א שלא עשו תקנת נגזל נשבע היסת ונפטר וא"צ ש"ד להכחיש את העד כיון שאין העד יודע איזה כלי נטל א"כ אף שיודה לדברי העד שנטל כלי אלא שאינו כמו שטוען התובע היה פטור לגמרי דהוי כמו טענו חטים והודה לו בשעורים דפטור אף מדמי שעורים א"כ האיך אתה יכול לחייבו ש"ד להכחיש העד כיון שאין העד מעיד שנטל הכלי מה שטוען התובע ולפי דבריו פטור הנתבע לגמרי כיון שטוען להד"ם על כלי הגדול וזה אין העד יודע האמת וכן אף שהודה שנטל כלי שתבעו רק שטוען בחובי נטלתי נפטר בהיסת דנאמן במיגו דלהד"ם שהיה פטור מש"ד אך זהו לשיטת הטור אבל הרמב"ם לטעמיה אזיל דס"ל בטענו חיטים והודה לו בשעורים ויש עדים חייב בשעורים לכך בהכחיש העד חייב ש"ד להכחיש את העד ולכך פסק כאן דנשבע בנק"ח שלא גזל כלום וכן בחובי נטלתי חייב ש"ד משום דכל טוען על המשכון חייב שבועה בנק"ח כשיטת הגאונים אלא דהטור מירי בטוען מסרת לי בחובי והחלטת לי כמו שכתב הסמ"ע וקמ"ל דסגי בהיסת ול"ד לשכיר ששכרו בע"א דצריך שבועה בנק"ח מטעמא דכתיבנא דהא אם יטעון להד"ם יהיה פטור מש"ד ואית ליה מיגו מעליא זה

נראה לי נכון מאוד בביאור דברי הטור בס"ד ומקום הניחו לי הגדולים להתגדר בזה אמנם לפ"ז בע"א שראה הכלים שנטל תחת כנפיו אלא שאינו יודע כמה היו והנכנס מודה כמה נטל וטוען בחובי נטלתי בזה היה נראה שהנכנס צריך שבועה בנק"ח אף להטור כמו בשכיר ביש ע"א ששכרו דהא ה"נ א"נ אלא במיגו דהיה מכחיש העד לגמרי והיה צריך ש"ד אך מ"מ נ"ל דאף בכה"ג סגי בהיסת כשטוען בחובי מסרו לי ואין אנו צריכין לדברי הסמ"ע והב"ח דלכך כשאומר בחובי נטלתי לא הוי משוי"מ משום שהיה התובע צריך שבועה אלא דבכאן אין אנו צריכין לטעם מיגו כלל דהא דתקנו חז"ל דהנגזל נ"ו היינו דוקא בשני עדים דחז"ל רמו שבועה על הגזלן ומפני שהוחזק גזלן ע"פ שני עדים עקרוה לשבועה ממנו ורמו אנגזל כמו בחשוד על השבועה דשכנגדו נ"ו וכעין זה כתב הש"ך בסי' פ"ט סק"ג והוכיח כן מש"ס ותוס' משא"כ בע"א שראה שנכנס למשכנו כיון שאינו מוחזק גזלן ע"פ ע"א וא"א נעשה חשוד על פיו בזה לא שייך תקנת נגזל כלל ולא תקנו חז"ל שבועה עליו כלל להנכנס אם טוען שמסרו לו בחובו ובזה מדוקדק לשון הרמב"ם והטור שכתבו שאין אדם מוחזק בגזלנות אלא בשני עדים דלפי דברי הסמ"ע והב"ח מטעם מיגו אתינן עלה ולפמ"ש ניחא כנ"ל ודוק ועמ"ש בסק"ב עוד מענין זה:

ה כך שומר של בעה"ב. בתשו' מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סי' כ"ג כתב בפשיטות דהיינו דוקא כשאין הבע"ה חושד להשומר שהוא גנבם אבל כשחושד לשומר אינו נ"ו כיון שהוא נוגע ולא ידעתי מאי שנא מהבעה"ב גופיה שהוא נ"ו אף שאין לך נוגע יותר ממנו ואפ"ה מהימן ואפשר כיון שהבע"ה הוא חושד להשומר ואינו מאמינו אסור ליטול ממון מהגזלן בספק לסמוך על שבועתו של שומר והכי מסתברא

ו האמינו לניזק לישבע וליטול וכתב הטור ודוקא שהצית בבית חבירו נאמן הניזק בכל מה שיטעון ושכן דרך להניח כל דבר בביתו אבל הצית אש בגדיש של חבירו אינו נאמן אלא בדברים שדרכן להניחן בגדיש כמו מוריגין וכלי הבקר אבל אם טוען שהיו בו שאר דברים אינו נאמן ורואים מקום שאר דברים שהוא טוען כאלו הוא מלא תבואה וכן משלם לו עכ"ל ומשמע מדבריו דאם יש לו עדים שהיה בו שאר דברים חייב לשלם אפילו דבר שאין דרכו להניחו שם וכ"כ הש"ך ויש לתמוה דא"כ אמאי כתב הטור ורואים מקום שאר דברים כאלו הוא מלא תבואה וכך משלם לו והרי כיון שהניזק טוען שהזיקו שאר דברים שהיה מונח בו הרי הודה שלא היה שם תבואה וא"כ ה"ל כאלו טענו חטים והלה השיב א"י אם חטים או שעורים דפטור אף מדמי שעורים אף שיש עדים שלוה ממנו או חטים או שעורים כמו שהוכיחו רוב הקדמונים מסוגיא דס"פ המניח דאמרינן אלא בניזק ברי ומזיק שמא אכתי ליהוי תיובתא דרב"נ והרי כולה סוגיא מיירי התם שיש עדים

שאחד מהן הזיק לשיטת הרא"ש שם וכמ"ש הטור בסי' ת' ובסי' פ"ח וכ"כ הש"ך בסי' פ"ח בשיטת הרא"ש והטור וליכא למימר דהכא כיון שטענו בהיזק הכלים ה"ל כדמי חטים ודמי שעורים דחייב זה ליתא דהטור ע"כ לא ס"ל סברא זו כמ"ש הש"ך בסימן פ"ח שם ואף שכן מבואר בברייתא בס"פ הכונס ורואים מקום הכלים כאלו הוא מלא תבואה התם מיירי לענין טמון באש שהדליק בתוך שלו והלך האש בשל חבירו דפטרה רחמנא כל מה שטמון באש ואפילו יש עדים שהיה טמון בו כלים ולכך משלם דמי תבואה עכ"פ דל"ד כלל לטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור מדמי שעורים דהתם כופר בחטים והודאת שעורים לא מהני מדתבעו חטים ה"ל כאלו מחל לו השעורים אבל הכא שיש עדים כפי מה שתבעו רק שהתורה פטרה כל מה שטמון באש וחייבה עכ"פ בדמי התבואה שהוא גלוי מה שאין כן הכא דהטור מיירי בהצית בגדיש חבירו ומטעם נאמנות אתינן עלה א"כ אף מדמי תבואה ליפטר דהוי כטענו חטים והלה השיב א"י אם חטים או שעורים דפטור אף מדמי שעורים והנה לפי מ"ש הפרישה דמ"ש הטור אינו נאמן הוא לאו דוקא ואפי' יש עדים שהיו בו כלים מ"מ פטור כיון שאין דרכן להניחן בגדיש ניחא דלכך משלם דמי תבואה עכ"פ כיון שיש עדים שהיו בו כלים אלא דרחמנא פטרו כיון שאין דרכן להניחן שם ולכך צריך לשלם דמי תבואה עכ"פ אך משמעות לשון הטור משמע כדברי הש"ך כי דברי הפרישה דחוק מאוד והדרא קושיא לדוכתה ואולי הטור סתם כאן כשיטת הרמב"ם שהביא הטור בסי' פ"ח דס"ל דטענו חטים והלה השיב א"י אם חטים או שעורים דחייב בשעורים ובאמת לשיטת העיטור והרב בסי' פ"ח סי"ז פטור לגמרי וצ"ע:

ז ישבע בעל הפקדון ויטול. דין זה הוא מהירושלמי דהכי פסק רב והר"ן בפ' ש"ה והה"מ ספ"ה מה' שאלה הביאו דברי הר"י בן מיגא"ש שהקשה ע"ז למה נשבע תובע ונוטל הא ה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י אם הלויתני דפטור ותי' דהתם ליכא דררא דממונא אבל הכא שמודה לו בממון אלא שא"י מה הוא נשבע התובע ונוטל והראב"ד והה"מ הקשו עליו מס"פ המניח דאמרינן אי דטען ניזק ברי ומזיק שמא אכתי הוי תיובתא דרב"נ ומאי קושיא דאדרבה ה"ל למיפרך דישבע הניזק שהגדול הזיק ויטול דהא איכא דרד"מ דהא ודאי אחד הזיק ולא ידעינן הי ניהו ולפענ"ד יש לתרץ ע"פ מ"ש התוס' בס"פ המניח שם ובכמה דוכתי דאף לרב הונא ור"י דאמרי מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דברי עדיף היינו דוקא בדבר שיכול הנתבע לידע לכך ברי של התובע עדיף שאינו משקר בדבר שיכול הנתבע לידע אבל בדבר שהתובע יודע שהנתבע אינו יודע לא אמרינן ברי עדיף ואם כן הכי נמי יש לומר דאף דרד"מ דסבירא ליה להר"י הלוי דלכולי עלמא אמרינן

ברי עדיף היינו דוקא בדבר שיכול הנתבע לידע דאף בשק צרור יכולין להכיר אם יש בתוכו סיגין או מטכסין כמו שכתב הר"ן שם אבל בניזק ברי ומזיק שמא שהמזיק לא היה שם והניזק יודע שהמזיק א"י איזה הזיק כמ"ש התוס' שם לכך אף היכא דאיכא דרד"מ ל"א ברי עדיף ולכך פריך הש"ס שפיר דליפטר לגמרי מרב"נ ובחידושי אמרתי סעד להר"י בן מיגא"ש מהסוגיא דפ"ק דכתובות גבי היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר שמא עד שלא ארסתיך נאנסת ר"ג ור"א אומרים נאמנת ור"י אומר לא מפיה אנו חיין וקאמר הש"ס התם לימא ר"ה ור"י דאמרי מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב כר"ג ור"נ ור"י דאמרי פטור כר' יהושע ומשני אמר לך ר"נ אנא דאמרי אפי' כר"ג ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מיגו דמוכת עץ אבל הכא מאי מיגו איכא ויש לדקדק למה נקט הש"ס אמר לך ר"נ ולא נקט נמי ר"י דהא איהו נמי אמר דפטור ועוד הקשו התוס' דהאי שנויא לא שייך אליבא דר"י במתניתין דמ"ע דפליגי נמי ר"ג ור"י ורבי יוחנן ס"ל לקמן דבמאתים ומנה פליגי וא"כ ליכא מיגו ולשיטת הר"י הלוי ניחא דלר"י גופיה דס"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה בלא"ה ל"ק מר"ג דס"ל דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי וכן מ"ע אני דהא איכא דרד"מ דהא אף שהיתה דרוסת איש עכ"פ יש לה כתובה מנה אלא דלא ידעינן אי היתה בתולה בשעת נשואין ומגיע לה ר' או בעולה ואין לה רק מנה וא"כ דמיא ממש לסיגין ומטכסין כיון שלא ידעינן מה ניהו הפקדון אמרינן ברי עדיף לכ"ע והא דקתני במתניתין נאמנת י"ל דהיינו בשבועה כדאמרינן בפ' המוכר את הבית מאי נאמן נאמן בשבוע' וכ"ה דעת הרמב"ן בבעה"ת שער כ"ו דהא דקתני ר"ג אומר נאמנת היינו בשבועה בנק"ח ע"ש ואף דהתם הברי שלה גרוע מ"מ הא התם הוי ס"ל להש"ס דלר"ה ור"י אף בכה"ג ברי עדיף כמ"ש התוס' שם וא"כ ה"ה היכא דאיכא דרד"מ לכ"ע וא"כ לר"י לשיטתיה בלא"ה לק"מ מר"ג אבל לר"נ לשיטתו דס"ל התם בדף י"א ע"ב דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום וא"כ ליכא דרד"מ וא"כ קשה שפיר לדידי' מר"ג דמחייב ומשני לשיטתי' י"ל דהתם טעמא משום מיגו וא"ש אמנם הב"י והש"ך הוכיחו דלא כהר"י בן מיגא"ש מהא דכתב הרמב"ם בפ"א מטוען דטענו חטים והלה משיב לו א"י אם חטים או שעורים נשבע שא"י ומשלם שעורים כמבואר בסי' פ"ח סי"ז אלמא אף דאיכא דררא דממונא אין התובע נ"ו חטים לכך העלה הש"ך דטעמא דהרמב"ם והמחבר כאן משום דעשו תקנת נגזל בפקדון וכמ"ש הרא"ש והטור בשם הגאונים וכן הסכימו רוב המחברים וע' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' רס"ו כתב דאף דעשו תקנת נגזל בפקדון היינו דוקא כשהפקדון שוה עכ"פ פרוטה אלא דפטור משבועה משום דאינו ממין הטענה ולכך בכה"ג דאיכא דרד"מ עשו תקנת

נגזל בפקדון אבל כשהשומר טוען שמא לא היה ש"פ כלל בכה"ג לא עשו תקנת נגזל בפקדון וכן משמע בד"מ בשם הריב"ש אך להמעיין בריב"ש עצמו אין הכרח לזה ע"ש וע' בחי' הרשב"א בפ' ש"ה ובנ"י ס"פ הכונס ובש"ך סי' ע"ב ס"ק מ"ח ע"ש:

ה אבל אם טוען גנובי' הם אין בע"ה נאמן. ובמיגו דשאלה ושכירה לא מחזיקינן אינשי בגנבי כ"כ הרא"ש וכתב עוד דהיינו דוקא באומר אתה גנבת אותם ממני אבל במכיר כליו ביד אחר והוא אומר גנובים הם ממני נאמן במיגו דשאולים הם בידך אם הם דברים העשוים להשאיל דכמה גנבי' איכא בעלמא אלא דלפ"ז הקשה הרא"ש והתוס' בפחז"ה ובס"פ המקבל ובשמעתין אמתניתין דב"ק המכיר כליו וספריו ביד אחר אם יצא לו שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול ואם לאו לא כל הימנו שאני אומר שמא מכרן זה לאחר ולקחן זה ממנו והא ספרים הם דברים העשוים להשאיל וא"כ אפי' לא יצא לו שם גניבה נמי להימן במיגו דשאלה ושכירות ותי' בשם ר"ת דמיירי באינש דלא גייס ביה להשאיל לו אבל באינש דגייס ביה מהימן אף דלא יצא לו שם גניבה בעיר במיגו דשאלה ושכירות ותפסו סברא זו רבים מהקדמונים והסכים לזה הש"ך בס"ס קל"ג וקשיא לי על תמיהתם דהא ברפ"ק דמציעא פריך הש"ס אי אמרי' מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא מהא דאמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ונימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ומשני התם לא חשיד דמורי היתרא דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וכ"כ הרמב"ן במלחמו' והנ"י שם בהא דמשני התם במתניתין דשנים אוחזין בטלית דלכך לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא דשמא מלוה ישנה יש לו עליו והקשו דליטעון ולימא הכי ותי' דדילמא הוא רוצה גוף הטלית דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו ולכך מחזיק בגוף הטלית ואומר כולה שלי וא"כ מאי קושיא דלהימן לומר גנובים במיגו דשאולים הם בידך דדילמא לכך אומר גנובים הם משום שהוא רוצה להחזיר המעות שנתן עבורם דליכא עבירה כלל לדעתו דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו משא"כ כשיאמר שאולים הרי יוציא הכלים בלא דמים ויהיה גזלן גמור ובכה"ג דאינו רוצה לעשות עבירה כלל לא הוי מיגו כמ"ש התוס' בר"פ כ"ה ובפ' הכותב דהיכא שהוא אומר בדמי לא שייך מיגו כלל משום דא"ר לשקר כלל וה"ה הכא ואפשר דמ"מ איכא הכא מיגו דלפני הב"ד יטעון ויאמר שאולים הן בידך ובינו לבינו חוץ לב"ד ישלם לו עבור החפץ ודוחק וע' בהג"א ממוהרי"ח בפחז"ה גבי אחד מן האחין שהיה נו"נ וצ"ע:

ט במיגו דהחזרתי' לך. הסמ"ע כתב דמכאן מוכח דס"ל להטור דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים דאל"כ ליכא מיגו והש"ך השיג עליו דהכא שאני דהא הבעה"ב טוען שאולים הם בידו ולא הוי גזלן כלל ולכך נאמן לומר החזרתים אך מ"מ לענין דינא

הסכים הש"ך כאן ובס"ס שס"א דא"צ להחזיר לו בעדים ולפי דבריו שם בסק"ז גם דעת הרא"ש כן ע"ש אך לכאורה יש להוכיח להיפך מהרא"ש בפ"ק דב"ב במתניתין דכותל חצר שנפל דעד ד' אמו' בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן ופי' הרא"ש שם כגון שבאו עדי' ואמרו עמנו היה שמעון במקום פ' וכו' א"כ כגון שעמד שמעון בדין וחייבוהו ב"ד לבנות עד ד' אמות וסרב על צווי ב"ד הרי הוא בחזקת שלא נתן כדין גזלן אבל אם סרב בעדים ולא עוד בדין יכול לומר שוב נמלכתי ופרעתי עכ"ל ומדכתב דהרי הוא בחזקת שלא נתן כדין גזלן הרי משמע להדיא דבגזלן א"נ לומר החזרתי אך אי משום הא לא איריא משום דאף למ"ד הגוזל בעדים א"צ להחזיר בעדי' מ"מ בגוזל לפני ב"ד צריך להחזיר בעדים דהא בבעה"ת שער מ"ט הביא ראיה בשם ה' נתן בה' מאיר ז"ל דגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדי' מהא דקיי"ל מנה לי בידך והלוה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידין אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון וא"נ עוד לומר פרעתי אח"כ עד שיפרענו בעדים וכ"ש גזלן גמור דא"נ לומר עוד פרעתי ולשיטת הסוברים דנאמן לומר פרעתי צ"ל דשא"ה שהוחזק כפרן בב"ד גרע טפי כמבואר סי' ע"ט ס"ט דבהוחזק כפרן בעדים נאמן לומר פרעתי אח"כ וא"כ ה"ה בהוחזק גזלן בב"ד א"נ לומר החזרתי וא"כ י"ל דמ"ש הרא"ש כדין גזלן היינו כיון דסרב בב"ד הוי כדין גזלן בב"ד דלכ"ע א"נ לומר החזרתי וכן מוכח מדברי הראב"ד שהביא הבעה"ת שער י"ב והביאו הט"ו בס"ס ע"ט דס"ל נמי דאם יצא מלפני ב"ד בסרבנות א"נ לומר פרעתי והרי הבעה"ת בשער מ"ט הביא בשם הראב"ד דס"ל דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים וכי גרע סירב לעשות צווי ב"ד מגזלן גמור והרי הרא"ש מדמי להו אהדדי א"ו דבגזלן בב"ד כ"ע מודים דצריך להחזיר בעדים דלא גרע מהוחזק כפרן בב"ד וז"ב אך כ"ז לשיטת הסוברים דהגוזל את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים אולם הה"מ בפ"ד מה"ג והריב"ש בסי' שצ"ב כתבו דדעת הרמב"ם דגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים והביא המחבר דיעה זו בס"ס שס"א וטעמם כתב הר"ן בפ' כל הנשבעין והסמ"ע שם דדוקא בהלואה א"צ לפורעו בעדים דלחזרה קאי משא"כ בגזלן דאינו עומד לחזרה אינו נאמן וקשיא לי טובא על סברא זו דלפ"ז הי' נראה דאם הגזלן אומר א"י אם החזרתי לך וגם הנגזל אומר א"י חייב הגזלן לשלם מדינא כיון דחזינן דבטוענים שניהם ברי מחויב הגזלן לשלם משום שאינו עומד לחזרה אף שטוען ברי שהחזיר לו הגזילה א"כ ה"ה כששניהם טועני' שמא נמי נאמר דמסתמא לא החזיר לו כיון שאינו עומד לחזרה דאמאי יגרע בו"ב משו"ש וכן מצינו לענין שטר בסי' פ"ב ס"ב דאם הלוה טוען א"י אם פרעתיך אפי' שגם המלוה טוען א"י אם נפרעתי דגובה בשטרו משום חזקה דשטרך בידי

מאי בעי ולא גרע שו"ש מבו"ב וא"כ ה"ה הכא והרי הרמב"ם בפ"א מטוען והט"ו בסי' ע"ה ס"י פסקו להיפך דאם לא תבעו אדם והודה מעצמו ואמר גזלתיך וא"י אם החזרתי לך או לא אינו חייב לשלם אלא בבא לציו"ש וכן משמע בב"ק דף קי"ח דמוקי הש"ס מתניתין דהאומר לחבירו גזלתיך הלויתני או הפקדת אצלי וא"י אם החזרתי לך או לא חייב לשלם דמיירי בלא תבעי ליה והא דקתני חייב היינו בבא לציו"ש ומדקתני גזלתיך הלויתני בחד בבא משמע דדמיין להדדי ובכולהו אינו חייב אלא לציו"ש ע"כ נראין יותר דברי המבי"ט ומהרי"ט בתשובותיהם הביאם בכנה"ג דטעם שיטה זו דכיון שגזלו בפני עדים מסתמא כשפורע פורע לפני עדי' כדי לפרסם שעשה תשובה ולכך כשגזל בינו לבינו עשוי לפורעו בינו לבינו אך לפ"ז נרא' דנאמן לומר פרעתיך בפני עדים והלכו למד"ה כמו בסי' ע' ס"ג באומר לו אל תפרעני אלא בעדים דנאמן לומר שפרעו לפני עדים והלכו למד"ה משום דכיון שהוא אומר שקיים תנאו לא ריעא טענתו וכמו שכתב הר"ן בפרק ש"ה ואף להחולקים שם דא"נ היינו משום שלא קיים תנאו משא"כ הכא דליכא תנאי רק שמסתמא הוא פורע לפני עדי' א"כ כשאומר שעשה כן והלכו למד"ה נאמן ובזה ניחא הא דהר"ן כתב טעם דצריך להחזיר בעדים משום שאינו עומד לחזרה ולא כתב הטעם משום דמסתמא אינו פורע אלא בעדים כיון שגזל בפני עדים וכעין מ"ש הר"ן גופיה בפ' ש"ה בטעם דנשא"ל אל תפרעני אלא בעדים דמסתמא אינו פורע אלא בעדים להוציא נפשו מחשד ומחלוקת ע"ש ולפמ"ש א"ש דהא הר"ן כתב כן ליישב האי דינא דנסכא דר"א דלא מהימן במיגו דהחזרתי משום דא"נ לומר החזרתי כשגזלו בעדים א"כ הוצרך לטעם זה שאינו עומד לחזרה דהר"ן לטעמיה אזיל דכתב בפ' ש"ה שם דלכך א"נ לומר פרעתיך ביני לבינך כשא"ל אל תפרעני אלא בעדי' במיגו דפרעתיך בפני פ' ופ' והלכו למד"ה משום דכיון דמסתמא לא פרעו בינו לבינו ה"ל כמיגו במקום עדים וא"כ הכא אכתי תקשה דלהימן אין חטפתי ודידי חטפתי במיגו דהחזרתי בפני עדים והלכו למד"ה שהיה נאמן לסברת המבי"ט לכך הוצרך לומר הטעם מפני שאינו עומד לחזרה לכך א"נ וא"כ אף באומר פרעתיך לפני עדים והלכו למד"ה א"נ עד שיביא ראיה לפנינו כמו בכל דבר שא"כ מצד שגוף הטענה גרועה היא וזה נכון בדברי הר"ן אבל לטעם המבי"ט באמת נאמן לומר פרעתיך לפני עדים והלכו למד"ה והא דא"נ במיגו זו י"ל כמ"ש הרא"ש בפ' ש"ה שאינו רוצה לומר כן דיאמרו כל הרוצה לשקר ירחיק עדותו כנ"ל ועמ"ש בכללי המיגו אך מ"מ לענין דינא הסכימו רוב הפוסקים דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ודינא דנסכא דר"א ומשכנו שלא ברשות דנגזל כולהו מיירי בראה כמ"ש הבעה"ת בשער מ"ט והר"ן בפ' כ"ה דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי

כמ"ש הש"ך אך בסי' ע"ב ס"ק כ"ב הנחתי דין זה בצ"ע דלפענ"ד נראה דבנכנס למשכנו שלא ברשות א"נ במיגו אף בלא ראה וכ"ש בחוטף חפץ מחבירו ואומר דידי חטפתי דליכא מיגו כלל ע"ש באריכות:

י הרי זה נשבע ונוטל. הרמב"ם בפ"ה מה' חובל כתב קנס קנסו חכמי' לאלו השוטים בעלי זרוע שיהיה הנחבל נאמן ונשבע בנק"ח וכו' והשיג עליו הראב"ד דזה לא היה קנס אלא שאין דרך בני אדם לחבל בעצמן ע"כ האמינוהו לזה בשבועה והה"מ כתב לדעת רבינו שהוא קנס שאין לך עדות מתקיימת בידיעה שלא בראיה ולא נפקא לן מידי לענין דינא עכ"ל ויש להקשות דהא נ"מ טובא דאי הטעם דנחבל משום קנסא אי מת החובל לא קנסו בנו אחריו כמ"ש הש"ך בסק"א לענין נגזל אבל אם הוא מדינא אף נגד בנו נשבע הנחבל ונוטל מזה נראה דדעת הה"מ דעד כאן לא אמרינן גבי קנס דלא קנסו בנו אחריו אלא דוקא בדבר שמן הדין אינו חייב לשלם כלל אגוף המעשה כמו מטמא ומדמע ומנסך דמן הדין פטור מלשלם משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק כלל אלא דלדידיה קנסו רבנן אבל לבריה לא קנסו כלל ופטור אבל גבי נגזל ונחבל אם המעשה אמת שגזל או חבל חייב מן הדין לשלם אלא שמן הדין לא מהימנינן להנגזל ולהנחבל שגוף המעשה אמת אלא שחז"ל מפני קנס האמינוהו לנגזל ולנחבל שהוא אומר אמת וכיון שהאמינוהו שהוא אומר אמת ממילא אף בנו חייב לשלם דבכל ענין האמינוהו וכן משמע בש"ס דגיטין דחשיב כמה דברים דלא קנסו בנו אחריו ולא אישתמיט בשום דוכתא לאשמועינן דגם גבי נגזל ונחבל לא קנסו בנו אחריו א"ו דאין חילוק ודלא כהש"ך וכן עיקר אולם דברי הרמב"ם שכתב גבי נחבל שהוא קנס חכמים שקנסו לבעלי זרוע לא הבנתי דמה קנס שייך בזה הא אנן לא ידעינן אם חבלו כלל בשלמא בנגזל ראו עדים שהוציא כלים מה שאין כן בנחבל וצ"ע:

צא

א תן לפועלי סלע. וכ' הסמ"ע וה"ה אם אמר תן לבני סלע אין החנוני נוטל מבע"ה עד שישבע בנק"ח אע"פ שאין בעה"ב צריך לשלם לבנו כלום וכן מוכח בהדיא במשנה וכתבו הטור בס"ו וכתב עליו הש"ך ומסתמא איירי במשנה וטור שאין חייב לשלם לבנו כלום וכ"כ הר"ן ואפי' הרמב"ם והמחבר בס"ב מודים כאן דצריך לישבע בנק"ח דדוקא התם שחייב תשלום אחד וא"כ אינו מפסיד כלום משא"כ הכא שאינו חייב שום תשלום אם לא נתן החנוני עכ"ל ומדברי בעה"ת שער כ"ט ח"ב מוכח דלא ס"ל סברת הש"ך שהביא שם קושית הרז"ה שהקשה להרב ר' יוסף אבן פלאט לשיטת הרמב"ם דאם מתו

הפועלים החנוני נוטל בל"ש אמאי יגרע ממוציא הוצאות על נכסי אשתו והמכיר כליו וספריו ביד אחר דמישתבעי ושקלי אף דליכא אחר דמכחיש להו והשיב לו דשאני הכא דאיכא תרתי לחנוני ברי ושמא וחזקה דשליח עושה שליחותו ולכך מדחיא חזקת ממון מקמייהו משא"כ התם דליכא חזקת שליח עושה שליחותו לכך אף דטענו ברי ובעה"ב שמא אוקי ממונא בחזקת מריה ע"ש באריכות ולפי דברי הש"ך מעיקרא לק"מ קושית הרז"ה דשא"ה דאם האמת שלא הוציא כ"כ על נכסי אשתו אינו חייב לו חבירו כלום משא"כ הכא שחייב תשלום אחד אינו מפסיד כלום א"ו דלא ס"ל סברת הש"ך ולדברי הר"י אבן פלאט צ"ל דדוקא כשמתו הפועלים ולא הכחישו כלל את החנוני הוא דס"ל דחנוני נוטל בל"ש דבו"ש ברי עדיף דכנגד חזקת ממון של בע"ה אית ליה לחנוני חזקה דשליח עושה שליחותו משא"כ הכא כיון שבנו מכחיש את החנוני מגרע כח הברי שלו וצריך שבועה דוקא אך הש"ך הוצרך לתירוץ זה לשיטתו בס"ק י"א דלשיטת הרמב"ם אף שהכחישו הפועלים בחייהם א"ל החנוני לישבע אך מדברי בעה"ת שם משמע דמיירי שלא הכחישו הפועלים כלל להחנוני וא"כ ניחא הכא בפשיטות גם י"ל דהש"ך לטעמיה אזיל שכתב בסק"י דהבעה"ת ס"ל כהרמב"ן דאף שמתו הפועלים היורשים נוטלים בשבועה שלא פקדנו וא"כ הבע"ה צריך לשלם שני תשלומים לכך הוצרך לומר משום דאיכא נמי לחנוני חזקה דשליח עושה שליחותו לכך היכא דלא מכחשי ליה הפועלים נוטל בל"ש אבל היכא דאינו משלם אלא תשלום אחד אף היכא שהכחישוהו הפועלים בחייהם נוטל החנוני בלא שבועה אך מדברי הבעה"ת אינו נראה כן וכמ"ש לקמן ע"ש:

ב או שמתו פועלים וכו' שהרי אינו משלם אלא תשלום אחד. ותשלום אחד הוא מודה שחייב כ"כ הרמב"ם והטור וזהו דלא כמ"ש המ"מ בשם הרמב"ן דאי מתו פועלים או יורשיהן מוציאין מבע"ה בשבועה דלא פקדנו אבא וא"כ גם בזה יהיה על בע"ה שני תשלומים וכ"כ ב"י וד"מ עכ"ל סמ"ע והש"ך האריך לחלוק עליו ודעתו דהעיקר כהרמב"ן וגם הרמב"ם אינו חולק עליו והרמב"ם מיירי בגוונא שאין להפועלים יורשים או שאין היורשים כאן וגם הה"מ הוצרך לדחוק לשיטת האומרים דאין יורשי הפועלים נוטלים בשבועה והניח דבריהם בצ"ע וז"ל ואפשר שהטעם שלהם הוא לפי שאין זה מלוה בשטר אלא ע"פ וע"א מעיד עליהם שנתן להם (שמא) ואע"פ שהוא נוגע בדבר אין נוטלים וצ"ע עכ"ל וגם דעת בעה"ת שער כ"ט סוף ח"ב כהרמב"ן וכן עיקר דלא שייך כאן א"א מוריש שבועה לבניו דהבו דלא לוסיף עלה גם מ"ש הב"ח דהעיקר דיורשי הבעל גובים דלא כהרמב"ן והביא ראיה מתשו' הרשב"א שהביא הירושלמי בדין שכיר שמת דאין יורשים גובים מבע"ה דכלום תיקנו אלא בשביל שכיר ולא בשביל יורשים וכ"כ הטור לקמן בסי'

ק"ח דבשכיר ונגזל אין היורשי' נ"ו לא דק דהתם מיירי כשהבע"ה טוען לשכיר פרעתיך ובכה"ג ס"ל להבעה"ת גופיה דאין יורשי השכיר נ"ו והיינו משום דכלום תיקנו אלא בשביל שכיר כיון דמדינא לא היה השכיר נוטל אפי' בשבועה משא"כ הכא דמדינא היו הפועלים נוטלי' אף בל"ש כיון שודאי חייב להם וספק אם פרע להם א"כ פשיטא כשמתו הפועלי' היורשים נשבעים שלא פקדנו אבא ונוטלים אלו הן תורף דברי הש"ך ובאמת הב"ח אית ליה תנא רבה דמסייע ליה שמצאתי כדבריו למוהרש"ל ביש"ש לקדושין בפ' האיש מקדש ס"ד ע"ש והנה מדברי הש"ך נראה דאף שלא הכחישו הפועלים בחייהם את החנוני מ"מ יורשי הפועלים נ"ו וכן נראה מדברי הרמב"ן שכתב דנשבעי' היורשים שלא פקדנו אבא ואי שכבר הכחישו בחייהם את החנוני אמאי צריכי' שבועה הרי אביהם כבר הכחישו את החנוני בחייהם וכן משמע בהה"מ ובאמת לפענ"ד דברי הה"מ והרמב"ן תמוהים בזה דאמאי היורשים נוטלים בשבועת היורשים הא מדינא אין להם ליטול כלל דהא הטעם דבע"ה חייב לשלם מדינא משום דה"ל א"י אם פרעתיך וזה הוא דוקא כשהתובע טוען ברי אבל כשהתובע מסופק ג"כ אי נפרע פטור מלשלם בדיני אדם כמבואר בסי' ע"ה ס"י והוא ש"ס ערוכה בב"ק דף קי"ח דפריך אי לא תבעי ליה רישא אמאי חייב ע"ש וא"כ הכא ביורשי פועלים כיון שא"י אם אביהם נפרע מן החנוני א"כ הבע"ה פטור מדינא ול"ל דמה שהב"ד טוענים בשביל יורשים חשיב כטענת ברי זה ליתא דאין הב"ד טוענים בשביל היורשים אלא להחזיק בידם ולא להוציא מאחרי' וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ג ול"ל דאף היורשי' מסופקים ג"כ מ"מ כיון דלא ה"ל למידע לא איתרע טענתייהו וכיון דהלוה מסופק אם פרע חייב לשלם דאוקי אחזקה קמייתא שהיה חייב לו ודאי זה ליתא דמנ"ל לחדש סברא זו ואדרבה מוכח להיפך מדברי הרמב"ם בפ"א מטוען ד"ט והסמ"ג עשין צ"ה שכתבו דאם אחד אמר אביך הפקיד אצלי וא"י אם החזרתי לו דפטור מלשלם כיון שאין הלה תובעו ע"ש ואי אמרת דהיכא דלא ה"ל למידע להתובע אף ששניהם א"י אם החוב פרוע חייב לשלם א"כ גם התם יתחייב לשלם ליורשי המפקיד דמה לי אם לא תבעו כלל או שתבעו בספק כיון דס"ס החיוב ודאי והפרעון ספק א"ו דאין לחלק בזה וכן הוכחתי בסי' ע"ה סק"ח גם מדברי בעה"ת ע"ש אך לאחר העיון נראה דסברתם היא כך דדוקא אם הלוה מסופק אם פרע בעצמו לכך היכא דגם המלוה מסופק מספיקא לא מפקינן ממונא דאוקי ממונא בחזקת מריה משא"כ הכא הרי המלוה יודע בעצמו שהוא לא פרע רק שנולד לו ספק ע"פ שליחותו של החנוני וא"כ כיון שהחנוני הוא רק ע"א וגם הוא נוגע בדבר לא מיחשב ספק כלל על פיו דע"א א"נ אף לעשות ספק על פיו כמו לענין איסורין אף דספיקא דאורייתא

לחומרא מ"מ ע"א א"נ אף לאסור בדבר דאיתחזק היתרא כמבואר בי"ד סי' קכ"ז הרי דע"א א"נ אף לענין שיהיה ספק על פיו וה"נ כיון שהלוה יודע ודאי שלא פרע א"כ החנוני שיהיה ספק על פיו ובפרט שהוא נוגע בדבר וגם יש לומר כיון דאין ע"א קם לממון א"כ החנוני שיהיה ספק על פיו בכדי לפטור הבע"ה מלשלם וכעין מ"ש הרא"ש בפ"ק דמציעא דאין עד המסייע פוטר היכא דהוי משויל"מ דאין ע"א קם לממון ע"ש אך מ"מ אין דברי' הללו מוכרחים דהכא לאו מתורת עדות אתינן עלה דלהימן אלא שע"פ שליחותו של החנוני נעשה ספק על פיו דחזקה דשליח עושה שליחותו כמ"ש הבעה"ת בשם הרב ר"י אבן פלאט וגם באיסורין היכא שהדבר בידו של העד לתקן נאמן להתיר אף בדבר דאיתחזק איסורא וה"נ כיון שהבע"ה צוה להחנוני לפרוע עבורו והוא בידו וחזקה שליח עושה שליחותו נעשה ספק על פיו ופטור הלוה מלשלם כיון שגם אין יורשי הפועלים טוענים ברי וא"כ אין להוציא דברי הרמב"ם מפשטן דמ"ש הש"ך דמיירי באין לו יורשים הוא דוחק עצום דאין לך אדם בישראל שאין לו יורשים וגם מ"ש שאין היורשים לפנינו ג"כ ליתא דא"כ הוא בכלל שאין הפועלים לפנינו ולא ה"ל לכתוב רק שאין הפועלים לפנינו בלבד גם מ"ש שאין היורשים יודעים שאביהן היה פועל שלו אינו מובן כלל דמה תלי בידיעתם כיון שהוא חייב לאביהם שכר פעולה וא"י אם פרע ע"כ העיקר דדברי הרמב"ם כפשטן וגם נאמן עלינו הה"מ שכתב שכל המפרשים חולקים על דברי הרמב"ן גם מ"ש הש"ך שדעת הבעה"ת בשער כ"ט ח"ב כהרמב"ן לפענ"ד אין משם ראיה כלל ואדרבה משמע להיפך שהרי דברי בעה"ת אלו העתיקם הב"י שלאחר שסיים הבעה"ת תשובת הרב ר"י בן פלאט באריכות כתב וז"ל וכתב מחבר דלמאן דפסק שחנוני אינו נוטל אלא בשבוע' ואע"ג דמתו פועלי' וליכא דמכחיש ליה אם מתו פועלים יורשים באים ונפרעים מבע"ה בשבועת היורשים דקיי"ל דכל הנשבעין ונוטלין שמתו או שהם חשודי' על השבועה שמעמידין אותם על דין תורה דקיי"ל הבו דלא לוסיף עלה הלכך פועלין שמתו בע"ה מפסיד הוא ומשלם שני תשלומין לפיכך חנוני אינו נוטל מעולם אלא בשבועה עכ"ל הרי דכתב דלמאן דפסק שהחנוני אינו נוטל אלא בשבועה אז הדין כך הוא דאם מתו פועלי' יורשיהם נפרעין מבע"ה בשבועת היורשים אבל לשיטת הרמב"ם והר"י מיגא"ש ור"י אבן פלאט דס"ל דהחנוני נוטל בל"ש כשמתו הפועלים אין יורשי הפועלים נ"ו מבע"ה דאם היו נ"ו מבע"ה אף החנוני לא היה נוטל אלא בשבועה אע"ג דליכא מאן דמכחיש ליה וחזקה שליח עושה שליחותו מ"מ כיון שמשלם תשלום אחד בודאי בחנם חייב החנוני לישבע דגם טענת הבע"ה מיחשב קצת כטענת ברי כיון שיודע שאינו חייב אלא לאחד ומשלם שני תשלומין וכעין מ"ש הש"ך בסי' ע"ו סק"ד

ע"ש ואם כן כיון דמשמע שם דדעת בעה"ת כפוס' אלו דחנוני נוטל בל"ש א"כ ג"כ אין יורשי פועלים נ"ו מהבע"ה וכמשמעו' לשון הרמב"ם והמחבר והה"מ בשם המפרשים מוהרש"ל והסמ"ע והב"ח דמספיקא אין מוציאין ממון מיד המוחזק וכן עיקר אמנם נראה דאף שהעליתי דאין יורשי הפועלים נ"ו משום דה"ל כשניהם מסופקים היינו דוקא היכא שציוה לפרוע להחנוני וכיון שהוא בידו וחזקה שליח עושה שליחותו נאמן להעשות ספק על פיו אבל היכא שלא ציוה הבע"ה לפרוע לחנוני רק שע"א מעיד שהוא בעצמו פרע ליורשי הפועלי' ואין עולה על דעתו שום ספק אלא ע"פ העד וכן בשאר מלוה ולוה בכה"ג מסתבר דבכה"ג חייב הלוה לפרוע ליורשי הפועלים וכן ליורשי מלוה אחר דכיון שהלוה יודע ודאי שחייב לו אלא שהספק בא לו ע"פ הע"א י"ל דאין הע"א נאמן שיהיה ספק על פיו ודמיא להיכא דאיתחזק התירא שע"א א"נ לאסור ולהחזיק ספק על פיו ואף למ"ש הש"ך בי"ד סי' קכ"ז ס"ק ט"ו בשם כמה פוס' דע"א נאמן לאסור אף בדבר דאיתחזק התירא מ"מ הכא י"ל כיון דבלא העד חייב לשלם בודאי אלא שמכח העד אתה רוצה לפוטרו לעשות ספק על פיו ואין ע"א קם לממון ודמי למ"ש הרא"ש דאין ע"א מועיל להיות עד מסייע לפטור משבועה היכא דהוי משוי"מ מה"ט דאינו קם לממון ועמ"ש בר"ס ל"ג ועדיין צ"ע:

ג אבל אם מתו הפועלים וכו'. זהו דעת הרמ"ה והטור דחנוני מדינא אף בשבועה אינו נוטל דה"ל כמנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור אלא דחז"ל תקנו כן לכך אף היכא דליכא מאן דמכחיש לחנוני צריך שבועה והש"ך כתב להכריע כשיטת הרמב"ם דחנוני מדינא נוטל אף בל"ש ול"ד למנה לי בידך והלה אומר א"י דקיי"ל דפטור דהא התם גופא סברי רב הונא ורב יהודה דחייב משום דבו"ש ברי עדיף ור"נ ור"י דפטרי התם מפרש טעמייהו משום דאוקי ממונא בחזקת מריה וא"כ דוקא התם שייך לומר כן דאוקי ממונא בחזקת מריה והיכא דקאי קאי ולא תיפוק מרשותיה משא"כ הכא כיון דס"ס האי ממונא תיפוק מרשותיה לא קאי בחזקתו ועוד דבפ"ק דכתובות אמרי' דאף לר"נ ור"י היכא דאיכא חזקה אחריתא נגד חזקת ממון לכ"ע אמרינן ברי עדיף וא"כ הכא דאיכא חזקה להחנוני דודאי פרע דחזקה שליח עושה שליחותו לכ"ע אמרי' ברי עדיף וכסברא זו מפורש בבעה"ת בשם הרב ר"י אבן פלאט ז"ל ומכח סברות אלו השיג הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ד על הרמב"ן והכריע כדברי בעל המאור דהיכא דחנוני ופועלים מכחישים זא"ז והחנוני חשוד על השבועה דנוטל החנוני בל"ש כלל כמו בנ"ו בשטר והוא חשוד דנוטל בלא שבועה כלל ע"ש ולפעד"נ דמה שהכריע הש"ך כשיטת הרמב"ם כאן דבמתו הפועלים דנוטל החנוני בלא שבועה הנכון אתו דהכא לא שייך אוקי ממונא בחזקת

מריה כיון שעכ"פ מחויב הוא לשלם לאחד מהן או לחנוני או לפועלים וא"כ כיון דמתו הפועלים ואין יורשיהם יכולים ליטול מהבע"ה לכך יכול החנוני לגבות ממנו ע"י ברי שלו דלא שייך אוקי ממונא בחזקת מריה כיון דס"ס אין הממון שלו שהוא חייב בודאי לאחד מהן אינו יכול לזכות בממון אחרים מספיקא ודמי למוצא אבידה דמוכח בטור אה"ע סי' ד' והה"מ פט"ו מה' איסורי ביאה דלא שייך גביה חזקת ממון כיון דלאו ממון דידיה הוא וכמו שכתב הב"ש בס"ק נ"ו שם ע"ש וה"נ כיון שחייב זה הממון ודאי לאחד מהן אלא שאינו יודע למי א"כ כשהחנוני טוען ברי אמרינן ברי עדיף כיון שאינו משלם אלא תשלום אחד אך לענין אם חנוני חשוד והחנוני ופועלים מכחישים זה את זה לפנינו שהכריע הש"ך בסי' צ"ב דהחנוני נוטל בל"ש מה"ט דלא שייך אוקי ממונא בחזקת מריה כיון דס"ס יצא הממון מרשותו לא נהירא כלל דכיון דמשלם שני תשלומים ותשלום אחד ודאי הוא מפסיד מביתו בחנם שייך שפיר לומר אוקי ממונא בחזקת מרא וראיה ברורה לזה מהא דפסק הרמב"ם והט"ו בסי' רכ"ב ס"ב בלקח מאחד מחמשה בני אדם וכ"א מהן תובע אותו ואומר אני בעל המקח והוא א"י ממי לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק וע"ש בש"ך סק"ד והרי התם ודאי חייב לאחד מהן וא"כ יתחייב לשלם לכ"א ואחד משום דברי ושמא ברי עדיף א"ו כיון שודאי יפסיד מביתו בחנם שייך שפיר לומר בזה אוקי ממונא בחזקת מריה ומה שהביא הש"ך בסי' צ"ב ראיה מדברי הר"י פלאט והרמב"ם דהכא דהחנוני נוטל בל"ש אין ראיה כלל דהכא אינו משלם אלא תשלום אחד וגם ליכא פועלים דמכחישי ליה וגם איכא חזקה דשליח עושה שליחותו לכך אמרינן ברי עדיף משא"כ התם דמשלם שני תשלומים וגם הבעה"ב טוען ברי שאינו חייב אלא לאחד וגם הפועלים מכחישים ליה בברי א"כ איתרע טענת הברי של החנוני ולא אמרינן גביה ברי עדיף וכיון שהוא חשוד ואינו יכול לישבע אינו נוטל בל"ש ועיין ש"ך ס"ק י"א:

ד מי שהוציא הוצאות וכו' נשבע התובע ונוטל וה"ה בכל מידי דהאי ידע וכו'. והקשה הסמ"ע מהא דלעיל סי' י"ד ס"ה בהגה בהסרבן שהוציאו עליו הוצאות דצריך לברר כמה הוציא וא"נ בשבועה ותי' דשא"ה דההוצאה היתה בע"כ של סרבן משא"כ הכא דהוציא עליו לטובתו והש"ך תי' בשם אביו הגאון ז"ל דשאני הכא שהיה ברשות חבירו מתחילה הימניה חבירו בשבועה משא"כ התם שלא היה ברשות חבירו וסיים הש"ך דנכון הוא ואמת הוא דתי' זה יותר נכון בסברא מתי' הסמ"ע אלא דיש לתמוה טובא ע"ז מהא דכתב הרמב"ם והמחבר בסי' שע"ה ס"ח כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח כמה הוציא ונוטל והרי הדברים שידו על התחתונה הוא שירד לתוך שדה חבירו שלא ברשות בשדה שאינה

עשויה דהא ירד ליטע כמבואר בס"א שם וא"כ היכי שייך לומר התם דהימניה מתחלתו שלא ברשות כלל וכן בסי' קנ"ח ס"ח כתבו הט"ו דאם אין המקיף יכול לברר כמה הוציא ישבע כמה הוציא ויטול ומשמע התם דאף שגדר הניקף אח"כ מ"מ ישבע המקיף כמה הוציא ויטול אף דלא הימניה כלל מתחלתו ועוד יש להקשות דלפי סברת הש"ך דהטעם הוא משום דהימניה מתחלתו א"כ אם מת המוציא ההוצאות אף שיורשים שלו טוענים ברי כך וכך הוציא פשיטא דאינם נוטלים בשבועה משום דלדידיה הימניה ולא ליורשים כמבואר בסי' ע"א לענין נאמנות והרי דין זה דמוציא הוצאות ברשות נלמד מדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו דנשבע כמה הוציא ויטול ובאה"ע סי' פ"ח סי"א מבואר דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומת לא יטלו היורשים כלום והוא מדברי הטור בשם הרמ"ה מטעם דלבעל הוא דתקון רבנן דלהימניה בשבועה ולא ליורשים ואף שהיורשים טוענים ברי א"נ כמ"ש הב"ש בס"ק כ"א שם ולפי דברי הש"ך למה ליה לטעם זה הא הטעם בפשיטות דלדידיה הימניה ולא ליורשיו אך אי משום הא לא איריא די"ל דהש"ך הבין דהתם איירי שאביהם תבע בב"ד ההוצאות ומת קודם השבועה לכך הוצרך לומר משום דלדידיה תקנו דלהימן בשבועה ולא לבריה כמו בשכיר ונגזל שמבואר בסי' ק"ח שאין יורשיהם נשבעין שלא פקדנו אבא ונוטלים ומה שדחקו להב"ש לפרש דמיירי שהיורשים טוענים ברי משום דהוי קשיא ליה דלמה כתב המחבר דין זה שם בשם י"א ובח"מ סי' ק"ח גבי שכיר כ"כ בפשיטות וכמבואר בב"ש במהדורא קמא שם לק"מ דהא מבואר בר"ן ר"פ כל הנשבעין בשם ר"ח דס"ל דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו מדינא שקיל בל"ש אלא דרבנן תיקנו דצריך שבועה וא"כ לדידיה כשמת הבעל נוטלים יורשיו בל"ש כמו בנ"ו בשטר וכמ"ש הש"ך בסי' ק"ח ס"ק כ"ז לענין חנוני שמת ולכך כתב המחבר דין זה בשם יש מי שאומר אולם הקושיא הראשונה קשה טובא להש"ך ואולי הש"ך סבירא ליה דכל היכא שירד לשדה חבירו והשביח והשבח יותר על ההוצא' הסברא נותנת דמהימן כמה הוציא אף היכא דלא הימניה מתחלה משום דהוי קצת כמו א"י אם פרעתיך שהשבח בא ע"י טרחתו ואין אנו יודעים אם הוא נוטל כל דמי הוצאתו ולא הוצרך הש"ך לטעם נאמנות אלא היכא דהוציא ברשות ולא השביח כלל דמ"מ כיון שהימניה מתחלה נאמן וכמו בחנוני שהוא נ"ו אף שאינו ידוע אם נתן כלל להפועלים ובזה ניחא נמי הא דהוצרך הטור באה"ע לתת טעם משום דלבריה לא הימניה דהיינו אף היכא דהשביח מ"מ לא תקנו חז"ל לבריה דלהימן ול"ד לא"י אם פרעתיך משום דאם לא הוציא כמו שאומר אף שבא ע"י טרחתו מ"מ אינו מגיע לו כלום דקרקע של בעל השדה השביח אך לפ"ז היכא שירד לשדה חבירו שלא ברשות ובנה או נטעו

ואח"כ בא בעל השדה והשלים הבנין ושמר הנטיעות דמבואר בסי' שע"ה ס"ג דידו על העליונה ומבואר שם בסמ"ע דלשיטת רש"י ותוס' אף דהוצאה יתרה על השבח נוטל כל ההוצאה אף דלא נהנה כלום א"כ בכה"ג א"נ בשבועה כיון דהוציא שלא ברשות ולא הימניה וגם לא השביח כלל אך מ"מ אכתי י"ל כיון דהשביח קצת עדיף טפי וכמו שנראה מדברי הר"ן בר"פ כ"ה בשם ר"ח שתי' הא דלא חשיב התם מוציא הוצאות על נכסי אשתו בכלל שאר הנשבעין ונוטלין משום דלא חשיב אלא אותן שמן הדין אף בשבועה לא היו נוטלין אבל המוציא הוצאות מדינא שקיל בל"ש דברי ושמא הוא דכיון שהוציא ברשות והשביח מהימן אלמא אף דמוציא הוצאות על נכסי אשתו נוטל אף ההוצאה היתרה על השבח כמ"ש הב"ש בסי' פ"ח שם אפ"ה מעליותא הוא מה שהשביח קצת לענין שיהיה נ"ו וא"כ י"ל דאף הש"ך ס"ל כן רק דהוצרך לטעם נאמנות אף היכא שאינו ידוע אם השביח כלל כמו בחנוני ותמיהני מסתימת הש"ך בזה אמנם בעיקר הדין המבואר באה"ע סי' פ"ח דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו ומת דאין יורשי הבעל נ"ו ומסתימת לשון הט"ו משמע בין אם היורשים באים בטענת אביהם שאמר שהוציא כך וכך ובין שהם בעצמם טוענים ברי כמה הוציא בכל גווני אין נשבעין ונוטלין צ"ע לדינא כיון שהטור בשם הרמ"ה כתב הטעם משום דלדידיה תקנו רבנן דלהימן בשבועה ולא לבריה משמע דס"ל דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו תקנת חכמים הוא ומדינא לא שקיל כלל וא"כ לפמ"ש הר"ן בר"פ כ"ה בשם ר"ח דהמוציא הוצאות על נכסי אשתו מדינא שקיל בל"ש דברי ושמא הוא אף דבעלמא קיי"ל דלא אמרינן ברי עדיף הכא כיון שהוציא ברשות להשביח שקיל ונאמן מדינא בל"ש אלא שחז"ל החמירו עליו לישבע עכ"ל וא"כ כיון דמדינא שקיל בל"ש היכא שמת ראוי שהיורשים יטלו בשבועת היורשים כמו בנ"ו בשטר ומת וכמ"ש הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז"ך בחנוני לשיטתו ע"ש אמנם נראה דאף לשיטת ר"ח וכן בחנוני לשיטת הש"ך היינו דוקא כשהמוציא ההוצאות וכן החנוני תבעו לשכנגדם בב"ד לפני מותם ולא הספיקו לישבע עד שמתו בכה"ג היורשים נוטלים בל"ש כיון דמדינא א"צ שבועה כלל אבל אם לא תבעו בב"ד רק שהיורשים אומרים כך פקדנו אבא אינם נוטלים כיון דהטעם דמוציא הוצאות ברשות וכן החנוני נוטלים מדינא בל"ש לשיטת אלו הוא משום דברי ושמא ברי עדיף א"כ בכה"ג שאין היורשים יודעים בעצמם בברי אלא שטוענים כך פקדנו אבא לא מיחשב כברי כדאמרינן בפ' יש נוחלין דף קל"ה למ"ד ברי ושמא ברי עדיף הא דקתני התם האומר זה אחי א"נ להורישו עם שאר האחין בירושת אביהן אף דשאר האחין אינם יודעים אם אחיהן הוא ל"א ברי עדיף משום דכמנה לאחר בידך דמי ואין טענתו טענת ברי ומסוגיא זו הוכיח הרמב"ן

הביאו הר"ן בפרק ש"ה גבי מנה לאביך בידי והבעה"ת בשער ל"ו דבאומר אמר לי אבא מנה לי בידך והלה מודה במקצת דפטור משבועה משום דחשיב טענת ספק כמבואר בסי' ע"ה סכ"ח וא"כ ה"נ לא מיחשב טענת היורשים טענת ברי לומר בהו ברי עדיף להוציא ממון מכנגדן ולפ"ז אף ביורשי הפועלים לפמ"ש בסק"ב דבעינן בהו טענת ברי בדוקא אם טענו כך פקדנו אבא וכן בשאר חוב אי טוען אמר לי אבא מנה לו בידך והלה אומר א"י אם פרעתיו פטור הנתבע דכיון שטוען מפי האב לא מיחשב טענת ברי והוי כטוענים שניהם שמא דפטור הנתבע אך לאחר העיון נראה דיש לחלק בין האי דהכא להההוא דזה אחי דב"ב דשאני התם כיון דזה האח הבא ממד"ה אינו טוען ברי אינו יכול להוציא משאר האחים ע"פ טענת הברי של זה שאומר זה אחי כיון שבעל הממון בעצמו א"י והאח האחר שטוען ברי לאו בע"ד דשאר האחים הוא כמ"ש רשב"ם שם לכך אינו יכול להוציא ע"י טענתו משא"כ ביורשים שטוענים כך פקדנו אבא אף שהם אינם יודעים האמת מ"מ כיון שהם באו מכח אביהם והמה יורשים זכות אביהם וא"כ כיון שלפי דבריהם שאביהם פקד כך מגיע ממון לאביהם דברי עדיף ונאמן הוא בכך א"כ טענתם הוי טענת ברי מעלייתא שהם טוענים אנחנו יודעים שאתה חייב ממון לאבינו ואנו יורשים זכותו והא דהוכיחו הרמב"ן והבעה"ת מסוגיא דב"ב לענין ש"ד באומר אמר לי אבא דלא מיחשב טענת ברי אף שהבן יורש זכות האב י"ל דשאני התם לענין שבועה דלא שייך לומר דיורש זכות האב דהא אכתי לא נתחייב שבועה כלל לאביהם דהא בי דינא הוא דרמי שבועה על הנתבע וגם בעינן תביעה קודם להודאה לפני ב"ד דוקא וא"כ כיון שאתה רוצה לחייבו שבועה ע"כ משום טענת היורשים גופה אתה רוצה לחייבו לזה הוכיחו שפיר מסוגיא דב"ב דטענת ברי של אחר לא חשיב ברי וה"ה לענין שבועה נמי משא"כ בממון שמחויב לשלם ע"י טענת ברי כיון שטוענים היורשים שאביהן טען ברי א"כ הם אומרים שנתחייב ממון לאביהם והמה יורשים זכותו ועוד י"ל והוא יותר נכון דבשבועה ל"ש כלל לומר שהבנים יורשים זכותו דהא הוא דבר שאין בו ממש ואין בו תורת ירושה כמבואר בס"ס רע"ו בהגה דאין היורשים יורשים דברים שאין בו ממש ע"ש וא"כ ע"כ השבועה אינה באה אלא ע"פ טענת עצמם שהם תובעים ממון שהוא חייב לאביהם לזה הוכיח הרמב"ן שפיר מסוגיא דב"ב דטענת ברי ע"י אחר לא מיחשב ברי משא"כ לענין ממון אמרינן שפיר דהבנים יורשים זכות וממון של אביהם ובאמת לפ"ז יש לידון בדבר החדש בכל שבועת מודה במקצת שנתחייב לחבירו ומת התובע כיון שאין השבועה בכלל ירושה כיון שאין בו ממש א"כ כשהיורשים תובעים לנתבע לא הוי רק כמו אמר לי אבא שמבואר בסי' ע"ה סכ"א דפטור מש"ד ולקצת פוסקים

אף מהיסת וזה נכון ותבנא לדינא דנראה דלענין ממון כשאומרים היורשים כך פקדנו אבא דמיחשב כטענת ברי וטענה מעלייתא היא להיות זוכים בממון ע"פ טענתם אך מ"מ מדברי התוס' בפ' המדיר דף ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך והרמב"ן והר"ן שם משמע איפכא דפירשו התם דבכתובת אירוסין אינו מועיל טענת הברי של הבת להאב שיזכה האב בממון דכמנה לאחר בידך דמי כיון שהממון שייך לאבי' והרי התם האב בא מכח הבת דכל שבח נעוריה לאביה ואפ"ה לא מיחשב לברי שיזכה האב בממון מכח בתו ודוחק לומר דהבת אינה נחשבת כלל בע"ד של הבעל כיון שהממון שייך לאביה מ"מ כיון שעיקר החיוב הוא להבת והכתובה נכתבת על שמה אלא שהאב זוכה מכחה מתקריא היא בע"ד של הבעל ואפ"ה לא מיחשב ברי שלה שיזכה האב מכחה וא"כ ה"נ ביורשי חנוני ופועלים שבאים בטענת אביהם לא מקרי טענת ברי שיזכו הם מכח אביהם וטענת ברי שלו ועדיין צ"ע וישוב בכ"ז ודוק

ה נשבע האי דידע. בתשובת הרב רמ"א סי' פ"ו דף מ"ח כתב גבי שותפין דכיורד ברשות דמי וז"ל ונראה דכ"ז לא איירי אלא בדידעינן שהועיל לחבירו כגון ששיבח קרקע שלו אבל אם לא ידעינן שהועיל א"נ לומר שירד ברשות או שהועיל לו דדילמא משקר בכולו דאל"כ לא שבקית חיי לכל בריה דכל אחד יאמר שירד ברשות ושהוציא הוצאות וכ"כ המרדכי בפ' האשה שנפלו וכו' ומשמע שם דאם האשה מכחישתו אינו נ"ו כ"ש במקום שאומרת דילמא לא הוציא כלום ומשקר בכולו והוי דומיא דאיני יודע אם אני חייב לך דפטור עכ"ל ודבריו נכונים בסברא אלא דיש להקשות ע"ז מדברי הה"מ פ"ג מה' שכירות ד"ז שכתב על מ"ש הרמב"ם שם רועה שטוען הצלתי ע"י רועים בשכר נ"ו מה שטוען שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן ויכול היה לומר נטרפה וישבע בנק"ח כדין כל הנשבעין ונוטלין וכתב עליו הה"מ וז"ל רועה וכו' זה כלל לכל המוציאין ברשות שהן נ"ו וכ"כ ר"ח ז"ל בכתובות גבי מה ששנינו המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול מהא שמעינן דכל היכא דאיהו ידע והאי לא ידע נשבע האי דידע ושקיל וה"מ בעושה ברשות עכ"ל והרי התם לא ידעינן כלל אם השביח דדילמא משקר בכולו שלא נפלו עליו הזאבים כלל ולא הציל כלל ואפ"ה מיחשב כיורד ברשות ואפשר דהה"מ מיירי כגון שידוע שהציל בהמות חבירו ע"י רועים אלא שאינו ידוע אם היה בשכר או בחנם לכך בכה"ג כיון שודאי הועיל לחבירו מיחשב כיורד ברשות כיון שמצוה להציל אבל היכא שא"י אם הציל כלל א"נ לו' שהציל ובזה יש ליישב ומה שתמוה מאוד על הה"מ דהא הרמב"ם כתב הטעם משו' מיגו דנטרפה משמע דהיכא דאיכא עידי ראה דליכא מיגו א"נ ולמה הוסיף הה"מ טעם מדעתו דהוי כאלו הוציא ברשות ועוד קשה

אגופא דדינא לפי מה שהעלה הש"ך בס"ס פ"ט בשיטת הרמב"ם דכל הנ"ו היכא דתפיס משכון ויש לו מיגו דלהד"ם או החזרתי דנאמן בשבועת היסת ופטור משבועת הגאונים וא"כ הכא דמיירי בדליכא עדי ראה מדכתב ויכול היה לומר נטרפה וא"כ אית ליה מיגו דהחזרתי ולמה ישבע בנק"ח הא אף בלא המיגו הי' נ"ו משום דהוי כיורד ברשות ומחמת המיגו יהיה נאמן בהיסת לבד ולפמ"ש ניחא די"ל דהרמב"ם מיירי כשא"י אם הציל כלל לכך הוצרך לטעם מיגו והה"מ הוסיף מדעתו דאם ידוע שהציל מהימן אף היכא דליכא מיגו משום דהוי כיורד ברשות ובתשובת מוהרי"ט חח"מ סי' פ"ג ראיתי שעמד על דברי הה"מ על מה שהוסיף טעם מדעתו ופי' דמ"ש הרמב"ם ויכול היה לומר נטרפה לאו מטעם מיגו אתי עלה אלא דל"ת דמאי מוציא ברשות הוא הא לא היה אלא שומר בעלמא לזה כתב דעד כדי דמיו הימניה מעיקרא כשהפקיד אצלו דהא היה יכול לומר נאנסה והוי כמו שליש דנאמן משום דהימניה והוי כמוציא ברשות אלו דבריו ז"ל וא"כ לפ"ז אף באיכא עידי ראה דליכא מיגו נאמן הרועה מטעם דהוציא ברשות אך לפ"ז קשה לשיטת הש"ך בס"ס פ"ט למה צריך שבועה בנק"ח כיון דאיכא נמי מיגו דהחזרתי ליפטר בהיסת ואפשר לומר דהרמב"ם מיירי בדאיכא עידי ראה דוקא דליכא מיגו ועי"ל בדרך נכון יותר דהרמב"ם קאי על מ"ש בדין הקודם לזה ברועה בשכר דחייב להציל בשכר והנה שומר בשכר שנאנס הפקדון נאמן בשבועה ליטול שכרו כמבואר בפ' הזהב דף נ"ח להדיא דמוקי התם מתניתין דבני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו דהיינו בליסטים מזוין ונשבעין כדי ליטול שכרן ע"ש וא"כ לפ"ז שומר בשכר יכול להציל הבהמה עד כדי דמיה חוץ מדמי השכירות דהא אף אם לא יציל אותה אכתי יהיה נאמן ליטול שכרו בשבועה וא"כ מחויב להציל עד כדי שווי הבהמה חוץ מדמי השכירות דהא ס"ס יפסיד המפקיד דמי השכירות וא"כ לפ"ז ברועה שטוען שהציל עד כדי הבהמה עצמה חוץ מדמי השכירות לית ליה מיגו דהחזרתי אף היכא דליכא עידי ראה דהא אי יטעון החזרתי לא יהיה נאמן ליטול שכרו דהא המפקיד יכחישנו בברי שלא החזיר לו הפקדון כלל וא"כ ליכא אלא מיגו דנאנסו שהיה נאמן אף ליטול דמי השכירות ולכך חייב ש"ד כמו בנאנסו גופה ובזה ניחא הא דנקט הרמב"ם מיגו דנאנסו שהיא מילתא דלא שכיחא וגם לא מהני במקום שיש רועים ולא נקט מיגו דהחזרתי דעדיפא ומהני בכל גווני ולפמ"ש ניחא וזה נכון אך כ"ז לשיטת מוהרי"ט אבל לפי דברי הרב רמ"א בתשובה שהבאתי הדין הוא להיפך דבאיכא עידי ראה לא מהימן דלא הוי כמוציא ברשות כיון דלא ידעינן אם הועיל כלל והרמב"ם מדין מיגו אתי עלה כפשטא דמילתא וכ"כ הסמ"ע בסי' ש"ג סק"ח וכן נ"ל עיקר לדינא דלשיטת מוהרי"ט כל שומר נאמן לומר שנאנס הפקדון והצילו עד כדי דמיו

אף בדאיכא עידי ראה וכן בשותף נמי דכיורד ברשות הוא ובסי' קע"ט משמע איפכא דכתבו הט"ו שם בשותף דהאי אייתי זוזי והאי אייתי זוזי וזבני בהו עיסקא ולא ידיע כמה אייתי כל חד ולבתר יומא נפיק האי עיסקא מידא דחד ואמר תרי תילתא דידי ותילתא דחבראי לא מהימן היכא דאיכא עידי ראה דליכא מיגו דהחזרתי ומשמע דרא' מהני קודם שבאו לב"ד כמו בכל דוכתי ואמאי א"נ במיגו דאי בעי אמר שנאנס קודם לכן והצילו בכך וכך שהיה נאמן בשבועה דהוי כיורד ברשות וכן בסי' ס"ד גבי מי שהפקידו אצלו שטרות דא"נ לומר משכון הן בידי מבואר שם בט"ו דמיירי שיש עדים שהפקידו בידו וגם יש עדים שראום עתה בידו דהיינו קודם שבא לב"ד דאל"כ נאמן במיגו דנאנסו ואכתי יהיה נאמן במיגו שנאנס מידו קודם לכן והוציא עליה עד כדי דמיהן א"ו כל היכא דליכא מיגו לא מהימן שוב ראיתי בריטב"א ס"פ הפועלים שהביא דברי הרמב"ם ופי' דבריו שמדין מיגו הוא ודוקא בדליכא עידי ראה אבל בדאיכא עידי ראה לא מהימן וע"ש: והחנוני נתן להם וכו'. עיין בט"ז שכתב ונראה פשוט דהיינו דוקא באומר בעה"ב תן מה שצריכים כמ"ש המחבר לפני זה דאי לא אמר כן בעה"ב יאמר הפסדת בעצמך שהיה לך לשאול אותי כמה תתן משא"כ כשאומר תן מה שצריכים הוי כאומר כל מה שאומרים הם נאמנים ובבעה"ת מבואר שיש קצבה לבע"ה עם הפועלים רק שלא גילה הדבר לחנוני ואמרינן דה"ל לבע"ה לפרש לחנוני מה יתן לו וכיון דלא פריש אפסיד אנפשיה וכאלו קיבל עליו כל מה שיאמר הפועל דניתיב ליה באגרא ע"כ נראה דהיינו על דרך מ"ש עכ"ל הט"ז ולא ידעתי מנ"ל להוציא הדברים מפשטן כי הסברא נכונה דאף אם בע"ה אומר לחנוני סתם כשיבואו הפועלים אצלך תתן להם שכרן והוא נתן להם יותר ממה שהיה בדעתו מ"מ כיון שלא פירש לחנוני כמה יתן להם הרי תלה הדבר בדעתו ויכול החנוני לומר בהכי אמדתיך שתתן להם וחייב לשלם לחנוני ויש לדמות דין זה להא דאיתא במתניתין דתרומות והובא בש"ס ר"פ האיש מקדש האומר לשלוחו צא ותרום תורם כדעת בע"ה ואם אינו יודע דעת בעה"ב תורם בבינונית אחד מחמשים פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה אלמא אף שבע"ה אומר שלא היה בדעתו כן מ"מ כיון שלא פירש להשליח השיעור של התרומה יכול לומר לו להכי אמדתיך ולא אמרינן דהשליח היה לו לשאול לבעל הבית אלא כיון שלא פירש לו השיעור תלה הדבר בדעתו כמו שכתבו התוספות שם ובב"מ דף כ"ב וא"כ ה"נ כיון שאין שכירות פועלים קצובין והבעה"ב אמר בסתם תן להם שכרן יכול החנוני לומר בהכי אמדתיך ואף היכא שהיה לבע"ה קצבה עם הפועלים מ"מ כיון שאמר לחנוני סתם תן להם שכרן ניכר הדבר שהאמינם והחנוני יכול לומר בהכי אמדתיך והאמת אתם ואף שיש לדחוק ולחלק מ"מ

כן נראה עיקר אך מ"מ אם נתן להם כ"כ מעות שאין דרך ליתן לפועלים עבור מלאכה כזו בזה הדין עם הט"ז דהוי כמו אם תרם מן היפות שאין תרומתו תרומה מה"ט כמ"ש התוס' שם ע"ש:

ז ונתן לו והרי הפירות מונחים בר"ה. כן הוא לשון הרמב"ם וכתב עליו הה"מ פירוש שהגביהן הלוקח והניחן בר"ה עכ"ל ובאמת מסתימת לשון הרמב"ם והמחבר לא משמע כן וכ"כ התוי"ט דמדברי הר"ן והרע"ב משמע דאף שלא הגביהן הלוקח מ"מ כיון שהחנוני מודה שנגמר המקח ביניהם הלוקח נשבע ונוטל וכן מוכח מדברי הש"ך שהשיג על שיטת הרמב"ם דבפירות צבורים ומונחים נימא אוקי הפירות בחזקת מרא קמא כדאמרינן בפ' השואל גבי המחליף פרה בחמור ואי אמרת דמיירי שהגביהן הלוקח א"כ קנה אותם הלוקח ובחזקת הלוקח קיימי וכמ"ש הש"ך עצמו לשיטת הרא"ש דמיירי שמדד החנוני לכליו של בעה"ב דאי אמר לו המוכר קני בכלי זה ה"ל הלוקח מוחזק ע"ש א"ו דסתימת לשון הרמב"ם והמחבר משמע דאף שלא הגביהן הלוקח חשיב מוחזק כיון שנגמר פסיקת הדמים ביניהם אך לפ"ז יש להקשות דברי המחבר אהדדי דבסי' קצ"א ס"ד כתב קנה קרקע בדמים ידועים והמוכר אומר לא קבלתי הדמים והלוקח אומר כבר נתתי אם הוא מקום שנותנים מעות ואח"כ כותבים וכתוב בשטר שהודה שקיבל הלוקח נאמן עכ"ל הרי להדיא שאם המנהג לכתוב שטר קודם נתינת המעות אף שהשטר ביד הלוקח אין הלוקח נאמן לומר פרעתי משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת וא"כ ה"נ בפירות כיון שהן צבורים ומונחים בר"ה כקרקע דמי ואמאי נאמן לומר פרעתי ולא נוקי הפירות בחזקת בעליהן בשלמא להה"מ ניחא די"ל דהכא כיון שהגביהן זכה בהן הלוקח וחשיב מוחזק משא"כ התם גבי קרקע אף דאיכא שטרא מ"מ כיון שאינו זוכה בקרקע ע"פ שטר בלא נתינת הדמים לא חשוב מוחזק וכמ"ש בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' קנ"ב לפרש דברי רב האי כן ע"ש אבל לפי מ"ש דהכא מיירי אף שלא הגביהן הלוקח מ"מ חשוב הלוקח מוחזק כיון שנגמר המקח ביניהם בפסיקת דמים קשה וצ"ל דהכא במטלטלין עדיף טפי כיון שאין דרך החנוני להוציא הפירות מחנותו בלא דמים וגם הוא מודה שנגמר המקח ביניהם לכך מהימנינן ליה להלוקח וכ"כ הבעה"ת בשער ז' להדיא וז"ל דכיון דחנוני מודה דזבין ליה הני פירי דקיימי קמי חנותיה בר"ה אלא דתבע מיניה דמיהן והואיל ונפקי מחנותיה ולאו אורחייהו בכך עד דפרעי ליה פריטי לפיכך ישבע בעל הבית ויפטר מדמי המקח ואף יטול את הפירות עכ"ל הרי דכתב שני הטעמים יחד וכן נראה מדברי הטור לפי פי' הב"י ע"ש ולפ"ז בסחורות כבדים המונחים תמיד בר"ה והחנוני מודה שמכר אלא שלא קיבל הדמים והלוקח אומר שכבר נתן הדמים בכה"ג

המוכר נאמן דהוי כקרקע ואוקי ממונא בחזקת מרא קמא אך היכא שהמוכר מודה שהלוקח קנאה באחד מדרכי ההקנאה וכעין מ"ש הה"מ בכה"ג הלוקח נאמן לומר שכבר פרע הדמים ול"ד לקרקע שאינו נקנה בשטר בלא נתינת הדמים אך מ"מ אף בכה"ג וכן לשיטת הה"מ דמוקי מתניתין בהגביהן אכתי קשה מקרקע לפי מה דמבואר בסי' ק"צ סי"ז דמטלטלין שוה לקרקעות בזה דהיכא דעייל ונפיק אזוזי אף שמשכן והכניסן לביתו לא קנה וא"כ הכא שהמוכר והלוקח מכחישין זא"ז בנתינת הדמים אין לך עייל ונפיק אזוזי יותר מזה ולפי דברי המוכר עדיין לא קנה הלוקח המטלטלין כלל וא"כ מוקמינן להו בחזקת מרא קמא דהוי כמו קרקע שאין הלוקח בשטר נאמן לומר פרעתי וצ"ל דלפי שיטת הה"מ מיירי מתניתין שזקפן במלוה דבכה"ג קנה הלוקח אף בעייל ונפיק אזוזי דמלוה בעלמא הוא אבל בלא זקפן במלוה אף שהחזיק באחד מדרכי הקניה מוקמינן להו בחזקת מרא קמא וכן לדידן בדבר שדרכן להיות מונחים תמיד בר"ה ג"כ דינא הכי כנ"ל אך כ"ז לפי שיטת רב האי דבקרקע אין הלוקח נאמן לומר פרעתי כיון שעדיין לא קנה בשטר אבל לפי שיטת הרשב"א דאף בקרקע חשיב הלוקח מוחזק כיון שיש שטר בידו אף שעדיין לא נגמר הקניה וכמ"ש בתשובת מוהרי"ט שם א"כ ה"נ בכה"ג אם הלוקח קנה באחד מדרכי הקניה נאמן לומר פרעתי ובאמת הרב רמ"א לקמן בס"ס רל"ח פסק כהרשב"א שלוקח נאמן לומר פרעתי המעות אם קנה בשטר וכמבואר בב"י שם בשם תשובת הרשב"א ומה מאוד תמיהני על הרב רמ"א דסתם בס"ס קצ"א כהמחבר שם שדבריו אינם עולים אלא לפי שיטת רב האי וכמ"ש בתשובת מוהרי"ט שם באריכות והאמת אתו ע"ש וצע"ג:

צב

א אחד שבועת העדות. כתב הסמ"ע דבעינן שנעשה המעשה בזמן קרוב שלא יוכל לומר שכחתי והש"ך חולק עליו שזה הוא דעת הר"ן בפכ"ה אבל הרשב"א שם חולק וס"ל דבכל ענין אינו יכול לומר שכחתי וכן מוכח להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י והסמ"ע בסי' ל"ד ס"ק י"ג והנה התוס' בפ' שבועת הפקדון כתבו אהא דבעי הש"ס התם הזיד בשבועת הפקדון והתרו בו מהו אי חייב מלקות או קרבן או שניהם והקשו שם רש"י ותוס' אמאי לא בעי לענין שבועת העדות והתרו בו אי חייב מלקות ותירצו התוס' משום דאי אפשר לידע לעולם אם הן מזידין שיכולין לומר שכחנו א"כ מוכח דלענין שבועת העדות י"ל שכחתי אך י"ל לענין מלקות שאני דבעינן התראה דוקא שיהיה בודאי מזיד גמור אבל לפוסלו לעדות גרע יותר דלא בעינן התראה כדלעיל סי' ל"ד סכ"ד אך מכל

מקום נראה להביא ראיה מדחזינן דאף לענין קרבן מצי למימר שכחתי דהא בכריתות דף נ"ב ע"ב אמרינן אמר אביי מודה ר"מ לחכמים שאם אמרו לו שנים אתה יודע בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי בעדות והנה לא מצינו בשום דוכתא דעדים צריכים שיכוונו לעדות דוקא ואדרבה בסי' ל"ו ס"א מבואר להדיא דאף מי שלא כיון להעיד עדותו כשרה ועוד דא"כ עידי הזמה היכא משכחת לה הא עדים דמזמי להו ואמרו עמנו הייתם במקום פלוני בודאי לא נתכוונו לשום עדות בשעה שהיו עמהם ואמאי מהימני א"ו לא בעינן כוונה לעדות והא דקאמר אי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות היינו כיון שלא נתכוין בעדות מצוי יותר השכחה ויכול לומר שכחתי העדות וא"כ כיון דלענין קרבן מהימני לומר שכחנו ה"ה לענין לפסול לעדות ולשבועה דמה"ת נחלק ביניהם והנה בס' ברכת הזבח שם הקשה דלמה לא אמר הש"ס דמצי למימר שכחנו כמ"ש התוס' גבי הזיד בשבועת העדות ולדעתי הדבר פשוט שזה הוא באמת כוונת הש"ס ושוב מצאתי בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' י"ד דפשוט בעיניו כוונת הש"ס משום דיכול לומר שכחתי והנה בתוס' ישנים שם ראיתי שכתבו מכאן אמר רבי ודן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לעדות אין בעדותן כלום והוא תימה גדולה שלא נזכר זה בשום פוסק ואדרבה בסי' ל"ו ס"א מבואר להיפך וגם תימה מעדים זוממין ובאמת משמע מלשונם דמחלקים בין עדים שראו המעשה בעצמם ובין ששמעו דברים מבעלי דבר דהיינו עידי הודאה דבכה"ג בעי כוונה דוקא אך מ"מ בטור ומחבר סי' פ"א ס"ט בשם הרמ"ה משמע להדיא דאף עידי הודאה לא בעי כוונה להעיד וגם האיך לא אשתמיט בשום דוכתא בש"ס לאשמועינן מילתא חידושא כזה להדיא א"ו העיקר כמ"ש אך מ"מ יש לדחות ולחלק בין חיוב קרבן ובין לפוסלו לעדות ולשבועה די"ל דלענין חיוב קרבן מהימן לומר שכחתי כדי שלא להביא חולין לעזרה משא"כ בפסול עדות ודוחק ובחידושי אמרתי לתרץ קושית רש"י ותוס' הא דלא בעי בפ' שבועת הפקדון לענין הזיד בשבועת עדות והתרה בו מהו בדרך נכון מאוד והוא דבפחז"ה ולעיל בס"ס ל' אמרינן לענין שתי שערות דשנים אומרים אחת בגבה ושנים אומרים אחת בכריסה לא מהני משום דע"פ שני עדים יקום דבר כתיב ולא חצי דבר והכא חצי דבר הוא דכל כת וכת אינו מועיל עדותו לבד והקשה הרי"ף שם מ"ש מעדות ג' שני חזקה דמנהני אם העידו ג' כיתות אשלש שנים ותירץ דשאני התם דכל כת וכת מועלת עדותן בפ"ע לאפקועי פרי מזה שאכלן ולכך כיון דמהני לענין פרי מהני נמי לענין חזקה דאדבר שלם קמסהדי ותירוץ זה תפסי לעיקר הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' קמ"ב והמחבר שם בסי"ב כמ"ש הב"ש שם וא"כ לפ"ז ניחא דלכך לא בעי הש"ס לענין

הזיד בשבועת העדות והתרו בו משום דע"כ אלו העדים המכחישים אותם לא היו בשעה שנשבעו העדים דהא הכופר בממון שיש עליו עדים ואיתנייהו קמן פטור לכ"ע וכמ"ש התוס' בפ' ש"ה דף ל"ג וכמ"ש אא"ז מוהרש"א ז"ל בשיטת רש"י וא"כ ע"כ לא משכחת לה אלא כשבאו עדים אח"כ ואומרים שאותן עדים שנשבעו שאינם יודעים לו עדות היו עמהם וראו אותו העדות ביחד וא"כ לכך בשבועת העדות לא מצי הש"ס למבעי מידי משום דאף דעדים מעידים עליהם שראו אותו עדות ביחד אין תועלת כלל בעדותן לבד דלענין מה נ"מ מה שידעו העדים דבר העדות דבמה שלא העידו כבר אינן נפסלים וגם בלא תביעת הבע"ד א"צ להגיד כלל לפי דעת הב"י והסמ"ע בר"ס כ"ח וגם אותן העדים שמעידים עליהם שנשבעו לפניהם נמי אינו דבר כלל דדילמא האמת כן הוא שאינם יודעים אלא דכי מצרפינן שני הכיתות אהדדי הוי עדות שלם שעברו על שבועת עדות וא"כ כל כת מעידה על חצי דבר ולא מצטרפי אהדדי ואין לוקין ע"פ עדותם משא"כ בשבועת הפקדון בעי הש"ס שפיר דהא בב"ק דף ע' אמרינן דגנב ע"פ שנים וטבח ומכר ע"פ שנים אחרים משלם ד' וה' ולא הוי חצי דבר משום דעידי גניבה לא צריכי לעידי טביחה ואף שעידי טביחה צריכי לעידי גניבה מ"מ הוי דבר שלם כיון דעידי גניבה לא צריכי להו דומיא דעידי קדושין ועידי ביאה ע"ש וא"כ ה"נ כשבאו עדים ומעידים שהזיד בפקדון והפקדון אצלו הוא אף שלא היו בשעת השבועה מ"מ מעידים דבר שלם שחייב לשלם לבעל הפקדון את פקדונו וא"כ כשבאו עדים אח"כ להעיד שנשבע לפניהם על פקדון זה לוקה על ידיהם כיון שהעדים הראשונים לא צריכי לעידי השבועה אף דעידי השבועה צריכי להו עדות שלם הוא ומצטרפי אהדדי ולוקה על ידיהם וא"ש אולם התוס' לשיטתייהו אזלי דכתבו בפחז"ה דלכך גבי שני חזקה לא מיחשב חצי דבר משום דבשנה זו לא היו יכולין לראות יותר וא"כ ה"נ בשבועת העדות הוי דבר שלם אבל לשיטת הרי"ף שם והטור באה"ע סי' קמ"ב בשם הרמ"ה והמחבר שם א"ש בלא"ה דלא מצי למיבעי בשבועת העדות מידי דפשיטא דלא לקי דהוי חצי דבר וזה נכון בס"ד. ובזה יש לתרץ ג"כ הסוגיא דכריתות הא דאמרינן באמרו לו שנים אתה יודע בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי נאמן משום דאי בעי אמר לא נתכוונתי בעדות והקשיתי דלא מצינו בשום דוכתא דבעינן כוונה לעדות דוקא ולפמ"ש ניחא דהנה יש להקשות דת"ל דהעדים לא מהימני דהוי חצי דבר אך י"ל דמשכחת להאי דינא כשהעדים קרובים להמלוה ולא להעדים והעדים היו בשעת השבועה דלענין הממון לא הוי מהימני אבל לחייב את העדים קרבן או מלקות מהימני דפלגינן דבורייהו והכא עדיף טפי שאין מעידין כלל לענין הלואה אלא לענין העדים לחייבן קרבן או מלקות וכן הוא דעת כמה גדולים בחידושי הר"ן

בפ' שבועת הפקדון וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם וכן מוכח משיטת הר"י בטור וש"ע סי' ל"ד סכ"ז ע"ש אך עדיין קשה כיון דלא משכחת לה אלא בשהעדים קרובים למלוה ת"ל דבלא"ה פטור מקרבן שבועת העדות כיון שראו העדות ביחד א"כ ה"ל נמצא אחד מהן קרוב או פסול דעדותן בטילה אפילו בראיה לחודא לשיטת הרמב"ם וש"פ בסי' ל"ו וא"כ אף אלו העדים נפסלו ושבועת העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד אך זה ליתא דמשכחת לה שהני עדים שבאו להעיד עליהם שראו העדות ביחד לא כיונו להעיד אלא שבאו למיחזי ובכה"ג לא נתבטל עדות הכשרים וחייבין קרבן שבועה והנה הש"ך בר"ס ל"ו כתב דאם כולם למיחזי אתו אם נמצא בהן קרוב או פסול כל העדות בטילה אלא דכשהקרוב אתי למיחזי נתקיים העדות בהכשרים שנתכוונו להעיד ע"ש ולפ"ז י"ל דהכי הוא כוונת הש"ס כיון דהאי דינא לא משכחת לה אלא כשהעדים קרובים למלוה דוקא א"כ אית להו מיגו לאותן עדים שנשבעו דאי בעי אמרו לא נתכוונו בעדות וא"כ אף שאלו הקרובים ג"כ לא נתכוונו לעדות מ"מ בטילה כל העדות ופטורין מקרבן שבועת העדות ובזה ניחא נמי הא דלא בעי הש"ס לענין שבועת העדות בהתרו בו לענין מלקות דא"כ יצטרך למיבעי בעדים קרובים למלוה ורחוקים מהעדים והם אתו למיחזי ויודעים שאותן העדים שכפרו אתו לאסהודי בעת ראיית המעשה וזה הוא רחוק במציאות לכך בעי בפשיטות בהזיד בשבועת הפקדון דמשכחת לה בכל גווני שבאו אלו עדים המכחישים אותו אח"כ וא"ש וזה נכון בפירושא דשמעתא וא"כ לפ"ז אין להוכיח מסוגיא זו דמצי למימר שכחתי אמנם פירוש זה לא יתכן אלא לפי שיטת הפוסקים דנמצא אחד מהן קרוב או פסול נפסל כל העדות בראיה לחודא אבל לפי שיטת הפוסקים דבעינן ראיה והגדה לא יתכן פי' זה וע"כ צ"ל דכוונת הש"ס הוא משום דמצי למימר שכחתי וכן משמע פשטא דסוגיא דכריתות ודלא כהתוס' ישנים שם ויוצא לנו מזה לדינא דהא דנפסל בעובר על שבועת העדות לא משכחת לה אלא כשהעדים היו לפנינו בשעת השבועה והיו קרובים למלוה או ללוה אבל אם לא היו בשעת השבועה אינם נאמנים דהוי חצי דבר לשיטת רוב הפוסקים חוץ משיטת התוס' דלדידהו הוי דבר שלם אבל בשבועת הפקדון בכל גווני פסול כשבאו העדים לבסוף וכן בשבועת העדות כשהעדים היו בשעת שבועה ואינם קרובים להבע"ד אם נשבע מפי עצמו חייב משום שבועת ביטוי וכן אף בלא עדים כלל אם הודה מעצמו שעבר על שבועת העדות שכנגדו נ"ו אם רוצה כדלקמן ס"ה וז"ב:

ב וי"א דדוקא בשבועה דלשעבר. הכנה"ג הביא בשם כמה פוסקים דכיון דהוי ספיקא דדינא מספיקא לא מפקינן ממונא ופטור הנתבע בל"ש ולפע"ד נראה להיפך כיון דאין

הספק בגוף השבועה דהא חייב ש"ד בודאי אלא דהספק הוא אי מצינן להשביעו דהא אי הוא חשוד אסור להשביעו אף שהתובע רוצה כמבואר בס"א וא"כ כיון דהוא חייב ש"ד בודאי ואינו יכול לישבע משלם דהא התוס' בפ"ק דמציעא והרא"ש בפ' כ"ה כתבו הא דחשוד על השבועה שכנגדו נ"ו ולא אמרינן משוי"מ הוא משום דתקנו חז"ל כן משום חיותיה דחשוד שכל אדם יגלגל עליו שבועה ויטול כל אשר לו לכך תקנו שבועה לשכנגדו ע"ש וכ"כ הר"ן שם וא"כ הכא שהתובע יכול לישבע והנתבע חייב ש"ד בודאי ואינו יכול לישבע מפני שהוא ספק חשוד שכנגדו נ"ו כיון דאף בפסולי דרבנן אמרינן דשכנגדו נ"ו כ"ש הכא דספק פסול מדאורייתא הוא ומחמת זה א"י לישבע דהוי משוי"מ ולא שייך הכא לומר דמספיקא לא מפקינן ממונא כיון דס"ס מחמת זה הספק א"י לישבע הש"ד שחייב ודאי וומשוי"מ כמו בנ' ידענא ונ' לא ידענא לא מבעיא לשיטת הפוסקים דאף בדבר דלא ה"ל למידע אמרינן משוי"מ והש"ך הסכים לזה בסי' ע"ב ס"ק נ"א אלמא אף שהנתבע לא פשע במה שא"י לישבע אפ"ה חייב לשלם כיון שא"י לישבע א"כ ה"נ כיון דהוא ספק חשוד ולא מצינן להשביעו חייב לשלם אלא אפילו לשיטת התוס' והרא"ש והרשב"א שם דלא אמרינן משוי"מ אלא בדבר דה"ל למידע אבל בדבר דלא ה"ל למידע כיון דלא פשע במה שא"י לא אמרינן משוי"מ מ"מ נראה בשבועה דלהבא כיון דעכ"פ פשע במה דלא קיים שבועתו דנהי דאינו נפסל משום כך משום דכפאו יצרו מ"מ עבירה עשה שעל ידה לא מצינן להשביעו ונולד לנו ספק אמרינן ביה משוי"מ כמ"ש הש"ך שם בשומר שעירב הפקדון בין פירותיו דלכ"ע אמרינן ביה משוי"מ אף דעכשיו לא ה"ל למידע מ"מ כיון שפשע במה שעירבן אמרינן ביה משוי"מ וה"נ כיון שעכ"פ עשה שלא כדין מה שעבר על השבועה וגרם לנו ספק אמרינן ביה משוי"מ וכן יש להוכיח מההוא דפ"ק דמציעא גבי ההוא רעיא דהוי מסרו ליה חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להד"ם אתו סהדי דאכל תרי מינייהו א"ר זירא אם איתא לדר"ח קמייתא משתבע אשארא א"ל אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא א"ל לשכנגדו קאמינא ופריך הש"ס ות"ל דה"ל רועה ואמר רב יהודא סתם רועה פסול ומשני הא דידיה והא דעלמא דחזקה א"א חוטא ולא לו ואי אמרת דבספק פסול לא אמרינן שכנגדו נ"ו משום דמספיקא לא מפקינן ממונא מאי קושיא ות"ל דה"ל רועה נהי נמי דסתם רועה פסול הוא משום דמסתמא רועה בהמותיו בשדות אחרים מ"מ דוקא לענין עדות יש לפסלו אבל לענין שבועה להיות שכנגדו נ"ו האיך יכולין להוציא ממון ממנו בספק דהא מדאורייתא אינו פסול כלל דל"ח לזה שרועה בשדות אחרים ואף דחז"ל חששו לזה מסתמא מ"מ אינו אלא ספק בעלמא ואין הולכין

בממון אחר הרוב להוציא ממון וא"כ דילמא לכך נקט אביי והא גזלן הוא לומר דשכנגדו נ"ו דפשיטא דאביי ידע מתניתין דחשוד על השבועה שכנגדו נ"ו וכן משמע מסתימת הפוסקים דבכל פסולי דרבנן אף סתם רועה שכנגדו נ"ו א"ו כיון דהוא גרם ספק פסול נמי אמרינן ביה דשכנדו נ"ו אמנם בשנים מעידים באחד שהוא פסול באחת מן העברות ושנים אחרים מכחישים אותם דנתבאר בסי' ל"ד סכ"ח דהוי ספק פסול בכה"ג אם זה הספק נתחייב ש"ד כיון דאנן לא ידעינן אם זה עשה שום עבירה כלל נראה דתליא בפלוגתא זו דלמ"ד דאף בדבר דלא ה"ל למידע אמרינן משויל"מ ה"ה הכא כיון דא"י לישבע מספק שכנגדו נ"ו אבל לשיטת הסוברים והרשב"א מכללם דלא אמרי' משויל"מ היכא דלא ה"ל למידע כיון דלא פשע ולא ריעא טענתו א"כ ה"נ כיון דאנן לא ידעינן אם זה עשה שום עבירה כלל מספיקא לא מפקינן ממונא ופטור הנתבע בל"ש כלל ובזה נ"ל בטח כוונת דברי תשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' ל"ד וז"ל וכתב עוד שם הרשב"א ואם יצא עליו קלא דלא פסיק אין חוששין לו ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברור' ואע"פ שבחזקת כשר היה ואין פוסלין אותו בקלא בעלמא מ"מ מיחש חיישינן ליה ואפי' אתתא מפקינן מנטען בדבר מרומה וקלא דלא פסיק כ"ש זה דאין מוסרין לו שבועה וכ"ש דאין מוציאין ממון בעדותו עכ"ל והדברים הללו תמוהי' מאוד דבתחלה כתב דבקלא דלא פסיק אין חוששין לו משמע דכשר לעדות ולבסוף כתב דאין מוציאין ממון בעדותו וכבר תמה בזה בתשובת מ"ב סי' נ"א וכתב דדברי הרשב"א חתומין וסתומין ונדחק מאוד בזה ולפמ"ש ניחא בפשיטו' משום דהב"י הביא לעיל מזה דברי תשו' הרשב"א דבנמצא שהוא חשוד על השבועה אפי' שבועת שוא אין מוסרין לו שבועה לעולם ושכנגדו נשבע ונוטל לזה כתב דאם יצא עליו קלא דלא פסיק כיון דאפשר דהקול הוא שקר לגמרי אין חוששין לו לומר דשכנגדו נ"ו וגם אין מוסרין לו שבועה משום כיון דספק פסול הוא מספיקא לא מפקינן ממונא וגם אין מוסרין לו שבועה וממילא נפטר בל"ש כלל וזה דלא כפי' המ"ב שם דס"ל דאף בזה שכנגדו נ"ו ומדבריו שם נראה דס"ל דבכל ספק פסול שכנגדו נ"ו דלא כהכנה"ג ולפעד"נ דלשיטת הרשב"א הדין נכון כדברי כנה"ג דהנתבע פטור בל"ש דמספיקא לא מפקינן ממונא ולשיטת הפוס' דאף בדבר דלא ה"ל למידע אמרינן משויל"מ ה"ה הכא הדין כן זהו מה שנ"ל בזה וע' בסי' ל"ד סכ"ה:

ג בין של דבריהם כגון מפריחי יונים. יש להסתפק באם עבר על איסור דרבנן דלית ביה חימוד ממון לפי שיטת הסוברים דאינו נפסל לעדות כמבואר בסי' ל"ד ס"ג בהגה לענין לפוסלו לשבועה מה דינו אי לעדות מדמינן ליה או לא ולכאורה היה נראה דנפסל

לשבועה דהא חזינן דרבא ס"ל בפז"ב דלענין פסול עדות בעינן רשע דחמס דיהיה רע לשמים ורע לבריות והקשו התוס' שם ובפכ"ה ממתניתין דקתני דאף העובר על שבועת שוא שכנגדו נ"ו ותי' דלשבועה שאני דכיון דחשדינן ליה שכופר ממון כבר הוא רע לבריות ובשביל השבועה לא יפרוש דכבר הוא רע לשמים וא"כ ה"נ אף לדידן דקיי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס בפסול דאורייתא מ"מ בפסול דרבנן דבעינן רשע דחמס מודה דלענין שבועה נפסל אף בלי חימוד ממון משום דכבר חשדינן ליה ברע לשמים וכמו דאמרינן לרבא בפסול דאורייתא דמה"ת נחלק ביניהם אך מ"מ י"ל דחז"ל השוו מדתן דכיון דהיכא דליכא חימוד ממון לא פסלוהו חז"ל לעדות ה"נ לא פסלוהו לשבועה דלא פלוג רבנן בתקנתן וראיה מוכרח' לזה נלפענ"ד ממתני' דפכ"ה דקתני שכנגדו חשוד על השבועה כיצד אחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון ואפילו שבועת שוא היה אחד מהן משחק בקוביא ומפריחי יונים וסוחרי שביעית שכנגדו נשבע ונוטל וקאמרינן עלה מאי ואפילו שבועת שוא ומשני לא מבעיא קאמר לא מבעיא הנך דאית בהו כפירת ממון ופירש"י והוי רע לשמים ולבריות אלא אפילו הא דכפירת דברים בעלמא הוא היה אחד מהן משחק בקוביא הא תו למה לי תנא פסולי דאורייתא וקתני פסולי דרבנן ואי אמרת דבדבר דרבנן אף דלא מיפסל לעדות בדליכא חימוד ממון מ"מ נפסל לשבועה א"כ תקשה לדידן דקיי"ל כאביי דבפסול דאורייתא לא בעינן רשע דחמס למה נקט מתניתין הרבותא בפסול דאורייתא דאף היכא דלא הוי רשע דחמס נפסל לשבועה דזה לא הוי רבותא כ"כ דהא אף לעדות מיפסל טפי ה"ל למתניתין לאשמועינן רבותא בפסולי דרבנן דאף היכא דליכא חימוד ממון כגון חילול י"ט שני וכיוצא בו אף דלא מיפסל לעדות מ"מ נפסל לשבועה ולמה נקט במתניתין משחק בקוביא ושאר פסולים דאית בהו חימוד ממון א"ו דבאיסור דרבנן דלית ביה חימוד ממון אינו נפסל ג"כ לשבועה וכן משמע מלשון בעה"ע שהביא הב"י בסי' ל"ד שכתב דהעובר על דבר דרבנן כגון חילול י"ט שני וגבינות של עכו"ם אינו פסול לעדות אפילו מדבריהם ואיכא מ"ד דפסול מדרבנן ולא נ"ל דלא אשכחן פסולי דרבנן אלא בחשד ממון עכ"ל וא"כ כיון דהוכחת הבעל העיטור הוא מדלא מני בפז"ב פסולי עדות דרבנן אלא בחשד ממון משמע דלא פסילי בליכא חימוד ממון וא"כ ה"ה לענין פסול שבועה כיון דלא מני במתניתין דפכ"ה אלא פסולי דרבנן בחשד ממון משמע דבלא חשד ממון כשרים אף לשבועה וכן נ"ל ובעיקר קושית התוס' שהקשו לרבא דס"ל דלענין פסול עדות בעינן רשע דחמס אמאי העובר על שבועת שוא פסול לשבועה נלפענ"ד דמעיקרא לק"מ לפי מה דאומרינן בפ"ק דמציעא דלכך לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משום דאשתמוטי קמשתמיט עד דהוי ליה זוזי ופרע ליה או

דספק מלוה ישנה יש לו עליו ותפיס ליה בשביל כן ובאם שלא יזכור יחזיר לו ורמי רחמנא שבועה עליה דשבועה אי אפשר בחזרה כמ"ש התוס' שם וא"כ לכך בעבר על שבועת שוא פסול לשבועה אף דאינו נפסל לעדות משום דרע לשמים אינו רע לבריות מ"מ לשבועה פסול משום די"ל דאינו רע לבריות כלל דאשתמוטי משתמיט וכ"ש אי תפיס ליה משום ספק מלוה ישנה וכשלא יזכור יחזירנו לו ומשום אימת השבועה דאי אפשר בחזרה ודאי לא יפרוש כיון דהוא חשוד על שבועת שוא שוב מצאתי בחי' הר"ן בפז"ב שתירץ כן והוא נכון וא"כ ממילא אף בפסול דרבנן הדין כן:

ד דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. הכי משני אביי בש"ס דפ"ק דמציעא דלכך לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משום דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ור"י ס"ל דלא אמרינן כלל מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא וכתב הנ"י דנ"מ בין ר"י לאביי היכ' דמחל לו קודם התביעה כל תביעות אחרות שיש לו עליו לאביי דקיי"ל כוותיה לא משביעינן ליה וכ"כ בחי' הריטב"א שם והנה בסתם שבועות דנפטרין דשייך בהו אישתמוטי קמשתמיט לא צריכין אנו לטעמא דספק מלוה ישנה כמבואר בש"ס שם אך הא דהוכרח אביי לטעם זה הוא משום שבועת הנוטלין דלא שייך בהו אשתמוטי וכן משום שבועת השומרים דקיי"ל דשלש שבועות משביעין אותו שאינו ברשותו ושלא פשע בו ושלא שלח בו יד דלא שייך אשתמוטי כמבואר בש"ס שם וא"כ היכא דמחל לו כל ספק מלוה ישנה פטור משבועת הנוטלין וכן משבועת השומרים אמנם בשבועת שומרים היכא דמחל לו כל מלוה ישנה יש לדון בה טובא והוא דבאס"ז כתב ליישב בשם הר"ש די וידש קושית התוס' לאביי דס"ל דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו א"כ הכופר בפקדון אמאי פסול לעדות נימא נמי דספק מלוה ישנה יש לו עליו ותי' דבפקדון לא שייך כלל ספק מלוה ישנה דחזקה א"א מפקיד שלו מדעתו למי שיש לו עמו דררא דממונא וספק מלוה ישנה ע"ש והנה הדברים תמוהים מאוד מאוד דא"כ תקשה לאביי הא דשלש שבועות משביעין אותו בשומרים דמקשה הש"ס מיניה מקודם דאמאי ל"א ביה מיגו דחשוד אממונא חשיד אשבועתא דהא בפקדון לא שייך חששא דספק מלוה ישנה ובחי' אמרתי לתרץ זה ע"פ מ"ש בש"ע י"ד סי' קי"ט ס"ח דההחשוד על הדבר אינו נאמן עליו אפילו בשבועה והטעם מבואר בב"י שם דכבר חשוד הוא לעבור על השבועה דמושבע ועומד הוא מהר סיני ולכאורה קשה לפ"ז אמאי ס"ל לר"י דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משום דשבועה חמורה היא בעיני בני אדם הא הוא חשוד על שבועה גופה דהא מושבע ועומד מהר סיני הוא וצ"ל דזה הוא באמת טעמא דאביי דקיי"ל כוותיה דס"ל דאמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד

אשבועת' אלא דנשבע מחשש' דספק מלוה ישנה אולם טעם זה דמושבע ועומד מהר סיני לא שייך לסברת הפוס' בס"ב דבשבועה דלהבא אינו נפסל משום דבשעה שנשבע נשבע באמת ואח"כ יצרו תקפו וא"כ שבועת הר סיני נמי שבועה דלהבא הוא ואינו נפסל על ידה וע' בש"ך בי"ד שם והנה הש"ך בסי' ל"ד סק"ה הביא בשם המ"ב שהכריע כסברת הריב"ש דבשבועה דלהבא אינו נפסל אלא כשעבר שבועתו בקום עשה שנשבע שלא אכל ואכל אבל לא כשעבר שבועתו בשוא"ת שנשבע לאכול ולא אכל ע"ש ולפ"ז ניחא די"ל דלא הוצרך אביי לטעמא דספק מלוה ישנה אלא משום שבועת הנוטלין וכן בשני' אוחזין בטלית שהוא תוקף בטליתו של חבירו משום דבהני אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דמושבע ועומד מהר סיני הוא ועובר על שבועתו בקום ועשה שנוטל ממון חבירו משא"כ לענין שבועת השומרים שאינו ברשותו בלא"ה ניחא דבזה אף אביי מודה דל"א מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועת' דשבועה חמירא ליה לאינשי וכאן לא שייך דמושבע ועומד מהר סיני הוא דהא הוא עובר בשוא"ת שאינו מחזיר הפקדון ואינו נפסל בכה"ג בשבועה דלהבא וא"ש ונכון אחרי שנים רבות מצאתי בלחם חמודות בפ"ק דחולין ובבכורות שהקשה אההיא דינא דהחשוד על הדבר א"נ בשבועה מהא דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ותי' דזהו טעמא דאביי דמשני שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו ע"ש והנאני מאוד וא"כ סברא טובה היא דאפשר גבי פקדון לענין שבועה שאינה ברשותו כ"ע מודים דל"א מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא וא"כ אף שמחל לו קודם כל תביעות אחרות חייב לישבע וצ"ע לדינא:

ה והוא שיש עדים שראוהו בידו בשעה שכפר. מסתימת לשון הפוס' משמע שאינו נפסל אלא משעה שראוהו בידו אבל מתחילת הכפירה אינו נפסל די"ל דאישתמיטי הוה מישתמיט עד דמשכח לה ובתר דמשכח לה נתן על לבו לכפור ומוקמינן ליה בחזקת כשרות עד עכשיו כמבואר בסי' ל"ד ס"ט וסכ"ג בהגה אמנם לפעד"נ דבכה"ג נפסל למפרע משעת הכפירה ולא מוקמינן ליה בחזקת כשרות לומר דהשתא הוא דאיתרע משום די"ל הוכיח סופו על תחלתו דגם מתחלה היה בדעתו לכפור הפקדון לגמרי וראיה לדבר מהא דאמרינן בחולין דף ל"ט ע"ב שחטה ואח"כ חישב עליה לזרוק דמה לע"א זה היה מעשה ולא אמרו בה לא איסור ולא היתר משום כבודו דרשב"ג דס"ל דאמרי' הוכיח סופו על תחלתו דמסתמא בשעת שחיטה חישב לע"א וכ"פ הרמב"ם והמחבר בי"ד סי' ד' ס"ב דה"ז ספק זבחי מתי' אלמא אע"ג דמי שהמיר לע"א כל השחיטות ששחט קודם לכן כשרים דאמרינן השתא הוא דאיתרע כמ"ש האחרונים בי"ד סי' א' מ"מ בכה"ג כיון שבאותו דבר עצמו יש ריעותא שחישב בה אח"כ לע"א אמרינן דמסתמא אף בשעת

שחיטה היה ג"כ דעתו לע"א ולא מוקמינן ליה בחזקת כשרות עד השתא א"כ ה"נ כיון דחזינן דבסוף בשעת כפירה בב"ד ראוהו בידו אמרינן דגם מתחלת הכפירה שכפר לפני עדים חוץ לב"ד דעתו היה לכפור לגמרי ונפסל למפרע ואף לפי שיטת מוהרש"ל והט"ז בי"ד סי' ד' דלא הוי זבחי מתים משום דקיי"ל כרבנן דלא אמרינן הוכיח סופו על תחלתו מ"מ נראה דבכה"ג ודאי פסול למפרע משעת הכפירה לפני עדים דהא בחולין שם אמרינן הי רשב"ג אילימא רשב"ג דגיטין דתנן הבריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לשחק בה ואם הוכיח סופו על תחלתו ה"ז גט ומעשה בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לגג ונפל ומת אמר רשב"ג אם מעצמו נפל ה"ז גט ואם הרוח דחפו אינו גט ודילמא שאני התם דאמר כתבו ופירש"י דאיכא קצת הוכחה בתחילה ונפילתו גילוי מילתא בעלמא הוא דהאי דאמר כתבו ע"מ ליתן הוא והרי התם קיי"ל כרשב"ג בזה מה"ט דרבנן לא פליגי עליו בזה כמבואר בטור וש"ע באה"ע סי' קמ"א סי"ז וע"ש בב"ש ובלח"מ פ"ב מה"ג די"ג וא"כ ה"נ כיון דכפר מתחלה לפני עדים ואח"כ ראוהו עדים בידו וכפר בו אין לך גילוי מילתא בתחילתו יותר מזה שכפר אז בהפקדון ואמר להד"ם ומה"ת נאמר שנאבד אז ממנו ומשתמיט עד דבחיש ליה כיון שנתברר לבסוף שאותו דבר הוא בידו וכופר בו עכשיו בב"ד בכה"ג בודאי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו ונפסל למפרע ומוציאין אותו מחזקת כשרות כמו בגט שאמר כתבו גט לאשתי דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו לכ"ע אף להוציא מחזקת איסור אשת איש ועוד דכיון דבשעה שכופר בב"ד היה בידו מה"ת נאמר שקודם לכן אבדו ומשתמיט עד דבחיש ליה אדרבה הרי יש חזקה דכאן נמצא הפקדון כאן היה מתחילתו דבחזקה זו מוציאין ממון מיד המוחזק כמבואר בס"ס ר"ן והוא חזקה אלימתא אף נגד חזקת הגוף כדאיתא בס"פ המדיר בסוגיא דהיה בו מומין ועוד דיש להחזיק הפקדון בחזקת שהוא קיים כדאיתא במתניתין ספ"ג דגיטין המניח פירות להיות מפריש עליהן תרומה ומעשרות מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין ע"ש הרי אף דטבל הוא איסור מיתה והפירות שאוכל הן בחזקת טבלים מ"מ מעמיד אותן הפירות שהניח בחזקת שהן קיימין ובאמת לכאורה היה נראה בכופר בפקדון בב"ד ואחר זמן יוצא הפקדון מתחת ידו דנפסל למפרע משום חזקות אלו אלא דלשון הש"ס דאמרינן כגון דאיכא סהדי דההיא שעתא דכפר ביה הוה בביתו משמע דבעינן דוקא בההיא שעתא דכפר ביה הוי בביתו ולא כשנמצא בידו אחר הכפירה די"ל דבשעת הכפירה לא היה בידו וכן מבואר להדיא בראב"ן פ"ק דמציעא בדינין והלכות שלו והעתיקן הכלבו בסי' קכ"ו דין ה' שכתב וז"ל אבל אם העידו שראוהו בביתו לאחר כפירה אינו נפסל בכך דיכול היה לומר אבוד היה בשעת הכפירה ומשתמיט עד דבחיש ליה ומשלם ליה עכ"ל

הרי להדיא דאינו נפסל משום חזקות אלו למפרע וע' בתשו' מוהר"ם מלובלין סי' פ"א אך מ"מ בכה"ג שנתברר דבשעה שכפר בב"ד היה בידו נפסל למפרע משעה שכפר בה לפני עדים חוץ לב"ד דבכה"ג ודאי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולא תלינן שאבוד היה מקודם לכן נגד חזקות אלו ועוד יש להביא ראיה לזה מדברי הט"ז והש"ך בי"ד סי' י"ב בשם מהרש"ל דהשוחט בגומא בשוק דאף לשיטת הסוברים דהשחיטה כשירה בדיעבד וא"צ בדיקה אחריו מ"מ אם בדקוהו אח"כ ונמצא מין אסרינן למפרע מה ששחט לתוך הגומא ע"ש וא"כ ה"נ כיון שנתברר אח"כ שכפר בפקדון אמרינן שמתחילת הכפירה בדעתו היה ג"כ לכופרו לגמרי ולא לאשתמוטי נתכוין וכ"ש הכא דאיכא תרי חזקה דמסייעין לזה וז"ב לפענ"ד וגדולה מזו נ"ל דבכופר בפקדון וליכא עדים שראוהו בידו אלא שנשבע לבסוף דמיפסל ג"כ מתחילת הכפירה ולא אמרינן שנאבד ממנו ומשתמיט דהוכיח סופו על תחילתו וליכא למימר דכאן אף בשעת השבועה ליכא ראיה שכופר בממון דדילמא אשתמוטי משתמיט אלא שאינו חושש לשבועה לישבע לשקר וא"כ לא שייך הכא הוכיח סופו על תחילתו כיון דאף בסוף אינו מוכרח שכופר הממון זה ליתא דהא משמע בפ' הגוזל עצים דף ק"ו דאף היכא שהפקדון נאבד ממנו וכופר בו ואומר להד"ם ונשבע עליו מיחשב גזלן גמור להתחייב עליו אף באונסין וכ"כ הרי"ף בר"פ המפקיד להדיא הרי כיון דנשבע עליו לשקר אמרינן דדעתו ודאי לגוזלו ולא לאשתמוטי מתכוין ולכך חייב באונסין וא"כ ה"נ כיון שנשבע עליו לבסוף בשקר הרי נתברר שדעתו לגוזלה א"כ שייך שפיר לומר הוכיח סופו על תחילתו שגם מתחילה היה בדעתו לכפור בו לגמרי ומה"ת נאמר שנאבד ממנו שהיא חששה רחוק' ויותר יש להעמידו בחזקת שהיה קיים כיון שנתברר לבסוף באותו דבר עצמו שנשבע לשקר ודעתו לגוזלו ובאמת יש להסתפק אף בכופר במלוה ונשבע עליו דיש לפוסלו אף למפרע דכיון שנתברר לבסוף שדעתו לגוזלו אמרינן שגם מתחילתו היתה דעתו לכך ולאו לאשתמוטי נתכוין דומיא דשחט ואח"כ חישב עליה דאמרינן דדילמא דעתו היה לכך בשעת שחיטה כיון דבאותו דבר עצמו איתרע והכא נמי כיון דאיתרע לבסוף אמרינן שגם מתחילתו היה בדעתו לכופרו לגמרי וגם זה דמיא לאומר כתבו דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו לכ"ע וה"נ הרי חזינן דמתחלה שיקר ואמר להד"ם ומה"ט הוחזק כפרן לאותו ממון כמבואר בסי' ע"ט מה"ת נאמר שכיון לאשתמוטי או אפשר לומר לאידך גיסא דגבי שחיטה כיון דחישב אח"כ יש יותר סברא דגם בשעת שחיטה חישב כן דדרך עבודה היא בכך לחשוב בשעת שחיטה וכן באומר כתבו היא חששא רחוקה לומר דכיון לשחק והא דבבריא שאומר כתבו אינו גט ולא הוי ספק כלל י"ל משום דמוקמינן לה בחזקת אשת איש

משא"כ במלוה י"ל דמוקימנן אותו בחזקת כשרות עד עכשיו ואמרינן שכוונתו היתה לאשתמוטי שכן הוא דרך בני אדם והשתא הוא דאיתרע וצ"ע לדינא בכ"ז ודוק. והנה אי אמרינן לחלק בין מלוה לפקדון כשנשבע דבפקדון נפסל למפרע משעת הכפירה ובמלוה אינו נפסל אלא משעת השבועה יש לתרץ קושית הרב רמ"א בתשובותיו סי' ל"ט וסי' מ' שכתב שם בדברי המרדכי בפז"ב בשם ריב"א דהנשבע להכחיש את העד דהעד ואותו שנשבע לו מצטרפין לפוסלו לאלתר מכאן ולהבא ודוקא בפקדון אבל לא במלוה והקשה הב"י בסי' ל"ד דכיון שנשבע פסול אף במלוה ותירץ הרב רמ"א דבפקדון מיפסל משעת הכפירה אבל לא במלוה והקשה שם ע"ז דא"כ למה הוצרך המרדכי השבועה דהא בכופר בפקדון פסול אף בלא שבועה ולפמ"ש ניחא דהמרדכי מיירי שהעדים א"י אם היה בידו בשעת הכפירה והשבועה לכך בפקדון נפסל למפרע כשנשבע משא"כ במלוה אך מ"מ מדברי הרב רמ"א מוכח דפשיטא ליה דכופר במלוה ונשבע אינו נפסל אלא משעת השבועה וכן בכופר בפקדון ונשבע ג"כ הדין כן דאל"כ בפשיטות ה"ל לתרץ ולפענ"ד צ"ע טובא בזה ומה שתירץ הרב רמ"א שם דהמרדכי ס"ל כהגמ"ר שהביא בהגה כאן דאם רצה לשלם אינו נפסל ולכך בפקדון אינו נפסל אלא כשנשבע משום די"ל דרוצה לשלם אבל כשנשבע נפסל למפרע משעת הכפירה אבל במלוה אינו נפסל אלא משעת השבועה זהו תורף דבריו שם ולפי דבריו צ"ל דאף דגבי פקדון שייך ג"כ לומר דרוצה לשלם ומשתמיט מ"מ גרע אשתמוטי דפקדון ממלוה לענין פסול למפרע ומה מאוד נפלאתי על דבריו דהאיך יעלה על הדעת לומר דכופר בפקדון אינו נפסל אלא כשנשבע הא בש"ס דב"ק דף ק"ה פריך בהדיא לרב ששת דס"ל דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן ממתניתין דשכנגדו חשוד על השבועה אחד ש"ה ואחד שבועת הפקדון ואם איתא משעת כפירה הוא דאיפסל ומשני דמיירי בקיימא באגם ומאי קושיא הא בפקדון אינו נפסל אלא כשנשבע ואז נפסל למפרע וא"כ צריך למיתני שבועת הפקדון דבלא שבועה לא מיפסל והכי מוכח בב"מ דף ה' בסוגיא דההוא רעיא וכן בדף ו' מההוא דפריך מר"ח דג' שבועות משביעין אותו הרי להדיא דכופר בפקדון מיפסל אף בל"ש ומה שהביא מדברי הגמ"ר שהביא בהגה כאן ל"ד אלא כי אוכלא לדנא דהגמ"ר מיירי שמשלם הפקדון אלא שטוען שאינו ברשותו דבכה"ג לא מיפסל כיון דמעלים חמסנותו ואינו חצוף לחטוף מיד ליד לא פסלוהו חז"ל משום חמסן אבל כשכופר בפקדון ואינו משלם כלל אף שדעתו לשלם אח"כ הוי גזלן גמור דפשיטא דהגוזל ע"מ להחזיר אח"כ הוי גזלן גמור כמבואר בסי' שנ"ט ס"ב ע"ש ואף הרב רמ"א בעצמו חזר מדבריו שכאן בהגה העתיק דברי הגמ"ר אלשון המחבר שהכופר בפקדון נפסל אף בלא שבועה וכן

הוא דעת המחבר בסי' ע"ה ס"ד והסמ"ע שם בס"ק י"ג וכן עיקר ועמ"ש בסי' ע"ה סק"ג ע"ש:

ו ומיהו אם רוצה לשלם. דין זה נובע מדברי התוס' והגמ"ר בפ"ק דמציעא שהוכיחו כן מהא דפריך הש"ס אי אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא מהא דמשביעין אותו שבועה שאינו ברשותו ומשני דמורי התירא דאמר דמי יהבינא ופריך ר"א מדיפתי לרבינא והא קעבר אלאו דלא תחמוד ומשני לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע והקשו התוספות הא חמסן דיהיב דמי פסול לעדות ותירצו דחמסן אינו פסול אלא מדרבנן דחמסן דקרא מיירי בלא יהיב דמי ולא פסלוהו רבנן אלא בחמסן שחצוף לחטוף מיד ליד בידיעת הבעלים מה שאין כן הכא שמעלים חמסנותו ואומר שנאבד ממנו לא מיפסל אלו הן תורף דבריהם והנה מדברי התוס' משמע להדיא דלא מחלקי בין מעלים חמסנותו או לא אלא אי חמסן לא מיפסל אלא מדרבנן אבל אי חמסן הוה פסול דאורייתא אין שייך לחלק בין מעלים חמסנותו או לא וכ"כ אא"ז מוהרש"א ז"ל ולפ"ז יש לתמוה על הרב רמ"א שפוסק כדברי התוס' אלו דהם לשיטתייהו אזלי דס"ל דלא תחמוד באמת בלא דמי הוא לכך מחלקי בין מעלים חמסנותו או לא אבל לפי מה שפסק הרמב"ם והט"ו בסי' שנ"ט ס"י דכל החומד מטלטלים של חבירו ונותן דמים והפציר בו עד שלקחו ממנו עובר בלא תחמוד מדאורייתא אלא דמ"מ אינו פסול אלא מדרבנן משום דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו וא"כ מה חילוק בין מעלים חמסנותו או לא דהא מדאורייתא ודאי אין חילוק בין מעלים או לא דאל"כ מאי פריך הש"ס והא קעבר אלאו דל"ת בפשיטות ה"ל לתרץ דשאני הכא דמעלים חמסנותו א"ו דלענין דאורייתא אין שייך לחלק בהכי וא"כ נהי דמשני דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו מ"מ כיון דרבנן פסלוהו א"כ אף במעלים חמסנותו יש לפוסלו מדרבנן כיון דמ"מ עבר אלאו דל"ת דאורייתא ולישב זה צ"ל דהרב רמ"א סובר דודאי כיון דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו אף מדרבנן יש להכשירו כמו קוברי המת בי"ט ראשון בסי' ל"ד ס"ד ומלוה מעות יתומי' בר"ק בסי"א וסי"ב שם אלא הא דפסלו חז"ל לחמסן הוא משום כיון דחצוף לחטוף מיד ליד הוא פסול כמו מי שאוכל בשוק ואינו בדרך ארץ דפסלוהו משום שאינו מקפיד על הבושת ולכך במעלים חמסנותו כשר כיון דאינו חצוף ולא משמע לאינשי איסורא בהכי וזה הוא כוונת הש"ס בפז"ב דמעיקרא הכשירו לחמסן כיון דיהיב דמי וכיון דחזו דטופי פסלינהו רבנן והיינו משום כיון דחציפי למיחטף פסלינהו ולכך במעלים חמסנותו כשר לעדות והא דמשמע מדברי התוס' דאי חמסן דקרא ביהיב דמי אין חילוק התוס' לשיטתייהו אזלי דס"ל בפז"ב דף כ"ד ד"ה ואלו הן הפסולים דמלוה ברבית אינו פסול אלא מדרבנן

משום דלא משמע לאינשי איסורא בהכי כיון דיהיב מדעתו ואפ"ה פסלינהו מדרבנן וזה הוא ג"כ קושית התוס' דף כ"ה שם אהא דאמר התם מעיקרא סברי דמי יהבי והקשו הא אמרינן ל"ת בלא דמי משמע ולאינשי הוא דמשמע כן אבל האמת אינו כן וא"כ ליפסל מדרבנן כמ"ש מוהרש"א שם וא"כ כיון דהתוס' ס"ל דהיכא דהאמת הוא דעובר על לאו אף דהעולם טועים בזה מ"מ פסלינהו רבנן לכך הוצרכו התוס' לחדש דחמסן דקרא בלא יהיב דמי משום דאי אמרת דאף בדיהיב דמי איכא לאו מדאורייתא וא"כ אף במעלים חמסנותו איכא לאו דאורייתא דאל"כ בפשיטו' ה"ל להש"ס בב"מ לומר שאני הכא דמעלים חמסנותו ואינו עובר בלאו ול"ל להש"ס לומר ל"ת בלא דמי משמע וא"כ כיון דאיכא לאו דאוריי' אף במעלים נהי דל"ת בלא דמי משמע מ"מ מדרבנן ה"ל למיפסל לכך הוצרכו לומר דביהיב דמי ליכא לאו דאורייתא ולכך יש חילוק בין מעלים חמסנותו או לא אבל הרב רמ"א ס"ל דכל היכא דלא משמע לאינשי איסורא כשר אף מדרבנן כדמוכח בסי' ל"ד סי"א וסי"ב ולכך אף דהאמת הוא דאף במעלים חמסנותו עובר בלאו דאורייתא מ"מ כיון דלא משמע לאינשי איסורא כשר אף מדרבנן ולא פסלו חז"ל לחמסן אלא משום חציפותו ובמעלים דאינו חצוף כשר אף מדרבנן וא"ש אמנם לפי מה שהאריך המ"ל פ"ד מה"מ ולוה ד"ו להשוות דעת התוס' דס"ל דאף היכא דלא משמע לאינשי איסורא מ"מ פסול מדרבנן עם דעת הפוסקים במלוה מעות יתומים ומעות של עכו"ם בר"ק דלא מיפסל כלל ומחלק דבחימוד ממון פסול מדרבנן אבל במידי דלאו חימוד ממון לא מיפסל אף מדרבנן דודאי לא ידע מהאיסור דמסתמא אינו חוטא בחנם ועוד מחלק חילוק אחר יע"ש וא"כ ה"נ כיון דלדידן אף ביהיב דמי אסור מדאורייתא אף במעלים כדמוכח בש"ס א"כ נהי דל"ת בלא דמי משמע להו מ"מ יש לפוסלו מדרבנן אף במעלים כיון שיש חימוד ממון בדבר אולם המ"ל הניח חילוק זה שם בל"ע דמדברי הריב"ש מוכח דס"ל דבכל גווני היכא דאיכא למימר דטוע' בדין כשר אף מדרבנן וכן צריך לומר לפי שיטת הרב כאן אך אכתי קשיא על הרב כאן האיך החליט דין זה בפשיטות הא התוס' הוכיחו כן מכח קושייתם דאכתי נימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כיון דחמסן פסול מדרבנן והרי התוס' בפ' הכונס כתבו תירוצים אחרים ע"ז דלא אמרינן מיגו מפסול דרבנן לפסול דאוריי' ועוד דפסולי דרבנן צריכי הכרזה ועל סברא זו דמעלים חמסנותו כתבו לשון שמא ובאמת סברא זו דלא אמרינן מיגו מפסול דרבנן לפסול דאורייתא היא סברא נכונה וכן מוכח מדברי הרמב"ן בספר המלחמות בריש ב"מ גבי הא דמשני אביי דלכך בשנים אוחזין בטלית נשבע כ"א ולא אמרי' מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משום דאמרינן ספק מלוה ישנה יש לו עליו והקשה

בעה"מ דא"כ ליטעון ולימא הכי והכי אית לי עלה ותירץ הרמב"ן דהוא רוצה בגוף החפץ ומשום הכי לא מיפסל דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו וכ"כ הנ"י שם והרי התם חבירו מכיר בשקרו שהם מכחישים זא"ז ז"א כולה שלי וז"א כולה שלי ואינו מעלים חמסנותו ואפ"ה ל"א מיגו דחשוד אממונא א"ו דלא אמרי' מיגו מפסול דרבנן לפסול דאורייי' וכן מוכח לפענ"ד מגופא דתלמודא דמשני דלכך לא אמרינן במתניתין דשנים אוחזין מיגו דחשוד אממונא משום דספק מלוה ישנה יש לו עליו והרי במתניתין איירי נמי במקח וממכר ונקט זוזי מתרווייהו כדמוקי הש"ס ברישׁ ב"מ ואכתי תקשה התם דנימא מיגו דחשוד אממונא דהא אינו מעלים חמסנותו דהא מכחישים זה את זה וכן הרמב"ם והט"ו בסי' רכ"ב כתבו דמי שטען על חבירו מכרת לי והוא אומר לא מכרתי או מכרתי ולא נתת לי הדמים ה"ז נשבע היסת ומשמע דאף היכא דליכא הכחשה בדמים מ"מ נשבע היסת ולא אמרי' מיגו דחשוד אממונא דהא אינו מעלים החמסנות וכן בסי' ע"ב סכ"ב כתבו הט"ו דאם המלוה כופר במשכון ושניהם מודים בהלואה דישבע המלוה היסת שלא הניח בידו משכון והלוה ישבע היסת שהוא תופס משלו כנגד חובו או יותר ע"ש ואמאי ישבע המלוה היסת הא כיון דהלוה נשבע ונפטר מחובו וא"כ אין נ"מ אלא בגוף המשכון וא"כ למה ישבע המלוה נימא מיגו דחשוד אממונא לתפוס בחפץ שאינו שלו חשוד אשבועתא דהא אינו מעלים חמסנותו ודוחק לומר דדילמא משום ספק מלוה ישנה מחזיק בחפץ מיהא אף שנותן דמים זה דוחק גדול ועוד דבסי' רכ"ב משמע דאף שהמוכר טוען לא מכרתי וקיבל הדמים בע"כ ומחזיר הדמי' חייב היסת וא"כ אי אמרת דספק מלוה ישנה יש לו עליו אמאי מחזיר הדמים א"ו דלא אמרינן מיגו מפסול דרבנן לפסול דאורייתא וא"כ כיון שאין הכרח לסברת התוס' מנ"ל לחלק בין מעלים חמסנותו או לא וכן מוכח להדיא מדברי הנ"י פז"ב דאף במעלים החמסנות פסול מדרבנן שהוכיח גבי הוסיפו עליהם החמסנים דל"א מיגו מפסול דרבנן לפסול דאורייתא מדמשני ל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו והא אכתי איכא פסולא דרבנן אלא דל"א מיגו מפסול דרבנן הרי להדיא דהנ"י סובר דאף במעלי' חמסנותו פסול דרבנן אלא דל"א מיגו מפסול דרבנן לפסול דאורייתא ואפשר כיון דפסול חמסן דרבנן סמך הרב אהגמ"ר והג"א דפ"ק דמציעא ותשו' מיימוני לס' שופטים סי' י"ד מהר"ח דס"ל הכי וצ"ע לדינא. ודע דאף לפי שיטת הרב רמ"א דאינו נפסל בכה"ג מ"מ כיון שהוכחתי דמדאורייתא עובר בלאו דל"ת אף במעלים חמסנותו אלא דאינו נפסל משום דלא משמע לאינשי איסורא בהכי א"כ אם התרו בו עדי' או ב"ד דע שאם החפץ אצלך אתה עובר בלאו מדאוריי' ואח"כ נמצא החפץ אצלו פסול מדאורייתא כמ"ש הט"ו בסי' ל"ד סכ"ה דמהני התרא' בדבר

דלא משמע לאינשי איסורא בהכי וכ"כ האס"ז בפ' א"נ בשם הריטב"א גבי שטר שיש בו רבית להני פוסקים דאין נפסלים העדים משום דלא משמע להו איסורא דמ"מ מהני בהו התראה וכן מצאתי בכנה"ג בסי' ל"ד בהגהות ב"י אות נ"ט להדיא וא"כ בכה"ג אף במעלים חמסנותו פסול מדאוריי' כיון דעובר בלאו דאורייתא והתרו בו אלא דקשיא לפ"ז מהא דפריך הש"ס אי אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דלמה משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו נימא מיגו דחשוד ומשני דמורי היתרא ופריך והא קעבר על לאו דל"ת ומשני דבלא דמי משמע להו ואכתי תקשה כיון דאמרי' מיגו דחשוד אממונא א"כ הלאו דממון חמור בעיני ב"א כחומר השבועה וא"כ נהי נמי דבלא דמי משמע להו מ"מ למה תקנו חז"ל להשביע אותו הא די לו בהתראת ב"ד שיתרו בו דאם החפץ אצלך אתה עובר בלאו דל"ת ואי דלא יחוש אהלאו דל"ת לא יחוש נמי לעבור על השבועה כיון דשווים הם וצ"ל דהא דאמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא לאו משום דשבועה לבטלה היא דכיון שכופר בממון ודאי דישבע לשקר ג"כ דהא קיי"ל ביו"ד סימן קי"ט דהחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדברים אחרים אלא דסברת הש"ס הוא כיון דהחשוד אינו רשאי לישבע כמבואר בר"ס זה אם כן היכי מצי לישבע כיון דחשדינן אותו שכופר ממון ואם כן לכך בכה"ג דמורי התירא לא סמכינן על התראה דהא חזינן דחז"ל החמירו לישבע בנק"ח בכל שבועת המשנה אף דמי שחשוד לעבור על היסת פשיטא דחשוד נמי אנק"ח אלא דכך היתה תקנת חז"ל וה"נ כיון דמורי היתרא ולא חשוד אממונא החמירו חז"ל שישבע דוקא בנק"ח שהוא חמור בעיני הבריות ולא סמכינן אהתראה דמי שחשוד על דבר אחד אינו חשוד לדברים אחרים ולכך הצריכו שבועה דוקא שהיא חמורה בעיני הבריות כנ"ל ודוק:

ד אבל המודה מעצמו וכו'. והיכא שהודה בהלואה לפני עדי' ואח"כ כפר בה ונשבע עליה נראה דנעשה חשוד על השבועה דעידי הודאה כעידי הלואה ונפסל ע"פ עדי' ולא הוי כנפסל ע"פ עצמו וכן מבואר בתשו' הרא"ש והמחבר לעיל בסי' ל' ס"ה דמי שתבע את חבירו שיש לו בידו ר' זוז להשביחם לו והלה כפר הכל והתובע הביא עדים שהודה לו הנפקד במקצת דהוחזק כפרן על פיהם כדין חשוד ושכנגדו נשבע ונוטל כמ"ש הש"ך שם ועוד ראיה מהא דפסק הרמב"ם בס"פ י"ח מה' סנהדרין דגזה"כ הוא דאין מלקין לאדם בהודאת פיו והרי הרמב"ם גופיה פסק בפ"כ מהא"ב והט"ו באה"ע סי' ג' ס"א דמי שבא ואמר כהן אני אינו נאמן ע"פ עצמו אבל אוסר א"ע בגרושה זונה וחללה ואינו מיטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה הרי להדיא דע"פ הודאתו שמקודם חייב מלקות אם עשה דבר נגד הודאתו וא"כ ה"נ כיון שהודה בהלואה אם נשבע אח"כ להיפך חייב

מלקות וא"כ פשיטא דנעשה חשוד ופסול לעדות ולשבועה דהא הוי רשע גמור המחויב מלקות כדאיתא בסי' ל"ד ס"ב וז"ב דלא כמו דמשמע בתשו' מוהרי"ט חח"מ סי' ל"ז וכבר השגתי עליו בסי' ע"ט ס"ט ע"ש:

ח אבל אם אומר בודאי שיש לו עדים. הב"י הביא בשם תשו' הרשב"א שאין פוטרים לבעל דינו מפני שהתובע הודה שהוא חשוד על השבועה שאין אנו פוסלים אותו לחצאין שיהיה פסול לגבי זה וכשר לכ"ע וכן כשהעיד עליו ע"א אין אומרים שיהא פסול לגבי עד זה וכשר לגבי אחרים וכ"כ מדברי הראב"ד וקצת חכמי פורבינציא בפ' הכותב גבי אי פקח הוא מייתי לה לידי ש"ד ע"ש אולם התוס' והרא"ש והר"ן בכתובות בפ' נערה גבי שני שטרות היוצאים בזא"ז ביטל שני את הראשון דפליגי התם אי הטעם משום דאודויי אודי ליה או משום דאחולי אחלי' לשעבודיה וקאמר הש"ס דאיכא בינייהו אורועי סהדי ופירשו שם דהיינו למ"ד אודויי אודי הרי הודה הלוקח שהעדים הם פסולים וכל שטר שיוציא הלוקח שאלו העדים חתומים בו הוא פסול שהרי הודה שהעדים הם פסולים הרי להדיא דפסלינן לעדים אלו נגד זה לבד שהודה שהם פסולים אף שהם כשרים לכ"ע וראיתי להרב בעל מ"ל בפ"א מה' שחיטה שהקשה מדברי התוס' אלו למ"ש מוהרי"ק בתשובה ופסקה המחבר בש"ע י"ד סי' א' סי"ד דשוחט שהעיד עליו ע"א ששחט שלא כהוגן והוא מכחישו ע"א בהכחשה לאו כלום הוא והעד עצמו מותר לאכול משחיטתו מכאן ולהבא דלא שייך לומר שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא דדוקא גבי יי"נ דאם נתנסך היין כדברי העד שוב אין לו תקנה אמרינן שויא אנפשיה חד"א אבל הכא לא שייך לומר כן דאפי' אם יהיה כדברי העד אין מוחלט לפסול עולמית בשביל כך דאם יעשה תשובה יחזור לכשרותו ע"ש וא"כ ה"נ לענין עדות נמי נימא הכי דאף שהודה הבע"ד שהעד הלזה העיד שקר פעם אחת מ"מ למה יופסל עולמית דהא אם יעשה תשובה יחזור לכשרותו ורמז הרב בעל מ"ל לקושיא זו ספ"ב מה' טוען והנה אף דבלא"ה אין זו השגה על מוהרי"ק דאית ליה תרי קראי דמסייע ליה ה"ה הראב"ד והרשב"א מ"מ נ"ל לתרץ קושיא זו ברווחא דשאני התם גבי שחיטה דלא שייך לומר שויא אנפשי' חד"א להיות אסור לאכול משחיטתו מכאן ולהבא משום דאיכא ספק ספיקא להכשירו חדא דילמא עשה תשובה אח"כ ומותר כל אדם לאכול משחיטתו ואת"ל שלא עשה תשובה מ"מ דילמא שחיטה זו יפה היא דמשום ששחט פעם אחת שלא כהוגן אינו מוכרח לנבל שחיטתו לעולם וזה לא הוי ס"ס בשם א' כמ"ש הש"ך בי"ד בדיני ס"ס דין י"א בשם מוהרא"י ובמנחת יעקב בקונטרס הספיקות בסק"ב ע"ש ואע"ג דאם יש עדים ששחט שלא כהוגן אסור לאכול משחיטתו מכאן ולהבא ולא מתירינן מטעם ס"ס שא"ה כיון דהוחזק רשע

ע"פ שני עדים ליכא ספק כלל דילמא עשה תשובה דמוקמינן ליה בחזקת רשע כמקודם ומה"ט המקדש בפסולי עדות שהן גזלנים אין חוששין לקדושין ול"ח דילמא עשו תשובה כמבואר באה"ע ס"ס מ"ב משא"כ הכא דלא אתחזק רשע בעדים אלא שהוא לבד אומר ששחט שלא כהוגן לא אתחזק רשע ולא הוי חזקה כלל ודמיא למ"ש התוס' בפ"ק דחולין דף י"א דכל חזקה שלא נתבררה ונודעה בשעתה לאו חזקה היא אע"ג דלאחר שחיתה יב"ח בודאי לאו טריפה הואי מ"מ כיון דלא נתבררה בשעתה לאו חזקה היא ולא שייך לאוקמי אחזקה דמעיקרא ע"ש וה"נ כיון שלא הוחזק רשע בשני עדים לאו חזקה היא והוי ס"ס מעליא וכ"ז שייך באיסורין אבל לענין עדות כיון שלפי דברי הבע"ד העיד עד זה פעם אחת שקר שוב פסול לכל עדות שלו דלא שייך כאן ס"ס ואף לדעת הסוברים דאמרי' ס"ס בדיני ממונות מ"מ הכא ל"ש לומר דילמא עשה תשובה ואת"ל שלא עשה תשובה מ"מ דילמא העדות אמת דזה ליתא דהא עדות מתורת ראיה הוא דלא איברי סהדי אלא לשיקרא וא"כ כשהוא ספק אם עשה תשובה לאו עד הוא כלל דהא הספק השני דדילמא גוף המעשה אמת זה אינו תלוי בדברי העד כלל ומדברי העד גופא אין ראיה כלל דדילמא פסול הוא ולכך א"נ לכל עדות של אותו האיש הפוסלו וא"ש ונכון. ולענין דינא לכאורה היה נראה לומר דהרשב"א והראב"ד לא פליגי עם התוספות וסייעתם דדוקא לענין שבועה לא מיפסל ע"פ עצמו שיהא פטור משבועה נגדו משום דנהי שהוא חשוד יכול להיות שישבע באמת דחשוד לד"א אינו חשוד לדבר אחר ואף החשוד לשבועה קלה אינו חשוד לשבועה חמורה כמבואר בי"ד סימן קי"ט ס"ה אלא דחשוד אינו רשאי לישבע משום דיש חילול השם בדבר כמ"ש הסמ"ע בר"ס זה ולכך בכה"ג שלא נפסל והוחזק לחשוד ע"פ שני עדי' ליכא חילול השם וחייב היסת אבל לענין עדות שהוא מתורת ראיה כיון שהבע"ד בעצמו מעיד עליו שהוא עד פסול א"כ עדותו בטילה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרי העיד עליו שהוא עד פסול ואין ראיה מדבריו כלל וזה נכון בסברא אך בחי' הרמב"ן לכתובות מכונה להרשב"א בפ' נערה כתב ג"כ גבי אורועי סהדי כפי' התוס' שאותן עדים פסולים להעיד ללוקח בשאר שטרות וסיים שלא כדברי הראב"ד הרי להדיא דהראב"ד פליג אף לענין עדות שכשר להעיד לו אמנם אף שאין אני כדאי להכריע בין גדולי הראשונים מ"מ לפעד"נ עיקר כשיטת הראב"ד וראיה גדולה לזה מהא דאמרינן בפ' שבועת הדיינים ההוא דא"ל לחבריה הב לי מאה זוז דאוזיפתך א"ל להד"ם אזיל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה אמר אביי מאי נעביד אינהו אמרי אוזפיה אינהו אמרי פרעיה רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וקיי"ל כרבא וכ"פ הט"ו בר"ס ע"ט דטענו מנה הלויתיך וכפר בב"ד ואמר להד"ם ובאו שני עדים שלוה

ממנו ופרעיה והלה אומר לא נפרעתי ה"ז חייב לשלם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ונאמן על עצמו יותר ממאה עדים ומה שאומר לא לויתי הרי הוכחש בעדים והרי התם כשהתובע אומר שלא נפרע הרי הוא מודה שהעדים שמעידים שפרעו הם שקרנים ופסולים לכל עדות שבעולם לפי דבריו וא"כ אמאי מאמינים להעדים לענין ההלואה שלוה דהשתא לעדות אחרת פסולים העדי' לדידיה כ"ש לאותה עדות עצמה כדאמרי' בפחז"ה גבי ז"א של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה דס"ל לרבא התם דעדות מוכחשת היא אע"ג דב' כיתי עדים המכחישי' זא"ז זו באה בפ"ע ומעידה וזו באה בפ"ע ומעידה מ"מ לאותה עדות פסולי' וא"כ ה"נ כיון דלפי דברי המלוה הם פסולי' לו לעדות אחרת האיך מהימנינן להו באותה עדות עצמה לגוף ההלואה א"ו דלא פסלינן לעדות אלא כשנפסל לכל אדם ולא לגבי מי שהודה שהעיד שקר ולכך אף שהמלוה הודה שהם שקרנים במה שמעידים שפרעו מ"מ מהימני לענין ההלואה וכדשני ליה ר"נ לרבא בפחז"ה שם נהי דאיתכחש באכילתה באבהתי' מי איתכחש ע"ש וזו קושיא עצומה לפענ"ד על שיטת התוס' וסייעתם ואולי יש לתרץ ע"פ מה שהקשו התוס' בב"ק דף ע"ב ע"ב לרבא דאמר עד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל אמאי אמר רב' גבי ז"א של אבותי דעדות מוכחשת היא הא מכאן ולהבא הוא נפסל ואף בתכ"ד אמרי' התם גבי עדים מעידים שגנב וטבח והוזמו אטביחה דלרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא נפסל לא הוזמו אגניבה ותי' דשא"ה גבי קרקע כיון דהוחזקו משקרי' על אותה קרקע תו לא מהימני עלה אבל עידי גניבה ועידי טביחה לא חשיב אותה עדות ע"ש וא"כ י"ל דה"נ דהעדים מעידים שלוה ופרע אף שהודה דמשקרים על הפרעון מ"מ נאמנים על ההלואה דמכאן ולהבא הוא נפסל וגם ההלואה והפרעון נחשבים עדות אחרת כיון שהוא דבר והפוכו אך מ"מ זה ליתא דהא קושית התוס' שם אינה אלא לטעמא דמפרש התם משום פסידא דלקוחות אבל לטעמא משום דעד זומם חידוש הוא בלאו הכי לק"מ קושית התוס' כמבואר בדבריהם שם להדיא וא"כ תקשה להאי לישנא ועוד דלפ"ז לדידן דקיי"ל דעד זומם למפרע הוא נפסל דהוא מיע"ל קג"ם ליתא נמי להה"א דרבא דפ' שבועת הדיינין והרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והט"ו בר"ס ע"ט פסקו כרבא בפשיטו' א"ו העיקר כהראב"ד אך מכל מקום נראה דאף לשיטת הראב"ד דכשר להעיד לו בעדות אחרת היינו דוקא כשטוען ברי והוא מביא עד זה לראיה אין הב"ד יכולין לפוסלו כיון שלא נפסל על פי שני עדים אבל בתובע בספק על פי עדים אלו שהודה בעצמו שהם פסולים אינו יכול להוציא ממון על פיהם דהאיך רשאי ליטול ממון אחרים על פי עדים שיודע בעצמו שאינם נאמנים ודמיא לשוחט

שהוציא טריפה מתח"י דאסור לאכול משחיטתו מכאן ולהבא משום דשויא אנפשיה חד"א לשיטת החולקים על מוהרי"ק ביו"ד שם ואף מוהרי"ק י"ל דמודה כאן כמ"ש לעיל ובאמת י"ל הא דאמרי' לאורועי סהדי מיירי דוקא בכה"ג שטוען בספק ע"פ עדים הללו דבכה"ג כ"ע מודים שא"נ אך מסתימת דברי התוס' והרא"ש שם משמע דבכל גווני כל השטרו' שמוציא אח"כ באלו העדים הם פסולים אף שטוען ברי ובזה נלפענ"ד עיקר כהראב"ד אך לפ"ז יצא לנו מזה בההיא דינא דר"ס ע"ט אם טענו ספק כמדומה לי שהלויתיך והלה אומר להד"ם ובאו שני עדים שלוה ופרע בכה"ג א"ל הנתבע לשלם כיון שלפי דברי התובע שטוען ברי שלא פרע רק שמסופק על ההלואה הרי הודה שהעדים הם שקרנים במה שאמרו שפרעו ואם כן האיך יכול להוציא ממון בספק על פיהם במה שמעידים על ההלואה וכל שכן כשהתובע מסופק גם כן מהפרעון דאינו גובה על ידי עדים הללו דכיון שבא לגבות על כרחך צריך אתה לומר שהם משקרים על הפרעון אם כן דילמא משקרים נמי בהלואה ואינו יכול להוציא מספק **ט** שיודעים שעבר על השבועה ואינם רוצים להעיד. חילוק זה כתב המחבר ליישב תשובת הרא"ש דכתב דהשואל כן ראוי לנזיפה ובתשובת הרשב"א מוכח דרשאי לעשות כן ולזה חילק בין טוען ברי לטוען שמא וכן מצאתי בתשובת ראנ"ח בספר מים עמוקים סי' י"ט שכתב כן אלא דהקשה שם דמתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' כ"ח משמע דיכול להחרים אם יש מי שיודע להזים את העדים ומשמע שם אף שאינו טוען ברי ותי' דעד כאן לא אמרינן דלא מביישינן בן ברית ברבים אלא היכא שמבקש להחרים לפסול את האיש ההוא מטענה אחרת זולת הטענה ההיא שעליה דנין כגון שהעד פסול או חשוד מצד אחר וממילא בטלה השבועה או העדות אבל להזים את העדים אע"פ שהעדים נפסלים ממילא הרי זה דומה לתובע את חבירו שגזלו דמשוי ליה גזלן דמחרים על כל מי שיודע שגזלו ודבריו נכונים ובזה ניחא נמי מה דפסק הריב"ש בתשובה והביאו הרב רמ"א באה"ע ס"ס צ"ו בהגה דאלמנה שנשבעה על כתובתה יכולין היתומים להחרים אח"כ על כל מי שיודע אם הפקידה האלמנה מנכסים שלהם דשא"ה דאף דכבר נשבע' כיון שהיורשי' מחרימים שלא טמנה מנכסים שלהם ה"ז דומה לטוען שגזלו שיכול להחרים אחר עדים לברר הדברים אף שע"פ העדים יופסל לעדות ולשבועה ובחנם נדחקו שם הח"מ והב"ש בזה לפרש דמיירי שטוענים ברי שהעדים יודעים בזה כי אף בטוענים שמא הדין כן וזה נכון:

י דאל"כ כל אחד יעסוק עם החשוד וישבע ויטול. כ"כ רבינו ירוחם בשם הראב"ד ודקדק כן מההיא דפריך בפ"ק דמציעא גבי ההוא רעיא דמסרו לי' חיותא ואתו סהדי דאכיל תרי מינייהו ותיפוק ליה דה"ל רועה דקושית הש"ס היא אמאי אמרינן התם דשכנגדו

משתבע אשארא ושקיל דהא ה"ל רועה וידע בפסולו ואיהו דאפסיד אנפשיה ע"ש והש"ך הסכים להלכה כדיעה זו וכתב דליכא מאן דפליג עליו ויש להקשות ע"ז מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' גניבה והמחבר בסי' שנ"ו ס"ה שכתבו שם וז"ל בזמן שהלוקח עושה דין עם הגנב והוא אומר בכך וכך לקחתי ממך והוא אומר לא מכרתי לך אלא בפחו' מזה הלוקח נשבע בנק"ח ונוטל מהגנב עכ"ל והטעם מבואר שם בהה"מ והסמ"ע משום דחשוד שכנגדו נ"ו והרי התם אין הלוקח עושה דין עם הגנב אלא בלוקח מגנב מפורסם לשיטת הרמב"ם והמחבר שם בס"ב ולשיטת הרב שם בעינן דוקא שידע שהוא גנוב אותו הדבר עצמו שקונה וא"כ הרי ידע שהוא חשוד ובכה"ג אין שכנגדו נ"ו ולמה סתם הרב שם כדברי המחבר וגם קצת קשה למה לא השיג הראב"ד בהשגות על הרמב"ם בזה וליכא למימר דדוקא הכא עשו תקנה להחשוד כיון שלא עשה בזה שום מעשה רשע לכך חשו שכ"א יעסוק עם החשוד וישבע ויטול משא"כ התם כיון שזה החפץ שמכר גנוב הוא אתו ומכרוהו לא עשו לו תקנה והלוקח נ"ו זה ליתא דהא הוכיחו כן מההוא רעיא דפריך ות"ל דה"ל רועה והרי התם אתו סהדי דאכל תרי מינייהו ואין לך גזלן גדול מזה ואינו ידוע אם כופר ג"כ במותר ואפ"ה פריך הש"ס בפשיטות דכיון דידע דה"ל רועה אין שכנגדו נ"ו ויש לישב בדוחק וצ"ע ומה שהביא הש"ך ראיה לשיטה זו מהא דהעתיק הרי"ף הסוגיא דתיפוק ליה דה"ל רועה דאי משום דמשני דוקא רועה דידיה פסול אבל רועה דעלמא לא הא כבר כתבו הרי"ף פז"ב א"ו דס"ל כפי' הראב"ד אינו מוכרח די"ל דהעתיקו משום דמוכח מסוגיא זו דפסול דרבנן לא בעי הכרזה לפסול אותו משבועה אלא דוקא לענין עדות דאל"כ לא פריך הש"ס מידי דהא התם לפי האמת ודאי לא הכריזו דהא ה"ל רועה דאחרים כמ"ש בחי' מוהר"מ שיף שם וכ"כ הר"ן בחי' פז"ב דף כ"ה לחד תי' אך לפי תי' השני שם משמע דס"ל דאף לענין שבועה בעי הכרזה וכן מוכח להדיא בחידושי הרשב"א לב"ק ס"פ הכונס ע"ש ובכנה"ג נסתפק בזה ולא ראה דברי פוסקים אלו:

יא שהרי אינו טוען ודאי לפיכך וכו'. והיכא דהשומר חשוד והמפקיד יש לו שטר על הפקדון והנפקד טוען החזרתי דקיי"ל בסי' רצ"ו דהנפקד נאמן בשבועה בנק"ח לומר החזרתי במיגו דנאנסו לכאורה נראה דבכה"ג שהשומר חשוד שאין המפקיד נ"ו אף שיכול לישבע בברי שלא החזיר לו מ"מ כיון שהנפקד נאמן בשבועה לומר החזרתי במיגו דנאנסו א"כ בכה"ג שהוא חשוד נאמן בלא שבועה במיגו דאי בעי היה טוען נאנסו שהיה פטור לגמרי לשיטת הרמב"ם והמחבר כיון שאין התובע יכול לישבע וליכא למימר כיון שאין הנפקד נאמן לומר החזרתי בשטר פקדון אלא במיגו דנאנסו א"כ בחשוד איכא

להמפקיד ג"כ מיגו כנגדו דאי בעי היה טוען בברי שהפקדון אצלו ובפני שלחת בו יד דהיה המפקיד נאמן בשבועה כיון שהוא טוען ברי ולא הוי מיגו להוציא ממון מחזקתו כיון שאין הנפקד נאמן אלא מטעם מיגו כיון דאיכא שטרא וא"כ כשיש להמפקיד ג"כ מיגו אוקי שטרא בחזקתו זה ליתא דכיון דיש להמפקיד מיגו ולהנפקד מיגו ה"ל כתרי ותרי ומוקמינן ממונא בחזקת מריה וראי' לזה ממה שכתבו הסמ"ע והש"ך בסי' ע"ה ס"ז בשם הב"י וד"מ לענין מי שטוען מנה לי בידך והלה משיב יש לי בידך כנגדו כסות וכלי' דנאמן בהיסת דאם טוען יש לי בידך כסות וכלים בפקדון דאינו יכול לישבע נגדו אלא אם כפר בו התובע אבל אם טען נאנסו הרי התובע פטור בש"ד והנתבע א"י לישבע נגדו שיש בידו כנגדו והרי בטענת יש לי בידך כנגדו א"נ אלא במיגו דלהד"ם וא"כ אף שהתובע כופר ואומר שלא הפקיד אצלו כסות וכלים יהא נאמן במיגו דנאנסו א"ו כיון דאית ליה מיגו לתובע ומיגו לנתבע ה"ל כתרי ותרי ולא מפקינן ממונא ומהתימה על הש"ך בסי' רצ"ו סק"ג שהאריך להוכיח דהא

דנאמן בשטר פקדון לומר החזרתי בשבועה במיגו דנאנסו אינה אלא שבועה דרבנן אף דבטענת נאנסו חייב ש"ד וסיים שם דנ"מ לענין חשוד דאי הוי שבועה דאורייתא שכנגדו נ"ו ואי הוי דרבנן פטור לגמרי ע"ש והוא תמוה דאף אי היא שבועה דאורייתא מ"מ בחשוד נאמן הנפקד בל"ש במיגו דנאנסו אך מ"מ נראה דז"א אלא לפי שיטת הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"א דשטר ששנים אומרים שהוא פרוע ושנים אומרים אינו פרוע דלא מגבינן ביה אבל לפי מה שהעליתי שם דבכה"ג מוקמינן השטר בחזקתו משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי ע"ש וא"כ ה"נ כיון דמוכח בש"ס דב"ב דף ע' דאף בשטר פקדון שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי אלא דהנתבע נאמן בשבועה במיגו דנאנסו וא"כ בכה"ג שהוא חשוד ואם התובע יטעון ברי שהפקדון אצלו הוא יהיה נאמן בשבועה ליטול אם כן איכא מיגו גם כן להתובע והוי כתרי ותרי ומוקמינן השטר אחזקתו דשטרך בידי מאי בעי ועוד י"ל דכיון שהתובע תובע בסתם פקדונו ע"פ השטר אין לו להנתבע מיגו דנאנסו דאכתי יהא התובע יכול לפרש דבריו שראה פקדונו אצלו דז"א סותר דבריו הראשונים וא"כ ליכא מיגו כלל להנתבע אי בעי אמר נאנסו דהא אכתי יהיה יכול התובע לסתור טענתו ואף דאכתי טענת נאנסו עדיפא מטענת החזרתי דדילמא לא יכחיש אותו התובע מ"מ לא הוי מיגו כלל די"ל דערומי קמערים דסבר אי אמינא נאנסו דילמא יכחיש אותי אטעון טפי החזרתי דאהיה נאמן בל"ש וכעין זה אמרינן בפ"ק דמציעא בסוגיא דסלעים דינרין ע"ש וזו סברא נכונה אך הש"ך לא נחית לכ"ז דא"כ אף אי שבועת החזרתי אינה

אלא מדרבנן מ"מ אינו נפטר הנתבע כיון דא"נ אלא במיגו דנאנסו והכא ליכא מיגו דירא שהתובע יכחישנו בברי ויהיה נ"ו ודברי הש"ך בסי' רצ"ו צ"ע:

יב ואם נשבע ונטל יחזיר. וכתב הסמ"ע היינו לכל מר כדאית ליה ע"ד שנתבאר בס"ט ועפ"ר עכ"ל והיינו דלשיטת הרמב"ם והעיטור קאי גם אפוגם שטרו או שאמר אשתבע לי דלא פרעתיך ולהראב"ד והרמ"ה לא קאי אהני דהא סברי דהחשוד נוטל בל"ש והט"ו סתמו לכל מר כדאית ליה וכן מבואר בפרישה וכן נראה מדברי הש"ך ס"ק ט"ו ובאמת שכן נראה מדברי הרמב"ם בפ"ב מטוען שבדין ה' כתב בפשיטות דפוגם שטרו והוא חשוד דהנתבע נשבע היסת ונפטר ובדין ט' כתב בסתם דמי שנתחייב שבועה מדבריהם ונשבע ונטל ואח"כ באו עליו עדים שהוא חשוד שמחויב להחזיר מה שנטל משמע דבכל גווני מיירי אף בנ"ו בשטר אך דקשיא ע"ז מהא דמבואר לעיל בסי' פ"ז ס"י ובאה"ע סי' צ"ו סי"א דמי שחייב שבועה דרבנן אם קדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה והוא שיטת הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב וש"פ כמ"ש הש"ך שם וא"כ הכא אם נשבע ונטל ויש לו שטר עליו ואח"כ נמצא שהוא חשוד אמאי יש לו לבע"ד להוציא ממנו מה שכבר נטל הא אף בל"ש כלל אם תפס לא מפקינן מיניה ויש לתרץ ע"פ מ"ש הר"ן בפ' הכותב בשם הרמב"ן והביאו הסמ"ע והש"ך בס"ט שם דדוקא בתפס מעות הדין כן אבל אם תפס מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנין מפקינן מיניה והדר לא גבי אלא בשבועה ע"ש וא"כ משכחת להאי דינא אף בנ"ו בשטר וגבי מטלטלין דבכה"ג אם נמצא שהוא חשוד יש כח לבעל דינו להוציא ממנו אח"כ מה שגבה ואע"ג דטעמא דהתם משום דגופייהו לא מקנין ליה והכא בשומת ב"ד אתא לידיה מ"מ י"ל כיון דקיי"ל דשומא בטעות הדרא כדאמרינן בפ' המפקיד גבי ההוא גברא דאפקיד כיפי גבי חבריה א"ל הב לי כיפי א"ל לא ידענא היכ' אותבינהו אתי לקמי' דר"נ א"ל כל לא ידענא פשיעותא הוא ואגבי' ר"נ לאפדנא מיניה לסוף אשתכח כיפי ואייקר ואמר ר"נ הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למריה ומסיק התם טעמא משום דהוי שומא בטעות דהא הוי כיפי מעיקרא ע"ש הרי אף דהתם הב"ד כדין עשו בשעת גוביינא שלא ידע הנפקד היכא הוא מיחשב שומא בטעות כיון שנתברר אח"כ דהוי כיפי מעיקרא וא"כ ה"נ נהי דבדיעבד מהני התפיסה שתפס התובע שא"צ לישבע מ"מ כיון דבשעת גוביינא דבי דינא היה בטעות דאלו היו יודעים שהוא חשוד לא היה גובה בשטרו כלל א"כ הוי שומא בטעות דהא הב"ד טעו בדין מחמת שלא ידעו שהוא חשוד והדרא השומא וממילא לא מהני התפיסה כמ"ש הר"ן ובזה יש להבין דברי חכמים וחידותם מ"ש הה"מ בפ"ב מטוען אלשון הרמב"ם שהוא כלשון המחבר מי שנתחייב שבועה וכו' זה אינו נזכר בגמרא אבל נראה ברור דלא גרע ממה שאמרו טעה

בדבר משנה חוזר ואע"פ שיש לחלק ביניהם הדבר נכון בעצמו וכ"כ ר"מ עכ"ל ולכאורה יש לתמוה מאוד דמה ענין זה לטעה בדבר משנה הא הב"ד כדין עשו כיון שלא ידעו שהוא חשוד אלא דאח"כ נתברר שהוא חשוד ויותר ה"ל לדמותו למ"ש הרמב"ם אחר זה והוא ש"ס ערוכה שאם באו עדים אחר השבועה שלשקר נשבע דה"ז חייב לשלם אם כן ה"ה אם באו עדים שהוא חשוד כיון שאין שבועתו כלום חייב לשלם ולפמ"ש ניחא דכוונת הה"מ משום דמסתימת לשון הרמב"ם משמע דקאי גם אנ"ו בשטר וע"כ בגבה מטלטלין מיירי דלא מהני תפיסה משום דגופייהו לא מקנין אלא דקשיא דהא הכא בגוביינא דבי דינא אתא לידיה לזה אמר אף דבדיעבד מהני תפיסה בל"ש מ"מ הוי כמו טעות בדבר משנה דחוזר הדין ולא אמרינן מה שעשה עשוי וא"כ הוי שומא בטעות והדרא ולכך לא מהני תפיסה ונכון ודוק ולפ"ז יצא לנו דין חדש בההיא דסי' מ"ו סל"ז בשנים שאומרים על עידי השטר שפסולי' היו וכת"י יוצא ממ"א דהוי תרי ותרי ואי תפס מטלטלין לא מפקינן מיניה אם הב"ד גבו מטלטלין בשטר קודם שבאו עדים שמכחישים לעידי השטר אף דמהני התפיסה דא"צ להחזיר מ"מ אם נתייקרו המטלטלין י"ל דהוי כמו שומא בטעות והדרי גוף המטלטלין אך מ"מ י"ל כיון דתרי ותרי נינהו עדיף טפי דיכול לומר שעידי השטר הם האמת וכדין עשו הב"ד משא"כ הכא הפסק ב"ד נעשה שלא כדין כיון שהוא חשוד אלא שלא ידעי בזה אך מ"מ בדבר דמהני תפיסה כההיא דסי' מ"ב בזה י"ל שפיר אם הב"ד טעו וגבו מטלטלין שלא כדין דהוי שומא בטעות והדרי גוף המטלטלין אם נתייקרו ועיין בראש פ"ב דכתובות וטור סי' מ"ו בשם רבינו יונה ועדיין הדברים צריכים תלמוד ועמ"ש סי' פ"ז סק"ט:

צג

א אלו נשבעין בטענת שמא. יראה לי דדוקא בטענת שמא תקנו חז"ל שבועת השותפים משום דמורי היתרא וגם נוח לו לכפור כיון שאין חבירו מכיר בשקרו אבל בטוען ברי אתה עכבת משלי כך וכך והלה כופר בזה לא תקנו שבועת השותפים כיון דחבירו מכיר בשקרו חזקה אין אדם מעיז פניו לכפור בממון חבירו כשהוא מכיר בשקרו ואינו חייב אלא היסת כשאר כופר הכל וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם והט"ו סי"ב שכתבו שותף שטען על חבירו שכך היה התנאי ביניהם והלה אומר לא היה תנאי או שטען הקרן שלי היה כך וכך והלה אומר אינו אלא פחות מזה וכו' אם רצה התובע שלא ישבע השותף שבועת השותפו' וישביענו היסת בטענה זו שכופר בה ואומר להד"ם ה"ז משביעו ואם רצה מגלגל עליו כל אלו הדברי' בשבועת השותפות ואי אמרת דאף בברי חיישינן

למורי היתרא א"כ אמאי משביעו היסת בטוען שהקרן היה פחות ליחייב שבועה בנק"ח דדילמא משום דמורי היתרא לכך כופר בקרן וגם בשאר הטענות שם שייך מורי היתרא א"ו דבטענת ברי לא חיישינן להכי ועוד דא"כ שני שותפים שאחד תובע לחבירו שלוה ממנו מנה שלא מעסק השותפות יתחייב חבירו שבועה בנק"ח דניחוש שכופר במנה משום דמורי היתרא עבור שמתעסק בשותפות ודבר זה לא אישתמיט בשום דוכתא א"ו דבטענת ברי ל"ח להכי ועוד ראיה מדברי הרמב"ם והמחבר בס"י שכתבו טענו עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך וזה אומר כבר חלקנו ולא נשאר לך אצלי כלום או לא הייתי שותפך מעולם הרי הנתבע נשבע היסת ומגלגל עליו שלא גזלתני מעולם משמע דאף ברישא כשאומר כבר חלקנו נמי אינו מגיע לו אלא היסת וכן הרי"ף בפכ"ה לא כתב אלא בבא זו דכבר חלקנו ומסיים דנשבע היסת וזה דלא כהרדב"ז שהביא הכנה"ג דס"ל דבטענת ברי אף לאחר שחלקו חייב שבועת השותפות ותמיהני מהכנה"ג שלא הביא שום חולק עליו ואי אמרת דשבועת השותפות שייך נמי בברי קשה הא הסכימו כל הקדמונים דטעמא דחלקו פטורים הוא משום כיון דלא השביעו בשעת חלוקה מסתמא מחל לו השבועה וא"כ הכא שטוען עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך והלה כופר בכולו נהי דהאמת שכבר חלקו מ"מ י"ל דלא השביעו משום דלא חשדו בגניבה מספק ולכך האמינו והשאיר אצלו ממעותיו ועכשיו שטוען ברי שנשאר בידו כך וכך והלה כופר בו בודאי אדעת' דהכי לא מחל כיון שיודע בשקרו ויתחייב שבועה בנק"ח משום דמורי היתר' א"ו דבטענת ברי לא תקנו חז"ל שבועת השותפו' כלל וכן משמע מדברי המחבר בסי' פ"ז סי"א והסמ"ע בס"ק כ"ו שם דלא משכחי היפוך בשבועת השותפים אלא אשתבע לי דחשוד לו בכך משמע דבטענת ברי ל"ש שבועת השותפות כלל וכ"מ לישנא דמתניתין אלו נשבעין שלא בטענה ומוקי לה בש"ס דהכי קאמר אלו נשבעין שלא בטענת ברי אלא בטענת שמא ומדלא קאמר אלו נשבעין אף שלא בטענת ברי משמע דדוקא בטענת שמא משביעינן להו ומ"ש הטור אלו נשבעין בטענת שמא אע"פ שאינו טוען ודאי לאו למימרא דכ"ש בטוען ודאי חייב שבועת השותפות אלא דבטוען ודאי חייב היסת עכ"פ או דהטור נקט אע"פ שאינו טוען ודאי להני פוס' דס"ל דבשבועת השותפות בעינן הודאה במקצת א"כ בטוען ודאי חייב ש"ד מדין מודה במקצת וראיתי להט"ז שהשיג על הסמ"ע בסק"ג ופשיטא לי' דאף בטענת ברי שייך שבועת השותפות ולפענ"ד ברור כמ"ש אמנם מלשון המרדכי פכ"ה משמע להיפך שהעתיק תשובת מוהר"ם וז"ל ומה שטען ראובן שהלוה לשמעון ממעות השותפו' מ' ליטרא ולא פרעו עדיין ושמעון משיבו שפרעו ישבע שפרעו ויפטר וישבע ראובן שלא פרעו כרבנן דבן ננס גם על אותן

ט"ו ליטרין שראובן תובע את שמעון ישבעו שניהם סוף דבר כל א' נשבע שלא עכב כלום לעצמו מחלק חבירו דשותפין נשבעין אף שלא בטענת ברי כדתנן בפכ"ה אלו נשבעין שלא בטענה השותפין וכו' וטעמא משום דמורי היתרא כ"ש הכא בנידון זה שכ"א טוען טענת ברי עכ"ל הרי משמע להדיא דאף בטענת ברי שלוה ממנו שותף האחר ג"כ חייב שבועת השותפו' דאי מיירי בשבועת היסת פשיטא ולמה ליה להביא ראיה ממתניתין אך מכל מקום מ"ש נ"ל עיקר בשיטת הרי"ף והרמב"ם והט"ו:

ב השותפים. כתב הכנה"ג מלשון רש"י נראה שצריך שיחשדנו המשביע שעכב מחלקו ב' כסף אפילו שיהיו שותפים הרבה ולא סגי שיטעננו ב' כסף לכל השותפים אבל מורי הרב בחח"מ סי' ק"ה נסתפק בדבר עכ"ל ובאמת המעיין בתשובת מוהרי"ט רבו שם יראה דפשיטא ליה אם שניהם לפנינו ותבעו ביחד ב' כסף דחייב שבועה אלא שנסתפק אם חבירו אינו בכאן דיכול לומר שמא שותף האחר אינו חושד אותי כלל ע"ש גם מ"ש הכנה"ג דמלשון רש"י משמע דצריך שיחשדנו המשביעו שעכב מחלקו לבד ב' כסף והיינו מדכתב רש"י שמא עכבת משלי ב' כסף ליכא ראיה כלל דכוונת רש"י שחשדו שעכב ד' כסף ומגיע לחלקו שתי כסף משום דאם אינו חושדו אלא בשתי כסף לבד א"כ הרי יש להנתבע חלק בו דהא הוא שותף בכולו ולא הוי כפירת שתי כסף לכך פירש"י שמא עכבת משלי שתי כסף דהיינו ד' כסף ומגיע לחלק התובע עכ"פ שתי כסף אך מ"מ לענין דינא נראה דלא כמוהרי"ט דכיון דכפירת ב' כסף ילפינן מקרא בר"פ שבועת הדיינים משום דבעינן שיכפור בדבר חשוב בעינן דוקא שיהיה שתי כסף לכ"א מהשותפים ולא מצרפינן להו אהדדי וראיה לדבר דהא בפרק אלו מציאות מצריכינן קרא למילף דאבידה בפחות מש"פ אינו חייב להחזיר ולענין עובר על שבועת הפקדון מצרפינן ליה כדאמרינן בפ' שבועת הפקדון אמתניתין דתן לי פקדון ותשומת יד וגזל ואבידה שיש לי בידך שבועה שאין לך בידי אינו חייב אלא אחת א"ר יוחנן ופרוטה מכולם מצטרפת וכ"ע הרמב"ם בפ"ז מה' שבועו' דין י"א ואפ"ה קיי"ל בסי' רס"ב ס"ב דאבידה אפילו היא שוה הרבה אם היא של שותפים הרבה שאין מגיע לכ"א ש"פ אינו חייב להחזיר אלמא דשותפין לא מצרפינן להו בהדי הדדי ובעינן דבר חשוב לכ"א וא"כ ה"ה לענין שבועה כיון דהתורה לא חייבה שבועה אלא בשתי כסף שהוא חשוב בעינן שיגיע לכ"א מהשותפים שתי כסף בדוקא דמה"ת נחלק בין ממון לשבועה כיון דאידי ואידי מקראי ילפינן להו וה"ה לענין שבועת השותפו' נמי דכעין דאורייתא תקנוהו כנלפענ"ד עיקר:

ג או שהושיבה בעלה חנונית לשיטת הרי"ף אף בחיי הבעל משביעה כ"ז שירצה ולשיטת ר"ת והרא"ש אינו משביעה אלא כשתובעת כתובתה והובאו שתי דיעות אלו באה"ע סי' צ"ז ס"ב וכ"כ הב"ח והט"ז ועיין בבעה"ע באות ש' שותף דף כ"ג שכתב וז"ל והיכא דראובן ושמעון נשתתפו ונטל אחד מהן מן הממון ונשתתף עם לוי הרי חבירו משביע ללוי ולא מצי אמר ליה לאו בע"ד דידי את וכ"ש וכו' ואיכא מ"ד אפילו אשת שותפו משביע כדין אשה נו"נ בתוך הבית כדאמרינן אפילו אשתו של שומר נשבעת שכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דא"כ וכו' ואיכא מ"ד דלא עדיף שותף מבעל דהא בעלה א"י להשביעה אלא בסוף אבל בטענת ברי משביעה וכתב הרב קרובינו דינא דשבועת שותף אם אשת שותף כדין אשה עם בעלה ופסק רב אלפס הלכתא כת"ק דאם הושיבה חנונית או שמינה אפוטרופ' ה"ז משביעה ואם לאו אינו יכול להשביעה בשותפות נמי היכא שבעלה יכול להשביעה כגון שמינה אפוטרופא מאותן נכסי' שותף משביע אשת שותפו טענת שמא ואם לאו א"י להשביעה ומסתבר' דאפילו פטר ראובן לשמעון משבועה ואי נמי פטר שמעון את לוי ראובן משביע ללוי אא"כ פטר הוא והבאים מכחו עכ"ל והנה דין הראשון אם השותף נשתתף עם אחר נתבאר לקמן בב"י ובש"ע סי' קע"ו ס"ל אך דין זה אם השותף משביע לאשת שותפו לא מצאתי בשום מקום ולפי מסקנת הבעל העיטור נרא' דתליא בפלוגת' אי הבעל יכול להשביעה כ"ז שירצה וא"כ כיון שאין הכרעה בין הדיעות באה"ע סי' צ"ז אין השותף יכול להשביע אשת שותפו אך לפענ"ד נראה מצד הסברא דיכול להשביעה דהא הטעם דס"ל לר"ש בפ' הכותב דכ"ז שאין תובעת כתובתה אין יכול להשביעה אף דבכל שבועת השותפות יכול להשביע כ"ז שירצה ואינו יכול לומר שישבע לבסוף צ"ל כמ"ש הרא"ש ר"פ אלמנה ניזונת דחז"ל תקנו כן בכדי שלא יהיה לה קטטה עם בעלה תמיד לכך פטרו אותה משבועה עד לבסוף וכן מפורש להדיא בתשו' מוהר"מ שבתשו' מיימוני לספר משפטים סי' כ"ז יע"ש וא"כ שותף אמאי לא יהא יכול להשביע אשת שותפו כיון דאין הממון של שותפו ומי עדיף תקנת חז"ל מהיכא דפטר שמעון את לוי בפירוש דמ"מ ראובן יכול להשביע את לוי כיון דלאו ממונו של שמעון הוא אלא של ראובן וה"נ מאי קטטה שייך בזה כיון שאין הממון של בעלה אלא של שותפו ונראה דגם כוונת הבעה"ע הוא כן ולכאורה קשה דלמה הפריד הבעה"ע בין הדבקים דהאי ומסתברא דאפילו פטר הוי ליה לכתוב תיכף אחר דין הא' דאם שמעון נשתתף עם לוי דעלה קאי א"ו דבהאי ומסתברא בא לסתור דעת האיכא מ"ד דס"ל דאין יכול להשביע אשת שותפו דכיון דאפי' פטר

שמעון ללוי בפי' ראובן יכול להשביעו כיון דממון שלו הוא כ"ש דשותף יכול להשביע אשת שותפו כנ"ל וכן נוהגין:

ד עד שיחשוד המשביע אותן בשתי כסף. דעת רש"י דבעינן הודאה במקצת שטענו שמא אתה עכבת משלי שתי כסף ופרוטה וכופר בשתי כסף והודה לו פרוטה ואיכא למידק דלהימן במיגו דאי בעי

כופר הכל כדפרכינן בפ"ק דב"מ אכל מודה במקצת דהכא ליכא למימר חזקה אין אדם מעיז דהא התובע תובעו בספק ואינו מכיר בשקרו וגם זה דמיא לדלעיל סי' פ"ח סל"ב דאין לך משיב אבידה גדול מזה ולכאורה י"ל כיון דטעמא דתקנו חז"ל שבועה בטענת ספק הוא משום דמורי היתרא א"כ ליכא מיגו דכופר הכל דדילמא על מה שהודה לא היה מורי היתרא כי די לו במה שכופר על שכר טרחתו ולכך חייב שבועה בכדי שיודה בכולו ובאמת מצאתי בפרישה האי קושיא והאי פירוקא אך תי' זה אינו מחוור לפענ"ד דאמאי ניחוש מספיקא שזה שהודה שנטל גנב בלי שום הוראת היתר הא אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן כמבואר בסי' צ' דאפי במיגו לא מחזיקינן אינשי בגנבי וא"כ אדרבה יותר ראוי לומר שמה שהודה שנטל היה מורי היתרא ובודאי לא נטל יותר דא"כ היה כופר הכל לכך יותר נאה לתרץ ע"פ מה דאמרינן בפ' הכותב דלכך הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק ורמי רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק וכתבו התוס' שם הא דלא מהימנא במיגו דאי בעיא היתה תובעת הכל משום דאינה רוצה לשקר כלל דסוברת דאומרת אמת שלא נפרעה והנה הטעם דאמרינן דפרע דייק דמיפרע לא דייק הוא משום דאמרינן דהלוה שנותן מעות מדקדק כמה נותן אבל המלוה שמגיע לו מעות אינו מדקדק כמה נטל דל"ל לזכור מה שנוטל המגיע לו לכך אמרינן ששכח כמה נטל וא"כ ה"נ כיון דשותף מורי היתר לעצמו שמגיע לו עבור טרחתו אינו זוכר מה שנוטל כפעם בפעם ולכך לא מהימן במיגו דכופר הכל די"ל דאינו רוצה לשקר כלל דמה שכופר המותר הוא בשביל שאינו זוכר וע"פ השבועה יזכור ולפ"ז באין עדים שהיה שותפו דפסקו הסמ"ע והש"ך בס"ב דנאמן במיגו שלא היה שותפו אם הודה במקצת לא מהימן דהוי מיגו בדדמי די"ל דאינו רוצה לשקר כלל כמו בפוגם שטרו דא"נ במיגו מה"ט כנ"ל נכון ולענין הלכה הסכימו רוב הפוס' דלא בעינן הודאה במקצת וכ"פ הש"ך ועיין בט"ז שכתב הא דבעינן ב' כסף היינו לענין שבועה בנק"ח אבל היסת חייב אף בפחות מב' כסף דלענין היסת אין חילוק ולא שייך בזה לומר דאין נשבעין על טענת ספק דכיון דיש כח בדורות ראשונים לחייב שבועה בנק"ח בב"כ ה"ה בדורות אחרונים לענין היסת דלא בעי שיעור עכ"ד וזה ליתא דשטרות יוכיחו דאין נשבעין עליהן

היסת בשומרים אם טוען שנאבדו לדעת הריטב"א והה"מ לקמן בסי' צ"ה אף דבשאר מטלטלין חייב עליהן שבועת השומרים מדאורייתא מ"מ לענין שטרות פטור אף מהיסת משום דאין נשבעין על טענת ספק אף דלענין היסת אין חילוק בין שטרות לשאר דברים דהא בטענת ברי נשבעין היסת אף על השטרות וא"כ ה"ה לענין פחות מב' כסף נמי וכן מבואר להדיא בש"ע לקמן סי' ר"ל סי"ט דבפחות משתי כסף אינו נשבע היסת אלא בטוען ודאי ע"ש בטור ובבד"ה ותמיהני מאוד מהט"ז דאישתמיטו ליה דברי מרן בש"ע גם מה שהביא ראיה מדברי המרדכי גבי תיבה פרוצה יש לדחות ע"ש וכ"מ מסתימת כל הפוס':

ה המשלח ביד חבירו. זהו שיטת הרמב"ם וטור והב"י הביא בשם תשו' הרשב"א שהקשה על סברא זו מהא דאמרינן בפ' האיש מקדש הן הן שלוחיו הן הן עידיו והשתא דתיקן ר"נ שבועת היסת משתבעי הכי עדים דיהבי למלוה והדר פרע ליה לוה למלוה והא אפי' מקודם שתיקן ר"נ שבועת היסת שליח נשבע ובתשובת מ"ע סי' נ"ג תי' דדוקא שליח ששלח לקנות לו דבר או למכור שייך מורי היתרא דסובר שבעבור השתדלותו נמכר ביותר מכדי דמיו וכיוצא בזה אבל שליחות גרידא לפרוע חובו של חבירו לא שייך בזה מורי היתרא דזוזי שקיל מן הלוה ויהיב ליה למלוה ולא עביד ליה טיבותא ודבריו נכונים וכבר קדמו בחילוק זה הבעה"ת בשער כ"ט ח"ב בשם הרב ר' יוסף אבן פלאט בתשובתו להרז"ה ע"ש ועוד נלפענ"ד דמעיקרא לאו קושיא היא לפי מה שהוכחתי לעיל דבשבועת השותפין לא תקנו חז"ל בטענת ברי אלא בטענת שמא דוקא א"כ מקודם שתיקן ר"נ היסת הוי שפיר עדים במיגו דאי בעי אמרי אהדרינהו ללוה דאז לא הוי משתבעי כלל דהא הלוה תובע אותם בברי שלא החזירו לו וא"כ אף עכשיו שאומרים פרענו למלוה הוי עדים מעליא ואף לסברת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה מ"מ כאן אף בטענה זו שאומרים פרענו למלוה הרי המלוה מכחישם בברי וגם מהימני מתורת עדים ועוד דלגבי המלוה ל"ש מורי היתרא כלל דהא התם מיירי שהמלוה לא שלחם כלל והלוה שלח אותם בלי ידיעתו וא"כ מה הוראת היתר יש להם נגד המלוה הא המלוה היה יכול לגבות חובו בעצמו מן הלוה וא"כ כיון שאין מגיע להם שבועה בשתי הטענות לא הוי נוגעים כלל ומקבלינן עדותן ובזה מתורצים דברי בעה"מ בפ' האיש מקדש שם שכתב דשבועת המלוה והשליחים הם שניהם בנק"ח כעין דאורייתא והא דאמר והשתא דתיקון רבנן שבועת היסת לאו למימרא דאית הכא שבועת היסת אלא מאחר דתקנוה רבנן אזל ליה מיגו דאמרן לעיל והוי להו נוגעין בעדותן והמבין יבין עכ"ל ותמה עליו הרמב"ן בס' המלחמות דלמה יתחייבו כעין דאורייתא בטענה זו

דפרענו למלוה כיון דנפטרין נינהו וגם אם יטענו אהדרינהו ללוה יפטרו בהיסת ולפמ"ש ניחא דבשלמא מקודם שתיקן ר"נ היסת הוי עד מעליא נגד המלוה שקבל המעות ולא שייך לומר מורי היתרא נגדו דהא לא שלחו כלל וגם המלוה מכחיש העדים בברי ובכה"ג לא תקנו שבועת השותפין כלל וגם אי הוי טעין אהדרינהו ללוה היה פטור משבועת השותפין ושלוחים דהא הלוה תבעו בברי שלא החזיר לו אבל השתא דתקון רבנן היסת א"כ לאו עדים נינהו נגד המלוה דנוגעים בעדותן נינהו והמלוה גובה חובו ועיקר ההפסד הוא להלוה וא"כ ממילא מחייבי שבועה כעין דאורייתא משום דמורי היתרא נגד הלוה וגם הלוה אינו יודע אם פרעו למלוה או לא ולא מהימני במיגו דאהדרינהו ללוה שהיו פטורים כיון שהלוה טוען ברי משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וכן נוטה דעת בעה"מ בפ' הניזקין בסוגיא דשני כיסים קשורים מצאת כמ"ש הרמב"ן בס' המלחמות שם ע"ש וזה נכון מאוד בדברי בעה"מ ז"ל אלא דהרמב"ם בפ' א' משלוחין והט"ו בסי' קכ"א ס"ט פסקו להיפך דהשליח נשבע היסת והמלוה גובה חובו בשבועה והנה הטור לטעמיה אזיל דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה וא"כ אית ליה מיגו להשליח דאי בעי אמר אהדרינהו ללוה אבל להרמב"ם דס"ל דל"א מיגו לאפטורי משבועה קשה דליחייב השליח שבועה כעין דאורייתא מה"ט דכתיבנא ואפשר לומר דכיון דמ"מ המלוה מכחישו בברי אף שאין הדבר נוגע לו מ"מ בכה"ג לא תיקנו חז"ל שבועת השותפות ויותר נראה דהרמב"ם ס"ל כסברת הר"י אבן פלאט שהבאתי לעיל אך ק"ל על שיטת הרמב"ם מהירושלמי שהביאו הרשב"א והר"ן בפ' כ"ה אמתניתין דהמכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול אמר ר' אבא בדין הוא שלא ישבע אלא כדי שלא יהיו הבעלים מטפלין עם הגנבים ולמה ליה טעם זה ת"ל דצריך לישבע משום חשש דמורי היתרא במאי שטרח עבורו לטובתו ואפשר כיון שעשה כן בלי צווי הבעל הבית לא שייך בזה מורי היתרא והדבר צריך ישוב

ו ויש חולקים בזה. כלומר בזה דמקבל עסקא למחצית שכר והוא הדין כל היכא דנותן לו שכר ידוע כיון דמקבל שכר לא שייך לומר דמורי היתרא כ"כ הסמ"ע והש"ך וכתב הת"ח בפ' כל הנשבעין דלפי שיטה זו אף היכא דאינו נותן לו שכר ידוע והמתעסק אינו רוצה לישבע ורוצה לשלם כפי שווי השכר פטור משבועה משום דביותר משווי שכרו אינו מורי היתרא ולפעד"נ להיפך לפמ"ש בסק"ד דבשותפין היכא דמודה במקצת שייך בו לומר דמיפרע לא דייק ואינו זוכר כמה נטל כיון דסובר שמגיע לו עבור טרחתו וא"כ בשלמא בקצב לו שכר מתחלה אינו חייב שבועה כיון דל"ש ביה מורי היתרא כיון שנוטל שכר ודאי לא העלים כלום אבל אם לא קצב לו שכר מתחילה אף אם בעת

שנתחייב השבועה רוצה לשלם כפי שכרו לא מהני משום כיון דבעת שנתעסק בשותפות היה שייך לומר בו דמורי היתרא א"כ חיישינן דילמא לא דק כמה נטל כיון דמיפרע לא דייק ושמא נטל יותר משווי שכרו ואינו זוכר ואף דעכשיו הוא כופר שלא נטל כלום לא מהימנינן ליה בזה וחייב שבועה וזה נכון ודוק וכן משמע מסתימת הפוס':

ז חלקו השותפים והאריסין. ויש להקשות לפי שיטת רש"י דשבועת השותפין בעי הודאה במקצת שיטעון שמא עכבת משלי ב' כסף ופרוטה וזה יודה בפרוטה וא"כ מכלל דבחלקו השותפים אף בכה"ג פטור משבועה ואמאי הא טעמא דחלקו פטורין הוא משום כיון דלא השביעו בשעת חלוקה מחל לו השבועה וא"כ נימא הא דלא השביעו הוא משום דלא חשדו בגנב והאמינו משא"כ עכשיו שהודה לו בפרוטה הרי הוחזק בגנב ואדעתא דהכי לא האמינו כמ"ש הט"ו בסי' ע"א סי"ג דשטר שיש בו נאמנות והוחזק הלוה כפרן בדבר אחר בעדים בטל הנאמנות משום דאדעתא דהכי לא הימניה וכן הוא להדיא בב"י באה"ע סי' צ"ח בשם רב נטרונאי גאון דהיכא דאמר בשעת מיתה תנו לה כתובת' ואל תשביעו אותה דבריו קיימין ונוטלת שלא בשבוע' בין לשעבר בין לעתיד לבוא אע"פ שהיא בבית בעלה אבל אם ראו אותה שמפסדת במה שהניח בעלה בדבר גניבה בדבר ברור תשבע להבא עכ"ל והביאו הרב רמ"א בהגה שם הרי להדיא דאף שפטרה בפירוש היכא דאיתרע נאמנותה תשבע על האפוטרפסו' וכ"ש בחלקו והנה לפמ"ש בסק"ד בשם הפרישה בשיטת רש"י דלכך לא מהימן במיגו דכופר הכל משום די"ל דעל מה שהודה לא היה מורי היתרא ועל מה שכופר מורי היתרא יש לתרץ קושיא זו די"ל דלכך בחלקו פטורים אף שהודה בפרוטה משום דנאמן במיגו דכופר הכל וכאן לא שייך לומר דדילמא על המותר לא מורי היתרא דהא חזינן דהשותף מחל לו על חששא זו מדלא השביעו בעת החלוקה אלא שאתה בא לחייבו שבוע' משום דאיתרע נאמנותו והכא לא איתרע כיון דאית ליה מיגו דכופר הכל הרי חזינן דעשה תשובה וניחם על רעתו אך לפי מ"ש שם להשיג על הפרישה דטעמא דלא הוי מיגו משום דמיפרע לא דייק הקושיא במ"ע ונראה דלשיטת רש"י מיירי שקודם שחלקו תבעו בינו לבינו והודה לו בפרוטה ולכך כיון שכבר ידע שהעלים פרוטה ולא השביעו בב"ד בודאי מחל לו השבועה ובלא"ה ע"כ צ"ל כן לשיטת רש"י דמיירי בהכי דאי מיירי בחלקו ואח"כ הודה לו בפרוטה קשה אמאי פטור משום דחלקו ולא השביעו בשעת חלוקה מחל לו דילמא משום הכי לא השביעו כיון שעדיין לא הודה לו ושותפין בעי הודאה במקצת לשיטתו ודוחק לומר דפטור משום דלא תבע אותו כלל דא"כ אם תבע אותו בינו לבינו קודם החלוקה יתחייב שבועה בהודה לו אחר החלוקה א"ו דלשיטת רש"י מיירי שההודאה

היתה קודם החלוקה בין לפני עדים בין בינו לבינו ולכך כיון שלא תבעו לפני ב"ד ודאי מחל לו ולפ"ז בהודה לו אחר החלוקה נראה דחייב שבועת שותפות לכ"ע אף לדידן דלא בעינן הודאה במקצת מ"מ חייב שבועה משום דאיתרע נאמנותו וגם אפילו לשיטת הפרישה דס"ל דלכך לא מהימן במודה במקצת במיגו דכופר הכל משום די"ל דעל מה שהודה לא מורי היתרא מ"מ יכול התובע לומר אף שמתחלה לא חשדו במורי התירא מ"מ השתא דחזינן שגנב מהשותפות אף שחזר בו והודה מכל מקום איתרע נאמנותו קצת ושוב הוא חושדו גם כן במורי היתרא ועוד דבתשובת ח"צ סי' ל"א מבואר דהיכא דהוחזק כפרן אף שהוא חוזר בתשובה בטל נאמנות שלו ע"ש כנלפענ"ד. אמנם יש להסתפק היכא שנתברר בעדים שגנב קצת מהשותפות שהדבר פשוט דצריך שבועה אף לאחר שחלקו ואפילו פטרו בפירוש לא מהני כיון דאיתרע נאמנותו אם נעשה חשוד על השבועה בגניבה זו ושוב פטור בל"ש או דילמא לא נעשה חשוד בגניבה זו כיון דיש לומר דמורי היתרא שכדין שקיל וכמ"ש הרב רמ"א בסי' ל"ד ס"ד בהגה דכל דבר שי"ל שהעדים עברו משום טעות לא פסלינן להו ובאמת מלשון רב נטרונאי גאון שהבאתי לעיל ולשון בה"ג שהביא הש"ך בס"ס כ"ה משמע להדיא דס"ל דבכה"ג לא נעשה חשוד ומשביעינן ליה ולפענ"ד יש ראיה לזה דאל"כ תקשה על כל שבועת השותפין שתקנו חז"ל נימא מיגו דחשוד אממונא לגנוב משל חבירו חשוד אשבועתא כדפריך בפ"ק דמציעא וליכא למימר דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו דמה"ט מחייבינן שבועה באומר לחבירו גזלתני כמבואר בסי' ע"ה ס"ח וכמ"ש הב"י והסמ"ע שם זה ליתא דאכתי קשה דלמה תיקנו חז"ל שבועה בשותפין ודכוותייהו מחשש דמורי היתרא הא משום חשש זה אין לחייבו שבועה דכיון דחשוד אממונא חשוד נמי אשבועתא ואי משום חשש דספק מלוה ישנה הא חששא זו שייך בכל טענת ספק דעלמא נמי דדילמא הנתבע כופר משום ספק מלוה ישנה ומאי אולמא שותפין ודכוותייהו יותר משאר טוען טענת ספק דלא תקנו חז"ל שבועה מה"ט א"ו דמחשש ספק מלוה ישנה לא משביעינן ליה בטענת ספק אלא דבשותפין חייב שבועה משום דחיישינן דמורי היתרא ולא חשיד אממונא כלל ולכך לא חשוד אשבועתא וזו ראיה נכונה אלא דקשיא לי ע"ז מהא דאמרינן בפז"ב אמר ר"נ גנב ניסן וגנב תשרי לא שמיה גנב וה"מ באריס ובדבר מועט ובדבר שנגמרה מלאכתו איכריה דרב זביד חד גנב קבא דשערי ופסליה וחד גנב קיבורא דאהיני ופסליה ופרש"י איכר לאו היינו אריס ואינו חולק בפירות וכ"כ הרא"ש שם והטור בסי' ל"ד דדוקא אריס שיש לו חלק בפירות אינו נפסל אבל רועה שגונב משל בעה"ב אפילו דבר מועט פסול כיון שאין לו חלק בו והרי הכא משביעינן לבן הבית

שנו"נ בענייני בעה"ב אף שאין לו חלק בו משום דמורי היתרא ולא עדיף מאיכר שאינו חולק בפירות ואפ"ה כיון שאין לו חלק בו מיפסל לשבועה אם גנב אף דמורי היתרא וגם אפילו אי תימא דאין חילוק בין שיש לו חלק בפירות או לא כמ"ש הכנה"ג בסי' ל"ד בשיטת הרמב"ם מ"מ אכתי קשה מאריס דהתם מחלקינן בין דבר שנגמרה מלאכתו או לא והכא משמע דאריס נשבע בכל גווני וגם דהתם דוקא בדבר מועט לא מיחשב כגנב והכא משמע דמורי היתרא אף בדבר מרובה דשתי כסף לאו דבר מועט הוא וא"כ כיון דמורי היתרא אמאי מיחשב כגנב ליפסל לעדות ולשבועה וכן קשה מההיא דרפ"ק דמציעא בסוגיא דההוא רעיא דאייתי סהדי דאכל תרי מנייהו דאמרינן התם דהוי גזלן ושכנגדו נ"ו ואמאי לא אמרינן דמורי היתרא כמו הכא באריסין ובן הבית דצריכי שבועה מה"ט ובאמת דברי רב נטרונאי שכתב גבי אלמנה דאם נתברר עליה דבר גניבה דתשבע להבא יש ליישב דס"ל דאלמנה שאני דמוריא היתרא טפי כיון דטרחא קמי יתמי דהא מה"ט נמנעו מלהשביעה כמבואר בפ' השולח דף ל"ה לכך לא מיפסלא משא"כ באינך אך לשון בה"ג שהביא הש"ך בס"ס כ"ה דכתב דהיכא שנתברר שאחיו הטמין המעות שבבית אביו שהפשרה בטילה וחזרה שבועה למקומה משמע להדיא שאינו נפסל בכך כיון דמורי היתרא וכבר כתבתי ראיה מוכרחת לזה אלא דהסוגיא דפז"ב ופ"ק דמציעא מתנגדי' לזה ואולי הבה"ג מיירי שהטמין דבר מועט ולכך לא מיפסל כיון שהוא אח בין האחים ויש לו חלק בו כמו אריס וזה דוחק גדול ויותר נראה דבה"ג ורב נטרונאי ס"ל כשיטת התוספות שהביא הרב בהגה בס"ד דכל הני אין נשבעין בטענת ספק אלא כשאינן מקבלין שכר אבל כשמקבלין שכר לא מורי היתרא כלל וא"כ הא דמוכח בפז"ב דמי שאינו חולק בפירות הוי גנב ופסול לעדות מיירי במקבל שכר דסתמא דמילתא בהכי איירי ודומיא דאריס ולכך בכה"ג לא מורי היתרא כלל אלא אריס דוקא שחולק בפירות ובדבר מועט ודבר שנגמרה מלאכתו אבל כל היכא שאינו מקבל שכר מורי היתרא בכל גווני ולכך תקנו חז"ל שבועת השותפין ואף שנתברר שגנב לא מיפסל בכך אך לפ"ז לשיטת הפוסקים דכל הני נשבעין אף שמקבלין שכר אלמא דמורי היתרא אף שמקבלין שכר א"כ מוכח בפז"ב ופ"ק דמציעא דאף בדבר שמורי היתרא נפסל לעדות ולשבועה דלא כבה"ג ומה שהקשיתי דאם כן למה נשבעין כל הכי נימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא יש לתרץ על פי מ"ש בסימן צ"ב סק"ו בשיטת הרמב"ם והמחבר דחמסן אינו פסול אלא מדרבנן אף על גב דעובר בלא תחמוד מדאורייתא מכל מקום כיון דל"ת לאינשי בלא דמי משמע להו אינו פסול אלא מדרבנן כיון שחצוף ליטול של חבירו ולא אמרינן מיגו מפסולא דרבנן לדאוריית' ע"ש וא"כ ה"נ י"ל בכל הני דמורי

היתרא מדאורייתא לא נפסל אלא דמ"מ הוי חשוד מדרבנן כיון שנוטלים שלא מדעת הבעלים ולכך תקנו חז"ל שבועה ולא אמרינן מיגו דחשיד אממונא משום דלא אמרינן מיגו מפסולא דרבנן לדאורייתא ובזה ניחא נמי הא דפריך בפ"ק דמציעא גבי ההוא רעיא על הא דאמר שם דהוי גזלן ושכנגדו נ"ו ותיפוק ליה דה"ל רועה ותמהו שם דמאי קושיא דטפי ניחא ליה לומר דהוי גזלן דאורייתא ולפמ"ש ניחא דאף דאכל תרי מנייהו ג"כ לא הוי גזלן אלא מדרבנן משום דמורי היתרא זהו מה שנ"ל בזה ועדיין הדברים צריכים תלמוד ועיין בהגמ"ר ס"פ אלמנה ניזונת ובשו"ת שארית יוסף סי' מ"ב

ח בין של תורה בין של דבריהם. בב"י ס"ס זה מבואר בשם תשובת רבני צרפת דהיכא דנתחייב היסת אח"כ ורוצה להפך השבוע' על שכנגדו שישבע ויטול מ"מ אינו נפטר משבוע' הגלגול עבור השותפו' ע"ש ואע"ג דבסי' צ"ד ס"ג פסק המחבר דאם גלגל עליו טענ' ספק ורוצה לשלם עיקר התביעה נפטר גם משבועת הגלגול יש לחלק דשא"ה שרוצה לשלם עיקר התביעה בלתי שבועת שכנגדו משא"כ הכא שרוצה להפך השבועה על שכנגדו גרע טפי אך מ"מ אין טעם נכון לחלק ביניהם כיון דטעמא דשבועה דאורייתא לא מהפכינן והיסת מהפכינן הוא משום כיון שמן הדין אין מגיע לו שבוע' כלל אלא שחז"ל תקנו כן לכך יכול לומר השבע אתה שכדבריך כן הוא וטול כמ"ש הסמ"ע סי' פ"ז וא"כ ה"נ לענין הגלגול נמי נאמר כן כיון שמן הדין אינו חייב לא עיקר השבועה ולא הגלגול יכול לומר השבע אתה עיקר השבועה וטול ואולי רבני צרפת לא סבירי להו האי דינא דסי' צ"ד אבל לשיטת הפוס' שם הוא הדין דמהני הכא היפוך שבועה על העיקר לבד וצ"ע

ט אינו נשבע עליו. ואם הנתבע משיב בתחלת השותפות התניתי עמך שלא נשביע זא"ז שבועת השותפים לכאורה היה נראה דנאמן דהוי כפירת שבועה ואין נשבעין עליה ואפילו לפי מה שהעלה הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ס"ט דאינו נאמן לומר מחלת לי השבועה י"ל דהיינו דוקא בטענת ברי אינו עשוי למחול השבועה אבל בשותפים שהיא טענת ספק וגם כל אחד יכול להשביע לחבירו דרך הוא כן לפטור זא"ז בתחלת השותפות ונאמן על כך וכן ראיתי לקצת דיינים שפסקו כן אך מדברי הב"י בס"ס זה בשם תשובת רבני צרפת מוכח להיפך שכתב שם בשני שותפים שחלקו ואח"כ טען ראובן על שמעון נשאר בידך ה' דינרים ורוצה להשביעו ולגלגל עליו שאר השיתוף אם הלך באמונה וענה שמעון הה' דינרים לא לקחתי ובתחילה פטר כ"א את חבירו משבועה ומחרם אבל אתה לקחת מהשיתוף ב' קנים קנבוס וראובן משיב כל מה שהיה בידי מהשיתוף חלקתי לך ומה שאתה אומר שפטרנו זא"ז מחרם ומשבועה להד"ם ועל הב' קנים קנבוס שאתה

אומר שלקחתי השבע וטול תשובה כ"א מהם נשבע שבועת היסת זה על הה' דינרים וזה על השתי קנים קנבוס וכ"א ישבע בגלגול על השיתוף כי מה שאומר שמעון לא פטרתיך אלא על דרך שתפטרני הדין עמו ועוד וכו' והכוונה דלא תקשה האיך ישבע ראובן בגלגול על השיתוף הא שמעון גופיה אמר שבתחלה פטר כ"א את חבירו משבועה ומחרם לזה אמר כיון שראובן מכחישו ואומר להד"ם שלא פטרו זא"ז וא"כ שמעון צריך לישבע בגלגול על השיתוף לכך אף ראובן צריך לישבע דשמעון יכול לומר לא פטרתיך אלא ע"ד שתפטרני הרי מוכח להדיא דרבני צרפת ס"ל דשמעון א"נ לומר שבתחילה פטרו זא"ז משבועת השותפות דהא אם האמת כן אף לגלגל אינו יכול לפי שיטתם אך באמת לא ירדתי לסוף דעתם בזה דאמאי לא מהימן ואי משום דא"א עשוי למחול השבועה בחנם וכמ"ש הש"ך בשאר שבועות א"כ בחלקו נמי לפי מאי דס"ל לכל הפוס' ורבני צרפת גופייהו כמ"ש הב"י בשמם דטעמא דחלקו פטורים הוא משום כיון דלא השביעו זא"ז בשעת חלוקה ודאי מחלו אהדדי וא"כ אמאי פסקו הרי"ף והרמב"ם והט"ו דאם הנתבע טוען שחלקו נאמן בלא שבועה ואמאי לא נימא שאין דרך למחול שבועה בחנם ובודאי שקורי קמשקר ודוחק לומר דרבני צרפת יחלוקו על כל הני פוסקים וצ"ל דס"ל דדוקא לענין זה מהימנינן ליה לומר שחלקו ולא היה שום תנאי להשביע משום די"ל דבשעת חלוקה והחשבון שהי' ביניהם הבינו שלא הי' שום העלמ' בדבר ולכך מחלו זה לזה השבועות משא"כ להתנות בתחלת השותפות להיות פטור משבועה זו היא טענה גרועה שאין דרך להתנות כן משום דדילמא יתברר באומדנות המוכיחות שאחד מהן מעלים מן השותפות ולא יהא יכולין להשביע זא"ז ולכך א"נ לומר שפטרו זא"ז מהשבועות בתחלת השותפות וכן משמע בתשו' הרי"ף סי' ע' שאין אפוטרופוס נאמן לומר שפטר אותו מתחילה מן השבועה ע"ש ולכאורה יש להוכיח כן דאל"כ תקשה בכל שבועות השותפות להימן במיגו דאי בעי אמר תנאי היה בינינו לפטור מן השבועה לפי מ"ש הסמ"ע והש"ך בס"ב בשיטת הרא"ש דאף בשבועת השותפות נאמן במיגו דלא הייתי שותף עמך אך אין זה מוכרח כיון דלפי סברא זו בעינן עדים שנעשה שותף עמו א"כ הרי עדים שלא התנה עמו כלל וא"נ לומר שהתנה קודם שבאו העדים אם לא במיגו כמבואר בסי' רצ"ו ס"ח וע"ש בסמ"ע וש"ך אמנם אכתי קשה לשיטת רבני צרפת דבפטרו בפירוש אינו יכול לגלגל א"כ אמאי יכול לגלגל שבועת השותפות לאחר שחלקו יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר פטרתני בפי' בשעת חלוקה דשוב א"י לגלגל ואז הדרך הוא למחול והנה רבני צרפת לטעמייהו דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה כמ"ש הב"י בשמם אך למ"ש הסמ"ע והש"ך בשיטת הרא"ש דאף בשבועת השותפות מהני מיגו והרא"ש בפ'

הכותב פסק דבפטרו בפי' א"י לגלגל א"כ קשה בחלקו אמאי יכול לגלגל יהא נאמן במיגו דפטרתני בפי' בשעת חלוקה ואפשר דטענה גרועה היא דלמה לו לפטור בפי' בשעת חלוקה כיון דאף בסתם שוב א"י להשביע זא"ז ועל הגלגול מסתמא לא אסקי אדעתייהו וכיון דטענה גרועה היא לא הוי מיגו ודוחק אך לפמ"ש בר"ס צ"ד דבגלגול שבועה לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכ"ע ניחא בפשיטות וזה נכון לדינא וע' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' שפ"ו ודבריו אינם עולים להלכה לפי הסכמת כל הפוס' כאן ע"ש:

י וכן אם יצא שט"ח. בתשו' הרב מוהר"ם אלשיך סי' נ"ד כתב בראובן ושמעון שהלוו לכותי והשט"ח נכתב בשם ראובן לבד ויש לשמעון כתב שהשט"ח הוא בשותפות ויש לכותי כתב הודאה שפרע לראובן הכל ושמעון טוען לא קבלתי כלום והפסדתני חלקי בהודאתך שקבלת ממנו הכל וראובן אומר קבלתי ופרעתיך חציך ופסק דראובן נשבע שכדבריו כן הוא ונפטר ולא דמיא להאי דינא שאמר שמעון נפרעתי והחזרתי לכיס דא"נ משום דחיישינן לקנוניא וישלם שמעון מביתו דשאני הכא דחששא דקנוניא הוא במאי דלא יכול ראובן לאכחושי ליה דהוא לא ידע אם קבל שמעון מלוי ונתן המעות בשותפות דבהכי מיפטר שמעון אע"ג דלא מטי לידיה דראובן או לא משום הכי חיישינן דערב אל לבו לעשות קנוניא להודות שקבל מלוי אבל בנ"ד גם שיודה ראובן שקבל מהכותי לא מיפטר משמעון עד שיפרע לו חצי החוב לא שייך קנוניא והוי כשאר כופר הכל דנשבע היסת וכפטר אלו הן תורף דבריו ולפ"ז ה"ה הכא אם שניהם עוסקים בהשותפות וראובן טוען ברי שלא החזיר להשותפות נשבע שמעון ונפטר ודבריו תמוהים מאוד דמ"ל להמציא סברא זו לחלק לענין קנוניא בין טענת ברי לטענת שמא אדרבה איפכא מסתברא דאם כשטוען ראובן ברי נשבע שמעון ונפטר כ"ש כשראובן טוען שמא דיהא שמעון פטור אף בלא שבועה דהאיך מצי ראובן לגבות בטענת ספק משום חשש קנוניא ואף שבועה לא מחייבינן בטענת ספק אך מ"מ לדינא יפה כיון דל"ד לדינא דהכא כלל דשאני הכא דלכך צריך שמעון לשלם לראובן דכיון דהשטר הוא ביד שמעון בשלימות יש ראיה שלא נפרע דשטרך בידי מאי בעי ונהי דמהני הודאתו לפטור את לוי דבע"ד דידיה הוא מ"מ א"נ בהודאתו לחוב לשמעון וכמו דבחזקה זו מוציאין מן הלוה כן ה"נ אמרינן דמסתמא משקר שמעון נגד ראובן והפסידו במה שאומר שנפרע ומחויב לשלם לראובן וכן קיי"ל לעיל בסי' מ"ז דמי שחייב לאחרים ואומר שנפרע השט"ח שבידו א"נ לחוב לאחרים דמסתמא משקר וה"נ כיון דהשטר ביד שמעון ודאי דמשקר משא"כ בנידון דמוהר"ם אלשיך שיש ביד הכותי שובר ואיתרע השטר שביד המלוה ולא שייך שטרך בידי מאי בעי פשיטא דנשבע ראובן שהשובר אמת ופרע לשמעון כשאר כופר

הכל וכן בדינא דהכא אם יש ביד לוי שובר משמעון בכת"י וכן בסי' מ"ז במי שחייב לאחרים ויש ביד הלוה שובר מכת"י לבד איתרע שטרא והוי כמאן דליתיה ונשבע שמעון ונפטר וז"ב ועמ"ש סי' מ"ז סק"ב:

יא וכיצד דנין בדין זה וכו'. כל סעיף זה הוא מלשון הרמב"ם סוף הלכות שותפות ויש לתמוה דאם מפורש בשטר שהוא ממון השותפות אמאי נפטר לוי בהודאת שמעון והאיך נאמן בהודאתו לחוב לראובן וכן השיג עליו הראב"ד והעתיקו דבריו הטור והרב רמ"א בהגה ומה שכתב בב"י דהרמב"ם ודאי שלא יחלוק ע"ז אלא דהרמב"ם מיירי דהשטר ביד שמעון דנאמן במיגו דאי בעי מצנע ליה או קלייה קשה דא"כ אמאי משלם שמעון לראובן אם לא הביא ראיה יהא נאמן נמי לומר שנפרע והחזיר לכיס בהאי מיגו גופא דאי בעי קלייה לשטרא וראיתי להלח"מ שהרגיש בזה ותי' דמיירי שהוחזק השטר בב"ד דליכא מיגו ומ"מ נפטר לוי כיון שהשטר נכתב על שם שמעון לבד והדבר תמוה דא"כ בחייב לאחרים ואומר על שטר שבידו אמנה או פרוע הוא דאמרינן בפ"ב דכתובות ונתבאר לעיל סי' מ"ז דאינו נאמן לחוב בהודאתו לאחרים ואמאי הא התם הוא עיקר המלוה והשטר נכתב על שמו לבד והוא מודה שנפרע ואפ"ה לא מהימנינן ליה לחוב לאחרים כ"ש הכא אף שהשטר נכתב על שמו לבד מ"מ כיון שמפורש בו שההלואה היתה מממון השותפות היאך נאמן לחוב לראובן שותפו בהודאתו כיון שהוחזק השטר בב"ד ולית ליה מיגו גם התי' השני שתי' הב"י ובכ"מ דהרמב"ם מיירי שהשטר ביד ראובן ואפ"ה כתב שנפטר לוי לענין שיגבה ראובן משמעון תחלה מחצה ואם לא יהא יכול לגבות משמעון יגבה מלוי וכן משמע מלשון הראב"ד שהביאו הטור והרב בהגה דמתחלה גובה משמעון אלא שאם א"י לגבות משמעון גובה מלוי תמוה לי טובא דאמאי גובה משמעון תחלה דהא הטעם דא"נ לומר נפרעתי משום דא"נ לגרועי שטרא דחזקה דשטרך בידי מאי בעי וא"כ אמאי משלם שמעון כלל ממ"נ אם אתה מאמינו שנפרע כמו שאמר תאמינו נמי שהחזיר לכיס השותפות דהא בזה ליכא חזקה כלל והשותף אינו יודע אם החזיר או לא ואף כשטוען ראובן ברי שלא החזיר יכול שמעון להכחישו בזה כשאר כופר הכל ואם אי אתה מאמינו שנפרע כיון שהשטר בידו כ"ש שלא ישלם שמעון כלל דאף שאומר שנפרע הרי לא מידי אפסדיה לראובן כיון שא"נ בהודאתו ויכול ראובן לגבות מלוי א"כ לא שייך כאן גרם היזק כיון דלאו מידי אפסדיה וביותר תימה אמה דסיים הרמב"ם והמחבר ואם לא הביא שמעון ראיה ישלם מביתו ויתבע מלוי בסוף זמן שאמר וקאי על מה שאומר שמעון שקבע לו זמן על שנה וקשה טובא הלא אם האמת שקבע לו זמן מתחלה על שנה פטור שמעון כמו שכתב ואם לא הביא שמעון ראיה ישלם מביתו הרי שאם הביא ראיה

פטור מלשלם וא"כ בכה"ג שלא הביא ראיה אמאי ישלם שמעון מביתו כיון שלא בא לידו מממון השותפות כלל ולאו מידי אפסדי' בדיבורו כיון דראובן יכול לגבות חלקו מלוי מיד דהא שמעון אינו נאמן לחוב לראובן בהודאתו וא"כ לא גרם לו באמירתו שום היזק כלל אמנם דברי הראב"ד שהביא הרב בהגה יש לתרץ דסבירא לי' דכשהשטר ביד ראובן וראובן יגבה מלוי חלקו שבשטר מחויב שמעון שהודה שנפרע כל השטר והחזיר לכיס בלי ידיעת ראובן לחזור ולשלם ללוי דפשע במה שהחזיר לכיס ולא נטל השטר מראובן דאף דקיימא לן דמי ששלח שלוחו לפרוע למלוה ולא הזכיר לו השטר ופרע למלוה ולא נטל השטר דפטור מלשלם כמבואר בריש סי' נ"ח היינו משום דא"ל אנת המינתיה דלא אמרת לי שקול שטרא כמ"ש הרא"ש בפ' הכותב אבל הכא ששמעון החזיר לכיס בלי ידיעת ראובן הוי פושע גמור במעות לוי דהאיך פרע לראובן חלקו ולא הודיעו כלל ומנא ידע דראובן יאמין לו בזה שהחזיר לכיס בלתי ידיעתו והשטר הוא תח"י ראובן וראיה לדבר ממ"ש הנ"י בפ' המפקיד בשם תשובת הרי"ף והביאו הרב בסי' קכ"א סי"א בהגה דמי ששלח שליח למשכן לו משכון בסתם והשליח אומר משכנתי אצל פ' והוא כופר דחייב לשלם דה"ל למשכנו בעדים ול"ד לפרעון ע"י שליח די"ל דהלוה האמין למלוה שלא יכפור בו אבל הכא מסתמא לא האמין לכל באי עולם יע"ש וא"כ כ"ש הכא דלא שייך לומר דלוי הימניה לראובן כיון דשמעון החזיר המעות לכיס השותפות בלתי ידיעת ראובן כלל וא"כ הוי פושע גמור במה שמסר ממון לוי לראובן ולא נטל השטר ממנו וא"כ כיון דאם ראובן יגבה מלוי יצטרך שמעון לחזור ולשלם ללוי יפה כתב הראב"ד דראובן יגבה משמעון תחילה דהפוכי מטרתא למה לן שיגבה מלוי ולוי יחזור ויגבה משמעון וגם דעת לוי ודאי כן הוא ששמעון ישלם לראובן ויסתלק ממנו כמו שנתן לו מתחילה כל המעות בכדי לפרוע גם חלק ראובן עבורו וזה נכון אך תי' זה לא יתכן אלא בדברי הראב"ד ובחלוקה דנפרעתי והחזרתי לכיס דהראב"ד מיירי מיניה אבל בחלוקה דקבעת לי זמן ושנה ושתים דכתב הרמב"ם לפי מ"ש הב"י והכ"מ דמיירי כשהשטר ביד ראובן וגובה משמעון תחלה הקושיא במקומה עומדת וליכא למימר דשמעון חייב לשלם משום דהוי פושע זה ליתא דבכה"ג אף שמסר השטר ליד ראובן בסתם ולא הודיעו שהזמן על שנה מ"מ פטור מלשלם מידי דהוי אשליש שהחזיר שטר פרוע למלוה דפטור מלשלם דלא הוי אלא גרמא בניזקין כמ"ש הרשב"א והביאו הרב בסי' נ"ה ס"א בהגה וכ"ש הכ' ועמ"ש בסי' ס"ו ס"ק ל"ב שוב ראיתי בכנה"ג שגם הוא הבין לפי תי' הא' של הב"י דהרמב"ם מיירי שהשטר הוא ביד שמעון הא דא"נ במיגו דאי בעי קלייה ליפטר נגד ראובן משום דמיירי דאתחזק בב"ד והיינו כמ"ש הלח"מ אלא שהניח בקושיא דא"כ אין חילוק בין

האי דינא לדין דסעיף הקודם באומר שיש ללוי חוב עליו מזה השותפות מנה דבכולי גווני אם אתחזק המעות והשטר בבית דין אינו נאמן ואם לא אתחזק נאמן במיגו ובאמת אי משום הא לא איריא דלפי תירוצם אין צורך לאוקמי באתחזק בב"ד די"ל דהרמב"ם סובר כיון דהשטר בחזקת השותפות ומפורש בו כן א"נ במיגו לומר שנפרע דחזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ולא מהני מיגו נגד החזקה כמ"ש הה"מ פ"ב מה"מ שכן הוא דעת הרמב"ם והביאו הש"ך בסי' מ"ז סק"ו משא"כ בדינא דלעיל מה שאומר שחייבים לאחרים מן השותפות זה אינו נגד החזקה כיון דעכשיו הממון הוא שלהם אלא שחייבים לאחרים ובכה"ג מהני המיגו כמ"ש הש"ך בסי' צ"ט סק"ו וזה נכון אלא דאכתי קשיא מה שהקשיתי לעיל דא"כ אמאי פטור לוי בהודאת שמעון כיון שחב לשותפו דומיא דסי' מ"ז במי שחב לאחרים א"נ לומר על שטר שתח"י אמנה או פרוע ואולי ס"ל כמ"ש הב"ח דה"ט כיון דהימני' ראובן לשמעון שיהא מתעסק בממון השותפות והלוה ללוי וחזר והוד' שקיבל מידו הפרעון נפטר לוי בהודאת שמעון אם השטר ביד שמעון כיון דשמעון בע"ד דלוי וראובן הימניה לשמעון הלכך שמעון נאמן בהודאתו דלא זכה ראובן בזה השטר כלל אבל אם השטר ביד ראובן א"כ כבר זכה בו ראובן ואין שמעון נאמן בהודאתו להפסיד חלקו של ראובן אך אלו הדברים מרפסין איגרי דכיון דמפורש בהשטר שהוא מממון השותפות פשיטא דזכה ראובן בהשטר אף שהוא תח"י שמעון וא"נ להפסיד לראובן בהודאתו היכא דלית ליה מיגו על כן נ"ל עיקר בדעת הרמב"ם דמיירי שאינו מפורש בהשטר שהוא מממון השותפות ולכך נפטר לוי בהודאת שמעון דיכול לומר איני מאמינך שהוא משל שותפות ומה שהקשה הלח"מ דא"כ אמאי משלם שמעון לראובן יהא נאמן לומר נפרעתי והחזרתי לכיס במיגו שאינו משל שותפות לק"מ דהרמב"ם לטעמיה אזיל שכתב הה"מ בפ"ב מה"מ שדעת הרמב"ם הוא דבחב לאחרים ואומר על שטר שתח"י אמנה או פרוע אף דלא אתחזק שטר' בב"ד ואית ליה מיגו דאי בעי מצנע ליה אפ"ה לא מהימן דחזקה כל מה שתח"י האדם הוא שלו ולא אמרינן מיגו במקום חזקה וה"נ כיון שהודה שמעון שהשטר הוא ממעות השותפות הרי הוא בחזקת השותפות וא"נ במיגו לאורועי שטרא דחזקה שלא נפרע דכל מה שתח"י האדם הוא שלו ולכך חייב לשלם דאפסדיה בהודאתו ולפ"ז לדידן דקיי"ל בסי' מ"ז בחב לאחרים ואומר על שטר שתח"י אמנה או פרוע הוא דנאמן במיגו דאי בעי מצנע ליה א"כ ה"נ באינו ידוע שהוא מן השותפות פטור שמעון מלשלם לראובן וכ"ז נכון וברור לדינא לפענ"ד ודלא כהב"י:

יב ושמעון ידע בדבר. הסמ"ע הוכיח דיש לגרוס לא ידע בדבר והא דפסק דלא יטול ריוח אלא כפי חלקו במעות היינו משום דראובן גופא טעין שהתנה עם אחיו שיטול ריוח בכדי מעותיו דאל"כ הא כבר איפסק דלכ"ע בריוח חולקין בשוה אחד המרבה וא' הממעיט בקרן עכ"ד ומבואר מדבריו דפשיטא ליה דאף אם אחיו של ראובן נתן ממון מועט נוטל חלק בשוה אף שלא התנה עמו ראובן ולפעד"נ דבכה"ג דשמעון לא ידע בדבר אינו נוטל חלק בשוה דנהי דשותפים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים חולקים בשוה היינו כשנשתתפו לדעת משא"כ הכא דשמעון לא ידע בדבר דמיא להא דאמרינן בכתובות דף צ"ג ע"ב לקח זה בשלו וזה בשלו ונתערבו זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו ומה"ט כתבו התוס' והמרדכי שם דלכך בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה זה עובד את רבו יום אחד וזה שני ימים משום דלא נשתתפו לדעת ע"ש וא"כ ה"נ ואע"ג דלכך נוטל הכא אחיו של ראובן חלקו בריוח משום דיכול ראובן לעשות לטובת השותפות כמו שירצה כמ"ש הטור מ"מ מנא לן דיכול ראובן לעשות שותפות בכה"ג שאחיו יטול חלק בשוה בשביל ממון מועט שמניח לתוך השותפות לא מבעיא לשיטת הרי"ף והרמב"ם בסי' קע"ו ס"ה דבעינן דוקא כשקנו שור ומכרוהו חי אז חולקים בשוה משום דהחלקים מצורפין יחד כמ"ש הסמ"ע שם פשיטא דמצי שמעון לומר לראובן לתקוני שדרתיך ולא לעוותי דה"ל להתנות שיחלוקו לפי הממון אלא אף לשיטת הרא"ש דס"ל דאף כשטבחוהו חולקים בשוה משום כיון דלא התנו מסתמא ניחא ליה אף שהטיל מעט שיטול חלק בשוה משום שהוא חריף טפי במו"מ מ"מ מה"ת שיכול לעשות זאת בלתי ידיעת חבירו כמבואר בסי' קע"ו ס"י בדבר שקצת בני אדם מוכרין בהקפה וקצתם בלא הקפה דלא יקיף בלא דעת חבירו ואם שינה ההפסד לעצמו ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהדבר באומד הדעת לא היה לו לעשות זה בלי ידיעת חבירו ותדע דאל"כ אף אם אחיו לא הניח ממון כלל לתוך השותפות יהא ראובן יכול לומר שהבטיחו ליתן לו חלק בשותפות שיתעסק לטובת השותפות מפני שהוא חריף טפי אף בלי ידיעת שותפו כלל ודבר זה לא אשתמיט בשום דוכתא והוא מוקצה מן הדעת א"ו דכל כה"ג ביד השותף לעשות בלתי ידיעת שותפו וכן עיקר:

צד

א יכול בעל דינו לגלגל עליו, ויש לי מקום עיון באפוטרופוס של יתומים או הבא בהרשאה ויש להם בעצמם תביעה על הנתבע ונתחייב להם שבועה אם יכולין לגלגל עליו תביעת היתומים או תביעת המשלח והנה מדברי התוס' בפ' שבועת הדיינים

דף מ"ב ע"ב ור"פ מרובה דף ס"ג ע"א מוכח להדיא דבכה"ג אין מגלגלין שהקשו שם אמאי אצטריך רעהו למעט הקדש מכפל בטוען טענת גנב דהא אינו חייב כפל גביה אלא כשנשבע ואין נשבעין על הקדשות וליכא למימר דנשבע ע"י גלגול דבהקדש לא שייך גלגול ואי אמרת דאפוטרופוס יכול לגלגל תביעת היתומים על השבועה שמגיע לו מתביעת עצמו מאי קושיא הא משכחת לה גלגול שהנתבע נתחייב שבועה לגזבר מממון עצמו וגלגל עליו הגזבר שבועה על ההקדש דיד הגזבר כיד ההקדש דמיא כמבואר בפ' שור שנגח דו"ה ובי"ד סי' רנ"ח ס"ה א"ו דפשיטא להו דאף בכה"ג אינו יכול לגלגל עליו תביעת ההקדש וא"כ ה"ה באפוטרופוס דדמיא לגזבר נמי אינו יכול לגלגל תביעת היתומים וכ"ש הבא בהרשאה דאינו יכול לגלגל תביעת משלח על תביעת עצמו דבא בהרשאה גרע מאפוטרופוס כדמוכח בסי' ק"ה ס"א ע"ש אך לפענ"ד נראה דמגלגלין בכה"ג דהכי משמע בפ"ק דקידושין דף כ"ז גבי מתניתין דנכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה וזוקקין את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן ואמרינן עלה איבעי' להו שדה לאחד ומטלטלים לאחר מהו ת"ש עשור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו ומשני מאי מושכר מושכר למעש' ואב"א שאני ר"ע דיד עניים הוה והכי קיי"ל בסי' ר"ב ס"ד דשדה לאחר ומטלטלי' לאחר לא קנה אבל אם הקנה השדה לאפוטרופוס ומטלטלי' ליתומים קנו הרי חזינן דלענין מטלטלין אג"ק אף דבעינן דוקא באדם אחד מ"מ מהני באפוטרופוס לקנות ליתומים דכאדם אחד דמיא וא"כ ה"ה לענין גלגול שבועה יכול לגלגל תביעת היתומים על תביעת עצמו דהא במתניתין מדמה להו אהדדי כדאמרינן ברפ"ק דמציעא ובפ' ש"ה דהא דקתני התם זוקקין אגב גררא נסבא דאיידי דקתני התם דנקנין עמהם תנא נמי דזוקקין לישבע כדפרש"י התם וא"כ מסתמא חד דינא אית להו וכן מוכח מתשובת ר"ת שבתשובת מיימוני שהביא הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ"ג בבן המשודך שבא בטענת אביו אף שהבן אינו טוען ברי יכתוב הרשאה לאביו ואביו ישביע להחותן דהוי בע"ד דידיה ע"ש הרי דמהני הרשאה לאביו להשביעו אף דמי שהממון שלו אינו יכול להשביעו כיון שאינו יודע מ"מ כיון שהאב יש לו הרשאה מיחשב בע"ד דידיה ויכול להשביעו וא"כ ה"ה לענין גלגול שבועה נמי יכול לגלגל עליו בכל גווני כיון דמיחשב בע"ד דידיה וכ"ש אפוטרופוס דעדיף יותר מבא בהרשאה כמבואר בר"ס ק"ה ס"א ועוד ראיה מפורשת ממ"ש התוס' בפ"ק דב"מ דף י"ד גבי ראובן שמכר שדה לשמעון אף שלא באחריות ובא בע"ח של ראובן דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה ולא מצי למימר לאו בע"ד דידי את דא"ל לא ניחא לי דליהוי לשמעון תערומת עלי והקשו

התוס' דמאי נ"מ הא דאזיל ראובן ומפצי לי' הא כל מה שיטעון ראובן טענינן לשמעון דהא טענינן ללוקח ותי' לחד תי' דנ"מ היכא שהבע"ח חייב שבועה דאורייתא לראובן דהשתא יגלגל עליו ראובן ש"ד אבל לשמעון לא ישבע אלא שבועה דרבנן והבעה"ת שער ד' הביא תי' זה באופן אחר דנ"מ במה דאזיל ראובן ומפצי ליה לענין שיהא ראובן יכול לגלגל טענה אחרת על הבע"ח שצריך לישבע כדין טורף ממשועבדים ואף דעיקר השבועה ללוקח הוא מ"מ יכול ראובן לגלגל עליו טענה אחרת דהוא נמי מיקרי בע"ד דידיה וכן הביא תי' זה הרמב"ן בחי' בפ' מי שהיה נשוי בשם אחרים וכתב שזה אמת הרי אף דאין לראובן שום טענה על הבע"ח כיון שמכר לשמעון שלא באחריות אפ"ה מיחשב בע"ד דידיה כיון דלא ניחא לי' דליהוי לשמעון תערומת עליו אף דפשיטא דזה לא מיחשב ממון לישבע עליו דהא אפילו על גורם לממון אין נשבעין כמבואר בר"ס פ"ז ונ"א אפי' הכי כיון דראובן מצי לאשתעי דינא עם הבע"ח כדי שלא יהא לשמעון תערומת עלי' הוי בע"ד דידיה ומצי לגלגל הן טענתו מממון שלו על שבועת הטריפה והן שבועת הפרעון של הטריפה על ש"ד שיש לו עליו בלאו הכי וא"כ ה"ה באפוטרופוס של יתומים יכול לגלגל הן טענת היתומים על השבועה שמגיע לו מממון שלו והן להיפך טענת עצמו על שבועה שבא לו מכח היתומים כיון שהוא הבעל דבר משתי התביעות אולם אכתי דברי התוס' בפ' מי שהיה נשוי דף צ"ב הם תמוהים שכתבו שם ליישב פירש"י שפירש דנ"מ דראובן מצי אמר לבע"ח אשתבע לי דלא פרעתיך והקשו שם דהא בלא"ה הבא ליפרע מנכסים משועבדים צריך שבועה ותירצו דמיירי שהלוקח מחל לו זה השבועה והוא תמוה דא"כ האיך מצי ראובן להשביעו משום דניחא ליה דלא ליהוי תערומת לשמעון עליו הא זה לא הוי כפירת ממון וצ"ל דכוונת התוס' הוא דלא פטרו אלא משבועת ספק דהבא ליפרע מנכסים משועבדים אבל משבועת ברי לא פטרו ולכך כיון דלא ניחא דליהוי לשמעון תערומת עליו מיחשב ראובן בע"ד דידיה והוי טענת ברי ויכול להשביעו מידי דהוי אבא בהרשאה שמשביע להלוה ע"פ טענת ברי שלו אף שהמשלח אינו טוען ברי כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה והיא שיטת ר"ת וגם מזה ראיה דכל היכא דמיחשב בע"ד דידיה אף שאין הממון שלו יכול להשביעו וא"כ ה"ה לענין גלגול נמי ומעתה אין מקום לקושית התוס' ר"פ מרובה ופ' ש"ה דמשכחת גלגול שבועה אף בהקדשות דהיכא דנתחייב שבועה להגזבר עצמו על ממון שלו יכול לגלגל עליו לישבע ג"כ על הקדש וגדולה מזו נראה דאף הבעלי' של ההקדש שתובע שהפקיד אצלו ממון הקדש אף שאין אחריותו עליו מ"מ מיקרי בע"ד דידיה כיון שהוא הפקיד בעצמו ויכול לגלגל טענת הקדש על טענת ממון שלו וראיה לזה מדברי התה"ד סי' ש"ח שפסק בראובן

ששלח מעות ביד שמעון להוליכם ללוי לקנות לו איזה דבר ושמעון אומר שנתן ללוי ולוי מכחישו דאין ראובן יכול להשביעו ללוי דאין נשבעין על טענת ספק אבל שמעון יכול להשביע ללוי אף לאחר שנשבע לראובן ולא מצי לוי לומר לשמעון לאו בע"ד דידי את כיון שאין הממון שלך וכבר נפטרת מראובן כיון שמידו בא לו הממון מיקרי בע"ד דידיה והביא ראיה מפרק הגוזל קמא בשומר חנם שנגנב ממנו באונס ונשבע ואח"כ נמצא הגנב דאם רצה עושה השומר דין עם הגנב אלמא כיון שנגנב מידו אף שכבר נשבע ונפטר מבעלי' מקרי בע"ד של הגנב כיון שנגנב מידו עכ"ד והביאו הש"ך סי' קכ"א ס"ק מ"ב וא"כ כיון דמיחשב בע"ד דידיה כדקאמר רצה עושה עמו דין ה"ה נמי דמצי לגלגל עליו תביעה זו על טענת עצמו ואולי דהתוס' ס"ל כיון דחזינן דרחמנה פטרה הקדש משבועה אלמא דלא חשבה רחמנא הבעלי' כבע"ד ממש דאי מיחשב בע"ד א"כ ממון הדיוט הוא וא"כ מה"ט נמי אינו יכול לגלגל עליו שבועת ההקדש דדוקא קרקעות ושטרות מגלגלין די"ל דמגלגול לא פטרן רחמנא אבל הקדש כיון דפטרו רחמנא משום דלאו בע"ד דידיה הוא ולאו רעהו הוא א"כ מה"ט נמי אינו יכול לגלגל אותן על טענת עצמו אך מ"מ נראה דאי משום הא לא איריא דמנ"ל למידרש טעמא דקרא דילמא הא דפטרה רחמנא הקדש משבועה אף דמיחשב בע"ד דידיה מ"מ כיון שעיקר הממון הוא של הקדש גלי קרא דפטור משבועה מגזירת הכתוב אבל מ"מ מגלגלין כמו בשטרות וקרקעות ודוק ולדינא נראה עיקר דמגלגלים בכל גווני:

ב לגלגל עליו כל תביעה. ויש להסתפק אם יש לו עד המסייע על טענת הגלגול בלבד אי פוטרו משבועת הגלגול אי לא מי נימא כיון דעד המסייע פוטר מעיקר שבועה כ"ש מגלגול או דילמא דלענין גלגול לא מהני העד המסייע דכיון דנשבע בלא"ה מגלגלין עליו בכל גווני ולכאורה יש להוכיח דעד המסייע פוטר אף מג"ש דהנה הרא"ש ברפ"ק דמציעא הקשה בשם רבינו יונה לשיטת הסוברים דעד המסייע פוטר מהא דתנן בפכ"ה לענין שבועה דלא פקדנו אבא אמר רשב"ג אם יש עדי' שאמר האב ששטר זה אינו פרוע גובין שלא בשבועה ומדקתני עדים משמע דאם יש ע"א שאמר האב בפניו ששטר זה אינו פרוע אינו מועיל לפטור משבועה ונדחק הרא"ש שם בזה וא"כ אי אמרת דעד המסייע אינו פוטר מגלגול מעיקרא לק"מ דהא שם קתני דצריכין היורשים לישבע שלא פקדנו אבא שלא אמר לנו אבא ושלא מצאנו בין שטרותיו של אבא ששטר זה פרוע והנה בפ"ק דמציעא מוקי הש"ס הא דנשבע שלא מצאנו היינו שלא נמצ' השטר בין שטרו' הקרועין והנה אף שיש עדים שאומר האב ששטר זה אינו פרוע מ"מ צריכין היורשים לישבע שלא נמצא השטר בין שטרות הקרועין דאם מצאו בין שטרות הקרועין איתרע שטרא ולא

מהני אמירת האב כלל כמ"ש הש"ך בסי' ס"ה ס"ק נ"ח בשם הבעה"ת והטור ע"ש וא"כ ע"כ הא דקתני אם יש עדים שאמר האב גובין שלא בשבועה היינו דפטורין משבועה שלא פקדנו אבל שבועה שלא מצאנו צריכין לישבע וא"כ ניחא הא דקתני אם יש עדים דבעינן דוקא שני עדי' אבל ע"א שאמר האב לא מהני דכיון דצריך לישבע שלא מצאנו נשבע נמי ע"י גלגול שלא פקדנו א"ו דעד המסייע פוטר נמי מג"ש אך אי משום הא לא איריא דפשטא דמתניתין דקתני אם יש עדים שאמר האב גובין שלא בשבועה משמע דפטורין מכל השבועות דתני התם אף משבועה שלא מצאנו וע"כ צ"ל דה"ט דכיון שאמר האב לפני מותו שאינו פרוע שוב ל"ח שנמצא בין שטרות הקרועים דמסתמא אינו משקר לפני מותו ועוד י"ל דמיירי שאמר האב כן בשעה שהיה יכול האב ליטול השטר מבין שטרו' הקרועים ובכה"ג נאמן האב במיגו זו דאף דאיתרע שטרא מ"מ מהני מיגו כמו בסטראי בסי' נ"ח דאיתרע שטרא ומ"מ בלא עדים נאמן במיגו והא דכתב הבעה"ת דא"נ האב או היורשים בכה"ג היינו באופן שמצאו העדים בין הקרועים ואח"כ אמר האב כן דלית ליה מיגו וא"כ יפה הקשה רבינו יונה דלמה ליה שני עדים הא אף בע"א סגי ואין הכרח מזה דעד המסייע פוטר מג"ש ואדרבה מן הסברא נלפענ"ד דעד המסייע אינו פוטר מג"ש ויש להביא ראיה לזה ממ"ש הט"ו לקמן סי' קי"ד ס"ד לענין טריפת לקוחו' דצריך המלוה לישבע בנק"ח שלא נפרע חוב זה וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה אלמא אף דטענת אמנה טענה גרועה היא דסתם לאו להכי עומד ולכך אין משביעין בטענה זו בפ"ע אם לא היסת לאחר הפרעון בטענת ברי כמבואר בסי' פ"ב אפ"ה משביעינן ליה בטענה זו ע"י גלגול אף בספק בטורף מלוקח וכ"כ הש"ך כאן בסק"ח בפשיטות דע"י גלגול מחויב לישבע בטענת פרוזבול היה לי ואבד או ברבית בהיתר לקחתי אלמא אף דלא מחייבינן אף היסת בטענות אלו לבד משום דמסייע להו חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא מ"מ ע"י גלגול משביעינן להו וא"כ ה"נ לענין עד המסייע נמי נהי דעד המסייע פוטר משבועה היינו דוקא לפטור מעיקר השבועה אבל ע"י גלגול משביעינן בכל גווני ועוד דהא הבעה"ת והביאו הטור בס"ס פ"ד פסק דעד המסייע אינו פוטר משבועת היסת משום דבכל ענין תקנוהו חז"ל ואם כן ה"נ לענין גלגול שבועה כיון דרחמנא חייבה שבועה ע"י גלגול בכל ענין אף בעבדים ושטרות וכל דבר שאין נשבעין עליהן בפ"ע ה"נ עד המסייע אינו פוטר לגבי גלגול ואף דהטור שם חולק על הבעה"ת מ"מ הא בתשו' מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א מפרש הטעם משום חזקה דא"א חוטא ולא לו לכך פוטר מהיסת וא"כ לענין גלגול כיון דמגלגלין אף בטענת פרוזבול היה לי ואבד אף דאיכא חזקה דלא שביק היתרא ואכיל איסורא ה"ה עד המסייע נמי אינו פוטר אף דאית ליה חזקה דא"א

חוטא ולא לו ועוד יש להביא ראיה בהא דבפ"ק דקדושין יליף רשב"י התם ג"ש נאמרה שבועה בפנים ונאמרה שבועה בחוץ דמגלגלין בטענת ספק וליכא מאן דפליג עליו וא"כ תקשי לר"ה ור"י דס"ל בכל דוכתי מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב לשלם משום דברי ושמא ברי עדיף ומשמע דנוטל בלא שבועה כדמשמע פשטא דלישנא דתלמודא בכל דוכתי וא"כ אמאי מגלגלין בטענת ספק כיון דברי מהני אף להוציא ממון בל"ש כ"ש דמהני הברי להמוחזק לפוטרו משבועה ודוחק לומר דהא דמגלגלין בטענת ספק היינו דוקא דומיא דסוטה דלא ה"ל למידע דהברי גרוע והשמא טוב דבכה"ג לכ"ע לא אמרינן ברי עדיף כמ"ש התוס' בכתובות דף י"ב זה ליתא חדא דהא התוס' כתבו שם דאביי ס"ל דאין חילוק ובכל גווני ברי עדיף וא"כ תקשה לאביי ועוד דהא התוס' בפ' השואל דף צ"ז הקשו במתניתין דזה אומר שכורה מתה והמשאיל. אומר איני יודע פטור דאמאי פטור משבועה כיון דצריך לישבע שכדרכה מתה לישתבע נמי ע"י גלגול ששכורה מתה דאף בטענת ספק מגלגלין ותי' בשם ר"י דמיירי כשמאמינו המשאיל ואינו תימה דלא הוי דומיא דסיפא דזה אומר שכורה וז"א שאולה דמיירי כשאינו מאמינו כדמוקי לה הש"ס ע"ש שנדחקו בזה מאוד והנה הא דמוקי הש"ס התם סיפא ע"י גלגול היינו לר"ה ור"י דסברי ברי עדיף דלא מוקמינן אלבייהו מתניתין בשתי פרות כמ"ש רש"י והתוס' שם וא"כ אמאי הוצרכו לידחק בזה ליתרצו בפשיטות דלר"ה ור"י אין מגלגלין טענת ספק אלא בדבר דלא ה"ל למידע אבל במתניתין דה"ל למשאיל למידע אם שאולה מתה ברי עדיף ואין מגלגלין בכה"ג וא"ל דקושית התוס' הוא מז"א ביום שהיתה שאולה מתה דלא ה"ל למשאיל למידע אימת מתה ז"א דילמא מיירי שהמשאיל ראה אותה מתה באותה יום שמתה אלא שאינו זוכר עכשיו אי היה יום השאלה או יום השכירות וכעין זה כתב האס"ז בשם הראב"ד ע"ש ועוד דהתוס' נקטו בקושייתם הבבא דז"א שכורה מתה ובכה"ג אין מגלגלין כיון שהשמא גרוע ואף לר"נ ור"י דסברי דלא אמרינן ברי עדיף י"ל כן דהתם טעמא משום דאוקי ממונא בחזקת מריה אבל כשהמוחזק טוען ברי מהני הברי דאין מגלגלין ועוד קשה אמאי מגלגלין אף בשמא דלא ה"ל למידע אף לר"נ ור"י לפי מאי דמשני הש"ס בכתובות דף י"ב דלכך בטוענת משארסתני נאנסתי נאמנת לר"ג לגבות כתובתה אף לר"נ ור"י משום דחזקת הגוף מסייע לה אמרינן ברי עדיף אף דהברי גרוע והשמא טוב אלמא אף בברי גרוע היכא דחזקה מסייע לה אמרי' ברי עדיף וגובה בל"ש וכ"כ הבעה"ת בשער כ"ט בשם הרב ר"י פלאט והביאו הש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב וא"כ תקשה אמאי מגלגלין טענת ספק אף דלא הוי ליה למידע כיון דחזינן דברי עדיף אף להוציא ממון בלא שבועה היכא דחזקה מסייע ליה כ"ש דמהני הברי להמוחזק דמסייע

ליה חזקת ממון לפוטרו משבועה א"ו ע"כ צ"ל דאף דברי עדיף אף להוציא ממון בלא שבועה מ"מ לא מהני הברי לסייע לו לפוטרו מהגלגול דכיון דנשבע בלא"ה רמי רחמנא עליה שבועת הגלגול בכל גווני וא"כ ה"ה לענין עד המסייע נמי כיון דטעמא דעד המסייע פוטר משבועה כתבו רוב הקדמונים משום דק"ו הוא דאם ע"א מועיל לחייב שבועה את המוחזק כ"ש דמהני להמוחזק לפוטרו מהשבועה ולענין גלגול ק"ו פריכא הוא דכיון דנשבע בלא"ה מגלגלין עליו בכל גווני כמו בברי ושמא. אמנם בהיות כן יש לי לתמוה על התוס' שם שהקשו לפי שיטתם שם דאין מגלגלין בטענת א"י דא"כ היכי משכחת לה גלגול שבועה דאפי' כשהנתבע טוען ברי יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר א"י ומאי קושיא כיון דקיי"ל דמיגו להוציא ממון ל"א כמ"ש התוס' בפחז"ה גבי הלכתא כרבה בארעא אלמא דלא אלים מיגו לאפוקי ממונא והרי חזינן דמגלגלין בטענת ספק אף לר"ה ור"י דס"ל ברי עדיף אף להוציא ממון מ"מ לא מהני הברי לסייע לפוטרו מג"ש אף שהוא מוחזק וטוען ברי וא"כ ה"נ למה תועיל המיגו לפוטרו מג"ש כיון דמיגו לא אלים לאפוקי ממונא כ"ש שלא תועיל לפוטרו מהגלגול וכ"ש לפי מה שהכריע הש"ך בסי' ס"ו ובסי' צ"ה כשיטת רבותיו של הריטב"א דלא מהני מיגו ליפטר משבועת היסת לכ"ע דבכל ענין תקנוהו חז"ל וא"כ הסברא נותנת דה"ה לענין ג"ש נמי כיון דהתורה חייבה שבועה ע"י גלגול אף בטענה שהוא כופר הכל ולגבי עבדים ושטרות וקרקעות והיינו משום כיון דבלא"ה נשבע רמיא רחמנא שבועה עליו מכל דבר שמגלגל עליו התובע א"כ אף מיגו לא מהני ליפטר מג"ש כמו בשבועת היסת וכן יש להוכיח מדברי הרשב"א בחי' ר"פ כל הנשבעין שכתב דלכך חייבה רחמנא שבועת השומרי' ולא מהימן דלהד"ם או החזרתי משום דאמר בדדמי דסבור הוא דאניס ובאמת לא אניס ולכאורה אכתי קשה דהא קיי"ל דשלש שבועות משביעין אותו שלא פשעתי בה ושלא שלח בה יד ושאינו ברשותו ואכתי אמאי צריך לישבע שאינו ברשותו ושלא שלח בה יד להימן במיגו דלהד"ם או החזרתי א"ו דס"ל דשבועה שא"ב ושלא שלח בה יד אינו נשבע אלא ע"י גלגול כמבואר בר"ס רצ"ד והילכך לא מהני המיגו ליפטר מג"ש ועמ"ש בסי' צ"ג סק"ט עוד ראיה לזה ובזה ניחא כמי מה דקשיא לי טובא במתניתין דהשואל זה אומר שאולה מתה וז"א שכורה מתה ישבע השוכר ששכורה מתה ומוקי לה הש"ס דמשתבע ע"י גלגול דכיון דמשתבע דמתה כדרכה משתבע נמי ע"י גלגול דשכורה מתה וכ"כ הרא"ש והטור בסי' שד"ם ולכאורה קשה לפמ"ש התוס' והרא"ש בר"פ כ"ה דלכך חייבה רחמנא שבועת השומרי' ולא מהימן במיגו דלהד"ם או החזרתי משום דהוי מיגו דהעזה דבטענת נאנסו אין חבירו מכיר בשקרו ובטענת להד"ם מכיר בשקרו ע"ש וא"כ אמאי ישבע הכא השוכר דשכורה

מתה ע"י גלגול דכדרכה מתה להימן במיגו דלהד"ם או החזרתי ואין בידי אלא אחת שהיא לפנינו דהילך היא ופטור משבועה ומיגו דהעזה לא הוי דהא השתא נמי שטוען שכורה מתה מעיז ג"כ דהא חבירו מכיר בשקרו ומכחישו בשלמא הא דחייב שבועה דמתה כדרכה ניחא דכיון שאתה מאמינו דשכורה מתה ולא כדברי התובע שאומר דשאולה מתה א"כ ל"ל מיגו דלהד"ם דהוי מיגו דהעזה דמה שמכחישו ואומר דשכורה מתה אין זה העזה כיון דהאמת אתו והתובע משקר משא"כ אם ישקר ויאמר להד"ם יעיז אבל מה שצריך לישבע על ידי גלגול דשכורה מתה קשה דלהימן מיהת ע"ז דאומר אמת דשכורה מתה דאי בעי לשקר היה טוען להד"ם או החזרתי על האחרת והיה פטור משתי השבועות והנה במתני' י"ל דמיירי באפקיד ליה בשטר דליכא מיגו כדמוקי בר"פ כ"ה אבל על סתימת הרא"ש והטור קשה א"ו דאף להפוסקים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה מ"מ מיגו לאפטורי מג"ש לכ"ע ל"א ועפ"ז מתורץ קושית התוס' שם בדף ק' גבי הא דמוקי הש"ס מתני' דגבי עבד ז"א גדול וז"א קטן ישבע המוכר דמיירי בעבד בכסותו ופריך הש"ס זוקקין אתא לאשמועינן והקשו התוס' דאמאי לא פרכינן הכי לעיל אז"א שאולה וז"א שכורה דישבע השוכר דשכורה מתה ע"י גלגול זוקקין אתא לאשמועינן ולפמ"ש ניחא דהתם לק"מ דקמ"ל דלא מהני מיגו לאפטורי מג"ש אבל הכא ליכא מיגו כלל דהא מודה במקצת הוא על הכסות וליכא מיגו דלהד"ם דהוי מיגו דהעזה וא"ש ונכון סוף דבר לפענ"ד נראה עיקר לדינא דאין עד המסייע פוטר מג"ש וגם לא אמרי' מיגו לאפטורי מג"ש לכ"ע שוב בא לידי תשו' הרב הגדול מוהר"ר יחיאל באסן ז"ל וראיתי בסי' ט' שכתב בפשיטות דלהני רבוותא דס"ל דעד המסייע פוטר משבועה דע"א לענין שבועה כמו שנים לממון א"כ כמו דמהני שני עדים לענין גלגול ה"נ אין מגלגלין אם יש עד המסייע ואע"פ שיש לדחות לזה דעתי נוטה עכ"ל ואי משום הא לא איריא דחרם סתם יוכיח דבעד המסייע מחרי' סתם כמ"ש הטור ס"ס פ"ד ולהבעה"ת חייב היסת ובשני עדים פשיטא דפטור לגמרי וע' בש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו:

ג דאם בא לו שבועה ע"י הפוכו. כ"כ התה"ד סי' שכ"ז והש"ך מפקפק בדין זה ולענ"ד העיקר כהתה"ד ולא מטעמיה אלא משום דהא דקיי"ל דש"ד לא מהפכינן ודרבנן מהפכינן הוא משום כיון דש"ד חייב מדינא חייב הוא לישבע או לשלם אבל דרבנן כיון דמן הדין א"צ לישבע יכול הוא לומר אני יודע שהאמת אתי ואי ניחא לך השבע וטול וא"כ לכך לא מצי הנתבע לגלגל על ההיפך דיכול התובע לומר או השבע אתה עיקר השבועה לבד או אני אשבע עיקר השבועה לבד ולאו כל כמינך להפך עלי בכדי לגלגל

עוד שאר דברים עלי וזה נכון בסברא ואפשר שזה נכלל בדברי התה"ד שוב מצאתי בתשובת רדב"ז ח"א סי' תכ"ו שכתב כך ע"ש:

ד ובלבד שיהיו רגלים לדבר. כן הוכיחו התוס' והרא"ש בפ' השואל מבבא דהשוכר אומר שכורה מתה והמשאיל אומר א"י דפטור בל"ש ואמאי ישבע ע"י גלגול דכדרכה מתה א"ו דאין מגלגלין בטענת ספק אלא בסוטה דרגלי' לדבר מדקינא לה ונסתרה אמרי' דילמא זינתה מקודם ג"כ וכן בשותפין דמורי היתרא אבל הכא ליכא רגלים לדבר שמתה השאולה יותר מן השכורה ואני לא זכיתי להבין דבריהם בזה דלפי סברתם דאף בספק השקול כמו הכא בשני פרות שאולה ושכורה ומתה אחת מהן ואינו יודע איזהו אין מגלגלין א"כ אמאי מגלגלין בסוטה דאף שנסתרה עכשיו מ"מ אדרבה הרי יש לה חזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיתרע כמ"ש האחרונים ביו"ד סי' א' בשוחט שהמיר כל מה ששחט מקודם הוא כשר דאמרי' השתא הוא דאיתרע ולא הוי ספק כלל וכן לענין עד זומם לא מבטלינן שאר העדיות שהעיד קודם לכן כמבואר בסי' ל"ד ס"ט וסכ"ג בהגה וא"כ כיון דמגלגלין בסוטה לגבי ספק כי האי אף דאית לה חזקת כשרות כ"ש בספק השקול לגמרי דמגלגלין ולכאורה י"ל דסברת התוס' הוא דלכך אין מגלגלין טענת ספק דליכא רגלים לדבר משום דמוקמינן להנתבע בחזקת כשרות דמסתמא לא יגזול ממון חבירו משא"כ גבי סוטה אף דאית לה חזקת כשרו' מ"מ איתרע קצת כיון שנסתרה עכשיו לפנינו ויש מקום לספק שמא זינתה ג"כ קודם לכן אך לפ"ז אין מקום למה שהקשו התוס' שם דהיכי ילפינן ג"ש אף בברי מסוטה שאני סוטה דיש רגלים לדבר דמאי רגלים לדבר איכא התם הא אדרבה אית לה חזקת כשרות אלא כיון דאתייליד בה ריעותא יש מקום להספק ובטענת ברי איכא נמי מקום להספק דחזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו דהא מה"ט תקנו חז"ל היסת אף בכופר הכל כדאמרי' בפ' שבועת הדיינים גם מה שכתבו התוספות דבשותפין איכא רגלים לדבר דמורי היתרא לא נהירא כלל לומר דבשותפי' יש רגלים לדבר לומר יותר שגנבו מן השותפות משלא גנבו וכי כל ישראל הוחזקו ח"ו לגנוב ממון השותפות אלא דחז"ל חששו בזה לטענת ספק גרידא משום דמורי היתרא ע"כ נלפענ"ד עיקר כשיטת הרשב"א בחי' ספ"ק דקדושין והנ"י בשמעתין בשם האחרוני' דמוקי למתניתין שיש עדים שמתה כדרכה דא"צ לישבע שמתה כדרכה אבל היכא דליכא עדים משתבע ע"י גלגול דשכורה מתה אף בטענת ספק דליכא רגלים לדבר וכן דעת המחבר בס"ס שד"ם ומ"ש המחבר כאן דאין מגלגלין אלא היכא שיש רגלים לדבר וכבר תמה הש"ך בזה נ"ל דכוונת המחבר כאן למ"ש התוספות והרא"ש בקדושין דף כ"ח לאפוקי שאין מגלגלין טענה שלא גנבת לי שום דבר וגם בב"י הביא

מקור דין זה מדברי התוס' והרא"ש הללו ובכה"ג כ"ע מודים דאין מגלגלים כיון שלא נולד שום ספק לפנינו מה"ת ניחוש לחששא רחוקה כזו דכל ישראל בחזקת כשרות הם משא"כ בשתי פרות כיון שנולד ספק לפנינו שאחת מהן מתה וא"י איזו וכן בשותפין אף דליכא ריעותא כלל מ"מ ליכא חזקת כשרו' כ"כ בזה כיון דמורי היתרא בכה"ג מגלגלין זה נ"ל בדעת המחבר והוא נכון אך מ"מ אכתי קשיא לי טובא משיטת הרמב"ם והרא"ש והט"ו בסי' רצ"ד ס"ב דשבועה שלא שלח בה יד ליהנות קודם שנאנס דחייבה רחמנא גבי שומרי' אינה אלא מתורת גלגול דשבועה שאינו ברשותו ואם יש עדים שנאנס א"צ לישבע שלא שלח בה יד וכ"כ הרמב"ם והמחבר בסי' רצ"ו ס"ז בטוען שלא נעשה שומר כלל דנשבע היסת וכולל בשבועתו שלא שלח בה יד הרי דמגלגלין בטענת ספק אף היכא דליכא רגלים לדבר כלל וגם לא נולד ספק לפנינו דמה"ת נאמר ששלח בה יד קודם שנאנס ויש לאוקמיה בחזקת כשרות ובאמת מצאתי שהתוס' בב"מ דף ו' ע"א הרגישו בזה בשם ר"ת ומכח זה הוכיחו דשבוע' שלא שלח בה יד היינו שאכלה אבל לפי שיטת הרמב"ם והט"ו בסי' רצ"ד שלא הסכימו לפי' ר"ת הדרא קושיא לדוכתה והיא קושיא אלימתא וצריכה רבה וכן קשה מלקמן סי' קי"ד ס"ד בבא בע"ח לטרוף מלקוחו' דצריך לישבע שלא נפרע וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה אלמא אף דסתם שטר לאו להכי עומד ולא נולד ספק לפנינו אפ"ה מגלגלין אף בטענת ספק וליכא רגלים לדבר כלל ודוחק לומר דלגבי לקוחות כיון שהב"ד טועני' עבורם מיחשב כטענת ברי ומגלגלין וצע"ג וע' בש"ך סי' רצ"א ס"ק ל"ד דכתב בפשיטות בדינא דהתם דהאם צריכה לישבע שלא אמר לה בנה שהוא פקדון ע"י גלגול דשבועת שומרים וזה ליתא לשיטת התוס' דהכא דאין מגלגלין בטענת ספק אא"כ יש רגלי' לדבר וכ"כ המרדכי בפ' האומנין להדיא בשם מוהר"ם ולהש"ך אשתמיטו ליה דברי המרדכי אלו אך לפמ"ש דבריו נכונים לדינא:

ה איני רוצה להשבע אלא הריני משלם. ונראה דה"ה בכל הנשבעין ונוטלין והנתבע גלגל על התובע שאר תביעות א"י לומר א"ר לישבע וליטול משום דחיישינן דאומר כן בשביל שלא יגלגל עליו וע' בפסקי מוהרא"י סי' ל"ב ע"ש:

ו אין שומעין לו וצריך לישבע על הגלגולים אף שמשלם הטענה הראשונה והיכא שאח"כ חזר התובע ותבע אותו עוד תביעה אחרת ורוצה לגלגל על שבועת הגלגול הלזה לא נתבאר אם מגלגלין על שבועת הגלגול או לא ושמעתי מהה"ג אמ"ו זללה"ה שנסתפק בזה והוכיח דמגלגלין מלשון המשנה דפ' כל הנשבעין דקתני גבי שבועת השותפין חלקו השותפין והאריסין א"י להשביען נתגלגלה לו שבועה ממקום אחר מגלגלין עליו את הכל ולמה נקט נתגלגלה לו שבועה ממ"א נתחייב לו שבועה ממ"א ה"ל למימר וכבר

עמד בזה הרב בעל תיו"ט ונדחק בזה מאוד א"ו דמתניתין אתא לאשמועינן האי דינא דאף אם נתגלגלה לו שבועה ממ"א דהיינו ששילם עיקר התביעה ולא נשאר עליו אלא שבועת הגלגול אפ"ה אף בכה"ג מגלגלין עליו את הכל דמגלגלין על ג"ש וזה נכון מאוד: ז על הגלגולים אני נשבע ונפטר. הו"ה איפכא שיכול לומר אני אשבע על עיקר התביעה והוא ישבע על הגלגולי' ויטול וכ"כ הט"ו בסמוך ס"ח לענין ש"ד כן כתב הסמ"ע ובאמת כן מבואר בס"ח להדיא אך לי צ"ע בדין זה לפי מה שהוכיח בש"ס רפ"ק דמציעא דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משבועת הנשבעין ונוטלין דחז"ל רמו שבועה עלייהו ולא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דהא בנוטלין לא שייך אשתמוטי ואביי דחי התם משום דאמרינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו וכ"פ כל הפוס' כמבואר בסי' צ"ב ס"ג ובסמ"ע שם וא"כ היכי מצי להפך גלגול שבועה לבדה דממ"נ האיך יכול להשביעו הא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ועל החשוד לא מצי להפך כלל כמבואר בסי' צ"ב סי"ג ואי דאמרינן שמא התובע ספק מלוה ישנה יש לו עליו ומשום הכי תובעו א"כ אכתי האיך מצי הנתבע להסתלק מן הגלגול כיון דאף טענת ספק מגלגלין א"כ ממילא צריך הנתבע לישבע על טענת הגלגול שאינו חייב לו שום ממון ממקום אחר מחמת תביעת הספק מלוה ישנה של התובע דזה לא מצי להפך והנה לפי שיטת הסוברים דאין מגלגלין טענת ספק אלא כשיש רגלים לדבר ניחא אבל לפמ"ש לעיל דבכל גווני מגלגלין קשה ואפשר דהכא מירי שמהפך עליו שישבע לו על גוף טענת הגלגול עצמו דלא שייך בטענה זו בעצמה שטוען בספק אלא דאמרינן שטוען כן מפני שיש לו עליו מכבר איזה ספק מלוה ישנה ולכך מהפך עליו שישבע לו דוקא על גוף טענת הגלגול בעצמו כמ"ש הש"ך בסי' זה סק"ב אבל באמת אם התובע אומר לו שישבע לו הנתבע בסתם שאינו חייב לו עוד ממון מצד אחר צריך הנתבע לישבע דוקא ואינו יכול להפך הג"ש על התובע ועדיין צ"ע לדינא ודוק:

צה

א ל"ש כופר הכל וע"א מכחישו. והיכא דטענו בספק ע"פ העד נראה נהי דא"צ לישבע ש"ד מ"מ צריך הנתבע לישבע היסת מידי דהוי דטענו בספק ע"פ קרוב דמבואר בסי' ע"ה סכ"ג דחייב לישבע היסת אלמא אף דקרוב פסול לעדות מ"מ הוי כרגלים לדבר וחייב היסת וה"נ כיון דהיסת נשבעין אף על הקרקעות א"כ בטענו בספק ע"פ עד מיחשב כרגלים לדבר וחייב עכ"פ היסת וכן נראין דברי הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ס"ג אך לפי שיטת הש"ך בסימן ע"ה ס"ק פ"ג דטענו בספק על פי קרוב אינו חייב היסת דהוי כטענת ספק

אם כן ה"ה בקרקע כיון דאין נשבעין עליו מן התורה ע"פ ע"א והתורה פסלה עדותו לענין קרקע אם כן הוא הדין לענין היסת נמי לא מהימנינן ליה מתורת עדות דחז"ל לא הוסיפו על דינא דאורייתא כלום אלא היכא שעשו תקנה חדשה מחמת גדר וסייג דידהו וכמ"ש בס"ק שאח"ז ע"ש ודוק:

ב אבל שבועת היסת נשבעין. וכתבו הסמ"ע והש"ך דלאו דוקא היסת אלא ה"ה שבועת המשנה כגון שבועת השותפות או שבועת הנוטלין נמי נשבעין עליהן ובאמת הדבר מבואר ברי"ף והרא"ש בפ' שבועת הדיינים דהא דאין נשבעין על הקרקעות היינו דוקא ש"ד אבל מדרבנן נשבעין והוכיחו כן מהא דאמרינן ס"פ הכותב דסבר רמב"ח למימר דפוגמת כתובתה הוא ש"ד דמודיא במקצת וכן ע"א מעידה שהיא פרועה היא ג"כ ש"ד להכחיש את העד ופריך רבא הא כתובה שיעבוד קרקעות הוא ואין נשבעין עליו ומשני רבא דשבועה דרבנן הוא גבי פוגמת משום דמיפרע לא דייק ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק ובע"א מעידה שהיא פרועה ג"כ מדרבנן כדי להפיס דעתו של בעל אלמא דשבועה דרבנן נשבעין ולכאורה יש לתמוה טובא דהא הש"ס הוצרך לתת טעם לפוגמת משום דמיפרע לא דייק וע"א מעידה שהיא פרוע משום כדי להפיס א"כ משמע להדיא דהיכא דליכא טעמא אין נשבעין שבועת המשנה על הקרקעות דאל"כ בפשיטות ה"ל לשנויי דמדרבנן נשבעין עליהם וביותר קשה מדברי התוס' והרא"ש בפחז"ה דף ל"ג וה"מ שהוכיחו דנשבעין היסת על הקרקעות מהאי סוגיא דהכותב והיכי מוכח משם הא התם איכא טעמא משום דמיפרע לא דייק ומשום כדי להפיס ובאמת ראיתי שכבר עמד בזה הפ"י בפ' הכותב שם והניח בצ"ע אך לאחר העיון נראה דלק"מ דודאי כל היכא דחיוב השבועה באה מחמת מודה במקצת או העדאת ע"א כיון דרחמנא פטרה משבועה בכה"ג היכא שהתביעה היא על הקרקעות בכה"ג ודאי לא עקרו חז"ל דינא דאורייתא להשביע בכה"ג שבועת המשנה משום מעליותא של הודאת מקצת או העדאת ע"א דהא במתניתין קתני בפשיטות דאין נשבעין על הקרקעות ולא אשתמיט בשום דוכתא לאשמועינן במתניתין דבכל הני דאין נשבעין עליהם הוא דוקא שבועת התורה אבל שבועת המשנה נשבעין ולכך לפי הס"ד דרמב"ח דפוגמת נשבעת משום מעליותא דמודה מקצת וכן ע"א מעידה שהיא פרועה משום דע"א קם לשבוע' פריך ליה רבא שפיר דהא אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות וגם שבועת המשנה אין נשבעין בכה"ג דלא עקרו חז"ל דינא דאורייתא בדבר שפטרה רחמנא בפירוש מהשבועה ולכך הוצרך רבא לשנויין דטעמא דפוגמת הוא מדרבנן משום דמיפרע לא דייק וכן ע"א מעידה שהיא פרועה לאו מטעם נאמנות העד אתינן עלה אלא דחז"ל תקנו דכל היכא שהוא מחויב לשלם ויש לו

עד המסייע לפוטרו מן הממון מחויב התובע לישבע כדי להפיס דעתו של הנתבע וכיון דחז"ל תקנו שבועה חדשה משום סייג וגדר דידהו ולא משום מעליותא דמודה במקצת או העדאת ע"א לא חלקו חז"ל בתקנתן בין מטלטלין לקרקעות ותקנו להשביע בכל גווני ולכך ה"ה בשבועת היסת כיון דחז"ל תקנו שבועה חדשה משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו והוא סייג וגדר דידהו ודאי אין חילוק בין מטלטלין לקרקעות ותקנו להשביע בכל ענין וה"ה שבועת השותפין כיון דחז"ל תקנו שבועה עליהן מדין המשנה משום דמורי היתרא ודאי לא חלקו חז"ל בין מטלטלין לקרקעות ותקנוהו בכל ענין ואף דלקצת פוסקים כעין שומרים תקנוהו מכל מקום לא חלקו חז"ל בין מטלטלין לקרקעות כמו דמצינו בסי' צ"ו דאין נשבעין שבועת השומרים לקטן לשיטת לר"ן ורוב הפוס' ואפ"ה שבועת השותפין נשבעין לקטן לכ"ע ע"ש וה"ה הכא כיון שתקנו כן מחמת סייג וגדר דידהו לא חלקו בתקנתן משא"כ במודה מקצת קרקעות או העדאת ע"א אינו חייב שבועת המשנה כלל דחכמי המשנה לא הוסיפו כלל על דינא דאורייתא ואינו חייב אלא היסת שהוא מגדר דידהו וכמבואר להדיא ברמב"ם פ"ה מטוען והטור דהודה במקצת קרקעות אינו חייב אלא היסת וז"ב ונכון ובהיות כן יש לי לתמוה על דברי הר"ן בפ' ש"ה דפסק דאף שאין נשבעין על שטרות שבועה שאינו ברשותו מדאורייתא מ"מ חייב מדרבנן בשבועה שאינו ברשותו כיון דחז"ל תקנוהו משום שמא עיניו נתן בה והש"ך הסכים לזה בסי' ס"ו ס"ק קכ"ד ע"ש באורך ויש לתמוה כיון דחזינן דרחמנא פטרה בפירוש בשטרות משבועה זו אף היכא שהשומר בא לפטור מממון בטענה זו ולא חשה התורה שיכפור ממון חבירו בשטרות בטענה זו היכן מצינו שחז"ל הוסיפו בתקנתם להשביע שבועה זו אף בשטרות כיון שלא מצינו שחז"ל עשו סייג וגדר בענין זה יותר מדינא דאורייתא רק מן התורה אם משלם פטור משבועה וחז"ל חששו אף כשמשלם שמא עיניו נתן בה בגוף החפץ אבל לא מצינו שעשו סייג וגדר בגוף השבועה יותר מדינא דאורייתא וכיון דרחמנא פטרה משבועה זו בשטרות מה"ת יבואו חז"ל להחמיר להשביע מדרבנן בטענת ספק דא"כ במודה במקצת קרקעות נמי יתחייב שבועת המשנה והרי הרמב"ם והטור כתבו להדיא דבמודה במקצת קרקעות אינו חייב אלא היסת וכדמוכח בפ' הכותב וכן מוכח בפ' השואל דף ק' הא דלא מוקי הא דקתני נשבעין לענין עבדים היינו שבועת המשנה א"ו דחז"ל לא עקרו דינא דאורייתא אלא היכא שהיה להם טעם חדש להשביע מחמת סייג וגדר דידהו אז לא חלקו בתקנתם להשביע אף בקרקעות משא"כ בדבר שלא עשו תקנה חדשה לא עקרו דינא דאורייתא וא"כ ה"נ לענין שבועה שאינו ברשותו כיון שחז"ל לא עשו שום סייג וגדר לגוף השבועה רק שחששו שמא עיניו

נתן בה מה"ת נאמר שחז"ל הוסיפו בזה להשביע אף בשטרות לעקור דינא דאורייתא ומה שנדחק הש"ך בסי' ס"ו להשוות לזה דעת הרשב"א והטור אינו נראה דלפי דבריו א"כ ה"ה בשמר לקטן אף דלשיטת רוב הפוסקי' פטור משבועת השומרים מ"מ חייב שבועה שאינו ברשותו מדרבנן דהא כל השבועות שהן מדרבנן מחייבינן נגד הקטן כמבואר בסי' צ"ו ס"ב והרי הרא"ש בפ' ש"ה והרשב"א בחידושיו שם הקשו בשם הרמב"ן על הר"י הלוי והרמב"ם דס"ל דבשמר לקטן חייב שבועת השומרים א"כ מאי פריך הש"ס על מתניתין דאבל נשבעין לקטן ולהקדש והא אמרת רישא אין נשבעין על טענת חש"ו ה"ל לשנויי דנשבעין לקטן היינו שבועת השומרין ולהקדש נמי הכי מיתוקמא בשבועת השומרים דתקנת חכמים היא כדי שלא יזלזלו בהקדשות כדאמרינן בפ' הזהב א"ו דאין נשבעין לקטן שבועת השומרים ואי אמרת דמדרבנן נשבעין שאינו ברשותו אף בדברים שאין נשבעין עליהן הדרא קושיא לדוכתה דלוקמא בשבועה שאינו ברשותו דנשבעין מדרבנן לקטן ולהקדש א"ו דאף מדרבנן אין נשבעין שאינו ברשותו לקטן וה"ה לכל הני שאין נשבעין עליהן אך לפמ"ש בסי' צ"ו סק"א י"ל דבקטן אף הר"ן מודה דפטור אף מדרבנן משבועה שאינו ברשותו כיון דלא הוי שומר כלל נגד הקטן ע"ש משא"כ כל הני אך מ"מ רוב הפוסקים חולקים על הר"ן ומסתבר טעמייהו והר"ן יחיד הוא בדבר הזה:

ג אבל הקדש לעניים. ע' בסמ"ע כאן ובסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק צ"ט ובמ"ש שם באריכות:

ד הואיל ואינן חלוקין כמה קרקע מכר לו רק על הדמים וכן אם תבעו דמי נייר וכו'. וכתב הסמ"ע דוקא מכר קאמר דמעולם לא היה עליו רק דמי המכירה משא"כ בהפקיד לו גפנים וענבים מחוברים בו הנ"ל ואח"כ תבעו דמיהן דמתחילה היה לו עליו להחזיר לו הגפנים עם הענבים עצמן והן מחובר וכן בתבעו דמי נייר השטרות שבסמוך מיירי דמודה דאין עליו דמי ריוח השטרות שכתוב בהן כגון שבלא"ה לא היה יכול לגבות בהן ומעולם לא היה לו עליו אלא דמי נייר עכ"ל ובאמת כן משמע מלשון הרב רמ"א שכתב וכן אם תבעו דמי נייר השטרות משמע דמיירי בגוונא שאינו תובע רק דמי הנייר דומיא דרישא דתבעו דמי הקרקע שמכר לו אך לא ירדתי לסוף דעתם בזה דאף אם תבעו השטרות בסתם כיון שהנייר עצמו אית ביה שיעור שתי כסף אמאי לא מחייב ש"ד גם על השטרות לדמיהן ע"י גלגול כמבואר בס"ה בטענו כלים ושטרות והודה במקצת כלים דחייב שבועה על השטרות ע"י גלגול ולא ידעתי למה קירב הרב רמ"א שני דינים אלו כי בהה"מ בפ"ה מה"ט כתב דין זה דתבע דמי נייר בתחלת הפרק בשם רב האי ובסוף הפרק כתב דין דטענו דמי הקרקע שמכר לו ואינם ענין זה לזה והרב קירב את המרוחקים ואולי י"ל דטעם הרב הוא ע"פ מה דמבואר בסי' פ"ז סכ"ה בהגה דטוען את

חבירו גזלתני או גנבת ממני חייב לישבע ודוקא שתבעו הממון שעיקר התביעה משום ממון אבל אם עיקר התביעה הוא משום האיסור אף דנ"מ ג"כ לענין ממון אין משביעין אותו וא"כ ה"נ י"ל דבטענו סתם שטרות אף שהנייר ג"כ שוה ממון מ"מ כיון שעיקר התביעה הוא לדמיהן אין נשבעין עליהן וכן משמע לישנא דרב האי שכתב ואם תבעו דמי נייר משמע דוקא שתבעו להדיא דמי נייר אבל תבעו סתם אף שהנייר שוה ממון אין נשבעין עליהן אך מכל מקום המעיין בפסקי מוהרא"י סי' ל"ז שמשם מקור הדין שבסי' פ"ז מבואר דלא כתב כן אלא לענין היסת דהיכא דעיקר התביעה משום האיסור לא תקנו חז"ל שבועה בכה"ג אבל לענין שבועה דאורייתא מנא לן לחלק בהכי ועיין בט"ז סי' ס"ז סל"ו וצ"ע:

ה וז"א להד"ם. הש"ך האריך בזה ליישב דעת המחבר ולדינא העלה דהעיקר כדעת הרמב"ם והטור דבטוען להד"ם חייב היסת אף דאנן קיי"ל דפושע בשטרות פטור מ"מ כיון שהוא טוען להד"ם בע"כ לפי דברי התובע מעכב שטרו בידו ומזיקו בידים לכך צריך הנתבע לישבע היסת אך הב"ח הקשה דלהימין במיגו דנאבד שהיה פטור מהיסת ותירץ הש"ך דמיגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע לא אמרינן והביא כן מתשובת הריטב"א אך באמת מדינא דהכא אין ראיה די"ל דמיגו דנאבד לאו מיגו הוא דירא לומר כן דדילמא המפקיד יכחישנו בברי שיודע שהשטר בידו וכן תי' הט"ז וכבר קיימתי זה מסברא דנפשאי בסי' צ"ב ס"ק י"א בט"ט ע"ש אך מדברי התוס' בב"ק דף קי"ח ע"א ד"ה ר"נ מוכח כהש"ך שכתבו שם דר"ת ס"ל דהיכא שמודה שחייב לו אלא שטוען פרעתי אע"ג דליכא עדים בההיא הודאה והיה יכול לכפור בשעה שטען פרעתי חייב שבועה למאן דבעי בהיסת דררא דממונא אלמא דלא אמרינן מיגו לאפטורי מהיסת לכ"ע דהא מדברי התוס' בפ' השואל מוכח דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי מש"ד ע"ש ואף דהתוס' בב"ק שם כתבו דפשט הלכה משמע דבעינן עדים בהודאה היינו משום כיון דליכא עדים ויכול לכפור בו תו לא מיחשב דררא דממונא אבל מ"מ מטעם מיגו לא מיפטר דל"א מיגו לאפטורי מהיסת לכ"ע וע' בתוס' בב"ב דף מ"ה ע"ב ד"ה המפקיד ע"ש ועמ"ש לקמן סי' קמ"ו סכ"ה:

ו שאפי' פשע בו ואבד וכו'. ז"ל הרמב"ם פ"ה מטוען שטר מסרתי לך ועשרה דינרים היה לי בו ראיה להד"ם ישבע היסת הפך עליו ה"ז נשבע שהיתה בו ראיה לעשרה דינרים ואבדו באבדת השטר ויטול ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד ה"ז פטור אף משבועת היסת שאפילו פשע בו ואבד פטור כמו שבארנו בה' חובל עכ"ל וכתב הה"מ הכוונה שהוא כשאינו מאמינו שמחמת אבדתו הוא מפסיד מה שהיתה בו ראיה הא אם מאמינו

אם הוא בפשיעה חייב לפי דעת רבינו בפ"ב מה' שכירות ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור אף משבועת היסת הוא מפני שא"י לטעון טענת ברי ואין נשבעין היסת על טענת שמא וכתב עליו הכ"מ ואיני מבין דברים אלו שהרי התובע טענו ברי לי שמסרתי לך ואם לומר שאינו טוען ברי שפשע הא לפי מה שכתב אפי' טענו כן בברי והלה מודה לו פטור הוא ותי' הש"ך דהכי קאמר ולעיקר הדין הכתוב כאן שהוא פטור אף מהיסת וא"צ לישבע אולי ברשותו הוא עדיין דנהי כשודאי פשע פטור היינו כשנאבד אבל אם הוא ברשותו חייב הוא להחזירו לו דהא מה"ט כשטוען להד"ם צריך לישבע היסת כיון דלפי דברי התובע ודאי ברשותו הוא ומזיקו לכך כתב הוא מפני שאין התובע יכול לטעון ברי שלא נאבד ואין נשבעין על טענת ספק והגיד"ת כתב דכוונת הה"מ הוא דישבע היסת שא"י שהיה בו ראיה מש"ה קאמר שאין התובע יכול לומר בודאי אתה יודע שיש לי בו ראיה עכ"ד ואף שדינו אמת דמיירי שאין התובע אומר אתה יודע בודאי שיש לי בו ראיה מ"מ אין כוונת הה"מ לזה ולחנם דחק עכ"ד הש"ך והנה מה שהודה לדינא של בעל גיד"ת שאין הנתבע צריך לישבע שא"י שהיה בו ראיה אף שידוע שפשע בו או ששרפו נראה מדבריו דטעמו הוא אף דקיי"ל בסי' ע"ה דהאומר מנה לי בידך והלה אומר א"י דצריך לישבע היסת שא"י היינו משום דהנתבע הי' לו לידע אבל היכא שלא היה לו להנתבע לידע פטור מהיסת דהוי טענת ספק לגבי התובע כיון דמסתמא הנתבע א"י ובאמת הש"ך סותר משנתו למ"ש בסי' רל"ב סי"ח בהגה גבי מכר לו טבעת בחזקת זהב ואח"כ שברו הלוקח ונמצא בו בדיל שחייב להחזיר לו מעותיו ואם המוכר אינו מאמינו שנמצא בו בדיל נשבע שא"י מזה ונפטר והקשה הסמ"ע שם הא אין נשבעין על טענת ספק ומה"ת לומר שידע המוכר שהיה בו בדיל והרי הוא ג"כ קנהו בחזקת זהב ותי' הש"ך שם דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהיה בו בדיל א"כ ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו א"י דנשבע שא"י כדלעיל סי' ע"ה ס"י הרי להדיא אף היכא שהנתבע לא היה לו לידע מ"מ צריך לישבע שא"י כיון שיכול להיות שיודע וכן מוכח מדברי המחבר סי' צ' ס"י גבי המפקיד אצל חבירו שק צרור ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות היו בו והשומ' או' א"י שמא סיגים או חול היה בו די"א דנשבע שא"י ויפטר ע"ש והרי התם לא היה לו להנפקד לידע מה היה בו כמ"ש כל הראשונים שם ואפ"ה צריך הנתבע לישבע שא"י וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א בפשיטות דאף בדבר דלא ה"ל למידע צריך לישבע היסת שא"י אמנם מדברי הט"ו בסי' ס"ט ס"ה דפסקו דיתומים א"צ לישבע שלא פקדנו ליפטר משמע דטעמם הוא משום דאין נשבעין על טענת ספק דיורשים לא ה"ל לידע במילי דאביהן אולם בתשובת מיימוני לס' משפטים סי' ע"ג מבואר שם טעם אחר

דלא תקנו חז"ל היסת להרע ליתומים ע"ש אך בתשו' מוהר"ם שם בסי' ז' משמע דס"ל הטעם משום דאין נשבעין על טענת ספק וכן משמע במרדכי פחז"ה וכן מבואר להדיא בהגמ"ר דגיטין בשם ר"י לחלק בין יורשים לשאר טוען א"י דצריך היסת משום דלא ה"ל ליורש למידע ע"ש שוב מצאתי בבעה"ת שער י"ד ח"ו שהביא בשם בעל העיטור דיורשים א"צ לישבע שלא פקדנו ליפטר דלדידיה תקנו רבנן לבריה לא תקנו ותו דליכא שבועה אלא היכא דאתו בטענת ברי שאביהן צוה להן לפרוע אבל בטענת שמא היכי משביעינן להו והבעה"ת חלק עליו כיון דאמר ברי לי שירשתם ממון מאביכם שיש לי בו זכות שאני יודע שלוה אביכם ממני אין לך ברי גדול מזה ויש ליורש לישבע היסת שא"י לו זכות במה שירש מאביו ואע"ג שלא אמר ברי לי שאביכם צוה לכם אין עלינו בכך מיהו אם טענו מנה לי בידך מחמת פקדון שהפקדתי לאביכם כיון דפטור מאונסין והוא אינו יכול לדעת אם נאבד באונס או לא הוי טענתו טענת שמא ופטורים היורשים מהיסת אלו דבריו ז"ל והנה מדברי הט"ו בסי' ס"ט דפסקו דיורשים פטורים מהיסת אין הכרע לסברות אלו די"ל דטעמם כמ"ש מוהר"ם ובעה"ע דביורשים הקילו ולא תקנו חז"ל להרע ליתומים אך מדברי הפסקי מוהרא"י סי' רמ"ח והרב בהגה סי' ס"ט משמע דטעמם משום דטענת ספק הוא וכן משמע מדברי הט"ו סי' פ"ח ס"כ שפסקו דאם תובע ליורשים אתם יודעים שאביכם חייב לי חייבים לישבע היסת ואי אמרת דטעמם הוא משום דלא תקנו חז"ל להרע ליתומים מה חילוק יש בין ברי לשמא ואולי דלא הקילו ביורשים אלא בטענת ספק דוקא ותרווייהו טעמי צריכי משא"כ באדם אחר אף דלא ה"ל למידע חייב היסת סוף דבר האי דינא היכא דטוען א"י בדבר דלא ה"ל למידע תליא באשלי רברבי ואין לנו הכרעה מבוררת בזה ודברי הרמב"ם נוטים כאן לפי' הגיד"ת דלפי דברי הש"ך כיון דאף במאמינו שהיה בו ראיה פטור מהיסת משום דהוי טענת ספק א"נ למה הוצרך הרמב"ם לסיים שאפילו פשע בו ואבד פטור כמו שבארנו בה' חובל הא התם מיירי באינו מאמינו דוקא והכא פטור אף במאמינו וכן הקשה המ"ל וצ"ע:

ז או כלים ושטרות. נראה אף לשיטת הש"ך וסייעתו בסי' שפ"ז דשורף שטרות אינו חייב לשלם אלא מדרבנן דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן מ"מ ע"י גלגול חייב ש"ד כיון דאי איתא לשטרא בעינא מחויב להחזירו לו מדאורייתא חייב ג"כ שבועה זו ע"י גלגול מדאורייתא וכן מוכח מהתוס' ר"פ מרובה ד"ה יצאו קרקעות וד"ה יצאו שטרות ע"ש ועמ"ש בסימן ט"ז סק"ב:

צו

א אבל אם שמר לקטן. זהו שיטת הר"י הלוי והרמב"ם דלעניין שומרים שאינה שאינה באה מחמת טענת התובע אין חילוק בין קטן לגדול וקרא דכי יתן איש דמינה ממעטינן קטן קאי אשבועת מודה במקצת דעירוב פרשיות כתיב כאן ויש להקשות מהא דכתב הרמב"ם והמחבר בסי' רצ"א ס"ב דש"ח שאמר הנח לפניך או הנח סתם אפי' ש"ח לא הוי ואינו חייב שבועה כלל כיון דלא קיבל עליו שמירה פטור אף משבועה שאינו ברשותו והרי בסי' רמ"ג סי"ט כתב המחבר דמי שמתחייב לקטן בין בשטר בין בקנין כיון שאין אותו דבר תחת יד הקטן אינו זוכה בו אא"כ זכהו ע"י אחר וכן הוא דעת הרמב"ם כמ"ש הסמ"ע שם וא"כ הכא בשמר לקטן כיון דקבלת השמירה עליו אינו כלום דא"י להתחייב לקטן בדבר שאינו תח"י דהקטן א"כ לא הוי שומר כלל ופטור משבועת השומרים והנה לפמ"ש הסמ"ע בסי' שמ"ט דאף בלא קיבל שמירה עליו חייב בשבועת השומרים אלא דוקא באומר הנח לפניך פטור דגלי אדעתיה שאינו רוצה להיות שומר א"כ ניחא הכא דליכא גילוי דעת שאינו רוצה בשמירה חייב אך לפמ"ש בס"ס זה דבעינן דוקא קבלת השמירה קשה וצ"ל דס"ל להרמב"ם והמחבר הא דחייבה רחמנא לש"ח בפשיעה ולש"ש בגניבה ואבידה לא תליא מידי בקבלת החיוב דידהו רק דכל היכא שקבלו השמירה עליהם רמיא רחמנא חיובא עלייהו באחריות כיון דחבריה סמיך עלייהו מפני קבלת השמירה דידהו ולכך אף בשמר לקטן כיון דהקטן סמיך עלייהו רמיא רחמנא שעבודא עלייהו בע"כ וא"צ לקבלה דידהו כלל ובזה יש לתרץ מה שהקשה הרא"ש בשם הרמב"ן על שיטה זו דהא בפרשת ש"ש נמי כתיב כי יתן איש אל רעהו והתם לא כתיב כי הוא זה ולא איירי במודה במקצת כלל וא"כ ע"כ דמשומרים מיעט קרא לקטן ולפמ"ש י"ל דכיון דהא דחייבה רחמנא לש"ש בגניבה משום דמקבל שכר על שמירתו והנה הרמב"ם בפ' כ"ט מה"מ והטור בר"ס רל"ה כתבו דקטן אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר במטלטלין רק שחז"ל תקנו דבמטלטלין מעשיו קיימין משום כדי חייו והה"מ ביאר שם דעת הרמב"ם בזה דס"ל דבמתנה קנה ד"ת כיון שיש דעת אחרת מקנה אותו אבל במקח כיון שאין נתינתו בדמים נתינה אף אין מעשיו כלום מן התורה וא"כ הכא אם שכרו הקטן לשמור לו דבר כיון שאין הקטן מתחייב לו בדמי שכירותו מן התורה א"כ אין מתחייב הש"ש בגניבה כיון דלא סמכה דעתיה אשכירותו משא"כ לדידן דתקנו חז"ל דמעשיו קיימין במטלטלין משום כדי חייו וא"כ ה"נ מתחייב בשכירות ג"כ שהוא לטובתו לכך מתחייב הש"ש בגניבה ואבידה כיון שמקבל שכר על שמירתו וא"ש. ובזה נתיישב לי ג"כ שיטת הרשב"א והר"ן החולקים על הרמב"ם וס"ל דבשמר לקטן פטור

משבועת השומרים והוסיפו עוד דאף שפשע בודאי אינו מתחייב בדין השומרים כלל כמו בשטרות וקרקעות ומעות עניים ולכאורה יש לתמוה מהא דקיי"ל בסי' ר"ל ס"כ דאפוטרופוס בין מנוהו ב"ד בין מנהו אבי יתומים הוי שומר של יתומים וחייב בפשיעה לכולי עלמא וכן הוא בש"ס דפ' המפקיד להדיא מכדי בקרא ש"ש דיתמי הוי ע"ש ובאורים כתב בפשיטות לחלק דכ"ז מיירי ביתום המוסר לשמור אבל ב"ד או אפוטרופוס של קטנים שמסרו לשמור ביד אחר השומר חייב בכל דיני השמירה כמו שקיבל מיד גדול ובאמת הדבר תמוה טובא דמנא לן לחלק בהכי כיון דרחמנא פטרה מדין השומרים בקיבל מיד הקטן עצמו א"כ ה"ה בקיבל מיד האפוטרופוס או ב"ד נמי נימא הכי כיון דגוף הממון של הקטן הוא כמו שפטרה התורה הקדשות מדין שומרים דכתיב רעהו ולא של הקדש ואף אם מסר גזבר ההקדש לשומרו מ"מ פטור השומר מדין השומרים כדמוכח בפ' הזהב דף נ"ח דפריך הש"ס התם אמתניתין דגבי הקדש ש"ח אינו נשבע ש"ש אינו משלם ממתניתין דשקלים דקתני נשבעין לגזברין וממתניתין דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה ע"ש וא"כ ה"נ כיון דפטרה רחמנא מדין השומרים לקטן מנ"ל לחלק בין קטן לאפוטרופוס וב"ד ולפמ"ש יש לתרץ דדוקא גבי הקדש דפטרה התורה מדין השומרים מגזירת הכתוב דכתיב רעהו מה"ת לחלק בין שומר הקדש של בעלים או גזבר המוסר לשמרו ס"ס גוף הממון של הקדש הוא אבל הכא דמעטיה קרא לקטן מדין השומרים דרשינן טעמא דקרא דלכך פטרו מדין השומרים משום דהא דחייבה רחמנא לשומרים בדין השמירה היינו משום דמסתמא כשקיבל עליו השמירה חייב עצמו ש"ח בפשיעה וש"ש אף בגניבה ואבידה וכ"כ התוס' בכתובות בפ' אע"פ דף נ"ו ד"ה ה"ז מקודשת לחד שנויא ע"ש ולכך בקטן כיון שאין אדם יכול להתחייב לו אף בשטר או קנין לא שייך בו דין השומרים מה שאין כן כשמסרו הב"ד ליד האפוטרופוס או שמסרו האפוטרופוס ליד אחר לשמור כיון שהאחר קיבל השמירה מיד הגדול חייב בדין שומרים דנהי שהממון של קטן הוא מ"מ כיון שקיבל עליו השמירה מיד הגדול מ"מ מסתמא קיבל עליו חיוב של השומרים כל אחד לפי ענייננו והוי כמו שזיכה להקטן ע"י אחר דבכה"ג זכה בו הקטן וכמבואר בסי' רמ"ג וחייב בדין השומרים דמה"ת נאמר שהתורה פטרתו בכה"ג והדברים נכונים בטעמן ודוק:

ב וי"א דאין נשבעין על טענתו אא"כ הגיע לעונת הפעוטות. הטור הביא בשם הרמב"ן שבין היסת בין שבועת הנשבעין ונוטלין אין נשבעין לו עד שיגיע לעונת הפעוטות וכן מסקנת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל ובאמת הרא"ש לא הביא בשם הרמב"ן דנשבעין ונוטלין אין נשבעין לו עד שיגיע לעונת הפעוטות רק דכתב גבי שבוע' השותפות בעינן דוקא

שיגיע לעונת הפעוטות דאם לא הגיע אין חשד שלו כלום אבל לענין הנ"ו כמו שכיר ונגזל י"ל כיון שמן הדין אף בשבועה לא היו נוטלין רק דחז"ל תקנו כן אף נגד קטן שלא הגיע לפעוטות צריכים ג"כ לישבע אך אפשר לומר דגבי שכיר אם היה השוכר קטן שלא הגיע לפעוטות הוי טענתו כטענת ספק ממש וה"ל כא"י אם פרעתיך דחייב לשלם מדינא בלא שבועת שכנגדו אך לכאורה בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות לא משכחת דינא דשכיר כלל דהא אין מקחו מקח במטלטלי כדאיתא בסי' רל"ה וא"כ אף שכירתו אינו כלום והוי כלא שכרו כלל אך י"ל דמ"מ הוי כיורד לשדה חבירו שלא ברשות דנוטל מה שהשביח כמ"ש בסי' פ"ט סק"ו ע"ש גם לענין נגזל צ"ע בלא הגיע לעונת הפעוטות אם צריך בעה"ב לישבע ויותר נראה דתקנת נגזל לא שייך כלל בקטן אף שהגיע לעונת הפעוטות דהא הרמב"ם ספ"ד מהלכות גניבה והש"ך בר"ס צ' כתבו דתקנת נגזל תקנו חז"ל משום דקנס קנסו לגזלן וא"כ מסתברא דקטן לא קנסו חז"ל אף שהגיע לעונת הפעוטות וכן משמע בטור בסי' צ"א שהביא בשם ר"י הלוי שאין בנשבעין ונוטלין מהקטן אלא שכיר בלבד ע"ש וצ"ע ולענין פוגם שטרו ואשתבע לי עיין בש"ך סק"ה:

ג לא לטענתם על אחרים וכו' לא לשבועה קלה ואצ"ל ש"ח. ונראה דלשיטת הרמב"ם והמחבר בס"א דבשמר לקטן חייב בשבועת השומרים לפי שאינו נשבע מחמת טענה דה"ה בשמר לחרש ושוטה חייב ג"כ בשבועת השומרים דדוקא לענין היסת אין נשבעין על טענתם דאין נשבעין על טענת ספק וטענת חרש ושוטה לא חשיב טענת ברי אבל בטענת שומרים דנשבעין בטענת ספק אין חילוק בין חרש ושוטה לאינש דעלמא בזה ובזה מיושב קושית הרמב"ן שהביא הרא"ש שהקשה לשיטת הרמב"ם דנשבעין שבועת השומרים לקטן מאי פריך הש"ס אמתניתין דאבל נשבעין לקטן ולהקדש והא אמרת רישא אין נשבעין על טענת חש"ו מאי קושיא דילמא הא דאמר אבל נשבעין לקטן ולהקדש היינו שבועת השומרים ולפי מ"ש ניחא דאי מיירי בשבועת השומרים א"כ אמאי נקט אבל נשבעין לקטן ה"ל למיתני רבותא טפי דאף לחרש ושוטה נשבעין ש"ה ואמאי שני במילתא דברישא נקט חרש שוטה וקטן ובסיפא קטן לחודא ולכך הוצרך לשנויי דמיירי בבא בטענת אביו ולכך נקט קטן לחודא וא"ש ובאיזה חרש מיירי הכא עיין בהה"מ פ"ה מה' טוען ובלח"מ שם ר"ש בזה ע"ש:

ד אע"פ שנו"נ בתוך הבית. וע' בש"ך ובסוף ספר מנחת יעקב בס' תורת השלמים סי' ט' באורך ע"ש:

ה ואם הבעל מודה שבאו הכלים שתובעים אותו לרשותו חייב וכו' ושלא פשע בהן במה שנגנבו. והנה בש"ע לקמן סי' שמ"ט ס"ב לא כתב המחבר רק שצריך לישבע שאינו

ברשותו ושלא שלח בהן יד והסמ"ע כתב שם דה"ה דצריך לישבע שלא פשע בהן דאע"ג דלא קיבל עליו שמירה ובאמר הנח לפני כתב הט"ו דאפילו ש"ח לא הוי שא"ה דאמר הנח לפני וגילה דעתו דלא יסמוך עליו משא"כ הכא אולם הסמ"ע לא ראה דברי המחבר בבדק הבית בסי' שמ"ט שם שכתב ויש לתמוה על הטור שכתב וצריך לישבע שלא פשע למה צריך לישבע שלא פשע מאחר שאינו שומר כי פשע מאי הוי ומצאתי בספר חזה התנופה שכתב בלשון הזה ישבע הוא וגם היא שאינו ברשותם ושלא שלח הוא יד בהם עכ"ל השמיט שלא פשע וטעמו מפני מה שכתבתי כיון דאין הבעל שומר כי פשע בהם מאי הוי אבל אם שלח יד בהם אע"פ שאינו שומר חייב דשואל שלא מדעת גזלן הוי וחייב עכ"ל הרי דהמחבר השמיט בכוונה השבועה דלא פשע אך יש לתמוה דלפי דבריו דלא מיחשב שומר כלל אף משבועה שא"ב ושלא שלח בהן יד יפטר ג"כ כמ"ש הט"ו בסי' רצ"א ס"ב דבאומר הנח לפניך או הנח סתם לא הוי ש"ח ואינו חייב שבועה כלל אלא מחרים סתם על מי שלקח פקדון שלו ואינו מחזירו לבעליו וליכא למימר הא דצריך שבועה שאינו ברשותו היינו שבועת היסת מדרבנן דהוי כרגלים לדבר דמשביעין היסת בטענת ספק כגון שנמצא תיבה פרוצה בסי' ע"ה סי"ז בהגה וה"נ כיון שהפקיד אצלו והשומר טוען שנאבד הוי רגלים לדבר וחייב היסת זה ליתא דא"כ אף בהנח סתם נמי יהא צריך לישבע היסת שאינו ברשותו ואמאי כתבו הט"ו דאינו מגיע לו רק חרם סתם וכן בסי' צ"ה ס"ד דעת המחבר והריטב"א הביאו הש"ך שם דבשטרות שאין נשבעין עליהן מדאורייתא אם טען נאנסו פטור אף מהיסת משום דהוי טענת ספק אלמא דלא מיחשב כרגלים לדבר וצ"ל דהב"י סבירא ליה דדוקא לענין שבועה שאינו ברשותו יש לחלק בין הנח סתם דהוי גילוי דעת שאינו שומר אז פטור משבועה אבל היכא דליכא ג"ד יש לחייבו שבועה זו שאינו ברשותו כמ"ש הסמ"ע משא"כ לענין חיוב פשיעה לא מסתברא לחלק בהכי דכיון דהבעל לא קיבל עליו שמירה כלל מה"ת לחייבו בפשיעה ובאמת הסברא נותנת כדברי הב"י בבד"ה דאמאי נחייבו להבעל בפשיעה כיון שלא קיבל עליו שמירה כלל ודברי הסמ"ע מרפסין איגרי ויותר נראה דדעת הטור בשם הרא"ש שם והרב בהגה כאן הוא דס"ל דמסתמא הבעל כשנודעו לו החפצים שהשאילו לאשתו מסתמא מקבל על עצמו להיות כש"ח להתחייב בפשיעה ולכך חייב לישבע כל שבועת השומרים ולזה נוטה נמי דעת הרב בעל צ"ל בתשובותיו סי' כ"ג באשה אחת שלקחה תינוק של אחותה על זרועותי' ואחותה נתנה ליד התינוק מטבע אחת ונאבד מיד התינוק ופסק הרב שם שהאשה פטורה מלשלם המטבע כיון שאחותה לא אמרה לה כלום בעת שנתנה המטבע ליד התינוק גרע מהנח סתם ולא קבלה עלה שמירה

כלל ע"ש שהאריך בזה הרי להדיא דלא כהסמ"ע דאף שאין כאן שום ג"ד שלא היתה חפיצה בהשמירה ואדרבה מסתמא היה דעת אחותה שמסרה המטבע לתינוק שאחותה תשמור אותו מ"מ פטורה מהשמירה כיון שלא קבלה עליה השמירה בפירוש והכא שאני דאמרינן מסתמא דעת הבעל שיהיה ש"ח על החפצים שהשאילו לאשתו משום הטובה שעשו לאשתו ומ"מ מהתימה על הרב בעל צ"צ שלא הביא דברי הט"ו והסמ"ע בסי' שמ"ט ולפי הנרא' אישתמיטו ליה הדברים האלו ובאמת אני חוכך מאוד בדינו דנראה דמה שמסרה המטבע ליד התינוק שביד האשה לא גרע מדינא דהכא דמחייבינן להבעל בפשיעה משום דמסתמא קיבל השמירה עליו וה"ה התם נמי מסתמא כשמסרה אחותה המטבע לתינוק סמכה עלה שתשמרנה יפה כיון שאין התינוק בן דעת והיא נמי מסתמא קיבלה על עצמה כן וצ"ע לדינא אמנם יש לי לתמוה בדברי הרא"ש והטור והרב כאן דס"ל דאם הבעל מודה שבאו אלו הכלים שתובעים אותו לרשותו מחויב הבעל לישבע כל שבועות השומרים והא הרא"ש בר"פ כ"ה כתב דהא דאנן קיי"ל דשבועת השומרים חייבה רחמנא בכל גווני אף דאפקיד לי' שלא בשטר ולא מהימנינן ליה במיגו דלהד"ם משום דהוי מיגו דהעזה דכי יטעון להד"ם יהא חבירו מכיר בשקרו וכי טעין נאנסו אין חבירו מכיר בשקרו וכ"כ הטור והרב בהגה בר"ס רצ"ו וא"כ הכא כשהבעל מודה שהחפצים באו לרשותו אמאי חייב לישבע שבועת השומרים להימין במיגו דאי בעי היה אומר שהחפצים לא באו לרשותו כלל מאשתו דהיה פטור אף מהיסת דאין נשבעין על טענת ספק ובזה אין חבירו מכיר בשקרו כלל ואפשר דאין זה מיגו לומר שלא באו החפצים לידו דבוש מאשתו שמכרת בשקרו אבל מה שאומר שנאנסו החפצים מידו אף אשתו א"י מזה ודוחק וצ"ע וע' בב"י ס"ס קצ"ח בשם רי"ו ע"ש

בריך רחמנא דסייען

אמר המחבר אודה ליי' בפי ובתוך רבים אהללנו על שזיכני להוציא לאור חיבורי זה על חלק ראשון מש"ע חו"מ וכן יגמור בעדי להוציא לאור חיבורי גם על חלק שני. אמן: